

Pluralismo cultural y razonamiento judicial en los delitos culturalmente motivados

Abraham Pérez Daza

Tesis depositada en cumplimiento parcial de los requisitos para el Grado de Doctor en Derecho

Universidad Carlos III de Madrid

Director:

Dr. Oscar Pérez de la Fuente

Abril 2021

Esta tesis se distribuye bajo licencia “Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial**
– Sin Obra Derivada”.



Tabla de contenidos

Dedicatoria.....	11
Introducción.....	13

PRIMERA PARTE

PLURALISMO CULTURAL Y DERECHO PENAL:

CUESTIONES FUNDAMENTALES

CAPÍTULO PRIMERO

EL PLURALISMO Y SU FUNDAMENTACIÓN MORAL

1. Introducción.....	18
2. La problemática universalista/particularista y el concepto de minoría cultural.....	19
2.1. La posición monismo moral ante los conflictos culturales.....	23
2.2. El relativismo cultural y sus implicaciones en el relativismo moral.....	26
2.2.1. El relativismo descriptivo. Primer nivel.....	30
2.2.2. El relativismo normativo. Segundo nivel.....	32
2.2.3. El relativismo metaético. Tercer nivel.....	34
3. El pluralismo moral: un panorama de su estado actual.....	37
3.1. Principios generales y el objetivismo moral.....	41
3.1.1. La crítica del emotivismo al objetivismo moral.....	41
3.1.2. Constructivismo y objetividad moral.....	47
3.1.3. El objetivismo moral en sede de principios generales.....	49
3.2. Los conflictos morales y la inconmensurabilidad.....	50
4. El pluralismo moral. Una fundamentación cognitivista.....	56
5. El pluralismo moral y la lucha por el reconocimiento.....	57
6. El pluralismo moral en la diversidad cultural.....	61
7. El pluralismo moral y razones para la acción.....	63
7.1. La autonomía moral y diversidad en el razonamiento práctico.....	69

8. Comentarios finales.....	74
-----------------------------	----

CAPÍTULO SEGUNDO

CULTURAS Y DERECHO PENAL

1. Introducción.....	77
2. Derecho a la cultura.....	78
2.1. Concepto de cultura.....	78
2.2. Liberalismo igualitario y el concepto de cultura.....	85
2.3. La cultura en el mapa de la multiculturalidad.....	88
3. La diversidad cultural ante el Derecho Penal.....	91
3.1. La herencia liberal/comunitarista en el Derecho Penal.....	94
3.2. La conformación de un Derecho Penal Intercultural.....	96
3.3. El Derecho Penal entre el cosmopolitismo y relativismo cultural.....	103
4. La intersección de la norma cultural y norma penal.....	109
4.1. La valoración de la norma de cultura en la antijuridicidad.....	109
4.2. La norma cultural como directiva de conducta.....	113
4.3. La polémica entre valorativismo e imperativismo sobre la norma penal.....	119
5. Problemas constitucionales del Derecho Penal y la cultura.....	121
5.1. Las dimensiones constitucionales de una política criminal pluricultural.....	126
5.2. El constitucionalismo multicultural y la protección de bienes jurídicos.....	131
5.2.1. La ley de ponderación en sociedades multiculturales ¿una solución judicial?.....	138
5.3. El legislador y el juez en el desarrollo de los derechos de minorías culturales.....	147
5.3.1. La lógica de la génesis de una Constitución democrática pluricultural.....	148
5.3.2. El control judicial constitucional y razonamiento justificatorio.....	154
6. Comentarios finales.....	157

SEGUNDA PARTE
DERECHO PENAL Y LOS FACTORES CULTURALES

CAPÍTULO TERCERO
LOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS.

1. El elemento cultural en el discurso del Derecho Penal.....	159
1.1. Diversidad cultural frente al discurso de la igualdad penal.....	161
1.2. Relativismo cultural y el Derecho Penal a la diferencia.....	165
2. ¿Qué criminalizar? Un primer contacto en perspectiva de la diversidad cultural.....	169
2.1. ¿Es necesario una dogmática jurídico penal en perspectiva pluricultural?.....	175
3. El concepto de delito culturalmente motivado.....	180
3.1. Tratamiento dogmático penal de los delitos cometidos por una motivación cultural.....	188
4. Tipología de los delitos culturalmente motivados.....	196
4.1. Delitos culturales por razones de género.....	197
4.1.1. Casos contra el honor.....	197
4.1.2. Casos contra el libre desarrollo sexual.....	202
4.1.2.1. Mutilación genital femenina.....	202
4.1.2.2. Matrimonio forzado con menores edad.....	204
4.1.3. Casos por maltrato o violencia física.....	209
4.1.4. Caso del burkini ¿un delito culturalmente motivado?.....	212
4.1.4.1. La ropa musulmana en el espacio público.....	212
4.1.4.2. Los argumentos jurídicos de las autoridades para prohibir y defender el uso del burkini.....	214
4.1.4.3. Posiciones éticas sobre el uso del burkini.....	214
4.1.4.4. ¿Debe criminalizarse el uso del burkini?.....	217
4.2. Delitos motivados culturalmente sin perspectivas de género.....	218
4.2.1. Casos de transfusión de sangre a menores por motivos religiosos.....	218

4.2.2. Caso por omisión de auxilio por motivos religiosos.....	221
4.2.3. Casos de circuncisión a niños.....	221
4.2.4. Caso de tocamientos genitales a niños por motivos religiosos.....	224
4.2.5. Caso de homicidio por honor.....	225
4.3. Delitos culturalmente motivados sin víctimas.....	225
4.3.1. Casos por consumo de drogas.....	225
4.3.2. Casos contra el medio ambiente y especies protegidas.....	226
4.3.3. Casos contra la seguridad vial.....	226
5. Casos límite entre criminalidad cultural y criminalidad común.....	227
5.1. Caso de asesinato por rituales religiosos.....	227
5.2. Caso de tentativa de violación por un indígena.....	228
5.3. Caso de linchamientos.....	229
5.4. Caso de explotación laboral de menores.....	230
6. Posición personal.....	231

CAPÍTULO CUARTO

LOS MODELOS PUNITIVOS Y LA DIVERSIDAD CULTURAL

1. Introducción.....	234
2. Una aproximación moral del utilitarismo punitivo ante la diversidad cultural.....	235
2.1. Los precedentes del utilitarismo penal ante el ejercicio de la autonomía práctica.....	236
2.1.1. El Estado utilitarista y el ejercicio del poder punitivo.....	236
2.1.2. La visión económica de la pena y las implicaciones a la autonomía personal.....	238
2.1.3. La utilidad de la pena ¿riesgos a la autonomía personal?.....	240
2.2. El utilitarismo punitivo y sus implicaciones en una sociedad multicultural.....	242
2.2.1. ¿Es eficaz la pena utilitaria frente a la diversidad cultural?.....	245
2.2.2. ¿Las razones utilitaristas son suficientes para la criminalización de comportamientos culturales?.....	249
2.3. Disuasión del delito y la comprensión de la norma jurídico-penal	

en sociedades pluriculturales.....	256
2.3.1. La propuesta utilitarista (empírica) disuasiva de la pena.....	257
2.3.2. La visión crítica sobre la legitimidad empírica del Derecho Penal.....	260
3. La función contractualista de la pena y los derechos de las minorías.....	263
3.1. Fundamentación de la pena desde el contractualismo.....	263
3.2. El acuerdo moral del <i>ius puniendi</i> y ¿los derechos de las minorías?.....	269
4. Retribucionismo y los derechos de las minorías.....	271
4.1. Panorama general sobre el retribucionismo y el perfeccionismo moral.	271
4.2. El perfeccionismo moral frente a la visión democrática de la pena.....	275
4.3. Razones para la prevención mediante el retribucionismo.....	276
4.3.1. Razones consecuencialistas de la pena y sus descontentos.....	279
4.3.2. Razones deontológicas de la pena sin identidad cultural.....	284
4.4. ¿La Función retributiva de la pena genera efectos negativos de las minorías?.....	287
5. El liberalismo neutral frente al ejercicio de la pena.....	288
5.1. La autonomía personal y su compatibilidad con un Derecho Penal pluricultural.....	292
5.2. Los conflictos culturales. Un balance entre autonomía y responsabilidad penal.....	296
6. La viabilidad de la justicia restaurativa ante los delitos culturalmente motivados.	302
7. ¿Es el abolicionismo la solución a los delitos culturalmente motivados?.....	309
8. Posición personal.....	315

TERCERA PARTE

LA JUSTICIA PENAL FRENTE A LA DIVERSIDAD CULTURAL

CAPÍTULO QUINTO

LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN DELITOS CULTURALES

I. Planteamiento.....	318
-----------------------	-----

1. La función judicial en los delitos culturales. Problemas interpretativos.....	320
1.1. La interpretación de la cultura en el Derecho Penal.....	324
1.1.1. Interpretación de los valores sociales en las normas jurídico-penales.....	326
1.1.2. Interpretación del comportamiento social y la asignación de sentido.....	329
1.2. Modelos judiciales frente a los delitos culturales.....	333
1.2.1. Modelo multicultural y la interpretación de la costumbre.....	334
1.2.2. Modelo asimilacionista y la interpretación normativa.....	338
1.2.3. Modelo de la tolerancia y el valor de la diversidad.....	343
2. El escepticismo epistemológico en la discrecionalidad judicial penal.....	345
3. Las influencias de las valoraciones sociales en la discrecionalidad judicial penal.....	354
3.1. El pluralismo y la inconmensurabilidad de los valores en sede judicial.....	361
4. La discreción judicial para resolver los delitos condicionados culturalmente.....	368
4.1. El modelo fuerte de la discreción judicial en conflictos culturales.....	374
4.2. El modelo débil de la discreción judicial en los delitos culturalmente motivados.....	381
5. La función discrecional débil para un Derecho Penal pluricultural.....	384
5.1. La concepción material del delito y la discrecionalidad débil.....	388
5.2. El principio parsimonia como vía para la determinación de la pena por delitos culturales.....	392
5.3. Bases constitucionales para la imposición del castigo por la discrecionalidad débil.....	396
6. La discrecionalidad judicial y valoración de la culpabilidad de acto (la autodeterminación) por delitos culturales.....	400
6.1. El principio de parsimonia y la determinación de la culpabilidad por delitos culturales.....	405
7. El sentido de la mediación de la pena en los delitos culturalmente motivados.....	409
8. ¿La atenuación de la pena o la previsión de una eximente cultural?.....	413
9. Comentarios finales.....	416

CAPÍTULO SEXTO

LA ATIPICIDAD EN LOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS SIN VÍCTIMAS

1. Introducción.....	418
2.La teoría de la <i>cultural defense</i>	419
2.1. La <i>cultural defense</i> en sede de la culpabilidad. Bases para el error de prohibición cultural.....	424
3. La <i>cultural defense</i> y su interpretación a nivel de tipicidad.....	431
3.1. El principio de ofensividad para valorar los delitos culturales en sede de tipicidad.....	432
4. La atipicidad de los delitos culturalmente motivados: neutralidad y daño.....	437
4.1. La teoría de la adecuación social para un Derecho Penal pluricultural.....	444
4.2. El principio de parsimonia y la adecuación social como insumos para excluir por atipicidad los delitos culturalmente motivados.....	454
4.3. Significación de la adecuación social en el ámbito procesal penal.....	457
5. Constelación de casos de delitos culturalmente motivados atípicos.....	459
5.1. Posesión de drogas con fines de consumo por grupos minoritarios.....	460
5.2. Delitos ambientales por tradiciones culturales.....	466
5.3. Delitos contra la seguridad vial por motivos religiosos.....	470
6. Comentarios finales.....	473
CONCLUSIONES.....	475
BIBLIOGRAFÍA.....	488

DEDICATORIA

En 1996, tuve mi primer acercamiento a la profesión del Derecho con el emotivo examen doctoral de mi tío Don Carlos Juan Manuel Daza Gómez (†) quien defendió su tesis frente a un jurado muy prestigioso de penalistas mexicanos en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Pero no fue sino en 1997, que por circunstancias personales le pedí a mi tío Carlos que me permitiría trabajar a su lado. Por supuesto, que su respuesta fue inmediata con un “sí” y me pidió verlo al día siguiente a las 7:00 am en la Facultad de Derecho de la UNAM, porque daría su cátedra de licenciatura que impartió durante 34 años de manera ininterrumpida. Desde ese día, mi vida quedó deslumbrada por la pasión que transmitía en sus clases. Mi familia se alegró al conocer la noticia que empezaría una vida profesional bajo el manto de un ser humano inquebrantable en sus convicciones y con una inagotable generosidad. Debido a esa circunstancia familiar, curse mis estudios de Derecho y me titulé con una tesis de dogmática penal, como era de esperarse, porque eso era lo más próximo a mi todos los días. Pero durante el último año de mis estudios universitarios de Derecho decidí continuar mi formación académica en la flamante carrera de Filosofía y así, continué con la Maestría y Doctorado. Para ese momento mi andadura universitaria tuvo invaluable aportes de profesores de la UNAM y distintas universidades de España. Al mismo tiempo, mi padre Alfonso Pérez Monac (†), junto con mi madre Josefina Esther Daza Gómez me alentaban a seguir con mis estudios y aprovechara el camino trazado por el primer abogado de la familia, me refiero a mi tío Carlos. Lo mismo debo decir sobre mi hermana Esther Pérez Daza, quien en cada examen profesional que me acompañaba mostraba pura felicidad; en una ocasión asistió inesperadamente a una de mis clases, ese gesto de solidaridad y paciencia se lo agradeceré por siempre. Pero este devenir académico ha estado enriquecido todo el tiempo, por el inagotable acompañamiento de mi hermano Alfonso Pérez Daza, a quien deseo expresar nuevamente mi más sincero agradecimiento y deuda por todo, lo mismo para su esposa Judith. Igualmente, mi gratitud está

dirigida a *Sensei* Cristobal López por su permanente enseñanza del Aikido y la música a mi persona; además, por su respaldo en mi decisión para dedicarme al Derecho, pero sobre todo a la docencia. Muchas personas me han acompañado, apoyado y aconsejado durante mis estudios del doctorado en Derecho que decidí cursar en la majestuosa Universidad Carlos III de Madrid, entre ellas, Pedro Enrique García Ruíz, Axel Rivera, Carlos María Romeo Casabona, Juan José Cespedes, Eduardo Sarmiento, Juan Carlos Lois, Christian Ramírez y Aureliano Pérez. A todos los que me falta por mencionar, muchas gracias. Me resta, no, por último, sino por lo justo que es reconocer la incansable y desinteresada dirección de esta tesis por parte de mi director el Profesor Doctor Don Oscar Pérez de la Fuente, por su generoso magisterio que facilitó oportunamente la elección de este tema como parte de su compromiso ético con el que afronta los problemas de la diversidad cultural y el Derecho Penal. No encuentro palabras suficientes para expresarle mi gratitud.

Finalmente, después de 25 años, aspirar a recibir el grado de doctorado de una universidad española, será el mejor homenaje que puedo hacer al embajador del derecho, como lo ha llamado mi hermano Alfonso, a mi tío Carlos Daza, quien seguramente estaría entusiasmado por acompañarme el día de la defensa de la tesis, pero por las adversidades de la vida no será posible. Aun así, confío que al término del examen volveré a escuchar sus cariñosas e imborrables palabras que siempre me decía: "*felicidades mi hijo*".

INTRODUCCIÓN

En la presente tesis doctoral se busca elaborar un estudio teórico y práctico de los delitos culturalmente motivados, profundizando en el fenómeno de la diversidad cultural y el razonamiento judicial que deberá adoptar el órgano competente para decidir qué castigo en concreto imponer a la persona de un delito cometido por motivos culturales acorde al marco legal del proceso penal. Por ejemplo, el asesinato de una hija por causa de honor por el padre quienes son originarios de Pakistán, donde la costumbre dicta que la hija es propiedad del padre hasta el matrimonio. Hasta 1990 el homicidio por causa de honor fue considerado un supuesto que encuadraba con la defensa reglamentada en el art. 300(1) del Código Penal paquistaní. Pero en el país de acogida donde se realizó la conducta, está prohibido con una pena grave (homicidio intencional). O bien, algunos migrantes chinos pertenecientes al grupo étnico *han* son sorprendidos en Milán, en la calle Paolo Sarpi, mientras se entretienen con un juego de azar. Se les imputa el delito de los artículos 718-719 del Código Penal italiano (sanciones de la policía social administrativa).

El planteamiento anterior necesitará para su elaboración de un posicionamiento filosófico jurídico de características interdisciplinario para determinar qué castigo imponer. Los casos de crímenes realizados por motivos culturales implican para el juzgador la valoración moral de una conducta prohibida del extranjero o indígena conforme a los valores culturales de su lugar de origen. Además, determinar que bien jurídico ha sido objeto de daño por parte de la persona que infringe la norma jurídico-penal.

Para esto, se deberá profundizar en las siguientes cuestiones que son esenciales para la delimitación de la tesis: ¿con qué elementos morales o culturales el juzgador deberá imponer una pena?, ¿qué opciones ofrecen las teorías de la pena para no menoscabar los derechos de las minorías? Con eso, se deberá resolver: ¿cómo deberán los jueces determinar el grado de

culpabilidad para imponer un castigo?, y ¿cómo excluir en aquellos casos la responsabilidad penal a nivel de tipicidad?, ¿debe el juzgador resolver los conflictos culturales con la ponderación en todos los casos?

La decisión de esta investigación corresponde a que la literatura sobre los delitos culturalmente motivados los últimos años era escasa y ausente para aclarar el complejo escenario de la discrecionalidad judicial en la comisión de estos delitos culturales, en particular en los delitos sin víctimas. Además, era limitada literatura que aportará una fundamentación filosófica jurídica del Derecho Penal pluricultural¹. Lo que incentivó fijar la atención en esta problemática para profundizar en el entramado de las teorías de la pena frente a la lucha por los derechos de las minorías.

Esta propuesta de investigación fue enriquecida con los objetivos previstos en la *Convención para la protección y la promoción de la diversidad de expresiones culturales* en 2005, porque incentivó el debate de una forma multidisciplinaria (Filosofía Jurídica, Derecho Internacional Público, Derecho Constitucional y Derecho Penal) sobre los delitos culturalmente motivados. Este reto se deberá realizar de manera integral mediante la filosofía jurídica del liberalismo frente a los movimientos multiculturales generadas por el continuo flujo migratorio que incentivan preservar los rasgos particulares de su cultura a la que pertenecen determinados grupos étnicos, y lingüísticos, a fin de preservar su identidad cultural.

Por lo anterior, se procede a atender puntualmente la problemática a resolver sobre las complicaciones del sistema democrático y de los derechos humanos reglamentados en instrumentos normativos de promoción a la igualdad entre grupos que cohabitan un mismo

¹ Algunas excepciones existían al momento de empezar la investigación que contribuyeron a la elaboración del proyecto de tesis en 2016. Serán citados conforme al orden de aparición sin pretender su exhaustividad: BROECK, Van, Jeroen, “Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offences)”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 9, fasc. 1, 2001; BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Introducción al Derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; el mismo, ¿Existe un derecho penal indígena?, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005; el mismo, “El fundamento intercultural del Derecho Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXII, 2009; el mismo, *Acercas de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, México, 2012; DUNDES RENTELN, Alison, *The cultural defense*, Oxford University Press, New York, 2003; CARNEVALI, Raúl, “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, *Polít. Crim.* No. 3, 2007; FERRE OLIVE, Juan Carlos, “Diversidad cultural y sistema penal”, *Revista Penal*, No. 22, 2008; HÖFFE, Otried, *Derecho intercultural*, Gedisa, Barcelona, 2008; MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012; PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, *European Journal of Legal Studies*, Volume 5, Issue 1, Springer/Summer, 2012.

territorio, y sus propios conflictos que habrán de ser resueltos a la luz de los derechos fundamentales.

En el Capítulo Primero, se desarrolla la incompatibilidad entre el discurso moral y el derecho a la identidad cultural debido a lo indeterminado y profundamente compleja de esta relación en las sociedades actuales. Por lo que se pretende evidenciar este planteamiento en aproximaciones teóricas a los derechos personales y colectivos mediante la figura del pluralismo moral. Para ello, se propone analizar desde el discurso moral ante la diversidad cultural mediante corrientes filosófico-jurídicas como el cosmopolitismo, teorías del reconocimiento, multiculturalismo, pluralismo cultural, teorías de la justicia y discursos emancipatorios. Igualmente, discutir el impacto que producen las tensiones entre redistribución y reconocimiento para justificar la identidad de los grupos sociales con determinadas condiciones específicas como lo histórico, religioso, lingüístico, político, etcétera, frente a un derecho positivo que excluye determinadas prácticas culturales de los grupos minoritarios.

Ya en este punto, la investigación en el Capítulo Segundo tiende a esforzarse para aclarar la intersección del discurso pluricultural y el razonamiento judicial, que contribuya a dotar de sentido y contenido al derecho de las minorías frente a la legalidad de las disposiciones jurídico penales que prohíben cualquier daño a bienes jurídicos esenciales como son la vida, la integridad física, el libre desarrollo psicosexual, entre otros. Para ello, el juzgador inmerso en los modelos discursivos para la imposición de una pena y/o medida de seguridad, requiere considerar los factores culturales que son diferentes en cada continente por la existencia de diversas comunidades lingüística y culturalmente distintas a la de la mayoría. Por eso, la cuestión que la tesis contribuye en sede del razonamiento judicial es trasladar la tendencia mayoritaria de la resolución de casos en el nivel de la culpabilidad mediante la herramienta dogmática del error de prohibición (condicionado) para determinar el grado del conocimiento de la persona relacionado con la norma prohibitiva de dicho comportamiento.

Este proyecto integral de la tesis doctoral se nutrirá a lo largo del Capítulo Tercero de una metodología de carácter metaético para facilitar la vinculación del discurso intercultural con el razonamiento judicial en los delitos culturalmente motivados que representan un pendiente en la agenda de las sociedades pluriculturales para resolver conflictos culturales entre migrantes

o personas pertenecientes a pueblos originarios y el resto de la sociedad que disponen de otros valores establecidos. Los conflictos más representativos en una sociedad con diversidad cultural son los cometidos en contra de mujeres en libre desarrollo sexual, homicidios por razones de honor, o violencia física. En cambio, los delitos culturales sin perspectiva de género como la transfusión de sangre, la omisión de auxilio en suicidios, la circuncisión a niños y los tocamientos genitales a niños, serán estudiados con otras categorías filosófico jurídico penal para mejor entendimiento de su contexto cultural ante los órganos jurisdiccionales.

Para ello, el Capítulo Cuarto, analiza el escenario donde los jueces deben determinar la pena ante un delito culturalmente motivado. Cómo es lógico, la toma de conciencia de los jueces en la práctica referente a la interacción del derecho positivo, la diversidad cultural y el valor en las decisiones judiciales requiere un mayor esfuerzo para justificar una sentencia condenatoria. El reto que afronta el juzgador es determinar ¿qué fundamentación de la pena es la correcta (utilitaria, utilitaria-empírica, disuasiva, contractualista, retribucionista, preventiva)? o ¿imponer alguna medida de seguridad?, o ¿será viable la absolución para determinados casos?

Luego, en el Capítulo Quinto se planteará la problemática de la discrecionalidad judicial en sede de los delitos culturales. El objetivo de este capítulo corresponde ahondar en la función judicial y el rol de la interpretación de la cultura en el Derecho Penal, considerando los modelos multicultural, asimilacionista y tolerante que son identificados ante casos de delitos cometidos por razones culturales. Esto permitirá identificar que la discreción judicial es la herramienta más importante para resolver estos conflictos culturales. Para ello, se propondrá aplicar la discrecionalidad débil en el rubro del concepto material del delito para la justificación de la pena a imponer.

Finalmente, el Capítulo Sexto plantea la propuesta de la tesis doctoral. Esta consistirá en exponer la doctrina de la *cultural defense* como el mecanismo recurrible en tribunales para preservar el ejercicio de los derechos culturales de los inculcados durante el proceso penal. Esto permitirá identificar su importancia para la definición de la tipicidad de algunos delitos culturales. En este punto se aplicaran la teoría de la adecuación social y principio de ofensividad para justificar la atipicidad de los delitos culturalmente motivados sin víctimas: consumo de drogas, contra el medio ambiente y especies protegidas y en seguridad vial.

Por tanto, la implementación de la adecuación social en el estudio de los delitos culturalmente motivados pretende ofrecer una interpretación incluyente en sede judicial, susceptible de lograr una valoración del injusto sobre aquellas conductas socialmente inadecuadas por lesionar bienes jurídicos que son protegidos para el funcionamiento de la vida social, pero que no ameritan punibilidad alguna por conceder la libertad de acción de una persona motivada culturalmente, a pesar de la tipicidad formal de la conducta. En otras palabras, se pretende dar una fundamentación ético jurídico-penal para que los jueces justifiquen mediante razones por las que estas conductas que formalmente pueden subsumirse en los tipos de lo injusto sean excluidas por no considerarse típicas.

CAPÍTULO PRIMERO

EL PLURALISMO Y SU FUNDAMENTACIÓN MORAL

1. Introducción.

El auge de la diversidad cultural en las sociedades actuales ha estado motivado por la migración o por el reconocimiento de grupos minoritarios en un mismo territorio. Pero al mismo tiempo esta convivencia pluricultural en la esfera pública ha incentivado diversos conflictos morales. Estos conflictos han sido estudiados por los Estados mediante posiciones universalista y particularista para proteger o restringir los derechos de quienes pertenecen a una minoría cultural. Para esto, se analizarán las posiciones monistas, relativistas (en el nivel descriptivo, normativo y metaético), y pluralismo moral por desempeñar un papel fundamental para determinar ¿cómo compaginar el punto de vista moral respetando las decisiones autónomas de terceros cuando estas implican graves afectaciones a los Derechos Humanos supuestamente universales?

Luego, se procede a explorar el mapa del debate que circunscribe al pluralismo moral desde las posiciones relativistas (descriptivo, normativo y metaético). Ello mostrará que versión del pluralismo resulta la más idónea para los fines de la investigación: i) versión débil concentra un abánico de valores consensuados en la esfera pública, así como una diversidad de entendimiento del bien en el ámbito íntimo de las personas, asociada a la autonomía individual y la tolerancia, con una clara fundamentación del acuerdo procedimental logrado sobre aquellos

valores morales vigentes; o ii) la versión fuerte deja al descubierto aquellos conflictos opuestos entre los diversos valores morales reconocidos.

En seguida, se analizarán las visiones críticas de las teorías no cognitivistas que confrontan la posición objetivista de la moral como la versión elaborada del emotivismo por representar la principal oposición al objetivismo moral. A partir de este primer escenario crítico, se analizará si el constructivismo en sede del objetivismo moral funciona como basamento para que el pluralismo proporcione mejores estándares de objetividad para resolver los conflictos morales. Para ello, se recurre al concepto de inconmensurabilidad para su identificar mejores opciones de solución a los problemas que tienen las sociedades con diversidad cultural.

Una vez analizado el escenario moral en las sociedades pluralistas, corresponderá centrar la atención en los diferentes niveles que el pluralismo moral se vincula, tales como: i) en sede de una fundamentación cognoscitivista; ii) del papel de la teoría del reconocimiento; iii) de la diversidad cultural en sentido escrito; y iv) en las razones para la acción.

2. La problemática universalista/particularista y el concepto de minoría cultural.

La discusión entre universalismo y particularismo ha sido amplia y continua a lo largo del tiempo, sin embargo, centrar su atención a partir de ciertos autores permitirá comprender su importancia para identificar sus implicaciones no sólo conceptuales sino prácticas para los grupos culturales minoritarios.

La posición de Dancy, es considerada como una de sus impulsores del particularismo² ante la diversidad moral³. Esta visión corresponde a un holismo en la teoría de las razones⁴ compaginable con una ética sustentada en principios de un solo tipo⁵. Esto es, un holismo general en la teoría de los valores que es profundamente análogo al holismo en la teoría de las razones⁶. Su propuesta se basa en “extender la razón” a cualquier cosa que pueda ser presentada sin ser una razón no es en absoluto una razón, sino sólo parte de razones.

Según Dancy, las razones morales serán aquellas razones generales, en el sentido de que son variables. Un rasgo que nos da una razón moral en un caso puede dárnosla en otro, o incluso puede darnos una razón opuesta. Por ello, propone sospechar respecto de toda tentativa de mostrar que el pensamiento moral y el juicio dependen de un conjunto adecuado de principios morales. Si bien el juicio moral es una inferencia, y la inferencia exige principios de inferencia, los principios morales constituyen precisamente tales principios⁷, lo que permite inferir que una acción es incorrecta a partir de ciertas premisas que especifican los rasgos relevantes de la situación o de la acción. Por tanto, rechaza que la naturaleza del juicio moral sea inferencial⁸, y como no es una inferencia no ha lugar para los principios de inferencia para mantener todo en orden⁹. Por ejemplo, un rasgo que incrementa el valor de aquello que lo posee en un caso, puede en otro caso, hacerlo peor o ser simplemente indiferente. Así, primero, el valor de un conjunto no necesita ser idéntico al total de los valores de sus partes, considerados de manera independiente. Segundo, las partes componentes pueden cambiar su valor en el pasaje de un conjunto a otro, pero no pueden proporcionar más, o menos, valor a un conjunto del que tienen

² Para DANCY, Jonathan, ¿“Qué es el particularismo en ética?”, Pau Luque (ed.), *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 19, la existencia de diversas versiones del particularismo no están ni tienen por qué estar de acuerdo sobre la perspectiva promueven. Dancy considera que estas variantes del particularismo disponen por lo menos algo en común. El rasgo común entre todas las versiones “es la sospecha de que hay una comprensión tradicional de la moralidad, que reposa en una asunción errónea. Esta asunción consiste en que la moralidad está esencialmente ligada, de algún modo, a los principios”.

³ Para ahondar sobre la posición de Dancy, véase BOUVIER, Hernán G., *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*, Marcial Pons, Madrid, 2012; HOOKER, Brad, Margaret Little, (eds.), *Moral particularism*, Oxford University Press, New York, 2001.

⁴ DANCY, Jonathan, “Qué es el particularismo en ética?”, op. cit., p. 22.

⁵ DANCY, Jonathan, “Qué es el particularismo en ética?”, op. cit., p. 23.

⁶ DANCY, Jonathan, “Qué es el particularismo en ética?”, op. cit., p. 36.

⁷ DANCY, Jonathan, “Qué es el particularismo en ética?”, op. cit., p. 30.

⁸ DANCY, Jonathan, “Qué es el particularismo en ética?”, p. 31.

⁹ DANCY, Jonathan, “Qué es el particularismo en ética?”, p. 32.

en ese conjunto; y tercero, el valor de un conjunto debe ser idéntico a la suma del valor de sus partes componente¹⁰.

En cambio, Lariguet propone someter el particularismo a los dilemas morales que son contingentes, variables, inestables, imprevisibles, en ocasiones inmanejables e impactan en la delineación de propiedades de naturaleza peculiar, válidas para una ocasión y no imperativo para otro caso. Por lo que resulta inviable pretender establecer reglas o principios universales que regulen estos casos¹¹. En este sentido, el autor aclara que su meta es lograr “mostrar cómo determinados rasgos de ciertas situaciones *concretas* de *dilema moral* podrían ser mejor iluminadas bajo algunas tesis que comúnmente se adjudican a defensores del particularismo en materia moral”¹². Para esto Lariguet recurre a los conexión entre dilemas morales y argumentos particularistas entre los que destaca la problemática sobre la preservación de “propiedades morales” mediante “propiedades no morales”, siguiendo el rastro metaético, en aras de reconciliar la posición naturalista y normativista; al mismo tiempo dar cuenta de la fundamentación y objetividad de las normas¹³. Por consiguiente, Lariguet sostiene una visión de los dilemas morales (trágicos) y particularismo mediante una relación progresiva y “no cualitativa que forma parte de una fenomenología amplia de situaciones”¹⁴.

Por su parte, Moreso acepta el particularismo como un tipo especial de escepticismo interpretativo¹⁵ que coincide en gran medida con Guastini¹⁶, porque según Bouvier comparten el postulado según el cual “la solución de un caso mediante una regla no necesariamente se traslada a casos similares”, los cuales serían resueltos mediante la ponderación que establece una

¹⁰ DANCY, Jonathan, “Qué es el particularismo en ética?”, p. 37.

¹¹ LARIGUET, Guillermo, “Dilemas morales y derecho. Una crítica a David Martínez”, *Revista Discusiones*, No. 8, 2008, p. 82 y 83; el mismo, *Dilemas y conflictos trágicos. Una investigación conceptual*, Palestra, Lima, 2008, p. 214, reconoce que la problemática entre dilemas y particularismo requiere un análisis independiente.

¹² LARIGUET, Guillermo, *Dilemas en la moral, la política y el derecho*, B de f, Buenos Aires, 2017, p. 181. El propio Lariguet aclara su posición frente a la de Dancy, p. 189, nota al pie 33, para quien la conexión entre el particularismo, dilemas morales y la respuesta correcta en Dancy es el de una versión del particularismo fuerte”. En ella, admite la viabilidad de un “ordenamiento completo de valores o principios” aplicables al caso. Por eso, su explicación sobre el ordenamiento no corresponde a la base de la comparabilidad entre alternativas, sino más bien, a partir de una idea diferente. Esto es, “que hay alternativas abiertas a la elección del agente, pero donde el agente no necesitaría un compromiso previo con la comparabilidad”.

¹³ LARIGUET, Guillermo, *Dilemas en la moral, la política y el derecho*, op. cit., p. 191.

¹⁴ LARIGUET, Guillermo, *Dilemas en la moral, la política y el derecho*, 202.

¹⁵ MORESO, José Juan, *La constitución modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 298-302

¹⁶ Principalmente, GUASTINI, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 350-352.

jerarquía entre principios, entendido este como un acto subjetivo no sujeto a reglas y cercano al orden de las preferencias personales. Por eso, esta forma de ponderar da una especie de particularismo jurídico¹⁷.

Ahora bien, para delimitar la discusión del universalismo/particularismo, lo haré a partir del concepto de minoría y para esto habré de continuar con las directrices trazadas por Pérez de la Fuente, quien propuso entender qué son las minorías mediante el paradigma del *canon mítico* con el cual se reconoce al hombre blanco, propietario, heterosexual, diestro, católico, obrero, negro, discapacitado y no por ello debe ser un obstáculo para desarrollar sus planes de vida en igualdad de condiciones, evitando cualquier juicio de disvalor contextual sobre alguna de las características que forman su identidad. En cambio, es viable referirse a los estereotipos y prejuicios que responden como constructo social sobre los diversos elementos de la identidad dando paso a la discriminación o estigma social como eje central de la noción de minoría¹⁸, por eso resultó indispensable reconocer e implementar determinados derechos en el marco internacional y nacional para la protección de los rasgos étnicos, culturales, religiosos o lingüísticos en sus respectivos ámbitos legislativo y jurisdiccional (constitucional)¹⁹.

El riesgo de hablar sobre minorías radica en el discurso identitario, por un lado, tiende a esencializar la identidad e imponer en los grupos relevantes una unidad de visiones y experiencias que ellos no tiene y no pueden tener²⁰. Por el otro, es la tendencia a crear falsas antinomias entre conjuntos cerrados, esto es, “las minorías parte del hecho de que toda identidad es particular. Las identidades universales son realmente difíciles de articular”²¹, por lo que resultan conformar un laberinto de identidades. Así, Pérez de la Fuente ha establecido una estrategia para afrontar las situaciones paradójicas sobre las identidades²², a fin de impulsar un renovado sentido en las

¹⁷ BOUVIER, Hernán G., *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*, pp. 327 y 328. Esta discusión sobre la ponderación y particularismo será retomada *infra*, en los capítulos Quinto y Sexto.

¹⁸ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Sobre el discurso de las minorías”, Montserrat Abad Castelos, et. al., (Coords.), *Derecho y minorías*, Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015, p. 56.

¹⁹ Para mayores detalles sobre la problemática de las técnicas de reconocimiento de minorías nacionales, véase BJÖRN, Arp, *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 140 y ss.

²⁰ Consúltese al respecto, SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, et. al., *Derecho y minorías*, 2ª reimpresión, UNED, Madrid, 2015.

²¹ PÉREZ DE LA FUENTE, OSCAR, “Sobre el discurso de las minorías”, p. 67.

²² Para mayor detenimiento, PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Feminismo y multiculturalismo. Una versión de Ariadna en el laberinto de las identidades”, *Perspectivas sobre feminismo y derecho*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 123-151; el mismo, “Sobre el discurso de las minorías”, pp. 68-76.

agendas políticas donde las minorías como los excluidos deban ocupar un lugar destacado en el gobierno de los libres e iguales²³ mediante nociones de legitimidad e inclusión.

En este sentido, Velasco Arroyo sostiene que la principal preocupación sobre el concepto de minorías motivado por los movimientos migratorios a gran escala, radica “en cómo cohesionar valores legítimos, pero dispares”. Esto es, “el principio básico e irrenunciable de la igualdad ante la ley y el derecho de los individuos y grupos a mantener sus rasgos culturales diferenciales”²⁴ resulta el mayor reto para evitar un multiculturalismo extremo de índole segregacionista y despojando la conciencia de pertenecer a una determinada comunidad política común. En consecuencia, propone la idea de un prototipo de ciudadanía carente de “connotaciones étnico-culturales excluyentes”. Para ello, propone “un espacio público deliberativo, con un variado entramado asociativo y participativo, accesible a todos los sujetos, sería un ámbito de juego común en donde conciliar el antagonismo entre universalidad y particularidad”²⁵.

Para robustecer estas posiciones a favor de la legitimidad e inclusión de las minorías en la agenda política de aquellas sociedades democráticas. En particular, en el desempeño de los jueces que conocen casos motivados por conflictos culturales²⁶, es necesario repasar las diversas posiciones metaéticas del monismo, el relativismo en su vertiente descriptivo y normativa y universalismo pluralista.

2.1. La posición monismo moral ante los conflictos culturales.

Uno de los máximos representantes teóricos de la filosofía moral ha sido el monismo que defiende una sola forma de vida y el resto de valores son inferiores o no considerados. En consecuencia, los demás valores serán un solo medio para realizar el valor superior, “el hecho de que aunque todos los valores son igualmente importantes, algunos lo son más y sólo existe una única forma verdadera y racional de combinarlos”²⁷.

²³ Cfr. “Sobre el discurso de las minorías”, p. 77.

²⁴ VELASCO ARROYO, Juan Carlos, “Derechos de las minorías y democracia liberal: un debate abierto”, *Revista de Estudios Políticos*, (Nueva Época), Núm. 109, julio-septiembre, 2000, p. 202.

²⁵ VELASCO ARROYO, Juan Carlos, “Derechos de las minorías y democracia liberal: un debate abierto”, p. 220.

²⁶ Para mayor detalle, véase *infra* Capítulo Quinto.

²⁷ PAREKH, Bhikhu, *Repensando el multiculturalismo*, Istmo, Madrid, 2005, p. 39.

Esta posición monista responde a decir de Berlin por tres dogmas indiscutibles: i) todo auténtico problema tiene una solución verdadera; ii) las respuestas válidas y aceptadas a esos inconvenientes serán comprensibles en un primer momento; y iii), todas estas respuestas tienden a conformar un todo armonioso y concordante²⁸.

Por otro lado, el reduccionismo de la diversidad dice Agamben sea común oír la sentencia jurídico político que se reconoce la diversidad, siempre y cuando no contravenga el ordenamiento jurídico²⁹. Para eso, Pérez de la Fuente explica que las “verdades morales” son comprensibles por su importancia “divina” o bien “producto” mismo del razonamiento y a partir de esto, lo importante es advertir “cuál es la actitud monista frente al pluralismo cultural una vez afirma su seguridad epistémica sobre la verdad moral”³⁰.

No obstante, esta aparente superioridad axiológica frente a los demás valores considerados inferiores, conlleva uno de las mayores afrontas de las imposiciones religiosas³¹, por ejemplo, colocar un crucifijo en las paredes de un aula pública³²; o bien, las ideologías totalitarias pretenden imponer en las jerarquías de valores morales, como sucedía en el régimen nazi por parte de las formaciones de élite mediante un adoctrinamiento ideológico a través del terror absoluto con los campos de concentración servían para deshacerse de todos los enemigos y opositores³³.

²⁸ BERLIN, Isaiah, *El fuste torcido de la humanidad*, Ediciones Península, Madrid, 2019, p. 197.

²⁹ AGAMBEN, Giorgio, *La comunidad que viene*, Pre-Textos, Valencia, 2006, p. 9.

³⁰ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 153-154. En este sentido, HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 37, expone que “la validez de las normas morales *universalmente vinculantes* ya no se puede explicar en ningún caso con razones e interpretaciones que presupongan la existencia y el papel de un Dios creador y redentor trascendente”.

³¹ En el caso de Estados Unidos, WITTE, John JR., NICHOLS, Joel A., *La libertad religiosa en Estados Unidos. Historia de un experimento constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 106. “Siete de los trece estados originales todavía tenían religiones oficiales al tiempo de la redacción de la Primera Enmienda, en 1789”.

³² Para mayor detenimiento, ALENDA, Manuel, “La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005, pp. 1-26; NARANJO, Rafael, “Margen de apreciación estatal, libertad religiosa y crucifijos (o las consecuencias de un deficiente diálogo entre jurisdicciones)”, *Revista de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 11, pp. 117-137; PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 81 -91.

³³ Entre otros, ARENDT, Hanna, *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza, Madrid, 2013, p. 589; SÁNCHEZ MECA, Diego, HERRERA GUILLÉN, Rafael, VILLACANA, José Luis, *Totalitarismo: la resistencia filosófica (15 estudios de pensamiento político contemporáneo)*, Tecnos, Madrid, 2018.

Esta tendencia unitaria, jerárquica y superior es identificada en la posición ética utilitarista, al menos en su versión clásica, que postula la felicidad como único valor, “es una teoría bienestarista de tipo monista: el bienestar se identifica con la felicidad. Este rasgo permite distinguirlo de otras teorías bienestaristas de tipo pluralista”³⁴, por tanto, “el utilitarismo clásico sería una teoría consecuencialista y monista”³⁵, porque no cobra importancia diferenciar los valores adoptados por una persona o institución. Por tanto, la solución correcta a cada uno de esos valores será invariablemente fomentarlos³⁶.

La peculiar forma de concebir el monismo moral de los valores en el mundo de manera jerárquica, anteponiendo la posición de la sociedad por el simple hecho de considerarlo como la opción que produzca la máxima felicidad, pone el acento en negar cualquier diversidad cultural en las sociedades o en determinado caso, aquellos grupos minoritarios indígenas que disponen de una particular costumbre y lengua única, lo que no les permiten obtener el reconocimiento como otro de sus miembros en la sociedad. En otras palabras, que son marginados, oprimidos, o discriminados. Esto mismo trasciende en aquellos Estados modernos donde no aceptan reconocer la legalidad de las normas consuetudinarias implementadas por el propio grupo de manera intern. Para Vernengo esta situación de los grupos minoritarios sus “pautas internas tendrán la validez relativa que el orden jurídico central les confiera; si, en cambio, la delegación no es admitida y el grupo no es reconocido, sus normas y pautas internas se tendrán como socialmente inexistentes y, en cambio, se aplicarán directamente las normas del derecho objetivo estatal”³⁷.

Para Kutschera una teoría ética monista responde a las siguientes características: primero, un *monismo de principios* compuesta por sólo un principio moral fundamental como el imperativo categórico kantiano, o una ética utilitarista; segundo, *monismo de valores o axiológico* con el cual se

³⁴ Así, FARREL, Martín Diego, *Privacidad, autonomía y tolerancia. Ruidos disonantes en ética*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 29.

³⁵ FARREL, Martín Diego, *Privacidad, autonomía y tolerancia. Ruidos disonantes en ética*, op. cit., p. 30.

³⁶ En este sentido, PETTIT, Philip, “El consecuencialismo”, Peter Singer, *Compendio de ética*, 4ª reimpresión, Alianza, Madrid, 2010, p. 326, considera viable trazar dos rasgos distintivos propios de los partidarios de la teoría consecuencialista: i) aquel diagnóstico para cada opción tiene un valor determinado por sus respectivas propiedades consideradas importantes en él realizadas, donde habrá de preservarse la libertad. El valor asignado no es único, debido al ejercicio de la ponderación sobre sus propiedades son variables; y ii) que un agente pueda realizar o no, habrá de disponer de un valor impuesto por los propios valores de sus pronósticos.

³⁷ VERNENGO, Roberto J., “El relativismo cultural desde la moral”, León Olivé, (Compilador), *Ética y diversidad cultural*, UNAM-Fondo de Cultura Económico, México, 1993, p. 170.

ofrece un orden axiológico dividido a su vez por un *monismo de valores derivado* consistente por las relaciones de preferencia especiales de un estado de cosas mejor que otro; un monismo axiológico semejante deriva el orden axiológico completo de órdenes parciales y más simples en el aspecto de su contenido; *monismo de valores de principio* consiste en decir que sólo hay una cosa que es intrínsecamente buena³⁸.

Por su parte, Lariguet entiende al monismo como una doctrina que aún y “existan diversos valores y posibles conflictos en un nivel *superficial*, resulta posible, en un nivel más profundo identificar sus relaciones de conmensurabilidad” y para esto, habrá de ordenarse mediante un exclusivo y único valor superior³⁹. Eesto es así, en tanto se demuestre que dentro del propio pluralismo razonable existe cierta tensión interna y verificable. Para eso, Lariguet considera que habría en realidad un relativismo ético, o un particularismo moral, o bien, una fragmentación de valores.⁴⁰ En palabras del autor, “dentro de la más amplia, diversa y abarcadora definición del pluralismo razonable, hay componentes que con algo de presión pueden conducir a consecuencias no deseadas por los propios pluralistas”⁴¹.

En cambio, Barberis advierte que el debate ético entre monismo y pluralismo no radica para los juristas en la unidad o pluralidad de los valores, sino en su posible conflicto⁴², esto es, “los conflictos entre valores son resolubles en general, a través de las mismas técnicas usadas para prevenirlos”⁴³.

Una vez descrito el perfil identificativo del monismo moral, corresponde ahora revisar el relativismo moral para contrastar sus postulados morales frente al único que sostiene el monismo.

³⁸ KUTSCHERA, Franz von, *Fundamentos de ética*, Cátedra, Madrid, 1989, pp. 86 y 87.

³⁹ LARIGUET, Guillermo, *Dilemas en la moral, la política y el derecho*, op. cit., p. 349. Por su parte, BARBERIS, Mauro, *Ética para juristas*, Trotta, Madrid, 2008, p. 165, advierte que el monismo ético se mantiene al parecer entre los filósofos morales. En cambio, el pluralismo ético entre filósofos de la política y del derecho; en ámbito jurídico, en particular, el monismo ético parece prevalecer sólo entre constitucionalistas y filósofos del derecho iusnaturalistas. Por su parte, NINO, Carlos S., *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 62, destaca que si bien “el objetivismo puede ser monista” o pluralista “según admita un solo tipo de hecho moral relevante”, piénsese en “el placer”, o una diversidad de clases de hechos, por ejemplo, “las necesidades humanas”, entre otras.

⁴⁰ LARIGUET, Guillermo, *Dilemas en la moral, la política y el derecho*, op. cit., p. 350.

⁴¹ LARIGUET, Guillermo, *Dilemas en la moral, la política y el derecho*, op. cit., p. 351.

⁴² BARBERIS, Mauro, *Ética para juristas*, op. cit., p. 165.

⁴³ BARBERIS, Mauro, *Ética para juristas*, op. cit., pp. 166 y 167.

2.2. El relativismo cultural y sus implicaciones en el relativismo moral.

Es importante advertir que la discusión del relativismo moral deviene propiamente de las dificultades enmarcadas entre la universalidad de los Derechos Humanos y la propia diversidad cultural⁴⁴. Además, el relativismo cultural radical, parte de la idea de que la cultura es la única fuente de validez de un derecho o norma moral. En cambio, el relativismo cultural radical carece de condiciones para validar los derechos y normas morales universalmente válidos. A partir de esta base discursiva, se elaboran posiciones como el relativismo cultural fuerte que consiste en identificar a la cultura como la principal base moral válida de un derecho humano o una norma moral. Esto permite otorgar a los derechos normas morales y prácticas culturalmente determinadas, aunque el factor universal de la naturaleza humana, así como los propios derechos habrá de fungir como control de los posibles excesos del relativismo. En cambio, el relativismo cultural débil defiende la posición de que la cultura tienda a cumplir un papel fundamental para validar el derecho o de una norma moral, pero esta cumple la función, a su vez, de controlar los posibles excesos del universalismo.

Por ejemplo, Donnelly explica al relativismo cultural débil como un enfoque ambicioso de un conjunto de derechos humanos universales *prima facie* pero en cierta medida permite algún grado de excepciones y variaciones locales, estas últimas mediante interpretaciones particularistas de los estándares universales⁴⁵, además considera indispensable incluir en el relativismo cultural juicios cualitativos a las ya reconocidas medidas cuantitativas establecidas a las variaciones entre

⁴⁴ Entre otros, véanse, ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “La cuestión de la universalidad de los derechos: de las intuiciones a los problemas”, Francisco Javier Ansuátegui Roig, José Manuel Rodríguez Uribe, Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García (Coords.), *Historia de los derechos fundamentales, (Valores, principios y derechos humanos)*, Vol. 4, Tomo 4, 2013, pp. 73 y ss; el mismo, “Derechos humanos: entre la universalidad y la diversidad”, Eduardo Javier Ruiz Vieytez, Gorka Urrutia Asua, (coords.), *Derechos humanos en contextos multiculturales: ¿acomodo de derechos o derechos de acomodo?*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Alberdania, San Sebastián, 2010, pp. 23-38; GARZÓN VÁLDES, Ernesto “Acerca de la universalidad de los derechos humanos y su fundamentación”, *Los derechos humanos en un mundo dividido*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp. 87-111; DEL CARPIO RODRÍGUEZ, Columba, *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*, Civitas, Madrid, 2014, pp. 30-33; DONNELLY, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, New York, pp. 89-106; el mismo, *Derechos humanos internacionales*, 2ª ed., trillas, México, 2018; MATTELART, Armand, *Diversidad cultural y mundialización*, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 111 y ss.; FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., “Debates jurídico-internacionales sobre cultura y derecho”, *La UNESCO y la protección internacional de la cultura en el espacio Iberoamericano*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 70-72; ORENTLICHER, Diane F., “Relativismo y religión”, en Michael Ignatieff, *Los derechos humanos como política e idolatría*, Paidós, Barcelona, 2003, pp. 147-162.

⁴⁵ DONNELLY, Jack, “Cultural relativism and universal human rights”, *Human Rights Quarterly*, No. 6, 1984, p. 401.

la clasificación débil y fuerte. Sostiene tres niveles de relatividad que responden: i) a una lista de Derechos Humanos; ii) la interpretación de los derechos individuales y, iii) en las formas de aplicar los derechos humanos⁴⁶.

Donnelly comparte una visión del relativismo débil en los niveles de interpretación y de forma⁴⁷, en tanto la idea de la universalidad de los derechos humanos básicos⁴⁸, sean moderados en el reconocimiento de las variaciones culturales, esto es, “relativamente universales”⁴⁹.

Esta aportación de Donnelly por un relativismo débil, si bien tiende a elaborar un escenario susceptible de flexibilizar el método de interpretación y aplicación de los Derechos Humanos frente a la diversidad cultural, “la universalidad de dichas garantías es totalmente compatible con un mundo rico en diversidad cultural...Un propósito central de los derechos humanos es proteger el derecho a escoger dichos caminos por parte de los individuos, grupos y pueblos”⁵⁰, sin embargo, esta posición relativista débil continúa susceptible a críticas de carácter moral sobre su aplicación, en particular por el relativismo moral.

El relativismo moral asume generalmente la posición contraria a la posición que reconoce la existencia de un solo código moral con validez universal. En cambio, propone una vía donde la verdad moral y la justificabilidad son en ciertas formas relativas a factores cultural e históricamente contingentes⁵¹. La cuestión radica en “cómo debemos actuar hacia quienes aceptan valores muy diferentes de los propios”, sobre todo cuando las reglas básicas que son impuestas en una sociedad pueden diferir de las reglas básicas impuestas en otra⁵².

⁴⁶ DONNELLY, Jack, “Cultural relativism and universal human rights”, op. cit., p. 401.

⁴⁷ DONNELLY, Jack, “Cultural relativism and universal human rights”, op. cit., p. 418.

⁴⁸ DONNELLY, Jack, *Derechos humanos internacionales*, op. cit., p. 63, considera a los derechos humanos desde una visión histórica como parte del relativismo, porque sus fundamentos son concernientes a una gama de doctrinas comprensivas que participan en el consenso contemporáneo reconocidos a nivel internacional. Pero en realidad, los derechos humanos, no tienen porque ser culturalmente relativos en el sentido fuerte del término. Esto es así, debido a que su justificación no se fundamenta o sustenta en alguna cultura en particular; su práctica u obligatoriedad no se encuentra atada a ninguna cultura o grupo cultural en específico.

⁴⁹ DONNELLY, Jack, “Cultural relativism and universal human rights”, op. cit., p. 419.

⁵⁰ DONNELLY, Jack, *Derechos humanos internacionales*, op. cit., p. 64.

⁵¹ Entre otros, WONG, David, “El relativismo”, Peter Singer (ed.), *Compendio de ética*, Alianza, 4ª reimpresión, Madrid, 2010, p. 593; PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, op. cit., p. 155; FARRELL, Martín Diego, *La filosofía del liberalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 218.

⁵² Al respecto, HARMAN, Gilbert, *La naturaleza de la moralidad. Una introducción a la ética*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 116 y ss.; ANSUÁSTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 128, sostiene que no existe impedimento alguno para

La moralidad da a las personas razones para hacer cosas, por eso los relativistas “no niegan que los miembros de una sociedad puedan dar razones para sus creencias, pero insisten en que éstas son internas al sistema”⁵³, y en algunos casos hasta llegan a defender la existencia de diversas creencias morales que también son buenas para sus miembros⁵⁴. Por eso, el relativismo moral habrá de postular el respeto a la diversidad cultural que reconoce los valores propios de cada grupo, a partir del derecho a la identidad cultural.

Garzón Valdés sostiene que “el respeto a la pluralidad cultural, de las normas y procedimientos que cada grupo considera legítimos, exigiría asumir una posición de relativismo ético, es decir, diametralmente opuesta a la que implican las exigencias de universalidad y de homogeneidad”⁵⁵. Por su parte, Vernengo sostiene “moralmente correspondería respetar las peculiaridades culturales de ciertos grupos, al modo como, en principio, corresponde respetar las decisiones morales autónomas de todo ser humano”⁵⁶.

Ahora bien, el multiculturalismo reconoce un relativismo cultural, pero no acepta el postulado de un relativismo moral, de ahí que Martin Farrell propone analizar el relativismo moral con el principio milliano del daño⁵⁷ enfocado a tres clases de conductas, la primera a una conducta autorreferente; a las que afectan a un tercero con su consentimiento y la última, a aquellas que afectan a un tercero sin su consentimiento. Esta última conducta corresponde directamente con el problema de los delitos culturalmente motivados, por ejemplo, la práctica de la ablación del clítoris a sus hijas menores⁵⁸. Para este autor la problemática no está en

que el mecanismo de la decisión particular pueda tener una determinada efectividad a la hora de controlar las conductas. Siempre y cuando lograra existir un determinado sujeto lo suficientemente capaz de tomar decisiones invariablemente diferentes en un contexto plural.

⁵³ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, p. 155.

⁵⁴ Para MENÉNDEZ ALZAMORA, Manuel, “Las formas del pluralismo en el pensamiento político contemporáneo”, José Miguel Piquer Marí, *et. al.*, *Pluralismo. Perspectivas políticas y desarrollos normativos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 78. “Existen dos tipos de relativismo, el que afecta a los juicios de hecho y el que afecta a los juicios de valor”.

⁵⁵ GARZÓN VÁLDES, Ernesto, “El problema ético de las minorías étnicas”, León Olivé, (Compilador), *Ética y diversidad cultural*, UNAM-Fondo de Cultura Económico, México, 1993, p. 32.

⁵⁶ VERNENGO, Roberto J., “El relativismo cultural desde la moral”, *op. cit.*, p. 167.

⁵⁷ Para mayor detalle sobre este principio, véase, FARRELL, Martin Diego, *El derecho liberal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, especialmente, Capítulo III, pp. 136-190; RIVERA LÓPEZ, Eduardo, *Presupuestos morales del liberalismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 53-58.

⁵⁸ Al respecto, véase, COMANDUCCI, Paolo, “Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 3, octubre, 1995, p. 32.

simplemente responsabilizar moralmente a los padres que practican la “ablación del clítoris a sus hijas”, sino el de aceptar que un Estado extranjero a que intervenga para poner fin a esa práctica⁵⁹. Esto solo sería permisible, en tanto, “los sujetos del derecho internacional” sean los propios individuos, lo que justifique una intervención externa cuando un Estado someta o permita que alguien someta a sus ciudadanos a un tratamiento que implique la violación del principio milliano del daño antes aludido⁶⁰. Para William “no puede considerarse como una consecuencia de la naturaleza de la moralidad misma el que ninguna sociedad deba interferirse nunca en los asuntos de otra, o que los individuos de una sociedad, cuando se ven confrontados con las prácticas de otra, si son racionales, deban reaccionar con la aceptación”⁶¹.

Por lo visto hasta ahora, el relativismo moral tiende a permitir y justificar prácticas culturales ancestrales como la ablación del clítoris, el matrimonio con menores de edad, el homicidio por razón de honor, la bigamia. Ahora lo que atañe es confrontar esta visión relativista frente a la clasificación elaborada por Pérez de la Fuente relativa a los niveles: i) descriptivo; ii) normativo, y iii) metaético⁶².

2.2.1. El relativismo descriptivo. Primer nivel.

El relativismo descriptivo o relativismo cultural consiste en establecer creencias o criterios de índole morales que son aceptadas de manera relativa entre individuos o sociedades diferentes, pero no aceptan en coincidir acerca de las respuestas a cuestiones morales⁶³. Pero al mismo tiempo, se limita a comprobar que los estándares de moralidad en cada sociedad son distintos, sin que por ello se produzca alguna consecuencia de carácter ético normativo o metaético⁶⁴. A decir de Williams “la confusión central del relativismo es la de tratar de extraer, a

⁵⁹ FARRELL, Martín Diego, *Ética en las relaciones internas e internacionales*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 222.

⁶⁰ FARRELL, Martín Diego, *Ética en las relaciones internas e internacionales*, op. cit., p. 234, aclara que todo caso de violación del principio milliano no conduce automáticamente a la intervención externa. Esto es, el propio Mill mismo era un utilitarista, por ello, la justificación de la intervención externa dependerá siempre de un cuidadoso cálculo de consecuencias. “Cuando el costo de la intervención exceda sus beneficios, ella no estará justificada”.

⁶¹ WILLIAMS, Bernard, *Introducción a la ética*, Cátedra, 4ª ed., Madrid, 1998, p. 38.

⁶² Véase, *infra* Capítulo Segundo.

⁶³ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, op. cit., p. 157.

⁶⁴ Distinto resulta el diagnóstico elaborado en su momento por NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 159-160, quien consideró en la posición de Taylor el único “contenido válido de la obligación moral está dado por la *Sittlichkeit* de la sociedad actual”. Distinto es el caso de MacIntyre para quien los bienes “que definen las virtudes morales son intrínsecos a las prácticas de cada comunidad en particular”. Por su parte, Walzer sostiene que la moralidad está fundamentada en determinados “bienes cuyo

partir del hecho de que las sociedades tienen diferentes actitudes y valores, un principio a priori no relativo para determinar la actitud de una sociedad hacia otra; esto es imposible”⁶⁵. La explicación de Hare al respecto corresponde a advertir que no porque ciertas comunidades no mantengan una relación estrecha entre sí, podrían sin dificultades prácticas convenir en estar en desacuerdo respecto de algunas cuestiones morales⁶⁶.

En el contexto del relativismo cultural o descriptivo se indagan las posiciones o pautas morales individuales o sociales, no incide en nada sobre las concepciones morales que puedan ampararse con mejores razones que otras, “una cosa es que determinada sociedad adopte determinada práctica, nivel descriptivo, y otra, nivel normativo, que esté justificada”⁶⁷, por ejemplo el homicidio por honor que actualmente se mantiene vigente como parte de prácticas culturales de algunos grupos minoritarios pero que no tiene aceptación a nivel internacional.

O en aquellas sociedades donde se permite el canibalismo, esto es, no existe alguna regla que se oponga al consumo de carne humana, como sí lo existe en otras sociedades. El caso en particular que analiza Harman es donde la gente que se comen es gente que ha muerto natural o accidentalmente, gente que ha sido ejecutada legítimamente, por ser criminal, y gente a la que han matado en guerras. Y para las demás sociedades esto es incorrecto, sin importar las condiciones en que hayan fallecido las personas. Aún para aquellos que visitaren esa sociedad sería incorrecto hacer lo mismo que ellos⁶⁸.

significado y alcance están definidos por cada comunidad”. Para Rorty por su parte, la moralidad está históricamente condicionada. En cambio, Williams refiere que el “conocimiento ético sólo puede alcanzarse mediante conceptos densos que no pueden ser aprehendidos si no se comparten los valores e intereses que son parte de la cultura y las prácticas de una comunidad”. Y para Hampshire, explica Nino, “la moralidad universal debe competir con una particularista, basada en las tradiciones, convenciones e instituciones de una sociedad”.

⁶⁵ Para WILLIAMS, Bernard, *Introducción a la ética*, OP. CIT., p. 36.

⁶⁶ HARE, R. M., *El lenguaje de la moral*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1975, p. 139.

⁶⁷ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, op. cit., p. 158; WONG, David, “El relativismo”, op. cit., p. 597, pone el “énfasis en los derechos individuales propio de la cultura ética del Occidente moderno” y con una ausencia aparente en las culturas históricas de África, China, Japón e India. Wong alude que el contenido de los deberes en esas culturas históricas, tiende a organizarse alrededor del valor central de un bien común basado “en cierto tipo de vida comunitaria ideal, una red de relaciones, parcialmente definida por roles sociales, también ideal pero encarnada de manera imperfecta en la práctica vigente. El ideal para sus miembros consiste en las diversas virtudes que les permiten, dado su lugar en la red de relaciones, fomentar y mantener el bien común”.

⁶⁸ HARMAN, Gilbert, *La naturaleza de la moralidad. Una introducción a la ética*, op. cit., p. 114.

De hecho, el art. 27.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona “a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad”. En cambio, el art. 29 prevé los deberes de todo individuo tendrá frente a la propia sociedad, al reconocerse su libre desarrollo plenamente su personalidad. Por eso, Vernengo sostiene que no cabe una interpretación sobre estos derechos en el sentido de imposibilitar o hacer inviable el resto de los Derechos Humanos que el Derecho Internacional ha conseguido proteger⁶⁹.

Por tanto, este primer nivel de análisis sobre las conductas motivadas por la diversidad cultural será poco útil para los órganos judiciales encargados de administrar justicia en casos de minorías culturales, al carecer del insumo normativo que exige una sentencia en el marco de una teoría de la justicia incluyente que justifique mediante un razonamiento ético-jurídico el sentido de la condena o absolución.

2.2.2. El relativismo normativo. Segundo nivel.

El relativismo normativo confiere diversos requerimientos básicos de índole moral que son aplicados a diversos sujetos morales, tales como, i) los elementos de la racionalidad práctica, ii) la autonomía personal, iii) la noción de plan de vida, y iv) la ordenación de preferencias que en su conjunto presuponen la identidad personal⁷⁰. Con ello, se postula una visión contraria a que la moral esté sustentada en normas imparciales y neutrales⁷¹. Por eso, la tendencia ha sido no solo reconocer al relativismo normativo si bien como “una doctrina filosófica”, sino también como “una actitud adoptada” sobre situaciones morales perturbadoras⁷².

Una de estas actitudes es el relativismo normativo no realistas que son basadas en teorías de la racionalidad. Muchas teorías morales no realistas son las elaboradas por Rawls⁷³,

⁶⁹ “El relativismo cultural desde la moral y el derecho”, op. cit., p. 158.

⁷⁰ Por todos, véase, PARFIT, Derek, *Razones y personas*, Antonio Machado, Madrid, 2005.

⁷¹ PÉREZ DE LA FUENTE, OSCAR, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, op. cit., p. 158.

⁷² WONG, David, “El relativismo”, op. cit., p. 599.

⁷³ *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 143 y 401.

Velleman⁷⁴, Gauthier⁷⁵, Brandt⁷⁶ y Hare⁷⁷, quienes sustentan su arsenal teórico conceptual en las teorías de la racionalidad.

En general, las teorías no realistas toman hechos sobre lo racional o irracional es lógicamente anterior a lo moral; ellos permiten asumir que las cosas están bien porque es racional elegirlos o al menos tener una cierta actitud de aprobación hacia ellos. Tales teorías presuponen que la teoría de la racionalidad respaldada por la teoría es la correcta porque da cuenta de la racionalidad.

Ante la dificultad de defender cualquier teoría particular de la racionalidad como "la" explicación correcta de la racionalidad, resulta probable que los no realistas que basan las teorías normativas en las teorías de la racionalidad están comprometidos a respaldar el relativismo moral (relativismo metaético).

Una visión distinta a la racionalidad en este nivel normativo es para Pérez de la Fuente donde se identifican distintos requisitos morales básicos que son aplicados a “agentes morales diferentes, o grupos de agentes”, sobre todo a los distintos deseos, intenciones o creencias sobre esos grupos o agentes⁷⁸.

A partir de este planteamiento, Pérez de la Fuente identifica esta visión normativa con el trasfondo de la crítica comunitarista que reivindica la esfera pública donde se configura “a una idea sustantiva” del bien⁷⁹. Y por su parte la multiculturalidad propone para superar el factor neutral e imparcial de la opresión de las minorías dominadas, recurrir a “una política de la diferencia” que retoma favorablemente “las características de la identidad específica, con un significado emancipatorio” que fortalezca el ideal de la democracia incluyente⁸⁰.

⁷⁴ *Foundations for moral relativism*, Open Book Publishers, United Kingdom, 2013, pp. 43 y ss.

⁷⁵ *Moral por acuerdo*, Gedisa, Barcelona, 2003, en particular, Capítulo 1.

⁷⁶ *A theory of the good and the right*, Oxford University Press, 1979, p. 112.

⁷⁷ *Moral thinking. Its levels, method and point*, Oxford University Press, New York, 1981, pp. 214-217.

⁷⁸ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, p. 158.

⁷⁹ Para ahondar sobre el contenido del bien en el comunitarismo, consúltese PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *La polémica liberal comunitarista. Paisajes después de la batalla*, Dykinson, Madrid, 2005.

⁸⁰ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, p. 159. Por su parte, THIEBAUT, Carlos, *Los límites de la comunidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 152-165, elabora un diagnóstico de las mayores aportaciones planteadas en su momento sobre la relación de la neutralidad pública y particularidad del bien.

Sobre esta línea multicultural, Kymlicka sostiene una alternativa para incentivar una clase de heterogeneidad de la ciudadanía a modo de una política de la diferencia, para no englobar las diferencias con las propias restricciones de la justicia liberal. Esto es, “la justicia liberal sólo es una más entre las muchas normas culturales y ninguna de ellas debería contar con privilegios, pero todos deben politizarse y cuestionarse en una sociedad multicultural”⁸¹.

2.2.3. El relativismo metaético. Tercer nivel.

La metaética considera que las razones son erigidas dentro de los límites de cada una de las comunidades. Esto es, las razones devienen de los marcos de referencia y nunca puede haber alguna razón independiente a esos marcos. Sobre este señalamiento Nino describe al relativismo ético en el marco de las diferentes comunidades, grupos humanos o personas se distinguen por considerar de manera diferente que es bueno o justo y, en particular, sobre las pautas morales que les aplican⁸². Ahora bien, para Nino, aún y cuando fuera verdadera esta tesis, es importante distinguir en los juicios morales no solo sus particularidades que conforman los principios valorativos básicos atribuidos a cada uno de ellos, sino a las diferencias de sus circunstancias fácticas de más importancia o sobre las creencias que han determinado esas circunstancias fácticas. Pero no por eso, todas las convicciones morales habrá que considerarlas válidas o verdaderas por igual⁸³.

En cambio, en la ética normativa el relativismo ético sostiene Nino, lo bueno o justo para una persona o comunidad no será bueno o justo para los demás. Para resolver esta problemática relativista propone dos vías: i) la metaética subjetivista rechazada por el autor, adquiere un rango no escéptico sobre la viabilidad de acreditar los juicios de valor⁸⁴. Por el contrario, cuando el sujeto ha emitido un juicio moral lo verifica empíricamente, mediante un examen de las actitudes o sentimientos de quien lo emite⁸⁵; ii) las teorías metaéticas no

⁸¹ KYMLICKA, Will, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós, Barcelona, 2003, pp. 65-66.

⁸² NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, p. 377.

⁸³ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 377.

⁸⁴ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 378.

⁸⁵ Sobre esto, ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 180, arguye que el vínculo

descriptivistas en una posición escéptica refieren a la oportunidad de emitir una justificación de manera racional sobre los juicios de valor, debido a su carácter lógico que se atribuye a dichos juicios⁸⁶.

Por su parte Audi expone dos clasificaciones del relativismo; la primera en un “relativismo circunstancial”, la cual afirma que lo que debemos hacer depende de, y varía con, y debe *relativizarse*, de acuerdo con circunstancias relevantes, las cuales serán avaladas por la sociedad misma y en caso de no ser así, no se tendrá la obligación de respetar los principios de no pegar a la gente o se debe hacer un esfuerzo para ayudar a las personas heridas por ejemplo⁸⁷; además este relativismo circunstancial sostiene que la aplicación e interpretación de los principios morales varía de acuerdo con las circunstancias, esto es, se puede pegar a alguien si su vida depende de esto⁸⁸. En cambio, el relativismo de la posición consiste en afirmar que la justificabilidad (la validez de la posición) de los principios morales es relativa, por ende, no cuenta con principios vinculantes universalmente justificables⁸⁹. Al final, Audi se decanta por un relativismo circunstancial por considerarlo más sólido.

Pérez de la Fuente explica que en el relativismo metaético⁹⁰ “los juicios morales no son objetivamente verdaderos o falsos”, pero, aun así, “diferentes individuos y sociedades pueden sostener juicios morales conflictivos sin que ninguno esté equivocado”⁹¹. Por su parte Brandt identifica esta tesis relativista mediante las opiniones morales conflictivas que son *igualmente válidas*⁹² no solo porque todo el mundo pueda aceptarlo, o bien, mostrando que las normas de

entre la teoría del discurso empírica y una normativa tiene una dificultad en la fundamentación empírica, debido a la comprobación de que una norma rige fácticamente, o bien, a través de convicciones realmente existentes, a la constatación de que es racional. Ahora bien, Alexy reconoce una ventaja al modo de fundamentación empírica en la que es posible identificar las contradicciones dentro de una praxis existente de hecho. Aunque es dable desplazar al sujeto de un proceso de justificación a que abduca sobre algunas reglas o convicciones, para asumir otras contrarias por considerarlas más relevantes.

⁸⁶ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 379.

⁸⁷ AUDI, Robert, *Valor moral y diversidad humana*, Avarigani, Madrid, 2013, p. 49.

⁸⁸ AUDI, Robert, *Valor moral y diversidad humana*, op. cit., p. 50.

⁸⁹ AUDI, Robert, *Valor moral y diversidad humana*, op. cit., p. 50.

⁹⁰ La metaética para GUIZAR, Esperanza, *Introducción a la ética*, Cátedra, Madrid, 1999, p. 194, no solo atañe a la realización de juicios de valor, sino que, por un lado, su función es juzgar a esos juicios; por otro lado, señala su fiabilidad, plausibilidad y racionalidad o irracionalidad. Así, la metaética tiende a mantener una línea muy delgada frente a los éticos normativos quienes reflexionan en el horizonte metaético, bajo el argumento de analizar, justificar enunciados mediante elementos valorativos acerca del ser humano, o bien, propiamente sobre la conducta humana.

⁹¹ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, op. cit., p. 159.

⁹² Sigo aquí la posición de BRANDT, Richard B., *Teoría ética*, Alianza, Madrid, 1982, p. 320.

una sociedad determinada poseen sus causas; así, una persona posee una opinión ética relacionada a si una cosa determinada es correcta o incorrecta. Para Brandt la idea de que dos enunciados éticos conflictivos sean válidos de igual manera significa “que *o bien* no existe *ningún* método racional o justificado único en ética, *o* que el uso del método racional único en ética, en presencia de un sistema idealmente completo de conocimientos fácticos no nos permitiría hacer distinciones entre los enunciados éticos sujetos a consideración”⁹³, de ahí la desvinculación del relativismo descriptivo y normativo frente al relativismo metaético.

Ello implica que el relativismo metaético niegue valores morales universales, dejando cabida a que todo tenga validez, en tanto exista una fundamentación particular en el ámbito de la moral. Según Olivé, existen tres razones para rechazar el relativismo: i) si una acción tiende a justificarse en tanto disponga del conjunto de valores correctos, impide la crítica sobre los comportamientos “aborrecibles”, o aún más reprochables, “para justificar acciones en contra de acciones aborrecibles”; ii) no habrá manera de que los derechos humanos sean fundamentados, salvo con un margen restringido en un contexto específico. No obstante, esto contrapone la posibilidad de alegar alguna contravención a los Derechos Humanos fuera de los contextos internos y concretos previamente establecidos y reconocidos. Esto es, una posible afectación al derecho humano a la vida, podría incluso estar moralmente justificado; y iii) se “obstaculiza la cooperación y la realización de acciones coordinadas entre miembros de culturas diferentes, pues desalienta la búsqueda de puntos de coincidencia y de acuerdos, sea en el terreno moral o en el cognoscitivo”⁹⁴.

Por tanto, la visión relativista en cualquiera de sus tres niveles referidos resulta insuficientes por no aportar razones suficientes para considerar el factor de la diversidad cultural en el sentido de negar las verdades morales universales y a su vez, dificultar la viabilidad para establecer algún dialogo intercultural, pero fundamentalmente, para la tarea judicial fomentaría una justicia excluyente con grandes afectaciones a los grupos minoritarios. A esto sigo las directrices de Pérez de la Fuente delineadas sobre “la premisa metáética del monismo,

⁹³ BRANDT, Richard B., *Teoría ética*, op. cit., p. 322.

⁹⁴ OLIVÉ, León, *Multiculturalismo y pluralismo*, Paidós/UNAM, México, 1999, p. 54.

relativismo y pluralismo pone de relieve cómo monismo y relativismo no son vías adecuadas de gestión del pluralismo cultural”⁹⁵.

La razón que expone en el caso del monismo para Pérez de la Fuente deviene a su obligatoriedad para “sostener una interpretación *ad hoc* de la tolerancia como mecanismo de solución de conflictos”. En cambio, una posición relativista “asume una visión esencialista de cultura que convierte el diálogo intercultural en irrelevante, ya que considera que no existen valores universales, ni transculturales”⁹⁶. Sobre todo si esto es trasladable a la fundamentación de los derechos culturales de grupos minoritarios resulta una tarea titánica por disponer de distintas ópticas y diferentes niveles de análisis. Piensese en cuestiones que transversalmente aplican a todos los debates, por ejemplo el de la identidad cultural; y en otros casos, adquiere implicaciones consecuentes entre los distintos niveles como es la relación de identidad/alteridad⁹⁷.

3. El pluralismo moral: un panorama de su estado actual.

El pluralismo es entendido como una consecuencia de la diversidad individual o colectiva, que conlleva no solo abandonar el punto de vista particular, sino también, el alejamiento de las posiciones subjetivas⁹⁸. Para esto, las propuestas objetivistas del pluralismo moral comprometen la capacidad de juicio del sujeto en su dimensión de agente racional que contribuye a superar la inconmensurabilidad y el conflicto de valores en una sociedad de clara diversidad cultural, lo que denomina la autora “pluralismo comprensivo”, por responder a una posición moderada del pluralismo “el reconocimiento de la diferencia de valores que surge de las prácticas sociales y de los modelos culturales, y que al mismo tiempo satisface nuevas formulaciones de principios generales que permiten el entendimiento más allá del particularismo”⁹⁹. Para Berlin, en el pluralismo los grandes principios son diferentes y reclaman compromisos distintos, y hay momentos en que chocan entre sí y tienes que elegir. Por ende, no existe una fórmula para decidir

⁹⁵ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, op. cit., p. 194.

⁹⁶ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, op. cit., p. 194.

⁹⁷ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, op. cit., p. 195.

⁹⁸ Así, ÁLVAREZ, Silvina, “Pluralismo moral”, Marcelo Alegre, Roberto Gargarella, Carlos F. Rosenkantz, (Coordinadores), *Homenaje a Carlos Santiago Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 87.

⁹⁹ ÁLVAREZ, Silvina, “Pluralismo moral”, op. cit., p. 89.

cuál es mejor. A esto Berlin lo denominó inconmensurable, porque no hay una manera única de decantarse por un valor, y para él, esto resulta trágico, toda vez que debemos elegir entre unos valores y otros cuando son incompatibles.

Por su parte, Pérez de la Fuente atento a las diversas posiciones del pluralismo¹⁰⁰, propone distinguir entre una versión débil que reúne, por una lado, un acuerdo o consenso axiológico en la esfera pública y, por otro lado, una diversidad de ideas sobre el bien en el ámbito de la esfera privada asociadas a la autonomía individual y tolerancia¹⁰¹. Esta posición tiende a coincidir y fundamentarse con el pensamiento rawlsiano¹⁰² con un claro perfil “fundamentadora del consenso procedimental de valores morales”. En cambio, la versión fuerte del pluralismo tiende a evidenciar los conflictos irreconciliables entre los diversos valores. El motivo de esta amplia gama de posiciones pluralistas de corte fuerte explica Pérez de la Fuente, corresponde a que el pluralismo cultural no encuentra contradicción con “las reivindicaciones de las minorías culturales han supuesto algunas reformulaciones del consenso en el sentido de una mayor abstracción de los valores o incluso excepciones expresas por motivos culturales en la legislación general”¹⁰³.

Esto solo será viable esto mediante la reciprocidad del dialogo en perspectiva de estándares de una universalidad racional formal¹⁰⁴; así como de una confianza para aspirar a lograr acuerdos¹⁰⁵. Por ello, un amplio conjunto de leyes consuetudinarias ha sido validadas ante

¹⁰⁰ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, op. cit., pp. 164-191; asimismo, PIQUER MARÍ, José Miguel, et. al., *Pluralismo. Perspectivas políticas y desarrollos normativos*, Universidad Cardenal Herrera/Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

¹⁰¹ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, pp. 164-165.

¹⁰² En particular, RAWLS, John, *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 2004, pp. 108-109. Por una parte, sostiene que las conductas de los ciudadanos no obedecen únicamente a principios de una teoría de la justicia. Más bien, ellos actúan a partir del ideal de que los principios son justos. Por otro lado, los ciudadanos reconocen esos principios como susceptibles de aceptarse en una posición original. Solo así, su público reconocimiento e informada aplicación de los principios de justicia a la vida pública estarán en condiciones los ciudadanos de obtener su autonomía plenamente, en tanto que, “los términos equitativos de la cooperación que se darían a sí mismos si estuvieran representados equitativamente como personas libres e iguales”.

¹⁰³ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, p. 191.

¹⁰⁴ Para RAWLS, John, *El liberalismo político*, op. cit., p. 67, es indispensable distinguir entre un hecho del pluralismo razonable y de un hecho del pluralismo *per se*. Porque según Rawls “no se trata solamente de que las instituciones libres tienden a generar la gran variedad de doctrinas y de puntos de vista previsibles” derivado de los diversos intereses de las personas, aundado a la tendencia a delimitarse en puntos de vista restrictos. Sino más bien por los puntos de vista elaborados, existen variedades de posiciones doctrinarias comprensiblemente razonables.

¹⁰⁵ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, op. cit., p. 192.

las demandas territoriales aceptadas y de acuerdos de autogobiernos conformando un cierto grado de pluralismo jurídico.

Por otro lado, Solanes Corella sostiene que “aunque los valores de libertad y pluralismo requieren que se imponga el menor número posible de restricciones a las elecciones y estilos de vida de los individuos, las exigencias de una coexistencia ordenada y pacífica reclaman reglas mínimas válidas para todos”¹⁰⁶, y para ello, se ha considerado a la tolerancia como la mejor medida del Estado hacia la diversidad de valores y tradiciones para establecer los mínimos requeridos.

En cambio, Alcácer Guirao explica que la complejidad identificada en la convivencia de las sociedades actuales tienden a asumirse el rasgo del pluralismo donde las personas no son parte solamente en una “comunidad ética”. O bien, en un mundo aislado y delimitado de convicciones morales, acorde a las directrices del comunitarismo. En cambio, el entorno se integra por un entramado de distintas, contrarias e irreconciliables “comprensiones del mundo, realidad cuya complejidad facilita al individuo la ponderación de las mismas y la facultad de “reflexión y disenso a lo dado, así como la tendencia la cooperación bajo el respeto a la tolerancia”¹⁰⁷. En el caso de Raz considera que una concepción del bienestar individual que combine la autonomía y el pluralismo de valores resuelve la cuestión liberal de cómo puede combinarse una búsqueda política de ideales del bien con una actitud de tolerancia y respeto por la libertad individual, lo que facilita al liberalismo perfeccionista tener firmes bases morales, esto es así porque, por un lado, la función del gobierno será “proteger y promover el bienestar de las personas”, dentro de los límites de su competencia. Por otro lado, las personas prosperan a través de una vida de autodefinition que consiste en opciones libres entre una pluralidad de actividades, objetivos y relaciones incompatibles pero valiosos, esto es, “una pluralidad de estilos y modos de vida valiosos e incompatibles. Este pluralismo de valores, y no el escepticismo ni la neutralidad de valores, constituye el baluarte liberal contra la uniformidad, contra la sociedad que imponga a través del gobierno o de otra manera una visión uniforme del estilo de vida ideal de su población”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ *Derechos y culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 45 y 46.

¹⁰⁷ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Los fines del derecho penal. Liberalismo, comunitarismo en la justificación de la pena*, Ad hoc, Buenos Aires, 2001, p. 155.

¹⁰⁸ RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 132.

Además, para Raz la vida que próspera es la vida autodefinida, por ejemplo, una vida dedicada a actividades y objetivos valiosos elegidos libremente, no se trata de una vida que el gobierno o nadie más pueda ofrecerles a las personas, mucho menos imponérsela. La autonomía se refiere a una vida activa que el agente adopta libremente. Es incompatible con cualquier visión de la moral que desee imponer por la fuerza¹⁰⁹.

Por otro lado, Lorenzo Izquierdo debate la posición del pluralismo moral en orden a las aportaciones de MacIntyre, en particular con su obra *Tras la virtud*, en la que plantea “si la pluralidad de concepciones del bien se sostiene y sin unos presupuestos compartidos. MacIntyre habla del fenómeno contemporáneo de la «democratización de la actividad moral», término con el que quiere describir cómo cada individuo se ha convertido y se considera un agente moral”. Esto en tanto, sea planteado “desde sus propios criterios –independientes, personales y cambiantes– puede juzgar universalmente todo valor, concepción de la subjetividad claramente individualista. Tal proceso da una eminencia al yo que le sitúa por encima de todo papel y circunstancia y le configura como criterio último de moralidad, situación que aboca a una inevitable disparidad de criterios y concepciones irreconciliables de lo moral que se acaba vistiendo de pluralismo”¹¹⁰.

Por otro lado, Lorenzo Izquierdo refiere que en realidad no es tal el verdadero pluralismo para MacIntyre, porque no corresponde a una “yuxtaposición de distintas opciones morales irreconciliables, sino una diversidad en –y para- la unidad”¹¹¹. Además, se preserven unos principios mínimos que deberán preservarse, de lo contrario, “muchos conceptos y argumentos (como el de responsabilidad, identidad, etc.) quedan sin sentido e inviábiles. Tales principios son los que ha pretendido o buscado el universalismo liberalista como neutrales, neutralidad imposible para MacIntyre, pues siempre hay una idea de bien detrás de unos principios”¹¹². Esto conlleva a reconocer que incluso el Estado se basa en unos presupuestos básicos compartidos,

¹⁰⁹ RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, op. cit., p. 133.

¹¹⁰ LORENZO IZQUIERDO, David, *Comunitarismo contra individualismo. Una revisión de los valores de occidente desde el pensamiento de Alasdair MacIntyre*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 251.

¹¹¹ LORENZO IZQUIERDO, David, *Comunitarismo contra individualismo. Una revisión de los valores de occidente desde el pensamiento de Alasdair MacIntyre*, op. cit., p. 252.

¹¹² LORENZO IZQUIERDO, David, *Comunitarismo contra individualismo. Una revisión de los valores de occidente desde el pensamiento de Alasdair MacIntyre*, op. cit., p. 253.

en palabras de Lorenzo Izquiero “tanto en la comunidad como en el Estado, debe haber algo común, y no sólo procedimental, pues el reconocimiento de ciertos valores mínimos es inevitable. Por eso dice nuestro autor que el Estado liberal no es neutral, pues sostiene una determinada concepción del bien, la propia del liberalismo y su concepción del hombre. Cuestión distinta es si ese estrato común es mayoro menor, con más o menos valores sustantivos; y, además, si es suficiente para explicar y facilitar un desarrollo ético coherente, humano”¹¹³.

Por último, la versión del pluralismo razonable desempeña un rol importante en el debate actual para la coexistencia en las sociedades democráticas de una diversidad de doctrinas sobre las nociones del bien. Su principal impulsor ha sido Rawls¹¹⁴ quien pretende alcanzar un consenso con personas “razonables”¹¹⁵ que compartan posiciones doctrinales igualmente razonables, cuyo consenso únicamente podrá lograrse cuando la decisión pública aparece como razonable para todos los que participan.

3.1. Principios generales y el objetivismo moral.

En este apartado se establecerán las condiciones necesarias para reconocer la diversidad de valores emanados de las distintas prácticas sociales y factores culturales, mientras satisfagan nuevas formulaciones de principios generales o formas de interpretar que recurrán no solo a “la comprensión de prácticas específicas” con recursos autónomos. Esto permitirá que las relaciones entre unas y otros¹¹⁶ superen el entendimiento del particularismo y con ello, se logre establecer la vía para que el pluralismo sea fortalecido con el objetivismo moral.

Esta posición objetivista corresponde a la base del discurso moral, entendido este como una práctica social que usa una técnica para conjuntar determinados comportamientos y actitudes. Esto es, “son reglas que acuerdan igual voz, igual acceso a las razones y a los hechos, igual autonomía en la ceptación (hipotética) de los principios morales”¹¹⁷. Este análisis abarca dos posiciones esenciales: i) “teorías descriptivistas o cognoscitivistas”; y ii) “teorías no

¹¹³ LORENZO IZQUIERDO, David, *Comunitarismo contra individualismo. Una revisión de los valores de occidente desde el pensamiento de Alasdair MacIntyre*, op. cit., p. 253.

¹¹⁴ *La justicia como equidad*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 30.

¹¹⁵ RAWLS, John, *La justicia como equidad*, op. cit., p. 137.

¹¹⁶ ÁLVAREZ, Silvina, “Pluralismo moral”, op. cit., p. 88.

¹¹⁷ ALEGRE, Marcelo, “Igualdad y discurso moral”, *Isonomía*, No. 23, octubre, 2005, p. 138.

descriptivistas o no cognoscitivistas”, tales como el emotivismo y el prescriptivismo. Por ahora, corresponde repasar la pugna que afronta el objetivismo frente a posiciones no cognoscitivistas inmersas en el discurso moral como es el emotivismo¹¹⁸.

3.1.1. La crítica del emotivismo al objetivismo moral.

Para identificar los alcances críticos del emotivismo al objetivismo moral, sigo las directrices heredadas por Nino¹¹⁹, quien inmerso en la discusión metaética predominaba su relación con elementos subjetivos, tales como: i) deseos, ii) preferencias, iii) intereses o iv) emociones. Estos elementos fundamentan la moralidad mediante el sentimiento, “el subjetivismo ético sostuvo que los juicios de valor describen o dan cuenta de actitudes, sea del hablante (en el caso del subjetivismo individualista) o de la comunidad en conjunto (en el caso de un convencionalismo)”¹²⁰.

En este sentido, durante la primera mitad del siglo pasado, la ética anglosajona había estado reiteradamente centrada en el pensamiento de Hume, al tener centrada la atención en que todo conocimiento sustantivo deriva de la experiencia sensible y con la consecuencia del escepticismo con respecto a las proposiciones metafísicas. Por eso, el presupuesto del juicio moral del emotivismo no puede basarse mediante una argumentación racional, solamente con los sentimientos. Esto implica que la subjetividad será éticamente determinada, únicamente, por la felicidad, la ira, el placer, o el odio como finalidades de la acción, sin ninguna intervención de la razón, la autoridad política o la religión¹²¹. Por ejemplo, previo a la década de los setenta la filosofía moral estaba inmersa en el *emotivismo*: “las aserciones morales no entran en el campo de lo verificable y no son verdaderas ni falsas”; sólo expresan sentimientos o “actitudes del que habla sobre la materia en discusión”.

¹¹⁸ Una posición opuesta al emotivismo es el prescriptivismo. Al respecto, consúltese, TAYLOR, Charles, *Las fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 69 y ss.

¹¹⁹ NINO, Carlos S., “Ética analítica en la actualidad”, en *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política I*, Gedisa, Barcelona 2007.

¹²⁰ NINO, Carlos S., “Ética analítica en la actualidad”, p. 21.

¹²¹ DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, 4ª Trotta, Madrid, 2002, p. 108.

La primera versión del no cognitivismo es la expresada por A.J. Ayer en su libro *Lenguaje, verdad y lógica*¹²², donde plasma una versión del emotivismo de la manera más sencilla y provocativa del positivismo lógico dentro de la ética analítica, despartándose plenamente de los principios básicos del intuicionismo y, al mismo tiempo, del naturalismo ético.

Bayón Mohino explora esta posición subjetiva de la ética quien identifica las posiciones denominadas: i) “internalismo”, ii) “proyectismo”, iii) “no cognoscitivismo”, iv) “no descriptivismo”, v) “subjetivismo”, vi) “escepticismo” o vii) “relativismo”, para hacer referencia a teorías que analizan el significado y función de los enunciados morales, pero no en el sentido ontológico en qué pueda referirse a la existencia de “razones para la acción”¹²³.

En cambio, el cognoscitivismo o descriptivismo siguiendo al propio Bayón Mohino corresponde a un cúmulo de teorías muy diversas, que tienden a coincidir que los enunciados morales disponen de un mismo “contenido proposicional, una función referencial”. En consecuencia, con valores veritativos¹²⁴. No obstante, Bayón Mohino considera viable “la aceptación del internalismo en el plano ontológico es compatible con una posición cognoscitivista o descriptivista”¹²⁵.

Esta nueva forma de analizar la ética, permitirá a Charles Stevenson,¹²⁶ Richard M. Hare¹²⁷, Simon Blackburn¹²⁸ y Allan Gibbard¹²⁹ elaborar una versión más sofisticada del

¹²² En particular léase el apartado 6, “Crítica a la ética y de la teología”, Planeta-De Agostini, Barcelona, 1994; RABOSI, Eduardo, *La justificación moral del castigo*, Astrea, Buenos Aires 1979, p. 129, considera al emotivismo vinculado “en sus comienzos con el positivismo lógico”, sobre todo como herramienta de “aplicación del criterio empirista del significado”, a fin de “eliminar los enunciados éticos de la clase de enunciados auténticamente significativos”. Para ello, el autor sostiene que “algunos filósofos allegados al Círculo de Viena” intentaron hallar una respuesta que preservara intacto “la autoridad del criterio”, así como lograra explicar “el funcionamiento de tales enunciados”.

¹²³ BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, *La normatividad del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 207.

¹²⁴ BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, *La normatividad del derecho*, op. cit., p. 207.

¹²⁵ BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, *La normatividad del derecho*, op. cit., p. 208. Para ello, pp. 211 y 212, propone “adentrarse en la discusión de esta y otras ideas relacionadas hay que proceder a la comparación sistemática de las virtudes y defectos de los modelos externalistas e internalista”.

¹²⁶ STEVENSON, Charles L., *Ética y lenguaje*, Paidós, Buenos Aires 1979, pp. 46-49, 63-65, 77-79 y 83-85.

¹²⁷ HARE, R. M., *Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas*, Ariel, Barcelona 1999, pp. 115-138; el mismo, *El lenguaje moral*, op. cit., pp. 20-26, 85 y 140.

¹²⁸ Véase, BLACKBURN, S., *Ruling Passions*, Oxford University Press, Oxford, 1998; el mismo, “Must we weep for sentimentalism”, *Contemporary debates in Moral Theory*, Ed. James Dreier, Blackwell Publishing, India 2006, p. 144-159.

¹²⁹ Cfr., GIBBARD, Allan, *Meaning and normativity*, Oxford, University Press, New York, 2003, p. 19.

emotivismo. Para Stevenson¹³⁰ los conceptos de “signos”, “significado” y “significado emotivo”, entendidas como reglas lingüísticas permiten que las propiedades disposicionales que relacionan un signo con las reacciones psicológicas de aquellos que lo interpretan o lo utilizan, sirva para elegir el menor de los males.¹³¹ Por ende, el papel de la razón sólo queda limitada “a actuar sobre datos sensibles” y por eso lo “moral es independiente de la razón”. Esto genera el problema para “deducir de la experiencia sensible un argumento moral”, o del “pasar concluyentemente del ser al deber ser” y, por tanto, lo moral no sería parte del ámbito racional, sino que depende sólo del sentimiento, esto significa, que no propiamente existe una argumentación, sino propaganda e incitación, enfrentamientos de gustos y actitudes.

En realidad, lo que Stevenson trata de defender en el fondo, es una fundamentación basada en la teoría del interés al considerarlo “totalmente relevante”¹³² para su análisis de los juicios éticos, el concepto de “bueno”, señalando tres requisitos para satisfacer el sentido de “más importante”: i) la “bondad debe ser un tema para el desacuerdo inteligente”; ii) es indispensable que sea “magnética”; y iii) “no debe ser posible descubrirla solamente mediante el método científico”. Por ende, las características éticas son medios utilizados en la difícil relación y acomodo de los intereses de los seres humanos y la razón es porque “los juicios éticos se propagan”¹³³.

Stevenson destaca la utilidad para la ética si A y B, en vez de usar imperativos, habrían utilizado respectivamente: “Sería *mejor* ir al cine” y “Sería *mejor* ir al concierto”. En consecuencia,

¹³⁰ STEVENSON, Charles L., *Ética y lenguaje*, op. cit., p. 146, ha elaborado un proyecto importante para “analizar el funcionamiento efectivo del lenguaje ético” que, en gran medida coincide con la posición filosófica para “determinar el uso o función de las expresiones lingüísticas” en un escenario particular “constituye una etapa necesaria en todo ensayo de análisis filosófico”.

¹³¹ Al respecto, STEVENSON, Charles L., *Ética y lenguaje*, op. cit., p. 130. Además, el propio autor refiere, p. 133, no debe interpretarse que el “significado emotivo” sea siempre dependiente o cuasi-dependiente, porque en realidad es un producto secundario de la cognición. O bien, es únicamente el resultado de una función de signos. En caso contrario, tal punto de vista convertiría nuestras actitudes en una anomalía psicológica. Esto es, todo evento tiene muchas causas, y sería raro si algo tan complejo como nuestra reacción emocional a los signos variaría únicamente con nuestra reacción cognoscitiva frente a ellos.

¹³² Véase, STEVENSON, Charles L., “El significado emotivo de los términos éticos”, A. J. Ayer, *El positivismo lógico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965, p. 273. Sobre este punto, las teorías tradiciones del emotivismo se han centrado en señalar que “los enunciados éticos son descriptivos del estado real de los intereses”, según la cual, sólo proporcionan información sobre tales intereses. Por ello, Stevenson advierte que la “insistencia en la descripción”, es “lo que hace incompleta su relevancia”. Esto es así, porque “siempre hay algún elemento descriptivo en los juicios éticos”.

¹³³ Así, STEVENSON, Charles L., “El significado emotivo de los términos éticos”, op. cit., p. 275.

estas razones son casi iguales. Cada una tiende a dar una solución más completa “del objeto de interés, con el propósito de terminar la rectificación de intereses que empezó con la fuerza sugestiva de la oración ética”.

En este sentido, “la fuerza sugestiva” del “enunciado ético” tiende a facilitar las condiciones suficientes para empezar la cadena de razones. Esto se debe a que resultan más importantes para la resolución de los conflictos de intereses que el propio efecto persuasivo del juicio ético *per se*. Por eso, “el método empírico” resulta fundamental “para la ética porque nuestro conocimiento del mundo”, como un elemento básico para nuestro provecho. Pero adviértase que los hechos empíricos no corresponden a bases inductivas de las cuales se siga, problemáticamente, el juicio ético (es lo que implican las teorías tradiciones del interés). Por ejemplo, que una persona diga: “Cierra la puerta”, y añadiese: “Nos resfriaremos”, esta última frase difícilmente sería considerada como “base inductiva de la primera”. En este sentido, “los imperativos se relacionan con las razones que los apoyan, del mismo modo que los juicios éticos se relacionan con razones”¹³⁴.

El propio Stevenson reconoce que el “método empírico” no es idóneo para conseguir el “acuerdo ético”, y menos aún, si se entiende el concepto método como un método racional, sino que el acuerdo se consigue mediante un modo *persuasivo* o por *influencia*, no empírico ni racional, de ahí el desacierto por parte de las teorías tradicionales del emotivismo por olvidar el significado emotivo. Por tanto, “Los enunciados éticos son instrumentos sociales. Se emplean en una empresa cooperativa en la que unos a otros estamos adaptándonos a los intereses de los demás”¹³⁵.

Esta crítica al objetivismo moral de Stevenson mediante el emotivismo denota un problema auténtico para Rabossi, esto es, si irracional significa entre otras cosas “arbitrio, ausencia de razones, desprecio por los hechos”; entonces, no sería “justo acusar al emotivismo de propiciar un enfoque irracionalista de la vida moral”¹³⁶.

¹³⁴ STEVENSON, Charles L., “El significado emotivo de los términos éticos”, op. cit., p. 284.

¹³⁵ STEVENSON, Charles L., “El significado emotivo de los términos éticos”, op. cit., p. 286.

¹³⁶ RABOSSO, Eduardo A., “Emotivismo ético positivismo lógico e irracionalismo”, *Dianoia. Anuario de Filosofía*, Año XVII, Núm. 17, 1971, p. 59.

Igualmente, Hoerster se decanta por negar la posibilidad de un conocimiento normativo, sobre todo de un conocimiento moral. En cambio, puede haber sólo una forma subjetiva de fundamentación, en tanto una norma fundamentada por una determinada persona cuando ésta sea adecuada para servir los intereses de esta persona. Lo que no llevaría a un caos ético, porque suele haber coincidencia en los intereses de los individuos de una sociedad. Y, además, es excepcional encontrar normas consideradas como fórmulas de compromiso de intereses originariamente divergentes¹³⁷.

Más complicado es para Hoerster tener que explicar el sentido de las convicciones de las personas desde una perspectiva del deber ser (a modo objetivista). Ello porque, detrás de gran número de normas que las personas propician son identificados intereses de gran relevancia (interés de supervivencia)¹³⁸. Para Hoerster la concepción objetivista de las normas vinculada con los intereses se ha sobrepuesto basado en una ilusión porque “quienes formulan la pretensión de objetividad lo hacen, por lo general, no con respecto a todas las normas que sostienen individualmente o de acuerdo con la sociedad a la que pertenecen”¹³⁹. Piénsese en los siguientes casos: i) la costumbre, ii) la convención, iii) la etiqueta, iv) la moda, v) la estética, o vi) del gusto serán excluidas.

Además, “la suposición de normas y valores objetivos, ajenos a la persona valorante a través de un acto del conocimiento, son difícilmente conciliables con una imagen científico-racional del mundo”. En cambio, sostiene Hoerster, “la concepción de valores” y normas entendidas como una manifestación exclusiva de estiamción y normaciones humanas, como los intereses humanos, se podrá “prescindir de todo postulado metafísico e incorporarse sin fisuras a una teoría empírica” de la persona y de la vida social de la colectividad¹⁴⁰.

Por tanto, el argumento de Hoerster se constituye de la siguiente forma:

¹³⁷ HOERSTER, Norbert, “Entrevista”, *Revista Doxa*, No. 1, 1984, p. 111. Además, no solo los principios morales de la exigencia de imparcialidad o de una distribución justa tienen que ser presupuestos como ya dados para la fundamentación del derecho. Sino que también, tienen que satisfacer las exigencias del modelo de fundamentación individual racional.

¹³⁸ HOERSTER, Norbert, “Ética jurídica sin metafísica”, Rodolfo Vázquez (Comp.) *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 228.

¹³⁹ HOERSTER, Norbert, “Ética jurídica sin metafísica”, op. cit., p. 229.

¹⁴⁰ HOERSTER, Norbert, “Ética jurídica sin metafísica”, op. cit., p. 231.

1. La razón cumple una función importante en el ámbito de las normas.
2. Cada una de las normas, fundamentadas o no, tiene un componente que, en principio, es impenetrable al conocimiento o la fundamentación racional. Lo que puede inducir al error.
3. No es posible que una norma pueda o no estar fundada en un sentido objetivo. Siempre lo estará acorde a la perspectiva de la persona que se vincula a esa norma.
4. Por consiguiente, exista relación entre “las normaciones” fundamentales “de diferentes individuos pueda producirse un consenso intersubjetivo”, es una cuestión abierta cuya respuesta puede ser afirmativa en algunos casos y negativos en otros¹⁴¹.

Esta posición no cognoscitivista será diluida en sede del razonamiento judicial, a fin de verificar si la discrecionalidad de la autoridad judicial que resuelven casos criminales por motivos culturales, es justificado la sentencia por elementos objetivos y racionales o por factores subjetivos del juzgador. Por ahora, solo cabe precisar que esta teoría emotivista ética no tiende a fundamentar la norma jurídico penal para los casos de delitos culturales.

3.1.2. Constructivismo y objetividad moral.

El dilema que afronta estas visiones no cognoscitivistas serán las restricciones morales elaboradas por el constructivismo que son conceptualmente y explicativamente previas a las decisiones tomadas por los agentes involucrados en la construcción. Para Moreso el núcleo común a todas las concepciones constructivistas de la ética consiste en un determinado modo de interpretar aquello que significa que un comportamiento humano es moralmente correcto, en tanto sean elegidas por seres humanos situados en determinadas condiciones ideales¹⁴².

Esta posición de Moreso coincide esencialmente con el pensamiento constructivista ética de Nino, quien concibe a la autonomía de la persona como libre en la participación de un diálogo

¹⁴¹ HOERSTER, Norbert, “Ética jurídica sin metafísica”, p. 232. En este sentido, HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 326 y ss., considera el mismo presupuesto crítico a la objetividad sobre el principio de ponderación y quien advierte más un elemento de subjetividad por parte de los jueces que resuelven un caso judicial.

¹⁴² Para MORESO, José Juan, *Un modelo de constitución para armar*, op. cit., p. 102.

colectivo lo más amplio posible que le permita llegar a obtener un consenso acerca de los principios morales concretos. Así, Nino considera “que quienes participan del discurso moral para dirimir sus conflictos se comprometen implícitamente a adoptar la solución que indicaría un árbitro ideal, o sea alguien que fuera completamente racional, que conociera todos los hechos relevantes y que fuera plenamente imparcial, en el sentido dar igual peso a los intereses de igual jerarquía de los involucrados en el conflicto”¹⁴³.

Nino logra comprender que la idea básica en el constructivismo ético para “los juicios morales” queda justificada “sobre la base de presupuestos procedimentales” y en algunos casos de manera sustantiva. A partir de esto, la función de la práctica moral vigente será la de superar los conflictos y fomentar la cooperación mediante “la adopción libre y compartida de los principios” que guiarán las acciones y actitudes humanas¹⁴⁴.

Por su parte, González Amuchastegui sostiene un concepto constructivista de objetividad y de verdad frente al defendido desde planteamientos objetivistas y cognoscitivistas, porque el problema de estos últimos es de carácter epistemológico, en cambio el constructivismo lo concibe como una cuestión práctica¹⁴⁵. Así, el objetivismo defiende la “existencia de un orden moral previo a, e independiente” de, la percepción que se tenga del sujeto. Así, las distintas concepciones morales deben tratar de aproximarse a dicha realidad moral objetiva. El constructivismo, por el contrario, “niega la existencia de un orden moral previo a, e independiente de, nuestra concepción de la persona”¹⁴⁶.

A partir de este planteamiento González Amuchastegui explica que la idea de aproximarse a la verdad moral entendida como correspondencia con determinados hechos morales no corresponde para el constructivismo. Esto es así, porque no existe “verdad moral al margen del proceso de construcción” que lleva a cabo la persona concebida como agente moral; o por decirlo con términos de las éticas discursivas que defienden una teoría consensual de la verdad, la verdad de los enunciados morales se concibe como la posibilidad de éstos de ser objeto

¹⁴³ NINO, Carlos, *Constructivismo ético*, op. cit., p. 69.

¹⁴⁴ NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un Ensayo de fundamentación*, op. cit., p. 11

¹⁴⁵ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 84.

¹⁴⁶ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, op. cit., p. 84.

de un acuerdo entre todos los participantes en una comunicación ideal¹⁴⁷. En consecuencia, en el constructivismo ético “los primeros principios de justicia sean razonables y correctos o no razonables e incorrectos, más que verdaderos o falsos”. Las diferentes teorías constructivistas asumen que la noción cognoscitivista de objetividad es innecesaria, y defienden una noción intersubjetiva de validez¹⁴⁸.

En este contexto la posición de Rawls representa una de las mayores críticas al intuicionismo mediante una teoría constructivista con un carácter no sólo procedimental sino también sustantivo de los presupuestos en los que descansa la discusión moral: el vínculo entre los principios de justicia independientes de las personas, en tanto conozcan esos principios y guiados por ese conocimiento¹⁴⁹.

Sobre esta base teórica Rubio Carracedo propone sistematizar un concepto consensual y normativo de objetividad moral por apelación a conceptos co-implicados de intersubjetividad¹⁵⁰, racionalidad práctica¹⁵¹ y justificación pública o publicidad¹⁵². Así, la epistemología constructivista garantiza la objetividad de los principios elegidos sobre la base de que el constructo crítico que elabora posee una estructura de publicidad. Por ello, habrá de plantearse una objetividad autónoma, en cuanto “expresión directa” de la autonomía racional de la persona humana¹⁵³. Y así, la objetividad del resultado obtenido en el constructo no se sitúa

¹⁴⁷ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, op. cit., pp. 84 y 85.

¹⁴⁸ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, p. 85.

¹⁴⁹ RAWLS, John, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, op. cit., p. 176.

¹⁵⁰ RUBIO CARRACEDO, José, *El hombre y la ética*, Anthropos, Barcelona, 1987, p. 296, la objetividad de los juicios morales se identifica, como intersubjetividad o racionalidad consensuada. Esto es, la intersubjetividad es viable porque los criterios de evaluación están institucionalizados. Además, la competencia y la imparcialidad de los jueces se sigue directamente de compartir tales criterios institucionales. En otras palabras, la objetividad moral se muestra cuando el dictamen de un juez es aceptado por todos los demás jueces, al igual por quienes aceptan los criterios racionales relevantes que han sido consensuados.

¹⁵¹ RUBIO CARRACEDO, José, *El hombre y la ética*, op. cit., p. 302, la rehabilitación de la razón práctica no significa, pues, entregarse al voluntarismo o al decisionismo. Al contrario, su objetividad racional se relaciona necesariamente con un constructo teórico-social, que es el que marca las condiciones de validez para su ámbito autoritativo. Esto es, la objetividad humana tiene una génesis institucional, normativa y social.

¹⁵² RUBIO CARRACEDO, José, *El hombre y la ética*, op. cit., p. 304. Desde su posición, entiende el autor, que la racionalidad práctica moral es tanto una racionalidad crítica de contenidos (competencia), como una racionalidad consensuada en la forma. Es decir, una racionalidad pública (imparcialidad). Y para ello, es entendible a través de procedimientos públicos de control, porque resulta accesible a toda persona racionalmente veraz. Este distintivo de publicidad es notoria en la resolución de los conflictos morales, aunque también alcanza a todas las normas éticas.

¹⁵³ Sobre este aspecto, RUBIO CARRACEDO, José, *Ética constructivista y autonomía personal*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 157, explica que el pluralismo no sólo resulta inevitable, sino también éticamente justificado y fecundado, toda vez que permite salvar a la autonomía del sujeto responsable y la universalizabilidad de su opción moral.

por referencia a un criterio externo, sino que los principios de justicia elegidos cuentan con razones de justicia, en cuanto se garanticen por el mismo procedimiento de su construcción¹⁵⁴.

3.1.3. El objetivismo moral en sede de principios generales.

A partir de la base de principios generales el pluralismo moral resulta compatible con la postura del objetivismo moral, aunque no implica la existencia de una sola y exclusiva respuesta correcta conforme a “la verdad de los argumentos” mediante la potencialidad de la racionalidad. Ésta debe ser comprendida como un “marco para el entendimiento y mecanismo de validación moral” y con sus propios “límites para solucionar conflictos” sustantivos¹⁵⁵. Siguiendo la línea de Álvarez “el pluralismo moral contempla la superposición de opciones valiosas o modos de vida valiosos, opciones que pueden generar diversos cursos de acción todos ellos valiosos dentro del marco de entendimiento racional que fijan los principios generales”¹⁵⁶. Debido a un dilema moral, “existe una inconsistencia y el sistema moral no ofrece para el caso algún criterio, escala o procedimiento para establecer cuál alternativa debe seguirse, entonces tal sistema se encuentra necesariamente indeterminado”¹⁵⁷.

Hasta este momento, la visión del pluralismo moral redundaba a identificar la respuesta correcta a los conflictos morales identificados en las sociedades, motivados por la diversidad de culturas que coexisten en un mismo espacio territorial, por lo que ahora atañe indagar sobre el alcance de este planteamiento del pluralismo moral frente a los conflictos morales propiamente.

3.2. Los conflictos morales y la inconmesurabilidad.

El liberalismo tiende a caracterizar en las sociedades actuales una pluralidad de valores, los cuales generalmente entran en conflicto. Y cuando toma la decisión de elegir por uno de los valores, que es un acto cuando se intenta resolver el conflicto, conlleva una pérdida irreparable,

¹⁵⁴ RUBIO CARRACEDO, José, *El hombre y la ética*, op. cit., p. 311.

¹⁵⁵ Para mayor detenimiento, véase, *infra*, Capítulo Quinto.

¹⁵⁶ ÁLVAREZ, Silvina, “Pluralismo moral”, op. cit., p. 90.

¹⁵⁷ LARIGUET, Guillermo, *Encrucijadas morales. Una aproximación a los dilemas y su impacto en el razonamiento práctico*, CSIC/Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2011, p. 47.

pues algo valioso se ha perdido. Esto es lo que Berlin denomina casos inconmensurables¹⁵⁸, porque los valores a decir de este autor son tantos que en su conjunto no logran conseguir una compatibilidad entre ellos, “la posibilidad de conflicto y tragedia no puede ser nunca eliminada por completo de la vida humana, personal o social”¹⁵⁹.

Así, pluralismo e inconmensurabilidad son los puntos fundamentales¹⁶⁰, acorde con Badillo O’Farrell quien siguiendo a Berlin, no es en modo alguno relativista “el hecho de que puedan producirse choques entre valores de determinadas culturas no cabe entenderlo como relativismo valorativo, sino, más bien y de forma primordial, como la defensa de la existencia de una pluralidad de valores que no se encuentra estructurada de forma jerárquica, con un sistema de prelación establecido”¹⁶¹. O en palabras de Raz “los pluralistas pueden distanciarse de sus compromisos personales y apreciar en abstracto los valores de otros estilos de vida y las virtudes relacionadas. Pero este reconocimiento coexiste con los sentimientos de rechazo y desprecio hacia lo que sabemos es valioso en sí, y no puede reemplazarlos. La tensión es una correlación inevitable de aceptar la verdad del pluralismo de valores”¹⁶².

Las razones que han puesto en un mal entendido a la inconmensurabilidad, han sido para Gray dos: la primera, confunde la inconmensurabilidad con la existencia de concepciones

¹⁵⁸ Al respecto, PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Derecho como integridad y pluralismo de valores: Dworkin y Berlin”, José M. Saucá (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 505-506, explica la delimitación conceptual de la noción de inconmensurabilidad de los valores en dos versiones: i) sentido fuerte de inconmensurabilidad tiene las siguientes implicaciones: “a) La incomparabilidad de los valores analizados, que se produce un fallo de la transitividad en la ordenación de preferencias; b) La asunción metaética del irreductible pluralismo de valores; c) Afirmar los límites de racionalidad en la deliberación práctica; y d) El particularismo en la justificación de la decisión”; ii) el sentido débil advierte: “a) La inexistencia de una métrica simple que sea común a los valores analizados; b) La importancia de la vaguedad del lenguaje en la deliberación práctica; c) La relevancia de las distinciones cualitativas en la estructura de los valores; y d) La justificación de la decisión es fruto de la ponderación de los valores”; el mismo autor, “Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 15, 2007, pp. 4-5.

¹⁵⁹ Véase, *Dos conceptos de libertad*, Alianza, Madrid, 2003, p. 277; el mismo autor, *El fuste torcido de la humanidad*, pp. 30-31. Para Berlin resulta evidente que los valores tiendan a contraponerse lo que caracteriza la incompatibilidad de las civilizaciones. Por eso, es susceptible de advertir claras incompatibilidades entre las culturas o algunos grupos que pertenecen a “la misma cultura”. O bien, entre uno mismo y otra persona, como lo afirma Berlin, “usted cree que siempre hay que decir la verdad, pase lo que pase; yo no, porque creo que a veces puede ser demasiado doloroso o demasiado destructivo”.

¹⁶⁰ El concepto de inconmensurabilidad dentro de la discusión del pluralismo moral, desempeñará un papel importante para los objetivos del presente estudio, en concreto, en el estudio del razonamiento judicial para la deliberación de los delitos culturalmente motivados, véase al respecto *infra* Capítulo Quinto.

¹⁶¹ BABILLO O’FARRELL, Pablo, “Pluralismo, libertad, decencia. Consideraciones en torno a la filosofía política de Isaiah Berlin”, *Isaiah Berlin. La mirada despierta de la historia*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 171.

¹⁶² RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, op. cit., p. 195.

morales completas, marcos conceptuales o *Weltanschauungen* donde los juicios morales forman parte de unas visiones globales del mundo, tan distintas entre sí que son mutuamente ininteligibles. Por ende, se interpreta a la inconmensurabilidad como si significara que nuestras concepciones morales están incorporadas a diferentes visiones del mundo. De ahí que no podemos razonar sobre ellas, sino que cada uno se encuentra atrapado en una de ellas al estilo del relativismo. La segunda razón concibe las referencias a los valores inconmensurables como un eufemismo de la primacía de las preferencias personales. Pero cuando entran en conflicto, son nuestros deseos los que deben decir qué debe hacerse, como las concepciones subjetivistas¹⁶³.

A partir de esta aclaración de Gray a los malentendidos sobre los conflictos y el papel de la inconmensurabilidad, Smith considera que, si bien es viable lograr acuerdos atrincherados, también existen áreas masivas de acuerdos que representa “la verdadera significación del hecho de que tenemos y usamos conceptos morales” «densos», “conceptos que” simultáneamente “describen algún estado de cosas natural y lo evalúan positiva o negativamente”, por ejemplo, “conceptos como valentía, brutalidad, honestidad, duplicidad, lealtad, maldad, bondad, traición, etc.” Pues según Smith “lo que la prevalencia de tales conceptos sugiere es que hay de hecho un acuerdo considerable acerca de lo que es correcto y equivocado: los actos de brutalidad, la duplicidad, la maldad y la traición son incorrectos, al menos todo lo demás igual, mientras que los actos de valentía, honestidad, lealtad y bondad son correctos, de nuevo, todo lo demás igual”¹⁶⁴. O como nos recuerda Parfit “todavía no podemos predecir si, como en las Matemáticas, todos alcanzaremos un acuerdo. Como no podemos saber cómo se desarrollará la Ética, no es irracional tener grandes esperanzas”¹⁶⁵.

Aún y sin tener la posibilidad de encontrar una solución que cumpla con las exigencias de todos los valores en confrontación o que logren satisfacer al máximo, en estos conflictos se requiere invariablemente la necesidad práctica de obtener una solución y de dar cuenta de ella, para esto, sigo la posición de Álvarez quien considera que “la única forma de hacerlo es

¹⁶³ GRAY, John, *Las dos caras del liberalismo. Una interpretación de la tolerancia liberal*, Paidós, Barcelona, 2001, pp.62 y 63.

¹⁶⁴ SMITH, Michael, *El problema moral*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 210.

¹⁶⁵ PARFIT, Derek, *Razones y personas*, op. cit., p. 454.

analizando cada caso en particular y sus circunstancias, así como las posibilidades del agente”¹⁶⁶, y en consecuencia, el reconocimiento del pluralismo moral denota “los valores relevantes requieren ser sopesados cuidadosamente y con mayor consideración, y la idea de poder satisfacer todos los valores presentes en situaciones de conflicto o de resolver los conflictos apelando a prioridades invariables parece estar lejos de reflejar el modo en que los conflictos se presentan la manera en que razonamos sobre ellos”¹⁶⁷; especialmente, frente a los conflictos de índole cultural, como el caso de los delitos motivados de manera cultural.

En este orden de ideas, la teoría de la justicia de Rawls podrá ser realizable en tanto se acepte la igualdad en la libertad, salvo aquellos casos, donde el ejercicio de una persona fuese incompatible con la práctica que los define (sociedad), o condujese a una menor efectividad. A partir de estos supuestos, podría existir una razón para circunscribir sus derechos. Por ello, acepta “una concepción de justicia que incluya” en ella el concepto de una mayor igualdad de libertad¹⁶⁸.

Al respecto es significativo las reflexiones de Farrel sobre el caso europeo del siglo XVII asociado con Grocio, Hobbes, Pufendorf y Locke quienes intentaron abordar el problema de la diversidad cultural de la cual depende la identidad personal según los comunitaristas, debido a la incidencia de la comunidad en el yo. Para entender este problema, Farrel lo pone en términos jurídicos tales como si una constitución moderna puede reconocer legítimamente las pretensiones de los miembros de distintas culturas. Esta lucha por el reconocimiento cultural (completamente hegeliano), se puede dar en dos formas (mediante el otorgamiento de derechos individuales, o de derechos comunitarios) y solo una es compatible con la tesis liberal, esto es, la tolerancia¹⁶⁹.

Por ejemplo, es posible obligar a los niños judíos a ir al colegio sin sombrero, ¿o las niñas musulmanas sin velo? Hacer esto sería traicionar sus aspectos fundamentales de su cultura, pero

¹⁶⁶ ÁLVAREZ, Silvina, “Pluralismo moral”, op. cit., p. 93.

¹⁶⁷ ÁLVAREZ, Silvina, “Pluralismo moral”, op. cit., pp. 93-94.

¹⁶⁸ Esta postura rawlsiana de justicia imparcial que pretende sostener, tiene sus antecedentes con Hegel, en su “dialéctica del amo y el esclavo”, y el concepto de reconocimiento. Aunque en el fondo, tenga más una fundamentación kantiana del deber ser y el cumplimiento al imperativo categórico que la propiedad *polis* establezca como el bien más próximo a la realización de los fines de cada uno de sus integrantes.

¹⁶⁹ FARREL, Martín, *El derecho liberal*, op. cit., pp. 43 y 44.

dice, respetar estos rasgos culturales tampoco significa exigir derechos comunitarios, “basta con otorgar derechos individuales respecto de aquellos aspectos del vestuario escolar que se vinculan con la religión”¹⁷⁰.

Para esto, Nino sugiere la combinación del principio de autonomía y el de inviolabilidad de la persona que permite resolver cualquier conflicto de derechos y esto solamente se consigue mediante una posición igualitaria, porque conduce a una expansión de la autonomía, y no lo hace bajo el sacrificio de ciertos individuos para conseguir el beneficio de otros, porque “el igualitarismo no sólo implica que hay un enlace entre los derechos tradicionales y los nuevos sino también que fundamentalmente son los *mismos* derechos: el derecho a la vida, por ejemplo, implica lógicamente el derecho a la asistencia médica, al ser violado tanto mediante la omisión de frenar una enfermedad fatal, como por la acción de provocar tal enfermedad”¹⁷¹.

Nino logra conjuntarlos “en la práctica social de la discusión moral”, consiguiendo satisfacer ciertas funciones relacionadas con la superación de conflictos y la búsqueda de la cooperación a través del consenso. Esto es, habrá que mirar desde adentro la práctica del discurso moral que emana del formalismo kantiano, a través de diversas exigencias universales donde la justificación de acciones e instituciones deberá adaptarse. Y no desde afuera con la postura hobbesiana, donde se percibe el convencionalismo relativista al ser la institución social

¹⁷⁰ FARREL, Martín, *El derecho liberal*, op. cit., p. 54, más adelante en la página 55, ejemplifica esta situación sobre el problema que enfrentan los padres judíos y musulmanes, es particularmente, que temen que sus hijos dejen de usar sombrero, o velo, por el hecho de ir al colegio con otros niños que no acostumbran a usarlo. Y resalta que este temor de los padres no debemos tomarlo a la ligera. Por eso, una posición política que tiende a separar coercitivamente a los niños de la cultura de sus padres menoscaba la estabilidad de la sociedad, sobre todo, al debilitar la capacidad de la gente de mantener relaciones íntimas a largo plazo, y amenaza uno de los deseos más profundos de los padres: “el de comprender a sus hijos, compartir su mundo, y permanecer cercanos a ellos”. En seguida expone el problema de la educación separada se debe establecer el número de interesados en un tipo especial de educación (judía o musulmana), para ello, expone el siguiente supuesto: “imaginemos que el número promedio de alumnos por clase asciende en un Estado determinado a cuarenta. En ese Estado, a su vez, hay cuarenta alumnos judíos o musulmanes, que desean recibir una educación separada”, ya en este punto, Farrel sostiene que la neutralidad obligaría al Estado liberal a proporcionar una enseñanza de ese tipo, y por ello, el Estado liberal quedaría obligado a ello si el número de interesados no alcanzara exactamente a cuarenta, pero se aproximara a él. No obstante, ¿qué ocurre, por ejemplo, si sólo dos interesados están en esa situación? Su respuesta que da el autor es dedicar fondos públicos para pagar a un maestro que enseñe a dos alumnos, cuando los demás maestros se comparten entre cuarenta alumnos, definitivamente viola el principio de neutralidad, porque ninguna cultura es superior a otra. En cambio, si los padres utilizaran sus propios recursos para pagar a los maestros, reservándose el gobierno el papel de examinar el contenido mínimo de la enseñanza, esta propuesta tiende a ser compatible con la teoría liberal.

¹⁷¹ NINO, Carlos, “Libertad, igualdad y causalidad”, *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política II, Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2007, p. 67.

contingente y variable, misma que es generada por diversos factores sociales y culturales, acorde con las distintas estructuras sociales.

En este sentido, Guariglia refiere que usar el sustantivo “moral” permite identificar una determinada uniformidad en “las conductas comunes habituales de los miembros de una misma institución, una familia o una asociación más amplia como clubes deportivos, colegios, villas, ciudades, etc”¹⁷². Esto permitiría compartir un “*standard* evaluativo común”¹⁷³ pero sin conformarse en el ámbito de la vigencia fáctica de la costumbre. En cambio, la moral aplicada a las acciones cuya moralidad tiende a mantenerse en razones más generales. Por ejemplo, para Guariglia al igual que Nino “el *sujeto moral* es aquél realmente existente en las condiciones culturales, sociales, psicológicas e históricas presentes, cuya identidad, en consecuencia, se estructura narrativamente sometido a la tensión de las distintas influencias que se extienden discursivamente en el interior de las sociedades históricas”¹⁷⁴.

Ahora bien, Nino sostuvo que para afrontar los conflictos morales desde los postulados externalistas e internalistas, resulta viable, a fin de recurrir al conocimiento moral mediante la práctica social. El reconocimiento de sistemas morales en cualquier grupo social parece confirmar “la hipótesis de que tanto el derecho como la moral” habrán de satisfacer la función social de “disminuir los conflictos” y mejorar “la cooperación” entre ellos. Esto será solo en cuanto existan razones para actuar; por ejemplo, como aquellas que son el objeto de creencias, mantenidas y revisadas a través de un tipo de discurso moral. Así, corresponde a una técnica que permite converger en “acciones y actitudes”. Esto es, “sobre la base de creencias comunes en razones morales. Esta coincidencia sería un mero resultado accidental –y de este modo el discurso moral no cumpliría con su función- si no estuviera sujeta a ciertas reglas que establecen las condiciones bajo las que uno puede defender ciertas razones morales; esto es decir que aquellas reglas que argumentos son aceptables en el discurso moral a favor o en contra de una razón para actuar y cuáles son actitudes a las que se comprometen los participantes en ese discurso cuando aquellos argumentos son aceptados o rechazados”¹⁷⁵. Esto resulta indispensable

¹⁷² GUARIGLIA, Oswaldo, *Moralidad. Ética universalista y sujeto moral*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1996, pp. 11 y 12.

¹⁷³ GUARIGLIA, Oswaldo, *Moralidad. Ética universalista y sujeto moral*, op. cit., p. 12.

¹⁷⁴ GUARIGLIA, Oswaldo, *Moralidad. Ética universalista y sujeto moral*, op. cit., p.17.

¹⁷⁵ NINO, Carlos Santiago, “Ética legal entre la metafísica y la futilidad”, *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política I. Metaética, ética normativa y teoría jurídica*, Gedisa, Buenos Aires, 2007, p. 132.

considerar las reglas procedimentales y el aspecto formal del discurso moral por determinar las condiciones de la justificación moral dice Nino “las restricciones a las que deben sujetarse todos quienes buscan argumentar acerca de la justificabilidad moral de una acción”¹⁷⁶.

En este orden de ideas, el recurso ético de Nino será mediante el postulado rawlsiano de la posición original¹⁷⁷ “tal forma debe ser inferida en parte de ciertas hipótesis acerca de las funciones sociales de la moral y en parte de un “equilibrio reflexivo” entre las hipótesis acerca de lo que es constitutivo del concepto moral y las convicciones sustantivas que, debido a su firmeza, parece haber pasado el examen de aquellos criterio formales, y que, de este modo, sirven para detectarlas de forma indirecta”¹⁷⁸.

Por lo anterior, la identificación formal del discurso habrá de ser aplicada mediante el *consenso*, toda vez que, se genera mediante la concurrencia de acciones y actitudes que aceptan de manera libre principios comunes de conducta, como resultado de un examen de los argumentos a favor o en contra de principios alternativos.

De ser viable esta última posición ética constructivista para fundamentar la solución de los conflictos morales, se tiene ahora que contrastar con la fundamentación cognitivista del pluralismo moral.

4. El pluralismo moral. Una fundamentación cognoscitivista.

La posición cognoscitivista consiste esencialmente en “enunciados éticos” que “describen algún tipo de hecho”. En consecuencia, tienden a ser susceptibles de verdad o

¹⁷⁶ NINO, Carlos Santiago, “Discurso moral y derechos liberales”, *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política II, Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona 2007, p. 132.

¹⁷⁷ NINO, Carlos Santiago, “Ética legal entre la metafísica y la futilidad”, op. cit., pp. 133-134, la posición original para Nino tiene injerencia en la justificación moral de un comportamiento, porque muestra su conformidad con los principios que serían aceptados por un “arbitro ideal”. Esto es, alguien que se conduzca con i) plena imparcialidad, ii) de manera racional, y iii) adecuadamente informado acerca de todos los hechos relevantes. Aunque el hecho que demuestre la existencia de principios morales es su aceptabilidad hipotética bajo ciertas condiciones la que representa mayor importancia. Para esto, se recurre a juicios condicionales contrafácticos, sin que presente otras dificultades ontológicas que presentan todos los juicios de este tipo, incluyendo aquellas que parecen ser esenciales a las ciencias empíricas actuales. Además, este aspecto formal del discurso moral necesita de una mayor elaboración que permita sobreponerse una serie de problemas, que a la postre parecen ser muy prometedores sostiene Nino.

¹⁷⁸ NINO, Carlos Santiago, “Ética legal entre la metafísica y la futilidad”, op. cit., p. 132.

falsedad¹⁷⁹, caso el naturalismo y el intuicionismo. Dancy refiere que entre “1860 y 1920, el término intuicionismo era sinónimo de pluralismo” de corte utilitarista como el postulado por J. Stuart Mill, pero actualmente, el intuicionismo es entendido “como una concepción particular sobre la forma en que llegamos a determinar qué acciones son correctas y cuáles incorrectas”. Y la forma de acceder a los principios morales es mediante la intuición, algo “que se puede creer sin pensar que exista más de un principio” semejante¹⁸⁰.

En cambio, el naturalismo “afirma que los juicios morales son proposiciones susceptibles de verdad y falsedad”, por lo que se opone al emotivismo, al no-cognoscitismo y al prescriptivismo. El naturalismo es considerado también una doctrina realista, por considerar verdaderos algunos juicios morales; por eso, “la moralidad no es una ficción, un error o un mito, sino un cuerpo de conocimiento o al menos” de información¹⁸¹, lo que permite a esta teoría moral mantener una orientación vigente en la discusión ética sobre los conflictos morales.

Estas dos teorías morales coinciden en un ámbito de objetividad que, a su vez, corresponden con el pluralismo moral¹⁸², y solo así se estará en condiciones de rechazar las concepciones que conducen al dogmatismo, al relativismo o al escepticismo ético¹⁸³ y para ello, la visión naturalista objetivista cumple las exigencias para que los juicios morales se verifiquen a través de hechos a los que los hombres tienen acceso amplio y general por medio de los sentidos y que son independientes de sus propias actitudes. Y para ello, se requiere continuar la línea trazada por Nino quien sostuvo que “el discurso moral no es un ejercicio teórico dirigido a nivel de abstracción, es un ejercicio práctico destinado a resolver conflictos a través de la coincidencia

¹⁷⁹ Así, NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, p. 355; MENDOCA, Daniel, *Los secretos de la ética*, Tecnos, Madrid, 2001, 56.

¹⁸⁰ DANCY, Jonathan, “El intuicionismo”, Peter Singer, *Compendio de ética*, 4ª reimpresión, Alianza, Madrid, 2010, p. 555.

¹⁸¹ Cfr. al respecto, PIGDEN, Charles R., “El naturalismo”, Peter Singer, *Compendio de ética*, 4ª reimpresión, Alianza, Madrid, 2010, p. 567; BRANDT, Richard B., *Teoría ética*, op. cit., p. 183-211; HARMAN, Gilbert, *La naturaleza de la moralidad. Una introducción a la ética*, op. cit., p. 26-30;

¹⁸² En este sentido, NINO, Carlos Santiago, *El constructivismo ético*, op. cit., p. 64. “El naturalismo pluralista parece exento de cometer este error en la identificación de los hechos morales, pero ello sólo gracias a su indefinición”.

¹⁸³ Siguiendo la posición de NINO, Carlos Santiago, *El constructivismo ético*, op. cit., p. 66, la palabra “moral” y “derecho” pueden referir a fenómenos distintos, por lo que resulta indispensable “reconstruir un significado que aislé” a estas instituciones sociales recurrentes y ampliamente extendidas. Estos conceptos tienden a “evitar conflictos y facilitar la cooperación, pero que a diferencia de él, no lo hace a través de la autoridad y la coacción, sino a través de la discusión dirigida a obtener consenso”. En otras palabras, la libre aceptación común “de principios de conducta” busca generar la convergencia esperada de acciones y actitudes apegadas a principios tales como universal, general, final, público.

de acciones y actitudes obtenida mediante la libre adopción de los mismos principios”¹⁸⁴, que en cierto modo, a mi parecer, Guastini mantiene el rumbo de Nino al referir que “la teoría cognoscitivista presupone la existencia, en todo el texto normativo, de un sentido unívoco y susceptible de conocimiento”¹⁸⁵, lo que permite dotar a esta doctrina no tanto describir lo que sucede, sino prescribir lo que debería suceder.

5. El pluralismo moral y la lucha por el reconocimiento.

En su obra “*Las fuentes del yo*” Taylor intenta evidenciar: el origen, contenido y declive de la “identidad del yo moderno”, a partir de los siguientes elementos en la filosofía moral contemporánea: i) un mayor interés por las teorías morales modernas relativas al deber ser en perjuicio de otros ideales morales individuales, tendiente a conseguir sus aspiraciones universalistas; y ii) mayor relevancia en las personas antes que la comunidad¹⁸⁶.

A partir de estos elementos, Taylor contribuye a la discusión moral de la identidad del yo, mediante tres características: i) la expansión de las descripciones morales legítimas; ii) a recobrar formas de pensamiento y descripciones que se han vuelto problemáticas; y iii) indagar los trasfondos lingüísticos porque en ellos reconocemos la moral de nuestras obligaciones. Pero un opositor a esta visión ha sido Dussel quien considera “es imposible esta autocomprensión desde una mera moral formal abstracta”¹⁸⁷. En cambio, postula la universalidad de la ética material, pero tomando en consideración a la moral formal como “procedimiento de aplicación del principio material universal”¹⁸⁸, porque la ética del propio Taylor no aclara cómo se logra en

¹⁸⁴ NINO, Carlos Santiago, *El constructivismo ético*, op. cit., p. 70.

¹⁸⁵ GUASTINI, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, op. cit., p. 348.

¹⁸⁶ TAYLOR, Charles, *Las fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna*, op. cit., p. 43, logra advertir en la gente la percepción que “su identidad está en parte definida por ciertos compromisos morales o espirituales”, por ejemplo, “como ser católico o anarquista. O bien, tienden a definirla por la nación o la tradición a la que pertenecen, como ser armenio o quebequés” o español o mexicano. Esto no significa para Taylor que solamente “están firmemente ligados a esa visión espiritual o a ese trasfondo” cultural, sino “que ello les proporciona el marco dentro del cual determinan su postura acerca de lo que es el bien, o lo que es digno de consideración”, admirable o valioso.

¹⁸⁷ DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, 4ª Trotta, Madrid, 2002, p. 118 insiste en que “el proyecto de la liberación de los oprimidos y excluidos se abre desde la exterioridad del Otro, más allá de toda situación dada”. En este punto Dussel advierte que la construcción de alternativas, como una utopía “histórica o de una nueva sociedad, no es aplicación de un modelo o situación ideal o trascendental”, o menos aún, “el cumplimiento auténtico de un mundo de la vida dado”, sino un “des-cubrimiento” claramente “responsable como respuesta a la interpelación del Otro, en un lento proceso prudencial donde el filósofo debe tomar en serio las motivaciones éticas de la liberación de los oprimidos y excluidos”.

¹⁸⁸ Cfr. DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, op. cit., p. 118.

las culturas “un modo” de particularizar «la vida *humana* en general». En cambio, advierte que la «particularidad» de cada cultura, “sin descubrir el ámbito universal de la vida humana desde donde todas las culturas son concreciones particulares, conformadas por *dentro* por dicho criterio *universal material* de la necesidad de producir, reproducir y desarrollar la vida *humana* en cuanto tal”; por eso Dussel considera que “descubre una razón ontológica-cultural particular (razón hermenéutica-valorativa)”¹⁸⁹.

Ahora bien, Dussel acepta el avance teórico conceptual de Taylor al desarrollar la ética de la autenticidad al aceptar que “la autenticidad (A) entraña (i) “creación y construcción, así como descubrimiento, (ii) originalidad, y con frecuencia (iii) oposición a las reglas de la sociedad e incluso, en potencia, a aquello que reconocemos como moralidad. Pero también es cierto... que (B) requiere (i) apertura a horizontes de significado y (ii) una autodefinición en el diálogo”. En este sentido, se habrá de aceptar que estos elementos tiendan a entrar en conflicto¹⁹⁰.

Por su parte, Guariglia explica que la tensión en Taylor resulta inevitable porque “debido al reconocimiento de la diferencia a cargo de los otros miembros de la sociedad como parte de un ideal de autorrealización, como la autenticidad. Pero este reconocimiento puede chocar con ideas diferentes de lo bueno, que existen en cualquier sociedad multicultural, como son casi todas las sociedades contemporáneas”¹⁹¹, por ende, la idea del reconocimiento para Taylor, dice Guariglia es situado como “horizonte último común”, y esto para Dussel es incorrecto, porque no es propiamente un “horizonte”, sino “un *modo de realidad*: la vida humana misma”¹⁹², ya que la exterioridad (donde radica la libertad humana) es el ámbito en el que se sitúa más allá del fundamento de la totalidad, es decir, es un momento analéctico, tal y como sucedería con la dignidad del expulsado *fuera* del capital desde un sistema utópico viable futuro más justo, de ahí que, la totalidad sea puesta en cuestión por la interpelación provocativa del otro, porque en sí mismo, la teoría no es suficiente para el momento analéctico¹⁹³, sino que debe ir más allá, por

¹⁸⁹ DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, op. cit., p.133.

¹⁹⁰ TAYLOR, Charles, *La ética de la autenticidad*, Paidós, Barcelona, 1994, p. 99.

¹⁹¹ TAYLOR, Charles, *Las fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna*, op. cit., pp. 46 -47.

¹⁹² Cfr. DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, op. cit., p. 119.

¹⁹³ Por su parte, BEORLEGUI RODRÍGUEZ, Carlos, *Historia del pensamiento filosófico latinoamericano*, Deusto, Bilbao, 2004, p. 698, comenta que la corriente “analéctica” es una posición filosófica liderada por Dussel y Scannone quienes retoman esta denominación previamente elaborada por Cerutti como “populismo de la ambigüedad abstracta” o “populismo ingenuo”. Beorlegui Rodríguez siguiendo el pensamiento de Cerutti, advierte que tanto Dussel como Scannone mantuvieron una distancia ante el peronismo que vivía el gobierno argentino, porque era previsible que

ejemplo, se genera una aptitud que permite escuchar el clamor de las víctimas para sensibilizarse y comprometerse con ellas, creyendo y confiando en que otro mundo es posible, y solo así, se da el crecimiento a la totalidad *desde* el otro y para servir-le (al otro), creativamente. Para lograr esto, dice Dussel, es evidente que se parte de una dialéctica hegeliana, pero con ciertas correcciones de Feuerbach, al decir que la “verdadera dialéctica parte del diálogo del otro y no del «pensador solitario consigo mismo»”.

Por otro lado, los estudios sobre el reconocimiento en Habermas son desde una visión de la intersubjetividad que pueden esclarecer su relación con el pluralismo moral, en particular por haber cambiado el objeto de la “crítica de la razón sustituyendo las formas de la subjetividad trascendental por las formas de comunicación”, con la que se dan razones o fundamentos para que las aspiraciones de la conciencia individual obtengan reconocimiento intersubjetivo.

A partir de este presupuesto comunicativo, presenta un programa de una ética discursiva reconstruyendo la propuesta “kantiana de razón práctica en términos de razón comunicativa”, en palabras del propio Habermas “los fenómenos morales son susceptibles de una investigación pragmático-formal de la acción comunicativa”¹⁹⁴, toda vez que a lo largo de la vida cotidiana usamos enunciados normativos con pretensiones de validez, las cuales se reflejan mediante preguntas ¿qué debo hacer?, ¿qué debemos hacer?, a fin de no caer en criterios arbitrarios, sino que, mediante la confianza en nuestra capacidad de distinguir entre normas y mandatos falsos de los verdaderos, dice Habermas “llamo comunicativas a las interacciones en las cuales los participantes coordinan de común acuerdo sus planes de acción; el consenso que se sigue en cada caso se mide por el reconocimiento intersubjetivo de las pretensiones de validez”¹⁹⁵.

de seguir esta corriente política institucional la experiencia populista pudiera naufragar, incluso aquellos discursos que se hubieran visto adheridos. Por otro lado, Cerutti sostuvo que no lograron mantenerse del todo distantes, aún y cuando hayan sido “perseguidos por el propio peronismo”. En este sentido, Cerutti atribuye a esta posición una clase de totalitarismo, porque aquellos que “se atrevían a poner en duda su originalidad, su novedad revolucionaria, quedaban fuera de todo tipo de pensamiento liberador”. Y, de cierta forma, su intolerancia pudo ser de gran impacto, porque podrían haber sido valorados, aunque por determinado periodo, “como los únicos representantes de la auténtica y casi única” Filosofía Latinoamericana. Aunque la posición de Beorlegui Rodríguez no comparte la visión de Cerutti, porque gran parte se debe a las “amplias y valiosas publicaciones”, en particular, de Dussel, y Scannone.

¹⁹⁴ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 2000, p. 60.

¹⁹⁵ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., p. 77.

Por ende, este planteamiento comunicativo, en la sociedad se puede o no aceptar pretensiones de verdad en tanto sea solamente radica en “las acciones de habla”. En cambio, “las pretensiones de validez normativa” radican en esencia en las normas y únicamente derivadas de “las acciones de habla”. Así, no se constituyen “al margen de la validez” como en el “orden de la naturaleza”. Para Habermas esto representa un “frente a la cual nos limitamos a adoptar una posición objetivadora. La realidad social, a la que nos remitimos con acciones de habla regulativas, se encuentra desde el inicio en una relación interna con las pretensiones normativas de validez”.¹⁹⁶

En este sentido, resulta “necesario distinguir entre el hecho social del reconocimiento intersubjetivo y la aspiración de una norma al reconocimiento”, en aras de identificar la validez de una norma, en tanto ésta sea implementada mediante la aportación de razones justificatorias para cada uno de los participantes. Logrando este esquema de participación de grupos de masas hoy en día en las sociedades modernas, se establece la *legitimación* de las normas.¹⁹⁷ Pero a su vez, la “vigencia social de una norma depende” de que ésta “sea aceptada por sus destinatarios” y esto implica su reconocimiento mediante la comprobación discursiva. Esto para Habermas significa que la relación entre la objetividad y “veracidad de los enunciados aseverativos” que preservan “una relación interna” resulta poco factible. Pero la relación “entre la existencia de realidades objetivas” y las *expectativas* de un grupo concreto de personas quienes fundamentan tales enunciados, puede permitir “explicar por qué la cuestión de las condiciones de la validez de juicios morales plantea de modo inmediato el tránsito a una lógica del discurso práctico”. En cambio, “la cuestión de las condiciones de validez de los juicios empíricos requiere reflexiones

¹⁹⁶ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., p. 80.

¹⁹⁷ NINO, Carlos Santiago, *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 100, considera que Habermas apoyado en Strawson muestra una “justificación de juicios morales y su reproche basado en ellos de una práctica social que pervade (sic) buena parte de nuestra vida y de los intercambios con otros”. Así, esta práctica se “predica la verdad o falsedad de los juicios morales lo que acontece con los mandatos o decisiones”. No obstante, Nino considera que “esta predicación de verdad en el caso de las normas tiene un carácter distinto a la de las proposiciones descriptivas, debido a que las normas se interponen entre los actos de habla y la realidad empírica”. Además, refiere que para Habermas las “relaciones objetivas y la veracidad de los enunciados aseverativos correspondientes se da una relación interna que no se da entre las relaciones objetivas y las expectativas normativas”. Esto es lo que para Nino “justifica que las condiciones de validez de los juicios morales dependan de una lógica del discurso práctico, en tanto, los juicios empíricos necesitan una cierta reflexión cognitiva, completamente, independientes de la lógica de los discursos teóricos”.

cognitivas y científico-teóricas, que en principio son independientes de una lógica de los discursos” teóricos¹⁹⁸.

Estos apuntamientos del pluralismo en sede de las teorías del reconocimiento han permitido dimensionar el terreno donde la diversidad cultural cobra relevancia moral “para la resolución de los conflictos que se presentan” en el ejercicio de la identidad de las personas que coexisten en una variedad de valores sociales y culturales. Por ello, se requiere analizar esta relación del pluralismo moral en sede de la diversidad cultural.

6. El pluralismo moral en la diversidad cultural.

El pluralismo como ha sido mencionado, hace referencia a la existencia y a la naturaleza de los valores, lo cual supone la posibilidad de que éstos puedan entrar en conflicto por su incompatibilidad, de ahí que Raz identifica en el pluralismo moral la existencia de “diversas formas y estilos de vida que ejemplifican diferentes virtudes incompatibles entre sí. Las formas o estilos de vida son incompatibles si, dadas ciertas presunciones razonables sobre la naturaleza humana, no pueden ser normalmente ejemplificadas en la misma vida”. Por eso, no existe impedimento para que un sujeto sea simultáneamente un profesor y padre o madre de familia. “pero una persona no puede, al mismo tiempo, orientar su vida a la acción y a la contemplación, para usar uno de los contrastes tradicionalmente reconocidos”¹⁹⁹.

Lo que resulta necesario será formar personas con “actitudes éticas, tanto en la vida privada como en la vida pública” que eviten ideologías que refuerzan el statu quo a veces “inadmisibles por injusto, como alejarse de las utopías irrealizables” por generar situaciones injustas. En palabras de Olivé “lo que se requiere es reforzar el pensamiento ético, regulativo que se mantenga igualmente a distancia de las ideologías y de las utopías, y que permita a los seres humanos ver en el bien común, entendido como el *bien de todos*, la mejor manera de satisfacer los intereses individuales”²⁰⁰.

¹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., p. 82.

¹⁹⁹ RAZ, Joseph, *Morality of freedom*, op. cit., p. 395.

²⁰⁰ OLIVÉ, León, *Multiculturalismo y pluralismo*, op. cit., p. 27.

Para Villoro “la realización de los valores colectivos” permite, a su vez, que los valores de cada individuo puedan concretizarse. Esto es, “la ética empieza cuando se busca otro fundamento de validez en la argumentación racional”. En contra a las condiciones de “valoración heredadas”, conlleva a “valoraciones genuinas”. Por eso, “somete a crítica el pensamiento reiterativo; pone en cuestión las interpretaciones de una moral condicionada socialmente, que disfraza los valores comunes”²⁰¹.

Estos apuntes identitarios de la relación entre el pluralismo moral y la diversidad cultural pueden encontrar éticamente buen cause, mediante una argumentación de razones explicativas o justificativas ante la diversidad cultural en sede judicial²⁰². Por ahora se requiere previamente “explicar la conexión” entre el pluralismo moral y razones para la acción que permitirá comprender el conflicto que están generando los delitos culturalmente motivados²⁰³ en las sociedades presentes.

7. El pluralismo moral y razones para la acción.

En apartados anteriores, el pluralismo moral ha sido entendido como una consecuencia de la diversidad individual o colectiva que permite apartarse de las posiciones subjetivas, y en cambio la visión objetiva del pluralismo moral contribuye a la capacidad de juicio del sujeto en su dimensión de agente racional, lo que permite en cierta medida superar la inconmensurabilidad y el conflicto de valores en una sociedad de evidentes rasgos de diversidad cultural.

Este posible obstáculo de inconmensurabilidad en las relaciones de personas con rasgos culturales distintos en una misma sociedad, tiene la ventaja de resolverse mediante la razón práctica que en su momento Nino, Raz, Redondo y Bayón impulsaron en el contexto de la filosofía moral.

Para ello, recorro al trabajo elaborado por Carlos Santiago Nino para dar un paso fundamental en la elaboración de una propuesta metodológica argumentativa que permita

²⁰¹ VILLORO, Luis, *El poder y el valor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, p. 233.

²⁰² Al respecto, véase, *infra*, Capítulo Quinto.

²⁰³ Sobre los delitos culturalmente motivados, véase, *infra*, Capítulo Tercero.

identificar “los motivos y razones que un individuo tiene para actuar”, sin importar el origen étnico, sea extranjero o pertenezca a un grupo minoritario. Además, permitirán diferenciar los niveles de las razones para la acción de índole explicativas (predecir) como justificativas sobre el comportamiento realizado²⁰⁴.

Así, Nino realiza una clasificación del análisis de la acción humana desde los puntos de vista “interno” y “externo”, que resultan necesarios aplicar en el análisis de casos para el Derecho Penal, porque al mantener un solo punto de vista con exclusión de otro, resulta incompleto el análisis del comportamiento humano. En cambio, utilizar ambos puntos de vista se está en mejores condiciones para identificar la compatibilidad entre ambas posiciones (explicativas y justificativas). Lo que permitirá a los jueces identificar y evaluar las acciones realizadas por una persona que ha infringido una norma jurídico-penal por razones culturales.

No obstante, la propuesta metodológica de Nino no está exenta de confrontaciones con la filosofía de la mente que desde el siglo XX ha dado posiciones de gran relevancia para esta discusión. Por ejemplo, Don Locke²⁰⁵, Nagel²⁰⁶, Davidson²⁰⁷ y Grice²⁰⁸ quienes enfatizan su interés por las razones explicativas, toda vez que aceptan los motivos constituidos por los estados mentales combinados por creencias y deseos, que son considerados como antecedentes causales de ciertas acciones. Pero presentan un problema al no realizar una valoración racional, lo cual denota una simple reconstrucción del punto de vista externo del razonamiento del sujeto y, consecuentemente, “una razón para actuar es vacua si no es capaz de determinar” acciones²⁰⁹.

²⁰⁴ NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 125-126, considera que gran parte de la filosofía advierte cierta ambigüedad por lo engañosa de la palabra razón que se pone de manifiesto en frases como: i) la razón que tuvo Juan para matar a Juanita fue el hecho de que ella rechazase sus avances amorosos; y ii) el que una mujer se niegue a entablar relaciones con un hombre no es una razón para matarla. Piénsese que una persona reiteradamente dijera estas dos frases, ellas no serían normalmente interpretadas como contradictorias. Esto deviene así porque la primera de ellas alude a una razón explicativa o subjetiva, en cambio, la segunda refiere a una razón justificativa u objetiva.

²⁰⁵ “Beliefs, desires and reasons for action”, *American Philosophical Quarterly*, Vol. 19, No. 3, July 1982, pp. 241-249.

²⁰⁶ *La posibilidad del altruismo*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 40.

²⁰⁷ *Ensayos sobre acciones y sucesos*, Crítica, Barcelona, 1995, pp. 63-84; el mismo, *Mente, mundo y acción*, Paidós, Barcelona, 1992, pp. 99-118

²⁰⁸ “Motive and reason”, Joseph Raz, (comp.), *Practical Reasoning*, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 170.

²⁰⁹ Así, NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 79, explica que los dos aspectos de la acción parecen establecer un puente entre el ser y el deber ser, entre los hechos y los valores. Según el autor, esto es así porque: i) están conectados con datos fácticos como deseos, inclinaciones, aspiraciones, rasgos de carácter de los individuos; y ii) con principios, normas y fines que legitiman una acción.

En cambio, la aplicación de la filosofía de la acción en la dogmática penal ha sido recurrible por una diversidad de posiciones metodológicas, piénsese de manera enunciativa, Radbruch²¹⁰, Welzel²¹¹, Jaén Vallejo²¹², Duff²¹³, Hornsby²¹⁴, Jakobs²¹⁵, Burkhardt²¹⁶, Ramos Vázquez²¹⁷, Martínez-Buján Pérez²¹⁸, Manrique Pérez²¹⁹ y Busato²²⁰ quienes directa e indirectamente retoman planteamientos de la filosofía de la mente para establecer si la acción realizada por la persona le pertenece y solo así, sea penalmente responsable y merecedor de una pena.

Me parece que el trabajo de Nino contribuye a conjuntar los esfuerzos entre el Derecho Penal y filosofía de la mente para el debate sobre la razón práctica. En tanto la explicación de normas morales como partes integrantes del conocimiento práctico dependa de la “explicación de las acciones y la estructura de la deliberación del agente” que haya de asumir²²¹.

Lo interesante de la teoría de la acción para Nino es “qué clase de acciones o qué aspecto de las acciones son susceptibles de ser objeto de juicios de valor y de regulación normativa”²²²,

²¹⁰ RADBRUCH, Gustav, *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2011, pp. 99-165.

²¹¹ WELZEL, Hans, “La doctrina de la acción finalista, hoy”, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2004, pp. 17-30.

²¹² JAÉN VALLEJO, Manuel, *El concepto de acción en la dogmática penal*, Colex, Madrid, 1994, pp. 68-73.

²¹³ VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos del sistema penal*, 2ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, en particular, los tres primeros capítulos.

²¹⁴ DUFF, R. A., “Acting, trying and criminal liability”, Stephen Shute, John Gardner and Jeremy Horder (eds.), *Action and value in criminal law*, Oxford University Press, New York, 1996, pp. 75-106.

²¹⁵ JAKOBS, Günther, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

²¹⁶ BURKHARDT, Björn, “La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal”, *El problema de la libertad de acción en el derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 29-73

²¹⁷ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

²¹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Los elementos subjetivos en la antijuricidad. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, en particular, el apartado III.

²¹⁹ MANRIQUE PÉREZ, María Laura, *Acción, dolo eventual y doble efecto. Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*, Marcial Pons, Madrid, 2012, en especial los capítulos II y IV.

²²⁰ BUSATO, Pablo César, *Derecho penal y acción significativa. Un análisis de la función negativa del concepto significativo de acción en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

²²¹ Para identificar el amplio campo de estudio sobre las acciones, véase a ORTIZ MILLÁN, Gustavo, “Naturalismo y racionalidad práctica en la teoría de la acción de Hume”, G. Leyva (Ed.), *Filosofía de la acción. Un análisis histórico-sistemático de la acción y la racionalidad práctica en los clásicos de la filosofía*, Universidad Autónoma Metropolitana/Síntesis, Madrid, 2008, pp. 289-290, quien identifica en la diversidad de “teorías filosóficas contemporáneas sobre la racionalidad práctica, y sobre las explicaciones de la conducta en las ciencias sociales, se definen en buena medida por la posición que toman con respecto a la teoría de la acción de Hume” quien marca un punto de referencia con respecto a cualquier posición relacionada a estos temas.

²²² NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, op. cit., 1987, p. 12.

especialmente cuando media factores por diversidad cultural, y por consiguiente, “cuál es la relevancia para tales juicios y normas de factores que son recogidos en descripciones y explicaciones de acciones, tales como intenciones, motivos, efectos causales, etc.”²²³, si en el fondo las razones que llevan a un sujeto a realizar determinado comportamiento es por motivos culturales.

Ahora bien, Redondo explica que “el universalismo y particularismo” discuten “sobre el alcance y la fuente de la relevancia de las razones”. En el primer caso, “la relevancia de las razones es invariable”. Esto es, universal “porque las razones tienen su fuente en normas” y éstas son el contenido de “ciertas propiedades o circunstancias con determinadas consecuencias deónticas”²²⁴. En cambio, el particularismo se compone por razones relativas a un caso concreto y este podría prescindir de la noción de norma; por eso, a decir de Bouvier, “la acción del juez que condena a una persona. Por ejemplo, se encuentra justificada si constituye la aplicación o el seguimiento de una regla jurídica general”²²⁵, en consecuencia, razonar en un nivel jurídico es hacerlo en términos universales, porque el derecho es una empresa que evalúa las relaciones sociales a través de reglas a fin de que los demás las acaten o ejecuten.

Por otro lado, la posición de Raz resulta complementaria a los estudios sobre las razones para la acción de Nino, porque este autor al distinguir entre razones de primer y segundo orden²²⁶, muestra cómo se genera el conflicto de razones identificables en tres tipos: i) “razones de primer orden”, ii) “razones de segundo orden” y iii) razones para la acción.

Los conflictos de “razones de primer orden” o conflictos exclusivamente “entre razones de primer orden” son resueltos para Moral Soriano “valorando la fuerza de todos argumentos o razones en conflicto y decidiendo según aquella razón que tenga mayor peso entre todas las

²²³ NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, op. cit., 1987, p. 13.

²²⁴ REDONDO, María Cristina, “Dos modelos de norma y razonamiento práctico”, Pau Luque (ed.) *Particularismo. Ensayo de filosofía del derecho y filosofía moral*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 61. Por otro lado, p. 71. La autora explica que los universalistas, en tanto no sean absolutistas, pueden aceptar que hay razones derrotables, por rechazar “que la forma lógica de las normas sea la de una condicional derrotable”. Además, los particularistas tienden a aceptar la deducibilidad, y con ello, “rechazan la identificación de una razón para la acción sea el resultado de, o pueda reconstruirse a partir de, un razonamiento deductivo apoyado en una norma”. Finalmente, ambas posiciones coinciden ante “un conflicto de razones no jerarquizadas el razonamiento deductivo apoyado en normas no es el modelo apropiado para determinar qué se debe hacer concluyentemente”.

²²⁵ BOUVIER, Hernán G., *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*, op. cit., p. 19.

²²⁶ RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 51 y ss.

demás”. Por tanto, el razonamiento práctico en el proceso de solución del conflicto está identificado en el nivel deliberativo de valoración de la fuerza de las razones²²⁷. En cambio, “los conflictos entre razones de primer orden y razones de segundo orden” excluyentes habrá de solucionarse a favor de la razón excluyente. Esto no es así, solo a partir de la mayor fuerza o influencia, “sino porque su función en el razonamiento práctico” está en “excluir la consideración de otras razones”. En este sentido, “la evaluación o balance de su fuerza en el razonamiento” es lo que en realidad habrá de considerarse finalmente.

A partir de esto, el alcance de las normas de segundo orden es la clase de razones que excluye: las razones de primer orden²²⁸. Así, los conflictos entre razones de segundo orden se solucionan “según la fuerza de las razones en conflicto implicadas, es decir, se resuelve de la misma manera que los conflictos entre las razones de primer orden: mediante un balance”²²⁹.

Por supuesto, Nino sugiere aplicar el último sentido del razonamiento práctico, en tanto sea realizada la evaluación, fundamentación o guía de una acción mediante juicios valorativos o normativos²³⁰. Esto es, “si ese razonamiento concluye en “un juicio de deber ser” y si las razones justificatorias funcionan como sus premisas, necesariamente tales razones “deben estar constituidas por juicios o proposiciones e incluir entre ellos al menos un juicio de deber ser”, en tanto se apege al denominado “principio de Hume”²³¹ referente a la “imposibilidad de derivar juicios normativos o valorativos de premisas que sean exclusivamente fácticas o descriptivas”²³².

²²⁷ Así lo explica MORAL SORIANO, Leonor, *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 27.

²²⁸ MORAL SORIANO, Leonor, *El precedente judicial*, op. cit., pp. 27 y 28.

²²⁹ MORAL SORIANO, Leonor, *El precedente judicial*, op. cit., p. 28.

²³⁰ *La validez del derecho*, op. cit., p. 130. En este sentido, REDONDO, María Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 136, refiere que un deber concluyente sólo será factible mediante la valoración de todas las razones aplicables al caso, pero desde una perspectiva normativa y no técnica la “noción de argumento práctico no se propone como un esquema de inferencia en sentido lógico ni como un modelo teórico”, más bien “como una forma de comportamiento correcto en la toma de decisiones”. Así, “el argumento práctico es un deber o la permisión de realizar una acción”. Su denominativo “normativo” corresponde a la propia implementación del argumento práctica “considera justificada como una conducta debida”. Por tanto, “el contenido de una norma regulativa es parte de una propuesta de carácter normativo”. En este sentido, CELANO, Bruno, “¿Son las creencias razones para la acción?”, *Derecho, justicia y razones. Ensayos 2000-2007*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, p. 414.

²³¹ Véase, REDONDO, María Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, op. cit., p. 164, para Redondo, Nino quien es un heredero de Hume, considera que una conclusión de deber se obtiene mediante un argumento que contenga alguna de las premisas dicho carácter. Por eso, reconoce Redondo que Nino al atribuir la realización de “un error lógico” al “intento de justificar una conclusión de deber” a través “de una norma jurídica identificada con un criterio positivista”, supondría cometer la falacia naturalista.

²³² *La validez del derecho*, op. cit., pp. 130 y 131.

Por lo anterior, es notable mencionar la continuidad ofrecida por Nino a la propuesta de Raz para diferenciar entre razones “completas”, “operativas” y “auxiliares”²³³, al referir que las primeras son el “conjunto de premisas no superfluas de un razonamiento práctico válido”. Así, las “operativas”, serán aquellas premisas de “deber ser que en sí misma podría constituir una razón completa para alguna acción”, y finalmente, las “auxiliares”, son las que mediante “un juicio fáctico” indicativas de “un medio para satisfacer una razón operativa”. Por eso, “un deseo no puede constituir en sí mismo una razón operativa: un deseo es un hecho, y de un hecho no puede inferirse un juicio” práctico, “como es la conclusión de un razonamiento” justificatorio. “Lo que sí puede constituir una razón operativa es el contenido proposicional” de ese “deseo y ese contenido proposicional es precisamente” en un evidente juicio de carácter valorativo, o bien, normativo²³⁴.

Este análisis de la razón operativa justificatoria habrá de coincidir con Hare²³⁵, Rawls²³⁶, Richards²³⁷ y Nagel²³⁸ con la validez de un juicio práctico. Por un lado, la factibilidad para funcionar como razón justificatoria operativa de un razonamiento de esa clase. Por otro lado, la no dependencia del hecho para que una(s) persona(s) lo hayan “formulado o aceptado o, si depende de un hecho tal, ello debe ser en virtud de otro juicio práctico que lo haga relevante, sin que su validez dependa a su vez de la circunstancia de que alguien lo haya formulado o aceptado”²³⁹.

La consecuencia fundamental de estos apuntamientos será para Nino que el carácter autónomo de las razones justificatorias operativas y del razonamiento práctico del que forma parte denota una clara independencia de cada uno de los individuos que desarrollan su propio razonamiento práctico frente al de terceros. En otras palabras “el razonamiento no es transpersonal”²⁴⁰.

²³³ NINO, Carlos Santiago, “La democracia epistémica puesta a prueba. Respuesta a Rosenkrantz y Ródenas”, *DOXA*, No. 10, 1991, pp. 37-39.

²³⁴ *La validez del derecho*, op. cit., p. 131.

²³⁵ *Moral thinking. Its levels, method and point*, Clarendon Press, Oxford, New York, 1981, en especial, pp. 206 y ss.

²³⁶ *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 60.

²³⁷ Véase, *A theory of reasons for action*, Oxford University Press, New York, 1971.

²³⁸ *La posibilidad del altruismo*, op. cit., pp. 31 y ss.

²³⁹ En este sentido, NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, op. cit., p. 132.

²⁴⁰ *La validez del derecho*, op. cit., p. 132.

Así las cosas, para que Nino logre armonizar las diversas clases de justificaciones, habrá de utilizar las siguientes tres características de los juicios que constituyen razones justificatorias operativas, *generalidad*, *universalidad* y *superveniencia*. Esto es, la identificación de situaciones deberán hacerse por propiedades genéricas que sirven como razones justificatorias operativas; en el caso de la universalidad, los juicios prácticos que pueden figurar como premisa mayor en un razonamiento justificatorio tienen también otro rasgo que no está asociado a su contenido sino a su aplicabilidad.

Finalmente, la posición de Nino sobre “la propiedad que puede justificar la discriminación entre dos situaciones a los fines de una razón operativa no sólo debe ser genérica, o sea debe ser genuina propiedad, sino que también debe ser fáctica, en el sentido de no estar identificada meramente por la aplicabilidad de esa u otra razón operativa”²⁴¹. Éste es el rasgo de *superveniencia* de las razones operativas²⁴², que permitirá abonar al trabajo interpretativo de los juzgadores para determinar el fallo en la solución de los conflictos culturales²⁴³; en particular, al momento de decidir qué pena deba imponerse para aquellas conductas infractoras de las normas penales²⁴⁴.

7.1. La autonomía moral y diversidad en el razonamiento práctico.

Las posiciones liberales y comunitaristas mostraron las posibilidades altamente dispares en relación al rol que ocupa la autonomía práctica de las personas para la conformación moral de una sociedad²⁴⁵. Esto se debe en cierta forma a la tensión entre los defensores del liberalismo

²⁴¹ NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, op. cit., p. 133.

²⁴² *La validez del derecho*, op. cit., pp. 132-133; asimismo, BAYÓN, Juan Carlos, *La normatividad del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 86, afirma que i) “los deseos constituyen razones operativas”, ii) “las creencias, razones auxiliares”, y iii) “la combinación de ambos, una razón completa”. Esto es, las creencias no constituyen razones operativas, porque “siempre forman parte de un razonamiento práctico como razones auxiliares”. Para Bayón las creencias son “fenómenos empíricos, de estados de cosas, no a cualquier supuesto en que coloquialmente es posible hablar de creencias”.

²⁴³ Al respecto, véase, *infra*, Capítulo Quinto, apartado 4.

²⁴⁴ Cfr., *infra*, Capítulo Cuarto, apartado 5.

²⁴⁵ Entre otros, véanse, PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *La polémica liberal comunitarista. Paisajes después de la batalla*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 47-53; VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis, *Las críticas comunitaristas al liberalismo igualitario. Un balance*, Universidad de Alcalá/Dykinson, Madrid, 2014, pp. 164-174; el mismo, “Comunitarismo versus liberalismo: Hegel contra Kant 200 años después”, *Revista de Derechos Fundamentales*, N.º. 4, Madrid, 2009, pp. 41-45; HERRERA GÓMEZ, Manuel, *Liberalismo versus comunitarismo. Seis voces para un debate y una propuesta*, Aranzadi, Pamplona, 2007, en particular, capítulo VII; LORENZO IZQUIERDO, David, *Comunitarismo contra individualismo*.

cívico y los defensores de la libertad individual arraigada en el pensamiento liberal basado en dos principales conceptos: autonomía y diversidad.

Estos conceptos de autonomía y diversidad en cierto sentido moral tienen un alcance complementario uno con el otro a decir de Galston, “el ejercicio de la autonomía produce diversidad, mientras que el hecho de la diversidad protege y nutre la autonomía”²⁴⁶, pero este punto de vista no siempre se consigue de manera coherente como lo advierte el propio Galston. En cambio, llega a tomar direcciones diferentes con la disputa en áreas como la educación, el derecho de asociación o el libre ejercicio de la religión cuando se analizan los casos de grupos minoritarios a la luz de los conflictos generado “en el ámbito de los derechos culturales” y en algunos casos con consecuencias de carácter punitivas. Por eso, necesitamos una comprensión del liberalismo que dé a la diversidad lo que merece.

Desde esta visión liberal, Sieckmann considera que la autonomía en la “filosofía práctica moderna, así como para la filosofía jurídica y para el Derecho”, dota de “un fundamento normativo para el Estado constitucional, en particular a través de las ideas de autonomía política, de autonomía individual o personal y de dignidad humana”²⁴⁷. Además, trasciende “la diversidad y la unidad en el Derecho y la moral”. En este sentido, “la diversidad es posible porque, de acuerdo con la idea de autonomía, las normas no están determinadas por estándares ya dados, sino que dependen, en cambio, de los juicios normativos de los individuos o de las comunidades morales o jurídicas”²⁴⁸. Por otro lado, “la autonomía es la única idea que puede crear unidad entre las diversas concepciones normativas del Derecho o de la moral, ya que sólo una concepción autónoma de la validez normativa puede lograr la aceptación de agentes que se consideran a sí mismos autónomos, como al menos harán algunos agentes. Es sólo la idea de

Una revisión de los valores de occidente desde el pensamiento de Alasdair Macintyre, op. cit. pp. 134-160; ÁLVAREZ, Silvina, *La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 233-305.

²⁴⁶ *Liberal pluralism. The implications of value pluralism for political theory and practice*, Cambridge University Press, 2002, p.21.

²⁴⁷ SIECKMANN, J. R., “El concepto de autonomía”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 31, 2008, p. 466.

²⁴⁸ Véase, SIECKMANN, J. R., “El concepto de autonomía”, op. cit., p. 466.

autonomía, por tanto, la que permite articular una concepción comprensiva del razonamiento normativo”²⁴⁹.

En este mismo sentido, Nino recurre a Kant para explicar que si “la propuesta de derivar principios sustantivos de condiciones necesarias para el razonamiento práctico fuera plausible tendría la ventaja de su absoluta universalidad”. Esto es así, “puesto que comprometería a todos los seres racionales con principios y juicios valorativos que no podrían ser negados sin rechazar presupuestos implícitos en esa misma negación”. Por eso, Nino convencido del razonamiento kantiano, decide continuar con los “presupuestos del razonamiento práctico en las distintas formulaciones del imperativo categórico que aluden a la universalidad, la imparcialidad (es decir, el no condicionamiento por deseos o intereses contingentes) y la autonomía moral”²⁵⁰.

A pesar de la impronta aceptación kantiana de la autonomía, durante el siglo XX tuvo una confrontación nuevamente desde los embates de la tradición hegeliana²⁵¹. El principal foco de crítica serían los presupuestos del razonamiento práctico, por considerarse débiles para derivar principios morales definidos²⁵². En cambio, el comunitarismo dirige la mirada a las costumbres de una sociedad aún y con todos los problemas que presenta un convencionalismo de esta índole²⁵³.

Ahora bien, la autonomía práctica en una sociedad plural debe reconocer el marco normativo supremo la posibilidad de realizar cada uno de estos derechos básicos por voluntad propia, y para esto la cuestión a plantearse es “¿cuál puede ser el valor de permitir realizar a un individuo alguna conducta anodina cuando puede haber razones muy fuertes de interés público –razones no traducibles en la necesidad de prevenir daños a terceros- para impedir tal

²⁴⁹ SIECKMANN, J. R., “El concepto de autonomía”, op. cit. 466; el mismo, *The Logic of Autonomy: Law, Morality and Autonomous Reasoning*, Hart Publishing, United Kingdom, 2012, apartado 5.

²⁵⁰ NINO, Carlos, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, op. cit., p. 166.

²⁵¹ Para ahondar sobre esta polémica en el Derecho Penal, véanse, *infra*, Capítulo Segundo, apartado 3; y el Capítulo Tercero, apartado 1.

²⁵² NINO, Carlos, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, op. cit., p. 167.

²⁵³ NINO, Carlos, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, op. cit., pp. 163 y 164, considera que el constructivismo meta-ético se basa en los presupuestos de la práctica de la discusión moral y no en sus resultados. Esto es, una forma de convencionalismo, porque toma como punto comparable de la justificación moral aquellos que son presupuestos de una práctica social.

conducta?²⁵⁴, y para esto, se explica a continuación la implicaciones de una política estatal utilitarista punitiva frente al ejercicio de la autonomía práctica.

Para Álvarez Medina existen dos formas de entender la autonomía en relación con los derechos: la primera, en tanto valor moral la autonomía debe servir como principio guía en la configuración de los derechos (libertad de expresión, reunión, participación política, educación salud, entre otros), que presuponen el valor de la autonomía y con ello se ofrecen garantías a la persona potencialmente autónoma; la segunda, corresponde a entender la autonomía no ya como presupuesto o fundamento de derecho, sino como un derecho en sí (derecho a la autonomía personal)²⁵⁵.

Visto así estas dos posiciones considero que la primera opción entendida como guía en la configuración de los derechos puede fortalecer el ejercicio de la razón práctica elaborada por Nino²⁵⁶. Toda vez que la explicación de “las normas morales como partes integrantes del conocimiento práctico depende de la explicación de las acciones y la estructura de la deliberación del agente” se haya de asumir. Por eso, una teoría de la acción para Nino tiende a explicar qué clase de acciones o qué aspecto de las acciones “son susceptibles de ser objeto de juicios de valor” y de “regulación normativa”. Además, puede manifestar cuál es la relevancia para tales juicios y normas de factores que son recogidos en descripciones y explicaciones de acciones, tales como intenciones, motivos, efectos causales, entre otros²⁵⁷.

Ahora bien, el concepto de razones para actuar y la estructura del razonamiento práctico, representan el mayor elemento distintivo que denotan en la naturaleza y justificación de los principios morales y normas jurídicas. Esto siempre y cuando, sea el razonamiento que conduce a la ejecución de una acción. Así, lo importante será adminicular el razonamiento práctico con las razones propias que motivan a personas de culturas diferentes de los principios morales establecidos en una sociedad que no pertenecen, y al contravenirlos son acreedores de un

²⁵⁴ NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, op. cit., p. 202.

²⁵⁵ ÁLVAREZ MEDINA, Silvina, *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, Centro de Estudios Político y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 36.

²⁵⁶ Entre otros véanse, BAYÓN, Juan Carlos, *La normatividad del derecho*, op. cit., pp. 45 y ss.; WHITE, A.R., *La filosofía de la acción*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976; DAVISON, Donald, *Ensayos sobre acciones y sucesos*, trad. Olberth Hansberg, et. al., Crítica, Barcelona, 1995.

²⁵⁷ NINO, Carlos Santiago, *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 12-13.

castigo²⁵⁸. Para esto, se analizará más adelante en la investigación sobre la importancia del razonamiento práctico en sede judicial para resolver los delitos culturalmente motivados.

Sobre esto Nino sostiene que el conocimiento de una concepción de la moral proporciona los juicios que servirán de premisas mayores en los razonamientos prácticos, ya que, las normas jurídicas son razones para creer en la existencia de razones para actuar²⁵⁹. Aquí, Nino continua el ámbito normativo de Hart²⁶⁰, específicamente, de aquel punto de vista de quienes siguen de hecho una norma, y la aceptan, manteniendo una actitud crítica reflexiva hacia el modelo de conducta indicado por la norma, entendiendo por ésta, tal y como lo propuso en su momento Raz al aclarar que la expresión *norma* será utilizada como un término técnico, a diferencia del concepto de regla que es de diversos tipos lógicos, por ello, las normas incluyen alguna de las más importantes clases de reglas. Esto es, las categóricas que son “reglas que exigen que una cierta acción sea realizada, y también las reglas que conceden permisiones. El concepto clave para la explicación de las normas es el de razonamiento para la acción”²⁶¹.

Raz nos recuerda “las razones se usan para guiar la conducta, y las personas deben guiarse por lo que es el caso, no por lo que creen que es el caso. Sin duda, para guiarse por lo que es el caso una persona debe llegar a creer que tal cosa es el caso. Sin embargo, es el hecho y no su

²⁵⁸ Al respecto, véase, *infra*, Capítulo Tercero, apartados 1 y 2.

²⁵⁹ Resulta ilustrativo la explicación que ofrece RAZ, Joseph, “Razonando con reglas”, *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 214. El derecho por su naturaleza muestra rasgos que impactan en gran medida el carácter del razonamiento jurídico. Raz refiere tres rasgos: i) que el derecho de cada país constituye un sistema que consiste al menos en algún grado, de normas o reglas, y que aplicarlo y seguirlo requiere o presupone la interpretación. Por tanto, resulta erróneo pensar que esos rasgos son propios del derecho únicamente, sino que son compartidos por muchas de las religiones importantes y por otras organizaciones sociales; ii) son característicos de todos los sistemas normativos institucionalizados, y en menor medida también pueden estar presentes en otros dominios normativos; y iii) son centrales en el derecho, y se puede decir de ellos que otorgan un carácter especial al razonamiento jurídico o religioso. La naturaleza sistemática del derecho, su dependencia de reglas y de la interpretación. Bajo estos rasgos, Raz sostiene que afectan los modos de razonar común al razonamiento jurídico. Esto es, el razonamiento jurídico es como cualquier otro razonamiento, pero además dispone rasgos que expresan las características formales del derecho.

²⁶⁰ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 90-91. Para BLANCO MIQUELES, Susana, “La naturaleza del razonamiento jurídico según Carlos Santiago Nino”, C. Rosenkrantz y R. L. Vigo (Comp.), *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, Fontamara. México, 2008, pp. 21-22, la adopción de Nino de la posición de Hart es ineludible para el estudio del derecho de la realidad, para imponer su normatividad y evitar su reducción a pura coacción. Esto le permite superar la tensión entre normatividad y facticidad que plantean los positivismo normativistas o realistas. Para esto, se acude a ideas como las de “justificación”, “razón” o “legitimidad”, que son conceptos que en la teoría clásica remiten a la moral. Por tanto, la visión de Nino para explicar la normatividad del derecho es fundamentarla en la normatividad moral, armonizando el discurso jurídico con el moral.

²⁶¹ Cfr. RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, op. cit., pp. 11-12.

creencia en él lo que debe guiarle y lo que es una razón. Si p es el caso, entonces el hecho de que yo no crea que p no determina que p no sea una razón para que yo realice alguna acción”²⁶².

Por lo anterior, Nino al igual que Raz afirmarán que las razones justificatorias son hechos en el sentido amplio para comprender la validez de principios morales, como del tener ciertos deseos, pero que sólo éstos últimos, constituyen parte de una razón para actuar cuando se combinan con ciertos otros fenómenos relevantes.

Sobre ello, Nino piensa que la dirección más plausible para reelaborar el concepto de razón justificatoria de acciones consiste –como el mismo Raz lo sugiere– “en partir del concepto de razonamiento práctico, ya que si hay algo claro respecto de aquella noción es “que la función primaria” de las razones justificatorias “es servir de premisas de un razonamiento que conduce a una acción”²⁶³. No obstante, no resulta ser unánime el criterio para establecer la naturaleza del razonamiento práctico, en ocasiones se refieren al “proceso psicológico” que lleva causalmente “a la formación de una intención” y luego a la ejecución “de una acción”. En cambio, otras veces, a la “inferencia lógica que permite explicar o predecir una acción a partir de leyes y proposiciones fácticas”. Por último a la inferencia “lógica que permite evaluar, fundamentar o guiar una acción”.

Finalmente, las razones dadas para el quehacer de una persona deben superar el paso subjetivista y congeniar con el ámbito objetivo justificatorio de su comportamiento. Esto es, “un deseo no puede constituir en sí mismo una razón operativa: un deseo es un hecho, y de un hecho no puede inferirse un juicio práctico, como es la conclusión de un razonamiento justificatorio. Lo que sí puede constituir una razón operativa es el contenido proposicional de ese deseo y ese contenido proposicional es precisamente un juicio valorativo o normativo”²⁶⁴.

²⁶² RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, op. cit., p. 20; MORAL SORIANO, Leonor, *El precedente judicial*, op. cit., pp. 27-28, puntualiza el posicionamiento de Raz al distinguir entre razones de primer y segundo orden, en aras de mostrar cómo se genera el conflicto de razones. La “conurrencia de ambas en el razonamiento práctico puede plantear tres tipos de conflictos cuya solución aporta la razón para la acción”: i) el conflictos de “razones primer orden” o conflictos exclusivamente entre razones de primer orden; ii) conflictos entre razones “de primer orden y razones de segundo orden” excluyentes, y iii) conflictos entre razones de segundo orden.

²⁶³ Véase, NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, op. cit., p. 129; RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, op. cit., p. 44 y ss.

²⁶⁴ NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, op. cit., p. 131.

Por tanto, las implicaciones de estos insumos morales señalados por Nino será lo denominado por él, siguiendo a Kant, el “carácter autónomo de las razones justificatorias operativas y del razonamiento práctico del que forma parte”²⁶⁵, lo cual, denota una clara independencia de cada uno de los individuos que desarrollan su propio razonamiento práctico frente al de terceros, “el razonamiento no es transpersonal”²⁶⁶.

8. Comentarios finales.

Acorde con lo visto, la dificultad sobre la universalidad de los Derechos Humanos y el particularismo de las minorías culturales encuentra su máxima incompatibilidad con la visión monista. Esta posición tiende propiciar condiciones adecuadas para la discriminación o barbarie sobre los grupos minoritarios o vulnerables.

Considero que las posiciones universalismo y particularismo no tienen por qué preservar su incompatibilidad. La amplia gama de postulados morales elaborados por la doctrina permite conformar una vía de acceso para armonizar las aportaciones de cada una de ellas para evitar factores de discriminación o xenofobia que acarrea la noción de identidad cultural propia del particularismo, y a su vez desterrar el carácter etnocentrismo, aferrado a la idea de la razón que tanto ha marcado al universalismo cerrado²⁶⁷.

El problema central a afrontar es el planteado por Vernengo “¿cómo compatibilizar la pauta moral del respeto a las decisiones autónomas de terceros cuando las mismas involucran violaciones de derechos humanos pretendidamente universales?”²⁶⁸. En especial ante conductas delictivas culturalmente motivadas que deben los jueces resolver al momento de emitir una sentencia que invariablemente traerán la pérdida de un valor distinto al que ellos decidan deba sobreponerse a favor de los Derechos Humanos.

²⁶⁵ NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, op. cit., p. 132.

²⁶⁶ NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, op. cit., p. 132.

²⁶⁷ Así, PRIETO DE PEDRO, Jesús, *Cultura, culturas y constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 5ª. Reimpresión, Madrid, 2013, p. 81, sostiene que el mundo requiere de cierto “*optimum*” de diversidad a fin de no caer en el partido único de un universalismo cerrado, negador de la diversidad cultural. No debe olvidarse que la universalización de la civilización occidental ha estado acompañada también de grandes aspectos negativos, de masacres y de desigualdad. Por eso, la civilización mundial ha de consistir en la coexistencia de las culturas, en su coalición, preservando todas ellas. Esto es, en su originalidad.

²⁶⁸ VERNENGO, Roberto J., “El relativismo cultural desde la moral”, op. cit., p. 174.

Por lo que la propuesta de elaborar un marco conceptual oportuno para el estudio de los delitos culturalmente motivado sea el pluralismo moral. Toda vez que la teoría del relativismo ético por sí solo no logrará solventar dar una respuesta correcta a los conflictos culturales que en sede judicial deberán resolverse.

Para ello, se utilizarán los apuntes de la razón práctica y las razones para la acción insertadas en el pluralismo moral permitirán orientar el camino a seguir para obtener mejores insumos valorativos y justificativos durante el ejercicio jurisdiccional de jueces que deban resolver los casos identificados por conflictos de índole diversidad cultural, especialmente, con los delitos culturalmente motivados. Por ahora, corresponde analizar el concepto de cultura y qué lugar ocupa para en la norma jurídico penal, y cómo funciona de enlace entre el pluralismo moral frente al ejercicio del *ius puniendi*.

CAPÍTULO SEGUNDO CULTURAS Y DERECHO PENAL

1. Introducción.

El reto que afrontan los jueces que conocen casos por delitos culturalmente motivados son por un lado, el reconocer la diversidad cultural de las personas involucradas en conductas delictivas sancionadas por el código penal del Estado donde se encuentran y que para ellos es desconocido o no comprendido por factores culturales distintos de los que ellos son originarios; y por otra parte, el grado de culpabilidad que deberá el juzgador atribuir al sentenciado por la comisión de un delito bajo esta modalidad delictiva, para justificar la individualización de la pena acorde con las circunstancias acreditadas durante el proceso en su contra.

Para determinar estas dos circunstancias legales por un órgano jurisdiccional es menester analizar el vínculo existente entre el concepto de cultura y justicia penal en el contexto de la polémica del liberalismo y comunitarismo, con lo que se podrá advertir de mejor manera el alcance o rol que ejerce este elemento normativo de la “cultura” en la conformación de una política criminal para criminalizar estas conductas motivadas por la diversidad cultural.

Una vez planteado la relación y dependencia entre el Derecho Penal y la cultura, corresponde examinar qué consecuencias tiene para la dignidad, libertad y autonomía de la persona declarada culpable por realización de un delito culturalmente motivado, con la consecuencia de una pena (por ejemplo, de corte utilitarista, deontológica, consecuencialista,

prevención general, prevención especial), a fin de determinar en su caso, que posición teórica es la adecuada para justificar su criminalización.

2. Derecho a la cultura.

2.1. Concepto de cultura

El significado de cultura deviene del latín *colere*, dado para la acción de cultivar la tierra pero paulatinamente, este punto de partido fue insertado metafóricamente a la acción de cultivar el espíritu que resulto tener más impacto en este último sentido²⁶⁹, “«cultura popular», «cultura de masas», «cultura de élite», «cultura popular», «cultura de élite», «alta cultura», «cultura moderna», «contracultura», «revolución cultural», «bienes culturales», «mercado cultural», «industrias culturales», «modelos culturales», «diferencias culturales», «patrimonio cultural», «vida cultural», «revolución cultural», «asuntos culturales», «identidad cultural», «diálogo de cultural», «encuentro de culturas», «Estado de Cultura»”.

A partir de este uso social, jurídico y político, el concepto de cultura tendrá su mayor desarrollo lingüístico con los trabajos de la antropología, y para ello recorro al trabajo de Harris para quien la cultura “es el conjunto aprendido de tradiciones y estilos de vida, socialmente adquiridos, de los miembros de una sociedad, incluyendo sus modos pautados y repetitivos de pensar, sentir y actuar (es decir, su conducta). Esta definición sigue el precedente sentado por sir Edward Burnett Tylor, fundador de la antropología académica y autor del primer libro de texto de antropología general²⁷⁰”; además, “consiste en las formas de pensar, sentir y actuar, socialmente adquiridas”, de cada persona de cada una de las sociedades²⁷¹.

Harris ha sido identificado como el fundador que sentó las bases teóricas antropológicas de la definición formal de cultura²⁷² y con ello, la plataforma para que todas las ciencias modernas

²⁶⁹ Así, PRIETO DE PEDRO, Jesús, *Cultura, culturas y constitución*, op cit., p. 26.

²⁷⁰ HARRIS, Marvin, *Antropología general*, Alianza, Madrid, 2006, p. 19 y 20; el mismo autor, *El materialismo cultural*, Alianza, Madrid, 1982, p. 62, sostuvo que la cultura “se refiere al repertorio aprendido de pensamientos y acciones que exhiben los miembros del grupo, repertorio cuya transmisión de generación en generación es independiente de la herencia genética”.

²⁷¹ HARRIS, Marvin, *Antropología general*, op. cit., p. 33.

²⁷² Aunque SAN MARTIN, Javier, *Teoría de la cultura*, Síntesis, Madrid, 1999, pp. 23 y 24, alude que en la Ilustración ya existía el concepto de modo explícito, “no sólo de modo latente”. Además, “ya existía toda una tradición en torno al tema que no debe ser ignorada”. Pero San Martín defiende que “la recuperación de esa tradición posibilitará

de la conducta que atienden a la relación entre el medio condicionante, los pensamientos y las acciones humanas²⁷³. Pero San Martín abona al pensamiento de Harris mediante un estudio de antropología filosófica para brindar una perspectiva distinta, el de la experiencia de cada uno, una experiencia que debe ser ciertamente validable por los demás, de lo contrario estaríamos en el terreno de la arbitrariedad y subjetivismo²⁷⁴.

Así también, cuando Geertz “interpreta una cultura, no es sólo decir lo que otros dicen en otras palabras, sino además buscar su sentido en la vida” de estas personas²⁷⁵, tiende a abarcar más de una simple traducción, “en el caso del estudio del hombre puede ir uno aún más lejos, según creo, y aducir que la explicación a menudo consiste en sustituir cuadros simples por cuadros complejos, procurando conservar de alguna manera la claridad persuasiva que presentaban los cuadros simples”²⁷⁶. Además, para el autor “la cultura denota un esquema históricamente transmitido de significaciones representadas en símbolos, un sistema de concepciones heredadas y expresadas en formas simbólicas por medios con los cuales los hombres comunican, perpetúan y desarrollan su conocimiento y sus actitudes frente a la vida”²⁷⁷. Por ende, el concepto de cultura que propone Geertz es básicamente de carácter semiótico, quien siguiendo a Max Weber sobre la idea de que el “hombre es un animal inserto en tramas de significación que él mismo ha tejido”. Esto es, el análisis de la cultura no es una ciencia experimental en busca de leyes “sino una ciencia interpretativa en busca de significaciones”. Por tanto, la intención de Geertz es buscar “la explicación, interpretando expresiones sociales que son enigmáticas en su superficie”²⁷⁸.

la comprensión de la insuficiencia del concepto” socioantropológico de una determinado rasgo cultural. Por eso es fundamental revivir esa tradición, donde se identifican dos rasgos: i) un elemento descriptivo, donde la cultura denomina un “ámbito de la realidad humana”, aquel ámbito “que no procede de la naturaleza”; y ii) un elemento “normativo, que marca una gradación axiológica en lo humano, en donde lo humano aparece como un vector desde lo salvaje, bárbaro”, improductivo, “no fértil, incultivado, hasta lo más humano”. Por tanto, “esta tensión inherente al concepto de cultura es lo que se pierde en el concepto de cultura de las ciencias sociales”.

²⁷³ HARRIS, Marvin, *El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura*, Siglo XXI, México, 1979, p. 9; el mismo, *Teorías sobre la cultura en la era posmoderna*, Crítica, Barcelona, 2000, p. 17 “Mi postura personal es que una cultura es el modo socialmente aprendido de vida que se encuentra en las sociedades humanas y que abarca todos los aspectos de la vida social, incluidos el pensamiento y el comportamiento”.

²⁷⁴ SAN MARTÍN, Javier, *Antropología filosófica II. Vida humana, persona y cultura*, UNED, Madrid, 2015, p. 33.

²⁷⁵ El propio GEERTZ, reconoce que su visión antropológica corresponde a una línea hermenéutica de Charles Taylor, Paul Ricoeur y Hans Gadamer, en Hirsch S.M. y Wright P.G., *De Bali al posmodernismo: una entrevista con Clifford Geertz*, *Alteridades*, 3 (5), 1993, pp. 119-126.

²⁷⁶ GEERTZ, Clifford, *La interpretación de las culturas*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 43.

²⁷⁷ GEERTZ, Clifford, *La interpretación de las culturas*, op. cit., p. 88.

²⁷⁸ GEERTZ, Clifford, *La interpretación de las culturas*, op. cit., p. 20.

En este contexto hermenéutico, Tannen sostiene que “la diferencia cultural no se limita a los niveles groseros y aparentes del país de origen y de la lengua materna, sino que existe además en los niveles subculturales de la herencia étnica, clase, región geográfica, edad y género”²⁷⁹; en cambio, para Linton la conducta anteriormente aprendida, en virtud de su sobresaliente capacidad, entre todos los seres vivos, de aprender y comunicarse, la cultura se trasmite a las generaciones que le suceden como herencia social²⁸⁰.

Si la cultura es un distintivo básico del ser humano, el papel de la razón en la cultura desempeña un horizonte de construcción sobre su propio conocimiento del mundo independientemente de origen o de cualquier costumbre, pero al mismo tiempo le permite dotarle de aquellas características propias de cultura a ese horizonte de interpretación del mundo que le rodea²⁸¹. Pero el modo general en que los hombres sienten y piensan, dice Gellner, nunca ha sido dominado completamente por el ideal racionalista²⁸², el modo en que las culturas imponen su autoridad y donde los extraños tienden a andarse con pies de plomos, muestran que no son miembros propiamente de esa cultura por su falta de familiaridad con unas normas que no pueden comprender por sí mismas. Es así como Gellner comprende que las reglas cartesianas no pueden ayudar para ser aceptado en una tertulia o en una cultura, por consiguiente, “lo irracional es una parte esencial del control social, de la definición del grupo y de la posición que se ocupa en él”. Por tanto, en los mundos sociales, en las culturas, lo irracional es un excelente portero²⁸³.

Volviendo con San Martín, el concepto de cultura es identificado como “una cultura objetiva o material”, otra de carácter “subjetiva” y finalmente, “una cultura somática”. Este autor usa el ejemplo de la silla porque al generar un efecto en su entorno es una condición objetiva, pero si queremos entenderla y saber qué es, es necesario realizar “una comprensión de su sentido,

²⁷⁹ Citada por EMBREE, Lester, *Fenomenología continuada. Contribuciones al análisis reflexivo de la cultura*, Jintajáfora, Michoacán, 2007, p. 110.

²⁸⁰ LINTON, Ralph, *Estudio del hombre*, Fondo de Cultura Económica, México, 1967, pp. 81 y ss.; el mismo, *Cultura y personalidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965, p. 130.

²⁸¹ Una lectura hermenéutica de la razón en la cultura, GELLNER, Ernst, *Razón y cultura*, Síntesis, Madrid, 2005, pp. 38-45.

²⁸² GELLNER, Ernst, *Razón y cultura*, op. cit., p. 195.

²⁸³ GELLNER, Ernst, *Razón y cultura*, op. cit., p. 196.

saber usar la silla” denota la necesidad de una cultura subjetiva. Estas dos denominaciones, dice, son elementos necesarios del hecho cultural porque lo subjetivo da contenido a lo objetivo y “si el carácter objetivo” de una realidad desvinculada del cuerpo esa cultura será somática²⁸⁴.

Por su parte, Levi-Strauss sostiene que “la historia social del hombre no reside en el movimiento progresivo que va desde la animalidad a la cultura, sino en la historia de las diferencias de las culturas heterogéneas y del estilo propio de las sociedades, ya que una cultura determinada no tiene por qué entrar necesariamente en contacto con las demás culturas”²⁸⁵. Por tanto, para este autor, “la cultura puede considerarse un conjunto de sistemas simbólicos que tienen situados en primer término el lenguaje, las reglas matrimoniales, las relaciones económicas, el arte, la ciencia y la religión. Estos sistemas tienen como finalidad expresar determinados aspectos de la realidad física y de la realidad social, e incluso las relaciones de estos dos tipos de realidades entre sí, y las que estos sistemas simbólicos guardan los unos frente a los otros”²⁸⁶.

A este punto, sigo la posición de Prieto de Pedro que el concepto de cultura denota entre otros elementos más relevantes: 1) para la antropología denota una memoria hereditaria no genética de la sociedad²⁸⁷; 2) la cultura como un proceso acumulativo ininterrumpido al que contribuye la humanidad entera²⁸⁸; 3) tiene un amplio campo de contenidos (conocimientos, creencias, valores, formas, proposiciones, reglas, rutinas, costumbres, entre otras)²⁸⁹; la “cultura comprende ideas y valores, junto al acervo de ideas, datos, hechos e instrumentos” que suelen considerarse objeto del conocimiento intelectual²⁹⁰.

A partir de estos insumos antropológicos y hermenéuticos, el concepto de cultura encuentra un nuevo escenario legal en los textos internacionales que incluyen a los derechos

²⁸⁴ SAN MARTÍN, Javier, *Antropología filosófica II. Vida humana, persona y cultura*, op. cit., pp. 359 y 360; para mayor ahondamiento, véanse, *Fenomenología y cultura en Ortega*, Tecnos, Madrid, 1998; *Ensayos sobre Ortega*, UNED, Madrid, 1994.

²⁸⁵ LEVI-STRAUSS, Claude, *Las estructuras elementales del parentesco*, Paidós, Barcelona, 1969.

²⁸⁶ LEVI-STRAUSS, Claude, “Introducción a la obra de Marcel Mauss” en Mauss, M., *Sociología y antropología*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 20.

²⁸⁷ PRIETO DE PEDRO, Jesús, *Cultura, culturas y constitución*, op. cit., p. 31.

²⁸⁸ PRIETO DE PEDRO, Jesús, *Cultura, culturas y constitución*, op. cit. p. 32.

²⁸⁹ PRIETO DE PEDRO, Jesús, *Cultura, culturas y constitución*, op. cit. p. 33.

²⁹⁰ PRIETO DE PEDRO, Jesús, *Cultura, culturas y constitución*, op. cit. p. 33.

culturales como derechos humanos universales. Por ejemplo, la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de 2001 de la UNESCO, al señalar a la cultura como “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarcan, además de las artes y las letras, los modos de la vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”.

Visto el amplio margen de elementos integrantes del concepto de cultura, esencialmente, por la interrelación que guarda con diversas disciplinas²⁹¹ la base antropológica, me propongo centrar su análisis desde la idea del pluralismo en libertad, identificado en las constituciones democráticas como un referente supremo de interpretación conforme a los derechos humanos²⁹² con sus respectivos límites²⁹³. Esto permitirá atajar la historia de la justificación por la diversidad y singularidad de cada cultura para llegar al momento actual de los principios universales de explicación, a partir de la conciencia de diferenciación, tal y como lo expone elocuentemente Prieto de Pedro al postular un cierto *optimum* de diversidad en el mundo, en aras de no caer en el partido único de un universalismo cerrado, negador de la diversidad cultural, y sobre todo, no olvidar que la universalización de la civilización occidental fue construida acorde con la noción débil, y esquemática que ha estado acompañada también de grandes aspectos negativos, de masacres y de desigualdad, de ahí que “la civilización mundial ha de consistir, pues, en la coexistencia de las culturas, en su coalición, preservando todas ellas, sin embargo, su originalidad”²⁹⁴.

Villoro por su parte sostiene que un rasgo de una determina cultura no se traduce en una única forma de vida esática y eterna. Sino más bien, vinculada a una constante un polémica

²⁹¹ Para mayor ahondamiento sobre esta diversidad conceptual de cultura, véase PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación inusfilosófica de las minorías*, op. cit., pp. 197-228.

²⁹² Para DONNELLY, Jack, *Derechos humanos internacionales*, op. cit., p. 65. “La cultura no es particularmente relevante en la definición de los derechos humanos, pero sí es central en su recepción”.

²⁹³ Al respecto, sigo la línea de HÄBERLE, Peter, “La Constitución como cultura”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, No. 6, 2002, p. 189, “Cultura se convierte en un término de moda y de uso habitual, con el riesgo de convertirse en improductivo a nivel científico. Sólo se le puede poner remedio a ello recurriendo a una posible reestructuración y precisión, propias del jurista”; y de OLIVÉ, León, *Ética y diversidad cultural*, 2ª Ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 13, para quien destaca la posibilidad de “las interacciones entre las diferentes culturas, así como el hecho de que muchas de ellas sean minorías en sus respectivos países, representan una serie de problemas que no pueden formularse y resolverse únicamente con base en el mejor conocimiento empírico del mundo social, ni siquiera con base en la tecnología, sino que obligan a reflexionar acerca de las normas, los valores y los fines en función de los cuales deberían orientarse las acciones de las personas y de las instituciones que participan en las interacciones transculturales”.

²⁹⁴ PRIETO DE PEDRO, Jesús, *Cultura, culturas y constitución*, op. cit., p. 81.

constante entre lo reconocido y validado por la mayoría quienes denotan sus razones y valores frente a una minoría que por sus propias características críticas proponen, sin dejar en consecuencia las creencias fundamentales de esa cultura. Por ende, “no hay moral vigente sin posibilidades de disidencia de esa moral. No hay pensamiento reiterativo de creencias convencionales sin su contraparte: un pensamiento disruptivo de las ideologías establecidas. Toda cultura presenta una tensión constante entre los ideales proyectados no realizados y los valores reiterados día con día. Cada cultura comprende criterios de racionalidad internos por los que, sin abandonar los presupuestos de una determinada figura del mundo”. Esto advierte afrontar determinadas críticas, en particular, “las creencias teóricas y valorativas vigentes y las formas de vida practicadas. Toda reforma radical se ha hecho en el seno de una cultura”²⁹⁵.

Siguiendo a Villoro, hace dos advertencias esenciales para aquellos detentores de una cultura universal, quienes corren el riesgo de “confundir la cultura universal con una cultura particular de una etapa” de la evolución de Occidente. Además, priorizar los valores universales de racionalidad y progreso, se relacionan con el juego de la ideología dominante de los países desarrollados. Esto es así, por estar siempre con la pretensión de justificarse en la idea de superioridad de “valores que la civilización dominadora aporta a los dominados”. Por tanto, la confusión de universalidad *de jure y de facto*. Con esto, se omite “la distinción entre un ideal normativo de cultural universal y la cultura tecnificada y comercializada, difundida por los medios internacionales de comunicación de masas al no particularizar a qué cultura se refieren”²⁹⁶. Así, un concepto normativo de cultura siguiendo nuevamente a Prieto de Pedro bajo acepciones reducidas en el orbe constitucional condensa “la dimensión público subjetiva de los ciudadanos ante los poderes públicos en las posibles exigencias de acceso a las manifestaciones de la cultura, cumple una función globalizadora, de síntesis, de la totalidad de los contenidos comprendidos en la noción étnica de cultura, como derecho a la diferencia, y en la noción general de cultura, como facultad de acceder a los bienes del espíritu que esta noción incluye”²⁹⁷.

En este sentido, la UNESCO durante la “conferencia mundial de políticas culturales organizada en México en 1982”, ratificó unánimemente con convicción y energía la igualdad y

²⁹⁵ VILLORO, Luis, *Estado plural, pluralidad de culturas*, Paidós / UNAM, México, 1998, p. 41.

²⁹⁶ VILLORO, Luis, “Aproximaciones a una ética de la cultura”, OLIVÉ, León, *Ética y diversidad cultural*, 2ª Ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pp. 132 y 133.

²⁹⁷ PRIETO DE PEDRO, Jesús, *Cultura, culturas y constitución*, op. cit., p. 281.

la dignidad de toda cultura rechazando cualquier jerarquización en este campo y en consecuencia, reafirmó el deber de cada persona de respetar todas las culturas²⁹⁸. Para esto, se expuso la necesidad de todos los participantes en dicha conferencia de reconocer la importancia del concepto de identidad cultural concebida como un proceso dinámico basado en una “dialéctica continua de la tradición y la novedad”, de la memoria y la innovación; las relaciones entre el patrimonio cultural, la creatividad y la creación contemporánea; las interacciones entre la identidad cultural y las relaciones culturales; los mecanismos de la comunicación intercultural; el análisis de las relaciones que vinculan la cultura y el desarrollo; la profundización del concepto de democracia cultural; y la creatividad individual y colectiva²⁹⁹;

A partir de esta posición internacional de los Estados parte de la UNESCO, se advierte la “existencia de una pluralidad de culturas” y se acepta en cierta forma “el pluralismo de valores”, pero en particular “el relativismo descriptivo de los antropólogos discierne, constituiría el hecho antecedente de la atribución de derechos y deberes a sujetos de derechos”³⁰⁰. En cambio, la característica distintiva entre el relativismo cultural y relativismo moral visto por la antropología no tiende a “significar que moralmente los valores de todas ellas sean correctos”.

Así, la dirección trazada por Pérez de la Fuente de vincular la funcionalidad del concepto de cultura “a la relevancia moral” de las “teorías de la justicia asumen para la identidad cultural”, en particular, el debate del pluralismo cultural será con la idónea articulación de la cultura como bien básico, esto es, “el concepto de bien primario tiene un papel relevante en la concepción de la justicia como imparcialidad de Rawls, ya que determina en función de su concepción política las necesidades de los ciudadanos en las cuestiones de justicia”³⁰¹.

Por tanto, la relación entre pluralismo cultural y teorías de la justicia permitirá delimitar la problemática entre el relativismo moral y el pluralismo cultural, mediante el repaso del concepto de persona en la versión del liberalismo igualitario, multiculturalismo y pluralismo.

²⁹⁸ Conferencia mundial sobre las políticas culturales: informe final, México, 1982, párrafo 33.

²⁹⁹ Conferencia mundial sobre las políticas culturales: informe final, Parte II, Informe de la Comisión 1, p. 23.

³⁰⁰ Así, VERNENGO, Roberto I, “El relativismo cultural desde la moral y el derecho”, op. cit., p. 159.

³⁰¹ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación insfilosófica de las minorías*, op. cit., p. 217.

2.2. Liberalismo igualitario y el concepto de cultura.

Para allanar el análisis sobre el liberalismo igualitario recurro al trabajo de Pérez de la Fuente quien identifica a grandes rasgos la posición de esta ideología liberal como “la estrategia de privatizar las culturas”, porque en sede de “la esfera pública” se produce una abstracción de las condiciones específicas produciendo por lo general conflictos. Estos conflictos son producto de la propia la “autonomía de los ciudadanos en la esfera privada”. Históricamente, explica el autor, “se siguió en la superación de los conflictos religiosos en Europa a partir de la reforma protestante, la privatización de las fuentes de conflicto, las formas de culto religioso, y la definición del marco de convivencia sobre la base de principios aceptables por las diferentes visiones, el ámbito político de la esfera pública. Frente al pluralismo cultural el liberalismo igualitario propone adoptar la misma solución para hacer frente al pluralismo religioso”³⁰².

Asimismo, Pérez de la Fuente identifica en el “liberalismo igualitario que las diferencias culturales se deben abstraer en la definición de la esfera pública”, siguiendo la idea del consenso de Rawls en “forma de concepción política de la justicia”. Esto es, como una cultura política siguiendo a Habermas del “patriotismo constitucional”. Por ello, la autonomía adquiere un valor importante, porque “permite revisar y deliberar sobre los diversos planes de vida, los derechos individuales en el ejercicio de los cuales pueden darse las distintas manifestaciones de la diversidad cultural y la tolerancia, que tiene sus límites en la razonabilidad del pluralismo”. Además, otro aspecto relevante corresponde a la concepción de cultura del liberalismo igualitario tiende a considerarse: i) en una necesidad secundaria como el folclore o la gastronomía; y ii) una expresión fundamentalista u opresora si contraviene los derechos fundamentales o el coto vedado los principios conformados por el consenso de la esfera pública³⁰³.

Por ello, el liberalismo igualitario considera Pérez de la Fuente, adverso en el razonamiento del igual valor de las culturas: i) una diferencia notable entre valores culturales y

³⁰² PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación iusfilosófica de las minorías*, op. cit., p. 257-258. Igualmente, VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis, “Privatizando la diferencia: el liberalismo igualitario y el pluralismo cultural”, *Revista de Derecho*, VOL. XXIII, No. 1, julio, 2010, pp. 37-57.

³⁰³ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación iusfilosófica de las minorías*, op. cit., p. 278

valores morales, universales e imparciales; ii) rechaza las protecciones externas para preservar la identidad cultural, por no considerar la supervivencia cultural como un fin en sí mismo, en aras de no justificar la “coerción estatal frente a la autonomía individual”; iii) inadecuada “la política de la diferencia”, porque olvida componentes fundamentales para los grupos minoritarios, por ejemplo, lo “económico, social y educativo”; y iv) “es contrario a los derechos colectivos”, porque considera son inútil y resulta ardua su elaboración normativa³⁰⁴.

Por lo anterior, es dable entender que el liberalismo igualitario ha defendido la división “entre la esfera pública gobernada” por una “razón pública” ante “la esfera privada”. Esto acorde a los parametros establecidos en el campo de justificación pública, habrá de terminar por pasar indiferente ante la diversidad cultural privatizando la diferencia.

Ahora bien, Barry considera que en toda sociedad las diferencias son socialmente reconocidas. El “hecho de la diferencia es universal” e igualmente será su reconocimiento social. En cuanto a eso, “no hay nada diferente en las sociedades occidentales contemporáneas”, pero sí es cierto, que en estas sociedades la diferenciación tiende a ser más compleja y a tener un “componente opcional” mayor que el típico de las sociedades³⁰⁵. Ciertamente, no hay garantía de que los resultados que saludaría un liberal igualitario surjan de las instituciones democráticas liberales. Pero es extraordinariamente improbable que surjan de instituciones políticas distintas de las de la democracia liberal; e, incluso si lo hicieron por casualidad en algún caso, la falta de principios liberales igualitarios habrán de referirse a la distribución adecuada de la autoridad política así como a la distribución de los derechos individuales³⁰⁶.

Por eso, Barry sostiene que la creación y el mantenimiento de las condiciones en las que sobrevivirán las instituciones democráticas liberales debe ser una prioridad muy alta para un liberal igualitario. Esto es, si hay más condiciones que contribuyan no solo a su supervivencia sino también a que tiendan a producir resultados justos, los liberales igualitarios estarán ansiosos por verlos también creados³⁰⁷. En este sentido, la justicia en la posición liberal igualitaria requiere

³⁰⁴ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación iusfilosófica de las minorías*, op. cit., p. 279.

³⁰⁵ BARRY, Brian, *Culture & equality*, Harvard University Press, United Kingdom, 2002, p. 19.

³⁰⁶ BARRY, Brian, *Culture & equality*, op. cit. p. 79.

³⁰⁷ BARRY, Brian, *Culture & equality*, op. cit. p. 79.

igualdad de derechos y oportunidades, pero no necesariamente resultados iguales definidos entre grupos³⁰⁸.

Por ejemplo, Rawls aclara que la justicia como equidad no son conceptos equivalentes o que no existen motivos para pensar que uno es más importante que el otro. Sino que la equidad es “la idea fundamental en el concepto de justicia”, que a su entender es “una virtud de instituciones sociales” o “prácticas”. Así, los principios de la justicia serán entendidos como limitaciones porque “la forma como las prácticas pueden definir posiciones y cargos, asignando con ello poderes y responsabilidades, derechos y deberes”³⁰⁹.

Por lo anterior, Rawls construye su propuesta ética mediante “una serie de supuestos”, de hechos o de principios “aceptados de modo prácticamente acrítico”. Esa objetividad refiere Massini Correias, supone una “validez de ciertas nociones: sujeto moral autónomo, sociedad bien ordenada, libertad e igualdad como supremos valores sociales, entre otros, así como también ciertos hechos: pluralismo social y cultural, bienes primarios, sociedad democrática avanzada, etcétera”³¹⁰.

Ahora bien, la concepción de justicia que Rawls desarrolla corresponde a dos principios: i) aquella persona participante de una práctica, o que se vea perjudicada, tendrá el mismo derecho a la libertad, de hecho, de una forma amplia “compatible con igual libertad para todos”; y ii) las desigualdades son arbitrarias, en tanto, no sea razonable esperar funcionen en beneficio de todos. Por tanto, en su conjunto estos principios reflejan la justicia mediante tres ideas: i) libertad, ii) igualdad y iii) retribución por cada uno de los servicios que fomenten el bien común³¹¹.

Sobre esta visión rawlsiana de la justicia liberal, Kymlicka advierte que “los vínculos con la propia cultura normalmente son demasiado fuertes como para abandonarlos”, en especial, los vínculos de la lengua y la cultura. Y en el caso de que cada cultura lograr liberizarse de la identidad

³⁰⁸ BARRY, Brian, *Culture & equality*, op. cit. p. 92.

³⁰⁹ RAWLS, John, *Justicia como equidad*, op. cit, pp. 78 y 79; en este mismo sentido, ROSENKRANTZ, Carlos, “La teoría epistémica de la democracia revisitada”, Harold Hongju y Ronald C. Slye (Coord.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona 2004, p. 19.

³¹⁰ MASSINI CORREIAS, C. I., *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2005, p. 39.

³¹¹ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, 3ª reimpression, Fondo de Cultura Económica, México 2002, p. 7.

“cultural resultante se hace más difusa y menos característica”. Esto es, “a medida que una cultura se hace más liberal, cada vez es menos probable que quienes pertenecen a ella compartan la misma concepción sustantiva de la vida buena, y cada vez más probable que compartan los valores básicos con las gentes de otras culturas liberales”³¹², como es el caso de Quebec donde se compartía antes de la Revolución Tranquila, una concepción del bien rural, católica, conservadora y patriarcal. En cambio, tras un pronto período de liberalización, se encuentran en la sociedad quebequense por ejemplo, ateos, y católicos, gays y heterosexuales, yupies urbanos y granjeros rurales, socialistas y conservadores³¹³.

2.3. La cultura en el mapa de la multiculturalidad.

La inmigración para las sociedades democráticas ha incentivado un discurso relacionado a la gestión de la multiculturalidad, debido al importante papel que desempeña la cultura en la convivencia social, lo que requiere un máximo esfuerzo de adaptación mutuo en la esfera pública con la posición “moral de la identidad cultural”. En palabras de Pérez de la Fuente “las diferentes posiciones sobre la relevancia moral de la identidad cultural proponen soluciones normativas que parten de considerar como bien primario el acceso a la cultura -liberalismo igualitario-, la especificidad cultural -culturalismo liberal- y la diferencia cultural -multiculturalismo-”³¹⁴. Pero todas ellas se distinguen en las perspectivas asumidas en la gestión de la multiculturalidad acrecentada por la inmigración³¹⁵.

Esta problemática ha generado una discusión, a decir de Lucas, sobre las circunstancias particulares “para negociar la participación igualitaria” en el ámbito del “espacio público” con la pluralidad de los ciudadanos. Lo importante es preservar la cohesión o igualdad en el campo de algunos derechos colectivos que deben sobreponerse a ciertas medidas de “discriminación

³¹² KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 126.

³¹³ KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, op. cit., pp. 126 y 127.

³¹⁴ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación iusfilosófica de las minorías*, op. cit., p. 577.

³¹⁵ Sobre este aspecto, PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, op. cit., p. 529; SILVEIRA GORSKI, Héctor C., “La vida en común en sociedades multiculturales. Aportaciones para un debate”, en *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 11-41

positiva o acción afirmativa para conseguir la integración de quienes, por el hecho de su diferencia, se ven privados de participar en el espacio público” en condiciones de igualdad³¹⁶.

Por otro lado, Lucas advierte que los agentes de la nueva multiculturalidad en países democráticos, identificados en flujos migratorios, “minorías nacionales y culturales”, se aclara la “capacidad de hacer frente al déficit más acuciante” de una democracia desde la posición del pluralismo. Ello es así, por según Lucas, “son como el observador externo que pone en tela de juicio el pretendidamente magnífico vestido pluralista de la democracia liberal que parece presa de una aporía política fundacional”³¹⁷.

En cambio, Sanz Mulas considera que el multiculturalismo³¹⁸ “se configura como un ideal de convivencia de la sociedad pluralista, por promover el sueño de la convivencia marcada y enriquecida por las diferencias de cada grupo y como antídoto a las posibles situaciones de racismo, intolerancia y xenofobia”³¹⁹. Esto es, “una forma de organizar la convivencia” como parte del contexto nacional y, en particular, postulando la igualdad de derechos para todos los grupos. No obstante, Onghena advierte que el multiculturalismo relacionado con las políticas enfocadas a organizar la convivencia del espacio social multicultural opera al mismo tiempo como base ideológica al capitalismo globalizador porque “reafirma los particularismos por centrarse en las diferencias sin cuestionarse posibles equivalencias. De esta manera uniforma cada cultura como si no hubiera contradicciones o divergencias en el interior de ésta y presupone que el objetivo de todo aquél que viene de fuera es la preservación íntegra de su “todo” cultural que en relación con la inmigración se vuelve argumento para el retorno”³²⁰.

³¹⁶ LUCAS, Javier de, “La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos”, *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, p. 81.

³¹⁷ LUCAS, Javier de, “La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos”, op. cit. 82.

³¹⁸ SANZ MULAS, Nieves, *Delitos culturalmente motivados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 22; en cambio, BANTING, Keith y KYMLICKA, Will, *Derechos de las minorías y Estado de bienestar*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007, p. 24, explican que, el término multiculturalismo es usado para abarcar un rango más amplio de formas de diversidad, incluyendo género-orientación sexual-discapacidad y otros. Aunque, desde este amplio punto de vista, el multiculturalismo es virtualmente coextensivo con la política del reconocimiento, en realidad los autores delimitan el término multiculturalismo en un contexto de la diversidad etnicocultural.

³¹⁹ SANZ MULAS, Nieves, *Delitos culturalmente motivados*, op. cit. p. 23.

³²⁰ “ONGHENA, Yolanda, “Intercultural/Multicultural”, *Sistemas culturales multiétnicos y derecho de integración*, Cuadernos de Derecho Judicial, número XX, Madrid, 2006, pp. 12 y 13.

Esta identificación de las contradicciones culturales tiende a ser atendida con la tesis del respeto a la multiculturalidad de las sociedades actuales que fuera impulsada por el *factor político* tendiente a adoptar los sistemas jurídicos a la realidad multicultural con un claro contenido del reconocimiento al derecho a la protección cultural del individuo. Un segundo factor de índole personal o subjetivo promueven códigos morales, prácticas colectivas de las distintas comunidades religiosas. Y el tercer factor básico objetivo o material sobre la que se proyectan los conflictos culturales o religiosos³²¹.

Esta clase de conflictos suscitados en las sociedades multiculturales devienen por las divergencias de tipo moral en casos polémicos sobre el desacuerdo moral, agudizando en sede judicial donde la experiencia internacional ha analizado casos de diversas prácticas culturales, donde la mujer ha sido el foco de atención en la solución del desacuerdo moral presentado por sus específicas motivaciones de sus costumbres, piénsese el uso del pañuelo musulmán.

Ante este escenario judicial complejo, Álvarez Medina propone seguir el criterio del Tribunal Constitucional Alemán para analizar casos de conflictos entre derechos fundamentales en contextos de sociedades multiculturales, acorde con los siguientes tres elementos: i) la pluralidad de valores a tomar en cuenta; ii) la interpretación de los derechos aplicables en su contexto; y iii) la toma de decisiones basado con la autonomía personal como valor abarcador³²².

En este análisis de conflicto de derechos fundamentales es donde se muestra en mejor medida la diferencia entre el liberalismo y la multiculturalidad, porque la exigencia de la cultura libertaria y del relativismo laicista de obtener leyes cada vez más permisivas lleva inevitablemente a menoscabar el sustrato cultural común sobre el que se funda la norma³²³. El auge del multiculturalismo con fines libertarios habrá de implicar para Violini que, en tanto la pugna para identificar valores comunes y procedimientos compartidos con el fin de tomar decisiones sobre aspectos fundamentales para la convivencia, atañe a un elemento propio de los sistemas

³²¹ Así, RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, “Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español”, *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII, Madrid, 2002, pp. 21-25.

³²² ÁLVAREZ MEDINA, Silvina, *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, op. cit., pp. 86 y 87. A lo largo del Sexto Capítulo será analizado con mayor detenimiento el segundo aspecto enunciado por la autora.

³²³ VIOLINI, Lorenza, “Multiculturalismo y cuestiones éticamente controvertidas: ¿qué reglamentación?”, Javier Prades, Manuel Oriol (eds.), *Los retos del multiculturalismo*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2009, p. 63.

democráticos. Aún y cuando muchas de esas decisiones sean identificadas como éticamente controvertidas, se sugiere que el disenso sea de tal manera que haga de las leyes, que tutelan incluso con sanciones penales valores irrenunciables, una forma de violencia contra la libertad de conciencia y de acción de los individuos³²⁴.

En cambio, el multiculturalismo discrepa con su reducción libertaria, porque intenta aclarar puntos básicos, universales, sin los que no se puede pensar una convivencia civil ordenada sobre la base de normas reconocidas por todos como cogentes. Por ello, en una sociedad multicultural y multiétnica invocar el ejercicio de la libertad para contrastar la obligatoriedad de las intervenciones legislativas resulta inadecuado. Por ejemplo, la criminalización para quien realice la mutilación genital femenina³²⁵.

Por tanto, el concepto de cultura en el mapa de la multiculturalidad denota los nuevos retos para el Derecho Penal que deberá valorar una conducta acorde al contexto cultural al que pertenece la persona activa del delito, y esta se encontrarse en otro entorno social, con leyes distintas, códigos de conducta completamente ajenos a su comprensión, por consiguiente, el factor cultural en la identificación de un Derecho Penal acorde con la diversidad cultural dista mucho de mostrar una neutralidad y acomodamiento a las peculiaridades de cada individuo inmerso en una sociedad multicultural. De ahí que, resulta indispensable revisar las posiciones de la diversidad cultural ante el Derecho Penal.

3. La diversidad cultural ante el Derecho Penal.

La legitimidad del discurso sobre la diversidad cultural en los instrumentos internacionales y constitucionales ha permitido a los Estados implementar el elemento cultural en los derechos fundamentales, a fin de salvaguardar los factores identitarios de cada cultura que coexisten en un mismo territorio, lo cual se engloban en políticas del reconocimiento con dos características importantes, el respeto a los Derechos Humanos y fomentar los valores culturales que coexisten en un mismo Estado. En aras de evitar la falta de reconocimiento de las

³²⁴ VIOLINI, Lorenza, “Multiculturalismo y cuestiones éticamente controvertidas: ¿qué reglamentación?”, op. cit., p. 64.

³²⁵ VIOLINI, Lorenza, “Multiculturalismo y cuestiones éticamente controvertidas: ¿qué reglamentación?”, op. cit., p. 70-71.

identidades para no generar graves injusticias de los seres humanos, Pérez de la Fuente identifica en “el discurso de las sociedades democráticas habrá de vehicularse en la legitimación de mecanismos institucionales que acomoden identidades plurales con el objetivo de configurar una esfera pública de forma más inclusiva”³²⁶; o Kymlicka, quien postula al individuo “como el portador de los correspondientes derechos de pertenencia cultural”³²⁷. O bien para Habermas en el ámbito del Estado de derecho “sólo cabe *posibilitar* ese rendimiento hermenéutico de la reproducción cultural de los mundos de la vida, ya que una garantía de supervivencia habría sido robarle, a los miembros precisamente la libertad de decir sí o no, que hoy en día constituye una condición necesaria para la apropiación y preservación de una herencia cultural”³²⁸. Siguiendo con este autor, propone así, una integración ética independiente “de la integración política, de carácter abstracto”, que incluya “a todos los ciudadanos en igual” medida³²⁹. Para esto, se habrá de evitar posturas extremas como el relativismo o el propio universalismo, a fin de fomentar dicha integración de forma inclusiva y reconocimiento los valores sociales y culturales preestablecidos y externos.

³²⁶ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derecho de las minorías. Una aproximación insfilosófica de las minorías*, p. 196; igualmente por una esfera pública inclusiva, CULLEN, Carlos, “La construcción de un espacio público intercultural como alternativa a la asimetría de culturas en el contexto de la globalización. Perspectivas latinoamericanas”, Raúl Fornet-Betancourt (ed.), *Culturas y poder. Interacción y asimetría ente las culturas en el contexto de la globalización*, Desclee, Bilbao, 2003, pp. 251-267; por su parte, HÖFFE, Otried, *Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo. Ética política en la era de la globalización*, Katz, Buenos Aires, 2007, p. 174, sostiene que el punto de vista de la justicia incluye una diferenciación y hasta un rango para las diversas culturas, que las pondera no según la calidad cultural sino únicamente según su capacidad de coexistir; igualmente, WOLF, Susan, “Comentario”, Charles Taylor, *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento»*, Fondo de Cultura Económico, México, 2016, p. 113, refiere que “al menos un daño masivo que se perpetúa por el no reconocimiento tiene poco que ver con la cuestión de si la persona o la cultura, cuyo reconocimiento es negado”, resulta fundamental decirlo “a todos los demás seres humanos”. Por eso, “la necesidad de remediar esos daños no resulta del supuesto o de la confirmación del supuesto de que una determinada cultura posee un valor particular para los seres humanos que no pertenecen a ella”.

³²⁷ KYMLICKA, Will, *Liberalism, community and culture*, Clarendon Press Oxford, New York, 1989.

³²⁸ HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, op. cit., p. 210.

³²⁹ HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, op. cit., p. 213. En este mismo sentido, CAICEDO CAMACHO, Natalia, “La interpretación de los derechos y libertades en sociedades culturalmente diversas”, Natalia Caicedo Camacho y David Moya Malapeira (Coords.), *Diversidad cultural e interpretación de los derechos. Estudio de casos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 53. “Efectivamente las políticas de integración que fomentan el reconocimiento de otras culturas con el fin de reducir las inequidades de poder entre los grupos, pueden acabar reforzando las jerarquías de poder entre ellos e intensificando la posición vulnerabilidad de determinados miembros”; GARZÓN LÓPEZ, Pedro, *Ciudadanía indígena. Del multiculturalismo a la colonidad del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, p. 125, mantiene la propuesta de Iris Marion Young de impulsar una verdadera “inclusión y participación plena de las personas identificadas con grupos específicos”, sea mediante “la apropiación del espacio público”, en tanto “exista representación de aquellos grupos que han sido oprimidos y dominados por otros”.

Por lo anterior, el derecho a la diversidad cultural se ha implementado dentro del rubro de los derechos fundamentales mediante precedentes judiciales, pero no ha sido lo suficiente para robustecer una cuestión de justicia al derecho a la identidad cultural compatible con los esenciales principios de un Derecho Penal democrático, tales como igualdad y legalidad. Esto para preservar el papel de la mínima intervención punitiva y dotar de una nueva valoración político criminal conforme a los valores de una sociedad pluricultural³³⁰.

En este sentido Cisneros Ávila considera que la “relación entre el Derecho Penal y diversidad cultural” es uno de los conflictos más complejos en las sociedades multiculturales. Por un lado, se impulsa el respeto y la preservación de “la identidad cultural” de cada persona, así como la diversidad real en las sociedades actuales. Por otro lado, impera la obligación de contribuir al crecimiento de las tradiciones o costumbres de las culturas de grupos minoritarios para que no choquen, colisionen o entren en conflicto con el ordenamiento legal vigente del país de acogida³³¹. Aunque también puede extenderse esta situación para los grupos minoritarios originarios de ese mismo territorio motivados a contravenir la norma jurídica vigente por razones antropológico-culturales, esto es, que estos grupos radicaban en ese territorio siglos antes de que el legislador prohibiera determinadas conductas y sancionadas penalmente.

³³⁰ En este sentido, entre otros, FERRE OLIVE, Juan Carlos, “Diversidad cultural y sistema penal”, *Revista Penal*, No. 22, 2008, pp. 33-40; BERNARDI, A., *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, Giappichelli, 2006; el mismo, *Il «fattore culturale» nel Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2010; BORJA JIMÉNEZ, Emilio, *Introducción al Derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; el mismo ¿Existe un derecho penal indígena?, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005; el mismo, “Sobre la existencia y principios básicos del Derecho penal indígena”, Borja Jiménez, Emilio (Coord.), *Diversidad cultural: conflictos y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 259 y ss.; LERNESTEDT, Claes, “Criminal law and “Culture”, Will Kymlicka (ed.), *Criminal law & cultural diversity*, Oxford University Press, New York, 2014, pp. 16-46.; BERNARDI, Alessandro, *Modelli penali e società multiculturale*, G. Giappichelli Editore-Torino, Milano, 2006; el mismo, Il “fattore culturale” nel sistema penale, G. Giappichelli Editore-Torino, Milano, 2010; GONZÁLEZ RUIZ, Isaac, *Garantismo penal y multiculturalidad. Propuesta de análisis crítico de la Dogmática penal mexicana y su realidad en la diversidad cultural de México*, Dijubis, México, 2009; GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Derecho penal y minorías étnicas: planteamiento y liquidación criminalista de un problema político”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, No. 11, enero, 2014, pp. 93-118; KYMLICKA, Will, Claes LERNESTEDT, Matt MATRAVERS, (Ed.), *Criminal law and cultural diversity*, Oxford University Press, New York, 2017; Bernardi, Alessandro, (Ed.), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Giuffrè Editore, Milano, 2006; HÖRNLE, Tatjana, “Cultura, religión, derecho penal. nuevos desafíos en una sociedad pluralista”, *En Letra: Derecho Penal*, Año IV, número 6, 2014, pp. 204-216.

³³¹ CISNEROS ÁVILA, Fátima, *Derecho penal y diversidad cultural. Bases para un dialogo intercultural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 221.

3.1. La herencia liberal/comunitarista en el Derecho Penal.

Uno de los mayores debates generados en la ética desde el siglo XX, ha sido el encuentro entre liberales y comunitarios, quienes han hecho un esfuerzo inconmensurable por determinar si los postulados kantianos tienen mejor aplicación para la solución de los conflictos de carácter político, cultural o social y jurídicos en una determinada sociedad, o si por el contrario, es el pensamiento de Hegel la alternativa mejor elaborada para la atención de cada uno de los problemas generados en la comunidad integrada por individuos con intereses distintos. Por supuesto, que inmerso en este inagotable diálogo liberales-comunitarios se han elaborado diversas propuestas alternas como el pluralismo, multiculturalismo, republicanism, interculturalismo, nacionalismo, cosmopolitismo, entre otros³³².

Una vez resaltado los puntos medulares de la herencia ética kantiana y hegeliana corresponde destacar los diversos posicionamientos sobre el denominado “liberalismo”, entre los que han destacado por una defensa *a)* de los derechos fundamentales; *b)* de un gobierno democrático y *c)* de procedimientos para la asignación e intercambio de bienes y recursos económicos entre los miembros de la sociedad mediante un libre consentimiento.

³³² Para contextualizar esta pugna ética entre comunitarismo y liberalismo, me apego al camino histórico trazado por VILLAVICENCIO MIRANDA, L. “Comunitarismo versus liberalismo: Hegel contra Kant 200 años después”, op, cit, pp. 48-49, quien define las dos líneas siguientes:

- con Hegel “el único contenido válido de la obligación moral” corresponde por la eticidad que es incompatible con la postura kantiana de una fundamentación autónoma de la moral sustentada en una razón puramente formal. Esto tiene dos consecuencias decisivas: i) la moral kantiana se mantiene de forma individual; y ii) la ética kantiana es deontológica, no solo porque prescribe que nuestros fines pueden buscarse exclusivamente “dentro de los límites de la ley moral” sino, además, pretende para sí una prioridad fundacional o conceptual, en cuanto sus principios se derivan independientemente.
- Una postura hegeliana refiere que al pertenecer los individuos a una realidad más amplia que los supera, la moral solo alcanza su plenitud en una comunidad y la libertad se ejecuta auténticamente cuando satisface los requerimientos del Estado racional. En cambio, la visión kantiana propone una concepción diversa donde el único sujeto relevante para la moral es el individuo considerado aisladamente.
- Descartado el papel del Estado que Hegel postula, Kant defiende una idea de derechos morales previos al Estado. Esto es, el Estado tiene principalmente “una función instrumental” que sirva “a los fines de los individuos”.
- Por último, la teoría kantiana confiere una concepción del agente moral completamente ideal, donde un sujeto trascendental o noumenal que carece de fundamento empírico alguno, lo que permite así, actuar conforme a la ley moral y los designios de la buena voluntad.

Los tres postulados tendrán presencia en el devenir de toda la obra de Nino, pero particularmente, la tercera, analizada por nuestro autor bajo los principios de dignidad, inviolabilidad y autonomía de la persona, los cuales centran todo el argumento ético en oposición a que ciertos individuos sean usados en beneficio exclusivo de otros, o excluidos (como ha sucedido con el totalitarismo), con una clara tradición heredada por Kant y renovada en Rawls y Nozick de quienes Nino retoma sus postulados para la construcción del concepto de persona moral aplicable a cualquier derecho moral (derecho humano). Para esto, Nino sostiene que “la ciudadanía moral no es una cuestión de teoría biológica (ni de ningún tipo de teoría descriptiva), sino teoría política, o sea de teoría moral en un sentido amplio. Esto significa que necesitamos producir un cambio radical de estrategia filosófica: tenemos que determinar primero cuáles son los principios morales de los que los derechos básicos derivan y sólo después podemos definir a las personas morales como la clase de todos aquellos individuos (o entidades) que poseen las propiedades que son factualmente necesarias para gozar o ejercer tales derechos y la única forma autorizada por una sociedad para intervenir en la libertad de algunos de sus miembros es para su autoprotección”.³³³

Es cierto que Nino se encuentra inmerso en la tradición liberal, pero ¿qué significa propiamente el liberalismo para este autor argentino?, o más bien, ¿qué comprende para cualquier autor que comulgue con esta corriente de pensamiento político? Para contestar estas cuestiones considero retomar un pasaje de Alasdair MacIntyre quien refiere sobre los fundamentos del liberalismo mediante una serie de apelaciones a principios de una racionalidad validada que contravenía lo que se consideraba “tiranía de la tradición”. Esto para ofertar un referente político, jurídico y económico, a fin de que “el asentimiento a uno y el mismo conjunto de principios racionalmente justificables permitiría a los que se adhieren a concepciones muy diferentes e incompatibles de la vida buena para los seres humanos vivir juntos pacíficamente dentro de la misma sociedad, disfrutando del mismo *status* político y metidos en las mismas relaciones económicas. Cada individuo iba a ser igualmente libre para proponer y vivir según cualquier concepción de la vida buena que le placiera, derivada de cualquier teoría o tradición” a

³³³ NINO, Carlos, “Discurso moral y derechos liberales”, *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política II, Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2007, p. 24.

la que se estuviera apegada, en tanto esa conceptualización del bien incluya el cambio de la vida en el resto de la comunidad de acuerdo con ella misma”.³³⁴

Estas palabras de MacIntyre son, a mi parecer, la clave para tratar de solventar el entramado debate entre liberales y comunitarios, es decir, que propiamente no existe dicho conflicto ético porque la base de este diálogo parte de la existencia de un Estado. Esto es, en tanto haya un Estado y no una monarquía, dictadura, o tiranía, habrá libertades, así como diversidad de formas de pensamiento político, ético y jurídico. Por ejemplo, mediante el liberalismo se puede pensar con un discurso liberal-pluralista, comunitario-patriótico, republicano-liberal, etcétera. Con ello, pienso viable la posibilidad de compatibilizar, armonizar, conciliar o convenir con el comunitarismo.

Es claro que cada pensamiento tiene sus propios principios, procedimientos, y resultados, pero las bases liberales siguen siendo la misma para todos. Puede ser que la principal crítica a este postulado sea que en realidad este pensamiento no sea neutral, porque en el fondo siempre implica una serie de valores mínimos que son inevitables. Para constatar esta idea, pasaré a revisar las principales aportaciones al Derecho Pena desde la polémica entre liberales y comunitaristas para identificar el escenario más viable para el estudio de los delitos culturalmente motivados.

3.2. La conformación de un Derecho Penal Intercultural.

En 2008, es publicado el libro de Otfried Höffe *Derecho intercultural*, este trabajo representa una importante aportación para la disertación sobre los efectos de la globalización no solo en el ámbito de la economía y de las finanzas, sino también, en el entorno sociocultural donde las personas traspasan las fronteras con todo y sus rasgos culturales completamente distintos. En este aspecto, Höffe se cuestiona si ¿es lícito que los órdenes jurídicos les apliquen pese a ello su medida más severa, el derecho penal previsto como *última ratio*? ¿tienen estos

³³⁴ MACINTYRE, Alasdair *Justicia y racionalidad*, 2ª Ed., trad., Alejo José G. Sison, Eunsa, Pamplona, 2001, pp. 320-321.

órdenes de derecho (subjetivo) a aplicar su derecho penal (objetivo) más allá de las fronteras culturales? ¿existe una competencia penal intercultural?³³⁵

La última pregunta planteada por Höffe sobre la competencia de un Derecho Penal Intercultural está centrada en el ámbito jurídico-moral, cuyo reconocimiento se deben las personas entre sí, y de ser así, ¿pertenece una competencia penal intercultural a las obligaciones que las personas tienen derecho a exigirse recíprocamente? En principio, su posición denota un intento por precisar conceptos y argumentos válidos más allá de la propia cultura, y para ello, se requiere “considerar el tema en el horizonte de la cuestión general acerca de lo que se pueden exigir mutuamente culturas diferentes...el referente a exigencias recíprocas de índole jurídico-penal”³³⁶.

Para afrontar este reto, Höffe propone ocho grados y facetas como mínimo. Primero, la justificación de la pena como parte del choque de culturas jurídicas. Segundo, identificar las razones supraculturales para determinar lo que es injusto, o bien el reconocimiento de delitos graves (lesa humanidad, crímenes de guerra, entre otros) tales a nivel intercultural, y el papel de los tribunales penales internacionales para afrontar estos casos. Tercero, en el mismo campo del Derecho Penal material es aceptable sancionar a los extranjeros por un delito que en su lugar de origen no lo es. Cuarto, la responsabilidad penal del extranjero puede ser extendida también al Estado de donde procede, piénsese el caso por crímenes de guerra. Quinto, cómo identificar normas procesales interculturalmente válidas. Sexto, igualmente que la anterior, cuestiones sobre el régimen penitenciario para el cumplimiento de la pena, al existir estados donde continúan castigos corporales. Séptimo, la ejecución de la pena denota una incompatibilidad entre el Estado que impone la pena de muerte como la prohibición de ella en el Estado de origen del extranjero enjuiciado. Y octavo, lo relativo a una administración de justicia de carácter supletorio, bajo el principio de derecho universal, independientemente del Derecho Penal del lugar en que ha sido cometido el delito y con ello reflexionar sobre el instrumento de la extradición para ser entregado a otro Estado que lo reclama³³⁷.

³³⁵ *Derecho intercultural*, Gedisa, Barcelona, 2008, p. 15.

³³⁶ Cfr. *Derecho intercultural*, op. cit., p. 18.

³³⁷ HÖFFE, Otfried, *Derecho intercultural*, op. cit., pp. 19-26.

Sus planteamientos son correlativos a los efectos devastadores de la globalización que amenazan “un elemento irrenunciable” del ser humano. Esto es, “la pertenencia a grupos bien determinados”, lo que significa para Höffe que “ello afecta no sólo al bienestar, sino sobre todo a esa identidad personal cuya puesta en peligro amenaza bienes jurídicos tan elementales como el derecho a la religión, la lengua y la cultura propias”³³⁸. Por eso, el énfasis de Höffe que la propuesta de un Derecho Penal Intercultural no tiene nada que ver con la imagen hostil del extranjero peligroso³³⁹.

Por otro lado, los estudios sobre la universalidad y particularidad del Derecho Penal han centrado la atención en las complejas instituciones penales producto de la integración de las culturas jurídicas en el ámbito internacional: i) legalidad, ii) culpabilidad y iii) proporcionalidad; en el ámbito procesal corresponde a los derechos fundamentales, por ejemplo: i) presunción de inocencia, ii) “juez imparcial”, iii) “derecho a la defensa”, iv) “principio de igualdad de armas de las partes”, v) el principio “*non bis in ídem*”.

Además, Borja Jiménez contribuye a la discusión con el impulso del Derecho Penal Intercultural que habrá de considerar la heterogeneidad étnica, cultural y religiosa³⁴⁰ que afronta los problemas axiológicos sociales en “términos de relativismo cultural” acorde con “las peculiaridades de cada comunidad”. Por otro lado, la pretensión de universalidad socio-cultural, por lo que el autor se plantea si “¿existe un Derecho Penal válido en igual medida para negros y para blancos; para judíos, cristianos, musulmanes o budistas; para corredores de bolsa y cultivadores de arroz; para soldados de la frontera de la antigua República Democrática de Alemania y para sus superiores; para militares serbios y muyahidines afganos?”³⁴¹.

Para esto, Borja Jiménez continúa reflexionando sobre el diagnóstico de Höffe sobre cierta universalidad del Derecho Penal para preservar la vigencia de los Derechos Humanos y la “protección de las víctimas” ante notorias violaciones de sus derechos. Esta pretensión universal corresponde a tres puntos rectores: i) el pensamiento filosófico de los Derechos Humanos no

³³⁸ HÖFFE, Otfried, *Derecho intercultural*, op. cit., p. 26

³³⁹ HÖFFE, Otfried, *Derecho intercultural*, op. cit., p. 28.

³⁴⁰ BORJA JIMÉNEZ, Emilio, *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, México, 2012, p. 89.

³⁴¹ BORJA JIMÉNEZ, Emilio, *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, op. cit., p. 93.

atañe a un catálogo concreto y determinado; ii) los Derechos Humanos proporcionan un núcleo universal conformado por rasgos distintivos de cada cultura, que permite a cada una de las civilizaciones reconocerse a sí misma y al mismo tiempo reconocer a las demás; y iii) los Derechos Humanos es patrimonio de todas las culturas y no es exclusivo de la civilización occidental³⁴².

Por otro lado, describe la aportación de la particularidad del Derecho Penal mediante un modelo antropológico que a lo largo de muchos años Borja Jiménez ha propugnado, “en el año 1999 inicié una investigación (que he desarrollado hasta el momento presente a lo largo de varias etapas) en relación con ordenamientos sancionadores originarios de pueblos indígenas latinoamericanos de Ecuador, Bolivia, Colombia, Brasil, Chile, Costa Rica, Guatemala y Panamá. En algunas de estas comunidades indígenas encontré sistemas jurídicos punitivos que funcionaban con absoluta autonomía en relación con el sistema oficial de Justicia y llevé a cabo el correspondiente estudio de su idiosincrasia cultural y jurídica, con especial atención a sus normas y principios penales, procedimientos, sistema de autoridades y competencia”³⁴³.

Esto facilitó afianzar esta posición del particularismo con base en la diversidad cultural³⁴⁴, por ejemplo, ni el principio de legalidad o “el de culpabilidad constituyen las bases del sistema penal indígena”, debido a que la sociedad aborígen se distingue por estructurarse con estándares de identidad colectiva, desplazando al sujeto a un segundo plano. Por ello, para Borja Jiménez la primacía del sujeto o de la comunidad en cualquier cultura determinará la actualidad estructural de los valores de cada sistema jurídico-penal. Esto es, “el carácter comunitario de la vida social de los pueblos originarios y el fuerte vínculo existente entre el individuo y la naturaleza, coadyuva a la plasmación de otros principios en su ordenamiento jurídico-punitivo. Es por ello, que en estos ámbitos aparecen otros axiomas desconocidos en los ordenamientos occidentales, o, si no desconocidos, con una dimensión y relevancia diferente. Tal es el caso de los principios, de equilibrio, de mediación y de reintegración social del sujeto”³⁴⁵.

³⁴² BORJA JIMÉNEZ, Emilio, *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, op. cit., pp. 94 y 95.

³⁴³ BORJA JIMÉNEZ, Emilio, *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, op. cit., p. 110.

³⁴⁴ Entre otros trabajos de BORJA JIMÉNEZ, Emilio, véanse, *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; *¿Existe el derecho penal indígena?*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005; “Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena”, op. cit., 15 y ss..

³⁴⁵ BORJA JIMÉNEZ, Emilio, *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, op. cit., p. 120.

En esta línea liberal Will Kymlicka ha profundizado en el estudio de los conflictos culturales desde el multiculturalismo, a fin de advertir los retos a la diversidad étnica y religiosa que tienen las políticas estatales e internacional³⁴⁶. Por ejemplo, pone el acento en la pregunta “por qué los vínculos de la lengua y de la cultura son tan fuertes para la mayoría de las personas. Y, por otra parte, parece especialmente desconcertante que la gente pueda tener una estrecha vinculación con una cultura liberalizada.

Después de todo, “a medida que una cultura se liberaliza –y, por tanto, permite que sus miembros cuestionen y rechacen las formas de vida tradicionales– la identidad cultural resultante se hace más difusa y menos característica”³⁴⁷. Esto es, mientras una cultura se vuelva más liberal será menor el interés por compartir la “misma concepción sustantiva de la vida buena”, en cambio, será más factible compartir “valores básicos” con las personas de “otras culturas” liberales³⁴⁸.

Ahora bien, Kymlicka rechaza la posición de “que los inmigrantes no tengan derechos relacionados” con la manifestación de “su identidad”, sino el problema corresponde “cómo asegurar que la cultura dominante sea hospitalaria” con los extranjeros y con “la expresión de su identidad”. Para esto, sugiere que el proceso de integración requiere por un lado, incansables esfuerzos para disminuir el prejuicio y las actitudes discriminatorias. Por otro lado, se requiere cambiar de alguna manera las bases institucionales culturales dominantes a la forma de derechos poliétnicos particulares acorde a los rasgos del grupo para eximir por ejemplo: i) a judíos y musulmanes de cerrar los domingos obligatoriamente, y ii) a que los *sjjs* deban utilizar el casco para circular en motocicleta³⁴⁹.

³⁴⁶ Cfr. entre otros, KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*; el mismo, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós, Barcelona, 2003; el mismo, *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, Paidós, Barcelona, 2009.

³⁴⁷ KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, op. cit., p. 126.

³⁴⁸ Al respecto, KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, op. cit., p. 127, sostiene que el proceso de liberalización de Quebec significó un aumento de las diferencias entre los quebequeses, sobre todo, en sus concepciones del bien. Al mismo tiempo, se redujo las diferencias entre éstos y los miembros de otras culturas liberales. Para Kymlicka, este cambio no fue exclusivo de Quebec, también en toda Europa se produce el mismo proceso. Las razones que derivaron de este cambio se debieron a que: i) la modernización y la liberalización de la Europa Occidental generó dentro de cada una de las culturas nacionales menos cosas en común y, ii) que haya más cosas en común entre estas culturas nacionales. Por ejemplo, “con la liberalización”, España se ha convertido “en un país más pluralista internamente, y más parecido a Francia y a Alemania en términos de su civilización moderna, laica, industrializada, democrática y consumista”.

³⁴⁹ KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, op. cit., p. 137.

En este sentido, Kymlicka propone la aplicación de los derechos poliétnicos para ajustar las diferencias culturales de los inmigrantes y no como tradicionalmente se ha pensado con los derechos nacionales³⁵⁰. Esto es, “desde un punto de vista liberal, es que las personas tengan acceso a una cultura societal que les proporcione opciones significativas susceptibles de abarcar todas las actividades humanas...En la medida en que los derechos poliétnicos para los inmigrantes o los derechos de autogobierno para las minorías nacionales ayuden a asegurar el acceso a una cultura societal, pueden contribuir a la libertad individual”³⁵¹.

El problema será cuando exista un fracaso en reconocer estos derechos, porque el efecto serán la identificación de casos trágicos por determinados grupos a quienes se les ha rechazado el reconocimiento cultural de elección que determina su autonomía personal. Además, se llega al extremo de criminalizar determinados comportamientos en la legislación de la sociedad mayoritaria sin considerar los motivos culturales que le han llevado a su realización.

En este sentido, Kymlicka incursiona en una problemática particular del multiculturalismo y el Derecho Penal, junto a Claes Lernestedt y Matt Matravers explican que “el derecho penal es considerado como la herramienta más poderosa de la sociedad para el comportamiento regulatorio, y solo por esa razón aplicamos salvaguardas particularmente fuertes para garantizar que las sanciones penales se apliquen de manera justa y clara. Si los escritos sobre cuestiones de derecho penal, apenas se ha prestado atención al desafío del multiculturalismo y la medida en que las normas de derecho penal se "cultivan" en beneficio de la población mayoritaria apenas ha sido abordada”³⁵².

Sin embargo, la presencia de debates sobre exenciones no refuta el punto, a decir de estos autores, es inevitable que el derecho penal en las sociedades multiétnicas modernas, en pos de objetivos legítimos con visión de futuro, prohíba algunas actividades que han sido parte de las prácticas de algunos grupos³⁵³. Lo que representa un reto no solo para el Estado receptor del

³⁵⁰ KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, op. cit., p. 138.

³⁵¹ KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, op. cit., p. 144.

³⁵² “Introduction: criminal law and cultural diversity”, *Criminal law and cultural diversity*, Oxford, University Press, New York, 2014, p. 1.

³⁵³ “Introduction: criminal law and cultural diversity”, op. cit., p. 2.

inmigrante o de los grupos étnicos minoritarios, sino también a los demás países que son receptores de culturas distintas a las suyas.

Ahora bien, Kai Ambos ha sido uno de los impulsores de la parte general del Derecho Penal Internacional, estructurada con su trabajo de investigación elaborado para su habilitación en la Universidad Ludwig Maximilian de Múnich, durante el semestre de verano de 2001, y heredero de cátedra del profesor Albin Eser, en el Instituto Max Planck para el Derecho Extranjero e Internacional.

En este trabajo Ambos elabora como parte de sus objetivos abatir el trasfondo jurídico-fáctico de la impunidad universal de las graves violaciones a los Derechos Humanos, mediante un sistema de imputación penal internacional, donde los desarrollos más recientes reflejados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no sólo habrán de consolidar al sistema penal internacional como un Derecho Penal de la comunidad internacional, sino también reglamentar otras áreas próximas como: i) derecho sancionatorio; ii) ejecución penal; iii) cooperación internacional; y iv) asistencia judicial. Para ello, considera indispensable atender las peculiaridades de cada sistema penal acorde a sus respectivas tradiciones³⁵⁴.

Pero también es consciente Ambos de la problemática que afronta este proyecto, especialmente con “las fuentes del Derecho Penal internacional” fundamentadas en el ámbito del derecho consuetudinario por dos motivos contradictorios: i) el principio *nullum crimen* aparenta no incluir a tipos penales que no se encuentren reglamentados en un ordenamiento jurídico y solo estén identificados en la costumbre internacional. Esto es, apegarse a los estándares interpretativos de manera armónica de los arts 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que conjuntamente establecen la prohibición de una conducta si ella era punible según los principios generales de derecho establecidos en la comunidad internacional³⁵⁵; y ii) el concepto “principios de derecho” no se refiere al “sentido del art. 38.1 (c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”, sino a las reglas de derecho

³⁵⁴ AMBOS, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V, Temis, Uruguay, 2005, p. 35.

³⁵⁵ AMBOS, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, op. cit., p. 36.

consuetudinario internacional establecidas desde el derecho de Núremberg³⁵⁶ donde la regla aplicada será el carácter de costumbre internacional.

A partir de esta posición, Ambos sostendrá una investigación caracterizada como un Derecho Penal universal reflejado sus aportaciones a la aprobación, conformación e instauración de los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³⁵⁷, los cuales guardarán cierta relación con la problemática de los delitos culturalmente motivados en el contexto de un conflicto armado generando un entorno de hostilidad para un determinado sector de la población; o actos directos de exterminio, genocidio; o crímenes de lesa humanidad realizados de manera sistemático y reiterados contra la población civil³⁵⁸. En este contexto generalizado de crímenes intencionados motivados muchos de ellos por factores culturales tienen que analizarse en sede judicial por esta jurisdicción universal³⁵⁹ pero sin validar cuestiones relativistas o particularistas ante la protección de los derechos humanos³⁶⁰.

Por tanto, la tendencia del Derecho Penal intercultural tiende a robustecer la visión del pluralismo moral en la diversidad cultural para acotar los estándares axiológicos generadores de conflictos entre los diversos grupos culturales. Ello solo será viable mediante la elaboración de un razonamiento judicial incluyente al momento de resolver los delitos culturalmente motivados.

3.3. El Derecho Penal entre el cosmopolitismo y relativismo cultural.

Uno de los mayores aciertos de Portilla Contreras ha sido relacionar al Derecho Penal entre el cosmopolitismo y el relativismo cultural, para ello, advierte que una disputa desde el ángulo funcionalista, cualquier norma adquiere validez si el procedimiento seguido es formal y,

³⁵⁶ Al respecto, véase KELSEN, Hans, *¿Se convertirá la sentencia del Juicio de Núremberg en un precedente para el derecho internacional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

³⁵⁷ Entre otros, véanse del autor, *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*, Fontamara, México, 2008; "Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible", *Polít. crim.*, N°5, 2008; *Temas de derecho penal internacional y europeo: derechos humanos, fines de la pena, "ius puniendi", responsabilidad individual*, Marcial Pons, Madrid, 2006; *Nociones básicas del derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

³⁵⁸ Por ahora, solo deseo describir esta aportación de Ambos para la conformación de la parte general del Derecho Penal Internacional desde una perspectiva liberalismo/universalismo, que será confrontada más adelante en el campo de los delitos culturalmente motivados por crímenes internacionales en sede judicial de la Corte Penal Internacional, *infra*, Capítulo Quinto, apartados 4 y 5.

³⁵⁹ Al respecto, véase, HIGGINS, Noelle, *Cultural defence at the International Criminal Court*, Routledge, New York, 2018, en particular, el apartado 1.

³⁶⁰ Sobre esta discusión, véase, *supra*, Capítulo Primero, apartado 2.

en el ámbito del iuspositivismo, existen múltiples concepciones relativas a los criterios que deben orientar al Derecho Penal. El problema radica cuando se traza un canon de bien jurídico “más allá del encorsetamiento de la ley positiva, nos indica que, quizás, la dirección correcta sea la búsqueda de soluciones en el seno de las teorías de la justicia, es decir, a partir de construcciones *universales* que permitan distinguir entre moral, ética y derecho, o, por el contrario, habrá que recurrir a planteamientos *relativistas* en defensa de los derechos de determinados colectivos”³⁶¹.

Este problema reside en el proceso a través del cual un determinado valor adquiere categoría cognitiva y no en la definición propiamente de bien jurídico³⁶², interpretándose éste como un valor inmanente al Derecho³⁶³ se estaría legitimando en su mera existencia, lo que supondría la “aceptación acrítica de las normas” y con ello, “un estado de tecnicismo jurídico permanente en el que se confunde la científicidad y legitimidad del Derecho”, lo que no facilita un escenario susceptible de crítica externa³⁶⁴.

En este orden de ideas, la perspectiva positivista del bien jurídico –valor inmanente del ordenamiento– “no sólo no permite ninguna restricción del poder de actuación estatal” sino que para Portilla Contreras contribuye a profundizar en la “conciencia social del valor moral”, a través de “la interiorización colectiva de la fidelidad normativa” como parte de la reproducción de los valores vigentes³⁶⁵. Por ello, propone alejarnos de las tesis demasiado amplias que apelan al valor intrínseco del Derecho como de las demasiado estrechas que identifican los bienes jurídicos con los derechos o intereses individuales y no pueden explicar la lesión de los bienes

³⁶¹ Portilla Contreras, Guillermo, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 269.

³⁶² Portilla Contreras, Guillermo, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 270. “Sólo desde la asunción de bases universalistas o relativistas es posible abordar la selección de los bienes tutelados penalmente y la legitimidad de la expansión del Derecho penal en la posmodernidad”.

³⁶³ Portilla Contreras, Guillermo, “Teorías de la justicia “proyectos” relativistas y Derecho Penal”, Juan Carlos Carbonell Mateu, José Luis González Cussac, Enrique Orts Berenguer, María Luisa Cuerda Arnau (Coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1523.

³⁶⁴ Así, Portilla Contreras, Guillermo, “Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales”, José Luis Díez Ripollés (Coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, tecnos, Madrid, 2002, p. 139.

³⁶⁵ Portilla Contreras, Guillermo, “La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre el iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho: especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos”, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 901.

colectivos³⁶⁶. Esto sucede al parecer por encontrarnos ante “la ideología de una época histórica específica de Occidente, un pensamiento posmoderno que es, a la vez, radical y conservador, políticamente opositor, pero económicamente cómplice. Es radical al cuestionar los valores metafísicos de la identidad del sujeto único universal, y defender la diversidad, el relativismo, y anti-fundamentalismo; es, asimismo, conservador porque el mensaje de la diferencia nunca alcanza los medios de producción, que jamás entran en la órbita de su crítica”³⁶⁷.

Así, “el discurso liberal” se avoca en mantener un lenguaje de las personas como “individuos y Derechos Humanos como libertades individuales”, pero eso realmente no logra tener alcance para todos, sino solamente para un sector mínimo, por ende, “la fuente de legitimación externa” del Derecho Penal no debe encontrarse, dice Portilla Contreras, únicamente en el marco constitucional sino en la teoría general de los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente que atañen a los ciudadanos como a los «no ciudadanos»³⁶⁸ y la defensa de lo particular, de ciertos derechos colectivos y de minorías³⁶⁹.

Con estos elementos Portilla Contreras construye a partir del “reconocimiento de la reciprocidad de los discursos de la igualdad de las diferencias culturales”, una defensa del derecho a “la identidad cultural”, entendido como un Derecho Humano para la resolución dogmática penal “de los conflictos culturales”. Precisamente, propone la implementación de una teoría de la justicia que haga valer la elaboración de un Derecho Penal Intercultural, sustentado en una teoría del delito adaptado a esta diversidad cultural que proponga una solución a los casos donde difícilmente se podría “comprender la razón de la prohibición del comportamiento” culturalmente realizado³⁷⁰. En palabras del autor “la incógnita radica, por tanto, en la elección

³⁶⁶ Véase, Portilla Contreras, Guillermo, “La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre el iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho: especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos”, op. cit., p. 902.

³⁶⁷ Portilla Contreras, Guillermo, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., pp. 307 y 308.

³⁶⁸ Portilla Contreras, Guillermo, “La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre el iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho: especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos”, op. cit., p. 922. Para ahondar sobre el concepto de “no ciudadano”, véase del mismo autor, “La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho penal y procesal penal del enemigo”, Manuel Cancio Meliá, Carlos Gómez-Jara Díez, (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Edisofer, Buenos Aires, 2006, pp. 657-686.

³⁶⁹ Portilla Contreras, Guillermo, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 318

³⁷⁰ Así, Portilla Contreras, Guillermo, “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”, Silvina Bacigalupo, Bernardo José Feijoo

del modelo del 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 absoluto³⁷¹, siempre en el respeto de los derechos fundamentales que permitan resolver los conflictos que en cada caso se planteen.

Sin embargo, sus inquietudes surgen a partir de las siguientes preguntas “¿es posible armonizar los derechos fundamentales con el relativismo cultural? La permanente reclamación de derechos por minorías, ¿no se realiza en nombre de lo que es universal a cada ser humano? ¿existe realmente un canon universal que pueda interpretarse como atributo de todas las culturas? Si abandonados el universalismo, ¿no caemos en brazos de un absurdo relativismo que impide a los grupos escapar del neocolonialismo? ¿puede aspirarse a la construcción de un proyecto de emancipación del ser humano que tenga en cuenta en régimen de igualdad la complejidad de las diferencias culturales? ¿es factible un derecho penal intercultural, esto es, un derecho que justifica o exculpa valores culturales contrarios a los derechos fundamentales?”³⁷²

Este interés de Portilla Contreras por analizar las implicaciones culturales a la luz de los derechos fundamentales, los derechos humanos y derecho a la cultura representa uno de los principales referentes para el análisis en sede judicial de los delitos culturalmente motivados.

Por lo que atañe al estudio de María Elena Torres Fernández, *Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural*, denota una gran capacidad de relacionar el derecho a la identidad cultural en el Derecho Penal. Su diagnóstico plantea ante que la diversidad, la “cuestión de qué tratamiento dar a quienes cometen un delito condicionado por una socialización diferenciada de la que ha quedado plasmada en el Ordenamiento jurídico positivo, al tiempo que nos enfrenta a los límites del Derecho Penal como instrumento de control social”³⁷³.

Sánchez, Juan Ignacio Echano Basaldua, (coords.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 417.

³⁷¹ Al respecto, Portilla Contreras, Guillermo, “Diversidad cultural y Derecho penal”, Paz Mercedes de la Cuesta Aguado, Luis Ramón Ruiz Rodríguez, María Acale Sánchez, Esther Hava García, María José Rodríguez Mesa, Gloria González Agudelo, Iván Meini Méndez, José Manuel Ríos Corbacho, (coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 90.

³⁷² Véase, Portilla Contreras, Guillermo, “Sobre la compatibilidad entre la universalidad de los derechos fundamentales y el derecho penal intercultural”, Lorenzo Copello, Patricia, Rafael Durán Muñoz, (coords.), *Diversidad cultural, género y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 191.

³⁷³ “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural”, *Anuario de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Número 17, 2013. p. 440.

Para ello, centra su atención en los aspectos medulares del multiculturalismo en materia migratoria³⁷⁴ para establecer las condiciones venideras de la diversidad cultural frente a una política multicultural estatalista, “reflejada en el proceso de elaboración constitucional” que pretende “definir una política de gestión de la integración de los inmigrantes con un determinado nivel de apertura hacia el pluralismo cultural”, pero con grandes dificultades ante el ordenamiento jurídico penal. Esto es, reflejada “en la comisión de hechos que, si bien tienen la consideración de delitos, sin embargo, son permitidos o incluso exigidos entre los miembros de otras culturas, los llamados delitos culturales, y la posible o posibles respuestas a la situación planteada por su comisión, en orden a la exigencia de responsabilidad a sus autores”³⁷⁵.

Por ello, resulta fundamental para Torres Fernández no descuidar, por un lado, la tendencia del constitucionalismo en el campo de la diversidad cultural que atiende cuestiones reflejadas a situaciones contrastantes de realidad social producto de la inmigración. Por otro lado, se debe construir un escenario teórico-jurídico *ad hoc* para ofrecer una respuesta ante los nuevos planteamientos relativos a la coexistencia de una sociedad conformada por diversas concepciones de “ver y entender la vida, el mundo y las relaciones personales, los distintos credos e ideologías y los distintos modos de encarar el día a día presente y futuro y que definen de manera consciente e inconsciente la identidad del individuo”³⁷⁶. Por ello, la identidad cultural reconocida en tratados internacionales se trata de un derecho con dos vertientes para Torres Fernández: i) con un carácter individual, porque según el “derecho que le corresponde a los miembros de tales minorías a tener su propia vida cultural, a su propia religión y a emplear su propio idioma, obliga al Estado a abstenerse de interferir en tales exteriorizaciones de los individuos”; y ii) obliga en ciertas condiciones al Estado a ser parte en la adopción de medidas de acción positiva para salvaguardar su ejercicio a los miembros de los grupos minoritarios³⁷⁷.

Sin embargo, la autora oportunamente detecta ciertas dificultades para lograr llevar a buen puerto el proyecto multicultural en la Constitución de manera estatalista “por ejemplo

³⁷⁴ TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural”, op. cit., pp. 400-403.

³⁷⁵ TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural”, op. cit., p. 403.

³⁷⁶ Así, TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural”, op. cit., p. 407.

³⁷⁷ TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural”, op. cit., p. 407.

respecto a los días de fiesta conforme a distintas religiones y culturas, las formas de producción de alimentos conforme al precepto religioso de judíos y musulmanes, así como el sacrificio ritual de animales, la regulación de la presencia de símbolos religiosos en espacios públicos”. En otros casos, explica Torres Fernández que por la teoría del reconocimiento quedan fuera la norma jurídica por determinados comportamientos acorde a su propia costumbre, piensesé en matrimonios celebrados acorde a las diversas ceremonias religiosas, o bien, a la no exigencia a indios *sibjks* de apearse a las normas del tránsito vehicular para conducir con casco protector, por contravenir a su cultura del uso del turbante³⁷⁸.

A partir de estas dificultades Torres Fernández se adentra al entramado del concepto de cultura como un acervo de para identidad personal y sus implicaciones para el Derecho Penal, en el sentido de las motivaciones del individuo para cometer un delito por razones culturales. En este sentido, recurre a la Sociología para dar contenido a la cultura como una serie de elementos simbólicos para regular las conductas, como un conjunto de representaciones, que permiten reconocer e interpretar la realidad.

Asimismo, habrá que atribuir un significado, por ejemplo, “definición de su identidad tenga lugar en un diálogo permanente de relaciones interpersonales sostenidas sostenidas dentro un sistema de expectativas recíprocas a través del cual la persona alcanza su realización en el reconocimiento de los otros”³⁷⁹. Para ello, el intercambio de expectativas sociales se elaboran acorde con las normas de conducta que delinean la actitud esperada por la comunidad en una específica circunstancia.

Llegado a este punto, se habrá decantar la autora por un tratamiento jurídico del hecho cometido mediante una interpretación de su significación. En el caso de las normas penales que cumplen una papel susceptible de “control social”, disponiendo “en el interior de su enunciado una norma primaria”, que permite orientar el comportamiento de los destinatarios en el sentido

³⁷⁸ TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural”, op. cit., p. 409.

³⁷⁹ En particular, TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural”, op. cit., p. 414, se refiere sobre “la relación de distintas culturas incorporadas a una determinada sociedad como parte de un proyecto de carácter migratorio, tiende a a agregarse un elemento complementario al proceso de formación de la identidad de las personas. Aunque también podrá ser un elemento de tensión, en tanto, la persona “se vea sometido constantemente a la necesidad de definirse por oposición a los miembros de otros grupos para lograr el reconocimiento dentro de cada comunidad o grupo al que pertenece”.

reglamentado por la norma vigente de la sociedad mayoritaria. Así, “deja abierto un espacio para admitir que la socialización en una cultura diferente puede, de hecho, condicionar de manera significativa la situación en la que el sujeto comete un hecho delictivo, y consiguientemente, ello haya de ser valorado en la exigencia de responsabilidad en la búsqueda de la justicia material del caso”³⁸⁰.

Este devenir cultural en el Derecho Penal en sus distintos escenarios políticos (liberales, comunitaristas, intercultural, cosmopolitas, o relativistas), permiten dimensionar el grado de complejidad que debe un Estado armonizar entre el ejercicio del ius puniendi “y el respeto a la diversidad cultural”. Para adentrar más en detalle de esta problemática jurídico penal y política, se hará desde la base de la teoría de la norma penal y su vínculo con la norma cultural.

4. La intersección de la norma cultural y norma penal.

4.1. La valoración de la norma de cultura en la antijuridicidad.

Es oportuno comenzar el estudio análisis de la correspondencia que existe en la norma cultural y la norma penal con los estudios de Mayer quien desarrolla el reconocimiento de las normas culturales como mandatos y prohibiciones que regulan los comportamientos de los ciudadanos por el Estado y mediante ellas se determina qué conducta es antijurídica³⁸¹, de ahí “que la cultura sea un concepto de valor; a él pertenecen, como algo esencial, las nociones de progreso y de avance hacia un ideal”. A partir de este aspecto, un punto de vista se vuelve polémico porque existen una “variedad de opiniones, se lo traslada de uno a otro sitio, permanece, sin embargo, el punto de partida claramente determinado: la cultura es obra humana y se halla en contraposición a la naturaleza”³⁸²; de ahí, la cultura consiste en el cuidado de un interés común³⁸³, la idea de progreso y de aproximación a un ideal.

³⁸⁰ TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, “Identidad, creencias y orden penal: la exigente cultural”, op. cit., pp.416 y 417.

³⁸¹ MAYER, Max Ernest, *Derecho Penal parte general*, B de f, Buenos Aires, 2007, p. 47.

³⁸² MAYER, Max Ernest, *Derecho Penal parte general*, op. cit., p. 49

³⁸³ MAYER, Max Ernest, *Derecho Penal parte general*, op. cit., p. 51.

Así, el concepto de norma de cultura es para Mayer “prohibiciones y mandatos a través de los cuales una sociedad exige una conducta adecuada a sus intereses”³⁸⁴. Por otro lado, el interés de Mayer atañe a la relación de las normas jurídicas y normas de cultura debido a que “no debe aparecer al individuo una arbitrariedad estatal el ser juzgado con arreglo a leyes que no conoce y que, por lo demás, no está obligado a conocer”³⁸⁵, es lo que denomina “justificación del Derecho” o bien “explicación de la conducta conforme a Derecho”³⁸⁶, corresponde a la teoría equivocada de Beling o Nagler donde la norma jurídica hace alusión a la norma de cultura. Esto genera un tránsito del deber jurídico al deber cultural, porque habrá de existir una división en los intereses y normas vigentes que el Estado protege con sus herramientas legales de poder, frente a otros entregados a su fuerza social. Por ejemplo, la costumbre de defender el honor a través del duelo está aprobada por la práctica administrativa militar y condenada por la ley penal³⁸⁷, o bien, los jueces legos que componen el tribunal de jurados y que no tienen la más pequeña duda de que “burro” es un insulto injurioso, se inspiran en la cultura del país³⁸⁸. Por tanto, “la delimitación de la conducta lícita de la conducta ilícita se lleva a cabo en la legislación a través del reconocimiento de las normas de cultura”³⁸⁹.

A partir de este reconocimiento expresado en la permanencia de los tipos penales constituyen un indicio de la antijuridicidad, salvo prueba en contrario; en cambio, los mandatos de hacer una declaración de impuestos por cambio de trabajo, o, aviso por cambio de domicilio a la autoridad hacendaria se ha pasado a ser una norma de cultura³⁹⁰. Por tanto, “delito es un

³⁸⁴ MAYER, Max Ernest, *Derecho Penal parte general*, op. cit., p. 55. Al respecto puntualiza el autor, “en esa definición quedan comprendidas las normas de la religión y de la moral, las normas de circulación y las que se refieren al contacto, relación y trato social, las normas de cultura agraria, militar, técnica, académica, etc., y, naturalmente las normas de Derecho”.

³⁸⁵ MAYER, Max Ernest, *Derecho Penal parte general*, op. cit., p. 56, nota al pie 86.

³⁸⁶ MAYER, Max Ernest, *Derecho Penal parte general*, op. cit., p. 56, nota al pie 86

³⁸⁷ MAYER, Max Ernest, *Derecho Penal parte general*, op. cit., p. 61, refiere que ninguna “norma de cultura” se puede incorporar al Código Penal sin elaboración en su estado natural. Esto es así, porque la norma de cultura es solamente la herramienta con el “que el legislador confecciona la norma jurídica”. Los dos grupos de normas tienen funciones de garantía, únicamente los preceptos jurídicos están situados bajo la garantía de la coerción exterior, que es el atributo del poder soberano. En consecuencia, sólo para los preceptos jurídicos es característico que se dirijan a la multitud de órganos estatales, mediante la decisión tenga una función normativa. Así, la esencia del Estado comporta: “la exclusión de aquellas pretensiones que no pueden o no deben ser impuestas forzosamente, la graduación de las lesiones de normas y el logro de la mayor precisión posible en la determinación de los presupuestos de la pena”.

³⁸⁸ MAYER, Max Ernest, *Derecho Penal parte general*, op. cit., p. 62.

³⁸⁹ MAYER, Max Ernest, *Derecho Penal parte general*, op. cit., p. 63.

³⁹⁰ MAYER, Max Ernest, *Derecho Penal parte general*, op. cit., pp. 68 y 69.

acontecimiento imputable que corresponde a un tipo legal y que es contradictorio con una norma de cultura reconocida por el Estado”³⁹¹.

En este sentido, la obra de Mir Puig denota un gran esfuerzo por comprender los “fines de las normas jurídico-penales” en el terreno de la dogmática jurídico penal³⁹², no solo por la tendencia a la normativización de sus categorías³⁹³, sino al momento de centrar su atención en el contenido del Derecho Penal, entendido como el conjunto de normas, principios y valoraciones³⁹⁴ y, a partir de ello, se preocupa por entender ¿cómo se configuran las normas jurídico-penales?

Mir Puig sostiene que la norma jurídica dispone de un mensaje prescriptivo que se expresa mediante diversos símbolos, los cuales son normalmente enunciados legales que tienden a separarse en dos clases de normas: i) la que está direccionada al juzgador (norma primaria), que le obliga a imponer una sanción (pena) para aquellas conductas delictivas, y ii) otra direccionada a los ciudadanos, para prohibirles la realización de un delito (norma secundaria). En realidad “las proposiciones jurídicas que señalan una pena a un determinado comportamiento cumplen, sin duda, una función de información y aviso al ciudadano”³⁹⁵, aunque el centro de atención para Mir Puig sean las normas secundarias dirigidas al juzgador quien tiene la finalidad de aplicar las penas contempladas en el Código Penal o alguna ley penal³⁹⁶.

El siguiente aspecto valorado por Mir Puig es determinar si “¿las normas penales son meras *valoraciones* acerca de las conductas delictivas, poseen por el contrario carácter *imperativo*, o existen normas penales de una y otra naturaleza?” La propuesta es decidir entre una norma de valoración o norma de determinación porque una norma sería (sólo) valoración si se limitase “a expresar un *juicio de valor*, positivo o negativo, sin imponer ningún imperativo concreto dirigido a su destinatario”. Por consiguiente, «norma de determinación» “significa, en cambio, la

³⁹¹ MAYER, Max Ernest, *Derecho Penal parte general*, op. cit., p. 71.

³⁹² MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, 9ª ed. B de f, Buenos Aires, 2011.

³⁹³ En el mismo sentido, *cfr.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

³⁹⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 60.

³⁹⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 61.

³⁹⁶ En este punto, MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pp. 63 y 64, se aparta rotundamente de la teoría de las normas de Binding en el siglo XIX.

expresión de un *mandato o prohibición* que trata, a modo de imperativo o directivo, de *determinación* la conducta de su destinatario”³⁹⁷.

A partir de este planteamiento, afirma Mir Puig que el Derecho se integra por valoraciones y normas, por ejemplo, “si el Derecho valora positivamente la vida humana, ha de valorar negativamente toda muerte de un ser humano”. Pero esto no sucede así, porque no podría prohibir cualquiera “causación de muerte” por parte de otra persona, “sino sólo las producidas por conductas voluntarias previstas en un tipo penal no justificadas y evitables por el sujeto”³⁹⁸. En consecuencia, la finalidad de las “normas primarias” es la de influir en el proceso de motivación de las personas, mediante la prohibición para delinquir³⁹⁹, por lo que la efectividad de una norma penal vigente es la virtualidad de un imperativo como rasgo distintivo frente a una valoración jurídica⁴⁰⁰.

Aunque también reconoce aceptable atribuir a las normas penales determinadas valoraciones, y no sólo su aspecto negativo de “las conductas prohibidas por las normas”, sino otras de carácter más general, “como la valoración positiva de los bienes jurídico-penales y otros intereses jurídicos”, permite entender a las valoraciones jurídico-penales acorde a principios generales del Derecho Penal reconocidos como el principio de culpabilidad.

Esta posición imperativa para Mir Puig es la más defendible, porque reconoce el rasgo imperativo de la norma dirigida a los ciudadanos. Además, “será más coherente asignar al Derecho Penal, y por tanto a la pena, la función de prevención de delitos, que una función puramente *retributiva*”⁴⁰¹, pero en tanto, un imperativo “sólo tiene sentido si puede ser recibido por su destinatario”. Así, el dolo contribuye con una mejor “posibilidad de conocimiento de la norma, en cuanto condicionan la recepción del imperativo por el sujeto, como *condiciones de*

³⁹⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 69. “La doctrina ha admitido normalmente que las normas primarias principales no suponen sólo juicios de valor, sino que expresan prohibiciones o mandatos”.

³⁹⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 69.

³⁹⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 70.

⁴⁰⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 70, habrá de considerar que “es correcto partir de que las normas penales, aunque imperativas, presuponen determinadas valoraciones, y no sólo la concreta valoración negativa de las conductas prohibidas por las normas, sino también otras más generales, como la valoración positiva de los bienes jurídico-penales y otros intereses jurídicos, la valoración del ser humano consciente como el único destinatario legítimo de las normas penales y la consideración de que no es lícito imponer penas a enfermos mentales, menores u otras personas que no pueden ser motivados normalmente por las normas jurídico-penales”.

⁴⁰¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 70.

aplicación de la norma”. Por tanto, “si la norma es un imperativo dirigido a la voluntad, sólo podrá infringirse voluntariamente”⁴⁰².

4.2. La norma cultural como directiva de conducta.

Para mejor identificación del contenido de la norma cultural como directiva de conducta en un ámbito pluralista, corresponde poner atención a las aportaciones de Basile hechas al Derecho Penal desde una perspectiva multicultural responden al problema identificado en las sociedades actuales, donde cierta criminalidad es motivada por la cultura de los inmigrantes.

Su preocupación por este ámbito delictivo lo lleva a identificar un concepto de cultura más circunscrito a una noción étnicamente cualificada, entendida como sinónimo de “nación” o “pueblo”, y designa “una comunidad intergeneracional”, casi completa “desde el punto de vista institucional”, la cual dispone un determinado espacio territorial y comparte una lengua y una historia diversa⁴⁰³. Donde las minorías nacionales autóctonas y los grupos étnicos de inmigrantes planean reivindicaciones y alimentan expectativas profundamente distintas con respecto a la cultura mayoritaria. Por ejemplo “las reivindicaciones y expectativas formuladas por las minorías de los valores en Bélgica o de los *inuit* en Canadá frente, respectivamente, a la mayoría flamenca y a la mayoría anglo-francesa son profundamente distintas de las reivindicaciones y de las expectativas de los grupos étnicos de los inmigrantes norteafricanos en Francia o de los inmigrantes turcos en Alemania”⁴⁰⁴.

A Basile le interesa entender cómo el derecho penal de cualquier país occidental debe plantearse a aquellos que originalmente no pertenecen a ese país y su cultura. Por lo que, su escala de análisis para identificar, en un nivel de abstracción y conveniencia, los grupos cuyas culturas deberán tenerse en cuenta en su trabajo, puede ser sugerida por el propio Derecho Penal resaltándose las características siguientes:

⁴⁰² MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 71. Sobre el dolo y la posibilidad de conocimiento de la norma, véase, LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 57-72.

⁴⁰³ BASILE, Fabio, “El derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en particular, las mutilaciones genitales femeninas)”, Carlos García Valdés, et. al., (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II*, Edisofer sl., Madrid, 2008, p. 1836.

⁴⁰⁴ BASILE, Fabio, “El derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en particular, las mutilaciones genitales femeninas)”, op. cit., p. 1839.

- 1) Se aplica, por regla general, a un macrogrupo sociopolítico compuesto por un número significativo de individuos.
- 2) Se expresa en un idioma y, por regla general, existe una amplia coincidencia entre el idioma de la ley y el idioma de sus destinatarios.
- 3) Se presenta como una especie de producto local típico, que surge en un lugar específico, un territorio geográfico, generalmente de gran tamaño, para ser aplicado en este lugar⁴⁰⁵.

Con estos distintivos, Basile advierte que una gran parte de la doctrina penal ya ha identificado las diversas reacciones del Derecho Penal “tanto respecto a las minorías nacionales autóctonas como a los grupos étnicos de inmigrantes, destacando, con razón que «en el ámbito penal el factor cultural asume por regla general una relevancia mucho mayor en relación a las minorías autóctonas que con respecto a las minorías inmigrantes»⁴⁰⁶. Las razones de esta diferente respuesta pueden individualizarse en la mayor resistencia a la integración, pero al mismo tiempo en el menor grado de peligrosidad debida al consolidado planteamiento de la cultura dominante, expresadas por las minorías autóctonas, en particular a los migrantes⁴⁰⁷. Por eso, su objetivo está enfocado a los “delitos realizados por los inmigrantes por razones culturales, con respecto a cuya realización juega, pues, un papel fundamental la diversidad entre su cultura de origen y la cultura del Estado de acogida”⁴⁰⁸, y no propiamente a los delitos cometidos por los migrantes de una manera más amplia.

Ahora bien, su noción de cultura étnicamente cualificada definida ampliamente por la doctrina penal internacional como “delito motivado por la cultura” ha de entenderse como “un

⁴⁰⁵ BASILE, Fabio, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il Diritto Penale nelle società multiculturali*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 30 y 31.

⁴⁰⁶ BASILE, Fabio, “El derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en particular, las mutilaciones genitales femeninas)”, op. cit., p. 1843.

⁴⁰⁷ Al respecto, véase, BASILE, Fabio. “Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati”. *Polít. crim.* Vol. 6, N° 12, diciembre, 2011, Art. 4.

⁴⁰⁸ BASILE, Fabio, “El derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en particular, las mutilaciones genitales femeninas)”, op. cit., p. 1844.

comportamiento realizado por un miembro que pertenece a un grupo étnico minoritario, que se considera delictivo en base a las normas del sistema de la cultura dominante. El mismo comportamiento en el sistema cultural del agente está, en cambio, condonado, aceptado como comportamiento normal o aprobado, o incluso alentado e incitado en determinadas situaciones”⁴⁰⁹, con lo cual se advierte un “conflicto normativo”, o bien, un “conflicto cultural”, o más aún, “conflicto normativo/cultural”, que tiene su origen entre:

-Una norma *jurídica* (y concretamente una norma penal) del ordenamiento del país de acogida, que incrimina una determinada conducta.

-Una norma *cultural*, radicada en la cultura del grupo étnico al que pertenece el inmigrante (eventualmente recogida incluso en una norma *jurídica*; pero, en este caso se trataría de una norma jurídica vigente en un ordenamiento *distinto*, es decir en el ordenamiento del país de origen del inmigrante), que autoriza o incluso impone realizar aquella conducta.

En este mismo contexto, corresponde ahora centrar la atención en la monumental obra Molina Fernández *Antijuridicidad penal y sistema del delito* que representa un encomiable esfuerzo por reorientar la discusión sobre la antinormatividad⁴¹⁰ a fin de aclarar la naturaleza de la contrariedad a la norma y al mismo tiempo, determinar cuál es la relación por un lado, del contenido de la norma y por otro lado, la valoración jurídica de los hechos por el daño ocasionado.

Para tales objetivos, Molina Fernández dedica al capítulo noveno de su libro, al estudio de la norma como “directiva de conducta”, donde afirma que el consenso logrado, es en el sentido que, “las expresiones normativas” son una forma “del uso directivo (prescriptivo)” del lenguaje en el terreno de las normas jurídicas y no propiamente “una descripción de un estado de cosas”, sino una prescripción de cómo deberían ser⁴¹¹.

⁴⁰⁹ BASILE, Fabio, “El derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en particular, las mutilaciones genitales femeninas)”, op. cit., p. 1858.

⁴¹⁰ Para ahondar sobre su posición, consúltese su trabajo “El concepto de injusto y su evolución en la teoría jurídica del delito”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, No. 2, 1995, pp. 265-296.

⁴¹¹ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 517 y 518.

No obstante, el existir acuerdo sobre los requisitos elementales de la “capacidad en el obligado para poder hablar de obligación”, pero la expresión polémica kantiana “debe implica puede” es la base de esta discusión. La posición de Molina Fernández está direccionada en contextos directivos donde las normas son formuladas a través de “expresiones deónticas” que indican “qué deben hacer o no sus destinatarios” en ciertas condiciones. Esto es, “son expresiones que pretenden influir en el comportamiento ajeno, guiándolo...se emiten con una finalidad distinta a la de la mera trasmisión de información acerca de una realidad: con ellas más bien se pretende *conformar* dicha realidad”⁴¹². Y para lograr que las expresiones que contienen el término “deber” requiere dos condiciones mínimas: i) “el hablante hace referencia a una determinada configuración del mundo en una situación *hipotética posible*”; y ii), “fija un modelo de configuración del mundo y establece una *conexión de correspondencia* entre dicho modelo y la realidad hipotética”⁴¹³.

Ahora bien, sin importar la intención y la posición del hablante, aunque la simple comunicación o trasmisión del contenido de un directivo, facilite una orientación para la conducta, no ofrece “por sí sola ningún estímulo que favorezca la realización del hecho”, pero puede referirse a la relación del hablante y del oyente para favorecer su cumplimiento al directivo (mandatos de autoridad), o bien a “las consecuencias beneficiosas que resultarían del cumplimiento o las perjudiciales que conllevaría el incumplimiento”⁴¹⁴ (mandatos coactivos).

Pero también reconoce la posibilidad de un fracaso directivo en el campo de la actividad de la persona hablante en dos sentidos: i) “los fracasos que afectan a la ausencia de las condiciones de motivación para el cumplimiento”; y ii), los que son atribuibles al contenido del directivo⁴¹⁵. Con esto, Molina Fernández advierte la idea que radica en cualquier discurso directivo que refiera “al significado del directivo para el emisor un acto sólo es directivo si, además de expresar un mensaje con un determinado contenido consistente en un modelo de acción para un sujeto destinatario potencial, quien lo emite da a su expresión un significado, en otras palabras, si una persona actúa con una determinada *intención*”⁴¹⁶. Por consiguiente, pueden

⁴¹² MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., p. 521.

⁴¹³ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., p. 522.

⁴¹⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., p. 525.

⁴¹⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., pp. 526.

⁴¹⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., p. 527, el autor reafirma su posición de la mano con MacCormick con quien coincide en que los mandatos son aplicables a cualquier directivo,

existir supuestos donde “nadie, ni el tercero ni el emisor puede pretender es que esta valoración exteriorizada opere sobre quien no la conozca, de manera que podamos hacer un juicio sobre su actuación tomando como base el incumplimiento de un directivo que nunca llegó a existir como tal”⁴¹⁷.

El problema que no afronta Molina Fernández es el comportamiento de las personas motivadas por diversidad cultural que se encuentran en otro lugar extraño donde emana una directiva de conducta distinta a sus estándares culturales de comprensión. Pienso que su atención estuvo direccionada a reflexionar sobre la responsabilidad penal con criterios relacionados “a lo que es exigible al sujeto en atención a las normas que regulan nuestra intervención en el mundo social”, con excepción de aquellos supuestos donde acontece un comportamiento contrario al directivo por parte de los inimputables (acciones libres en su causa, niños o personas con alteración psíquicas graves). En los demás casos “dependerá de sus circunstancias y del contenido del directivo” en aquellas personas con escasa educación⁴¹⁸. Esto tiene sentido ante la propia advertencia del autor al expresar su imposibilidad para discutir filosóficamente “sobre la ontología de los diversos tipos de disposiciones de un ordenamiento”, en particular con la expresión “norma” tiende a conservarse “para las directivas de conducta que componen el sistema jurídico”, aunque el esfuerzo y la energía que invierte en el estudio de autores como Bayón Mohimo, MacCormick, Hart, von Wright, Ross, para direccionar su posición sobre la norma como directiva de conducta es encomiable⁴¹⁹.

En este contexto Molina Fernández explica que la estimación jurídica sobre el hecho efectuado por una persona cobra importancia “no sólo desde la perspectiva de lo que podemos esperar de ella”. Pensar esto como “el único criterio no habría razón alguna para contar con un concepto de infracción del deber que no fuera el propio de la norma-comunicación”. Por eso, dice el autor “la presencia de terceros que pueden intervenir en hechos ajenos, o que

mediante la siguiente referencia: “B no puede entender una expresión de A dirigida a él como un mandato a menos que admita que ello significa que A quiere que él haga X y que intenta conseguir que lo haga en virtud de su reconocimiento de la intención de A. en consecuencia A debe intentar que B tome su expresión ‘Haz X’ como reveladora de un deseo de que B haga X y de la intención de inducir a B a realizar X en virtud de su reconocimiento de tal intención”.

⁴¹⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., p. 529.

⁴¹⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., pp. 548 y 549.

⁴¹⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., pp. 552-568.

simplemente tienen determinadas obligaciones de responder frente a hechos que resultan lesivos, obliga a establecer un nivel de valoración jurídica del hecho que tenga en cuenta ante todo su lesividad desde la perspectiva de los bienes jurídicos”. En este sentido, el nivel donde fuera realizado la infracción de la norma “entendida en un sentido restringido como norma promulgada, de la que ya se derivarían deberes jurídicos con independencia de que se cumplan los requisitos subjetivos que exige una relación normativa completa. La norma promulgada reflejaría la valoración jurídica del hecho con efectos generales, y por tanto con un alcance intersubjetivo”⁴²⁰.

A partir de esta explicación, el trabajo de Molina Fernández resulta de gran valía porque proporciona las bases para lo que más adelante será debatido en sede judicial para valorar el mensaje comunicativo de las normas jurídico penales frente a los comportamientos culturalmente motivados. Por ahora, es suficiente seguir el rastro de la concepción imperativa de las normas que el autor defiende “las normas establecen obligaciones a determinados sujetos de hacer o no hacer en situaciones dadas. Pero es evidente que lo que debe realizarse son acciones concretas por sujetos concretos en situaciones determinadas”⁴²¹. Y, por otro lado, “entre los elementos esenciales que determinan la infracción de un deber jurídico se encuentran las circunstancias subjetivas de la culpabilidad: capacidad del destinatario de la norma, identificación de las circunstancias de cumplimiento y recepción del mandato emitido”⁴²².

4.3. La polémica entre valorativismo e imperativismo sobre la norma penal.

⁴²⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., p. 631.

⁴²¹ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., p. 569; el mismo, “El concepto de injusto y su evolución en la teoría jurídica del delito”, op. cit., p. 267, donde refiere que “esta visión de la norma no puede identificarse por sí sola con la teoría imperativa, aunque sí bien son los autores que se autodefinen como imperativistas los que, consecuentemente, se han preocupado de destacar los aspectos instrumentales de la norma”. Bajo estas premisas, Molina Fernández advierte que “las consecuencias inmediatas que se derivan de una visión instrumental de la norma están relacionadas con el hecho evidente que, para que ésta tenga efectos prácticos en sus destinatarios”, deberán disponer de unos requisitos identificados en torno a las dos siguientes cuestiones: i) “¿a quién puede dirigirse las normas?” y ii) “¿qué pueden razonablemente ordenar?” Sobre la primera cuestión, “hace referencia al destinatario apto de la norma”. En cambio, “el segundo al contenido de la prohibición”. Si bien, ambos asuntos guardan íntima relación, “su interés para el injusto reside en que la norma como instrumento tiene determinados límites que derivan de su naturaleza y que se traducen en que no puede mandar a cualquiera ni cualquier cosa”. Por ejemplo, “no se puede ordenar a quien está inconsciente, ni tampoco pedir a nadie que no cause un resultado imprevisible”. Por tanto, “las circunstancias del hecho y del destinatario condicionan indefectiblemente la eficacia de la norma”.

⁴²² MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., p. 622.

Para Álvarez García la polémica entre valorativismo e imperativismo de las normas penales deviene al presupuesto establecido de “un presupuesto o supuesto de hecho y una consecuencia jurídica” y a partir de este distintivo, advierte la necesidad de determinar si ¿es esa la estructura formal de todas las normas o únicamente de las penales? ¿la pena o medida de seguridad con que se conmina se aplica únicamente *porque* se ha infringido la norma penal o se exige, además, la concurrencia de otras circunstancias?⁴²³

El valorativismo recoge valores procedentes de la misma ley que adquiere un carácter de obligatoriedad que escapa del libre albedrío, pero al mismo tiempo resulta “aceptable por su carácter valioso moralmente y jurídicamente justo”, (tal y como se llegue a expresar en la propia norma)⁴²⁴.

En cambio, el imperativismo su obligatoriedad deviene no de la abstracción misma axiológica, “sino de la instancia política encargada del dictado normativo” que regula como valor fundamental la seguridad jurídica, el de la paz y el valor de la justicia queda relegado a un segundo plano⁴²⁵.

Por tanto, los rasgos distintivos de estas dos posiciones sobre las normas penales son para Álvarez García los siguientes: “*para el valorativismo*, las normas recogen o consagran valores, por lo que la consecuencia jurídica se aplica por el ataque al valor, al contenido, más que por la infracción de la ley. *Para el imperativismo*, sin embargo, la referencia fundamental es la infracción de la ley en sí, con independencia de los distintos valores que se encuentren en la base de las diferentes normas; es decir: existe un único interés con independencia del contenido de las particulares normas: salvaguardar la paz, por lo que su infracción de la ley supone un ataque frontal a quien la refrenda”⁴²⁶.

⁴²³ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 19.

⁴²⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, op. cit., pp. 20 y 21.

⁴²⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, op. cit., p. 23.

⁴²⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, op. cit., p. 24.

Con las cuales se podrá dar cabida al principio de reconocibilidad elaborado por el Tribunal Constitucional Italiano para declarar parcialmente que la ignorancia de la ley penal no excusa ni siquiera el error inevitable sobre la prohibición⁴²⁷, porque se entiende que las normas contienen la cualidad de reconocibles por los ciudadanos, lo que posibilita que la amenaza de la coacción, que es lo que permite encauzar conductas, despliegue todos sus efectos (motivación)⁴²⁸. Así, la “eficacia motivadora de la norma penal se ve seriamente comprometida cuando, desde diferentes ámbitos sociales, se desarrolla alguna estrategia de “neutralización”. Lo que, por cierto, vendría a poner en duda la “eficacia” de la función motivadora de la norma, pero en nada afectaría a su ser imperativo”⁴²⁹.

Robles Planas cree suficiente que en el injusto del hecho se corresponde con el injusto objetivo abarcado por la *norma de valoración*⁴³⁰, en tanto las normas jurídico-penales no prohíben u ordenan la modificación de estados de cosas, sino que castigan llevar a cabo un injusto penal en relación con el objeto de su regulación⁴³¹. Y para ello, propone tres niveles de concreción de la norma. Primero, de forma abstracta-general se introducen las restricciones propias de las necesidades de interactuar social (riesgo permitido). Segundo, recibe posteriores contornos conforme el contexto interpersonal de actuación, donde lo relevante es la determinación de la concreta injerencia que asume el autor o la víctima. Y tercero, se reconoce la relevancia al contexto situacional-personal donde se examina si existen motivos particulares para que la prohibición retroceda⁴³².

En este último nivel, Robles Planas reflexiona sobre los aspectos de concreción de la norma en la exclusión del injusto penal acorde con determinadas situaciones intersubjetivas de conflicto entre esferas jurídicas de ciudadanos, porque es en este terreno intersubjetivo se está

⁴²⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 269 y ss.

⁴²⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Sobre el principio de legalidad*, op. cit., p. 270.

⁴²⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Sobre el principio de legalidad*, op. cit., pp. 271 y 272.

⁴³⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Estudio de dogmática jurídico-penal. fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*, Editorial B de f, Madrid, 2014, p. 135.

⁴³¹ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Estudio de dogmática jurídico-penal. fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*, op. cit., p. 187.

⁴³² ROBLES PLANAS, Ricardo, *Estudio de dogmática jurídico-penal. fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*, op. cit., pp. 188 y 189.

en condiciones de resolverlo acudiendo a la lógica de la asignación simétrica de deberes. Esto es, el ejercicio del derecho de una persona conlleva el deber de la otra persona y viceversa⁴³³.

Estas breves reflexiones de Robles Planas habrán de situar la polémica de los conflictos sociales entre el valoritarismo e imperativismo en el plano de la intersubjetividad para fundamentar la exclusión del injusto penal, en tanto no implique la idea de determinar qué es lo que terceros tiene que tolerar, sino la de responder a si aquella conducta que *a priori* recibe un juicio de desaprobación típica se suficiente para perder el carácter de conducta penalmente desaprobada⁴³⁴. Esto es, “el deber de tolerancia cumple una doble función: es la *razón legitimante* de la injerencia en la esfera del afectado, por un lado, y determina la *medida de la intromisión legítima* en la misma, por el otro”⁴³⁵.

Hasta aquí la exploración entre la norma de cultura y norma jurídico penal, advierte la diversidad de posiciones interpretativas y valorativas entre las costumbres y la ley legislada por una autoridad competente, donde ambas normas fundamentan su validez en la libertad del individuo para conducirse libremente conforme a ella o bien, contravenirla. Creo que lo relevante de estos breves apuntamientos corresponde a la aplicación de la norma de valoración para los casos de delitos culturalmente motivados que serán analizados en el siguiente capítulo y razonados en sede judicial en el quinto capítulo con mayor detenimiento.

5. Problemas constitucionales del Derecho Penal y la cultura.

Uno de los principales retos que deberá afrontar el constitucionalismo en el siglo XXI, es mantener el equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales y el derecho a la diversidad cultural, especialmente, “a la identidad cultural de los grupos minoritarios” o sujetos extranjeros que se encuentran en otro territorio en condiciones ajenas a su propia cultura (grupos minoritarios).

⁴³³ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Estudio de dogmática jurídico-penal. fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*, op. cit., p. 189.

⁴³⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Estudio de dogmática jurídico-penal. fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*, op. cit., p. 190.

⁴³⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Estudio de dogmática jurídico-penal. fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*, op. cit., p. 190.

Además, la polémica entre liberales y comunitaristas dejó varias cuestiones abiertas que deberán analizarse en este apartado, ¿de qué manera debe valorarse la diferencia y la identidad ante las normas penales?, ¿cómo han de conjugarse con la igualdad penal?, ¿cuál es el camino para obtener respeto mutuo e igual entre todos los grupos culturales? y ¿en qué contexto se habrá de situar el punto de cohesión dentro de un contexto jurídico penal?⁴³⁶

Para trazar el camino a seguir en la elaboración de las respuestas a estas cuestiones, sigo a Pérez de la Fuente para quien “la gestión del pluralismo es una de las tareas actuales de las sociedades democráticas y la acomodación de los inmigrantes implica una serie de políticas específicas en diferentes niveles y, en ocasiones, un cambio de mentalidad de anteriores visiones homogeneizadoras y uniformizadoras. Una de las consecuencias de vivir sociedades más diversas es que en, ocasiones, la diferencia produce perplejidad”⁴³⁷, igualmente sostiene Cisneros Ávila, “los comportamientos culturalmente condicionados de grupos minoritarios que tienen lugar dentro del contexto de la sociedad de acogida, deben convivir con los valores imperantes con los que no siempre estarán en sintonía”⁴³⁸. Para ello, es menester pensar desde un proyecto de Estado multicultural que aplique normas inclusivas “de derechos humanos ante la diversidad cultural”, en aras de que la autoridad judicial al momento de conocer un conflicto entre derechos individuales (libertad, la vida, la salud, etcétera) y conductas criminales motivadas culturalmente, deban ser valorado adecuadamente y no generar un escenario de criminalización a grupos minoritarios, solo por ser diferentes a la mayoría.

Si recurrimos a una teoría del constitucionalismo, permitirá identificar i) una determinada clase de Estado de Derecho desde un “modelo institucional”; ii) una específica estructura de organización política⁴³⁹; iii) una teoría del derecho que permita “describir o explicar las

⁴³⁶ Las preguntas planteadas han sido reformuladas a las que originalmente elaboró GARRIDO GÓMEZ, Ma. Isabel, “El interculturalismo como propuesta de gestión de los derechos de las minorías culturales”, Pérez de la Fuente, Oscar (ed.), *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 109.

⁴³⁷ “Los delitos culturalmente motivados. Diversidad Cultural, Derecho e Inmigración”, *European Journal of Legal Studies*, Volume 5, Issue 1, Spring/Summer, 2012, p. 68; el mismo, “En la senda del diálogo”, en *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, op. cit., p. 9.

⁴³⁸ “Comportamientos culturalmente motivados y responsabilidad penal. Un análisis de las principales soluciones desde la teoría jurídica del delito”, Fernando Pérez Álvarez (ed.), *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, p. 311.

⁴³⁹ Al respecto, HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 1998.

características” de dicho modelo⁴⁴⁰, o bien, como un proyecto ideológico o de filosofía política que pregona un modelo de esta naturaleza⁴⁴¹; y iv) una filosofía jurídica que centra su atención al análisis metodológico y conceptual “sobre la definición del derecho, el estatus de su conocimiento” o la función del jurista⁴⁴². Ello, particularmente, en la relación “del derecho y la moral, la obligación de obediencia, la neutralidad del jurista o la perspectiva adecuada para emprender una ciencia jurídica”.⁴⁴³

En realidad esta dimensión conceptual y metodológica que ha adquirido el llamado constitucionalismo o neoconstitucionalismo representa una reestructuración argumentativa del positivismo incluyente al momento de identificar que las fuentes del derecho remiten “a pautas morales del tipo de las que figuran en las constituciones”, tal y como lo han analizado entre otros, Hart,⁴⁴⁴ Waluchow⁴⁴⁵ y Coleman⁴⁴⁶, “las cuales podemos identificar como derechos fundamentales, o bienes jurídicos”, que pretende el legislador salvaguardar en las constituciones al otorgarle un valor mayor frente a otros derechos que moralmente deben ser protegidos y, también permite identificar que valores deben ser suprimidos de ese mismo ordenamiento jurídico constitucional por considerarse inmoral y evitar una sobrecriminalización de conductas meramente inmorales⁴⁴⁷, aún en condiciones democráticas por el simple hecho que no le guste al legislador y sean contrarias a las convicciones morales comunes⁴⁴⁸, especialmente en las sociedades plurales que denotan más arraigadas en un número mayor de personas una moral positiva.

Resulta importante la advertencia de Roxin de contar con límites a la intervención punitiva de un Estado Democrático de Derecho, a través de la “función social del Derecho

⁴⁴⁰ Sobre este rubro, FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, p. 211.

⁴⁴¹ Véase, SANÍN RESTREPO, Ricardo, *Teoría crítica constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 30 y ss.; HABERMAS, Jürgen, *La Constitución de Europa*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 59 y ss.

⁴⁴² Al respecto, véase, SANTIAGO, Alfonso, *En las fronteras entre el Derecho constitucional y la filosofía del Derecho consideraciones insfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.

⁴⁴³ Esta clasificación ha sido tomada de PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 102 y s.

⁴⁴⁴ «Postcrip», a la 2ª ed., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980.

⁴⁴⁵ *Positivismo jurídico incluyente*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

⁴⁴⁶ “Incorporationism, conventionality and practical difference thesis”, *Legal Theory*, 4, 1998, pp. 381 y ss.

⁴⁴⁷ ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 444.

⁴⁴⁸ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, “Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites”, *DOXA*, No. 3, 1986, p. 36.

Penal”. Porque todo aquello fuera de esta función no será objeto del propio Derecho Penal⁴⁴⁹, y ello justificaría decidir en última instancia por un Tribunal Constitucional si dicha norma jurídico penal es o no, contraria a los cánones constitucionales. En caso de ser así, y se identifique un conflicto entre un ciudadano y algún poder del Estado, se deberá resolver desde una teoría liberal de los derechos fundamentales como lo apunta Bacigalupo, “el ejercicio de un derecho fundamental no requiere justificación alguna; lo que requiere justificación es, precisamente, la limitación de un derecho fundamental y, además, que ello sólo es posible mediante una ley orgánica”⁴⁵⁰.

Además, resulta cierto afirmar como lo hiciera Luzón Peña hace tiempo que “la aplicación jurisdiccional no es un criterio definitorio de lo que son normas penales o delitos o sanciones penales, porque éstas han podido aplicarse en otros momentos históricos o pueden aplicarse actualmente en otras culturas jurídicas por poderes públicos distintos del judicial, o incluso por otros sujetos, sin que por eso se les pueda negar el carácter de normas e instituciones del Derecho penal”. Además, aclara el autor “es cierto que en nuestro actual Derecho las normas jurídicopenales y sus instituciones han de apreciarse y aplicarse jurisdiccionalmente en un proceso”⁴⁵¹ siempre conforme a las bases legales de la Constitución.

Bajo estos insumos de legitimidad constitucional, se protegen derechos fundamentales o bienes jurídicos, que un juez penal durante la trama procesal deberá bajo los principios de legalidad, seguridad y dignidad (entendidos como bastiones para el debido enjuiciamiento de conductas penalmente sancionadas) deban respetarse y más en aquellos casos que el comportamiento criminal ha sido motivado por razones culturales.

⁴⁴⁹ Para ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, op. cit., p. 445, “el Derecho penal tiene como finalidad procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura, en la medida en que tales objetivos no puedan conseguirse mediante otras medidas socio-políticas menos intrusivas en la esfera de libertad de los ciudadanos”.

⁴⁵⁰ *Principios constitucionales de derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 28; el mismo, *Hacia el nuevo Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 42, “la licitud penal puede lesionar también un valor carente de relevancia constitucional, pero ligado a un valor constitucional por una relación tal que resulta un presupuesto necesario [de un valor constitucional]”.

⁴⁵¹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Estudios penales*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 43 y 44; en el mismo sentido, HASSEMER, Winfried, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 42-44; ANITUA, Gabriel Ignacio, “El enfoque cultural y la comprensión del sistema penal en su integridad”, Gabriel I. Anitua e Ignacio F. Tedesco (Comp.), *La cultura penal. Homenaje a Edmundo S. Hendler*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2009, pp. 34-40.

Así, el juzgador desde una visión pluricultural tiene la responsabilidad de analizar dos postulados que han marcado el camino a seguir para este siglo XXI. Por un lado, el universalismo de los Derechos Humanos y el discurso de la igualdad. Por otro lado, el relativismo cultural y el discurso de la diferencia.

Estos dos postulados identificados en la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Declaración de Viena están marcados con “la universalidad de los derechos humanos”. Al mismo tiempo fundamentado en las particularidades regionales de cada Estado de Derecho. Esto representa la plena aceptación moralmente correcta de todas las costumbres, tradiciones y principios existentes de los derechos de los pueblos a la autodeterminación e identidad cultural.

La constitucionalización del derecho internacional así concebida no es en modo alguno homogénea y no constituye un fenómeno estático, sino que es diversa y dinámica y se da en muy diversos aspectos del derecho internacional, desde su creación, aplicación e interpretación, hasta el sistema de sus instituciones, el tema de la subjetividad jurídica y la estructura de la comunidad internacional, su sistema de valores y sus reglas organizativas y procesales⁴⁵².

Una vez delineado el mapa conceptual trazado por el constitucionalismo, se procede a desarrollar la base teórica de una justicia constitucional penal acorde con los estándares garantistas de un estado pluricultural respetuoso de los derechos de las minorías ante la pretensión de criminalizar determinados comportamientos motivados culturalmente.

5.1. Las dimensiones constitucionales de una política criminal pluricultural.

La dimensión conceptual y metodológica que ha adquirido el constitucionalismo representa una reestructuración argumentativa del positivismo incluyente al momento de

⁴⁵² Así, ZAJADTO, Jerzy and WIDTAK, Tomasz, “Constitutionalisation. A new philosophy of international law?”, Andrzej Jakubowski and Karolina Wierczynska (eds.), *Fragmentation vs the constitutionalisation of international law. A practical inquiry*, Routledge, New York, 2016, p. 24.

identificar que las fuentes del derecho remiten “a pautas morales del tipo de las que figuran en las constituciones”, tal y como lo han analizado Hart⁴⁵³, Waluchow⁴⁵⁴ y Coleman⁴⁵⁵ por ejemplo.

Frente a esta directriz interpretativa constitucional, el garantismo tiende a mantener una firme convicción en la tradición ilustrada, lo que se traduce en una visión de Estado protector de los derechos que aparecen como valores morales externos al orden jurídico, porque desempeñan una función crítica frente al mismo Estado⁴⁵⁶.

Por otro lado, la teoría de la justicia constitucional ha pretendido determinar “qué es lo justo o cómo puede llegar a conocerse, y cómo se debe organizar una comunidad política conforme a las exigencias de la justicia”. Huelga señalar que las teorías de la justicia han sido divididas en materiales al intentar establecer qué es lo justo, en tanto que las procedimentales buscan determinar el recorrido a continuar para permitir conocerlo. Por ejemplo, las constituciones de Europa han optado por legitimarse mediante una teoría material de la justicia. Por ejemplo, la Ley Fundamental de Bonn prevé en el art. 1º la dignidad humana, la Constitución de España en el art. 10.1 la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social, así como en el art 1º de la Constitución Mexicana.

Por consiguiente, la organización de un Estado de Derecho constitucionalista sobrepone la protección de la dignidad de las personas ante cualquier otro derecho fundamental. Así, el ejercicio del “libre desarrollo de la personalidad” se habrá de lograr a través de la protección de algunos ámbitos de la actuación humana, y garantizando al mismo tiempo, bienes tendientes “a asegurar una igualdad básica entre los ciudadanos”. Para De Domingo “los distintos derechos fundamentales posibilitan ambas cosas, podría decirse que representan un equilibrio entre la libertad y la igualdad imprescindible para ajustar adecuadamente la vida social y hacer posible la coexistencia. Por consiguiente, los derechos fundamentales son propiamente lo justo, aquello reconocido y/o atribuido a cada ciudadano mediante normas de rango constitucional, mientras

⁴⁵³ HART, H.L.A, *Post scriptum al concepto de derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

⁴⁵⁴ WALUCHOW, *Inclusive legal positivism*, Oxford Clarendon Press, 2004.

⁴⁵⁵ COLEMAN, Jules “Incorporationism, convencionality and practical difference thesis”, op. cit., pp. 381 y ss.

⁴⁵⁶ Por todos véase FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2005, p. 853; sobre Ferrajoli, consúltese, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Monográfico revista Doxa, No. 34, Marcial Pons, Madrid, 2012.

que la dignidad es el título en que se redonda dicho reconocimiento y/o atribución. Los derechos fundamentales se convierten en el criterio básico de justicia”⁴⁵⁷.

En este marco constitucional protector de los bienes más preciados por el legislador en un Estado de Derecho⁴⁵⁸, le corresponde, por un lado, preservar al máximo esa garantía de salvaguarda mediante el ejercicio del *ius puniendi* en caso de generarse algún grado de lesividad que corresponda la imposición de una pena. Por otro lado, excluir del marco del injusto típico aquellas conductas que, si bien gramaticalmente (formalmente)⁴⁵⁹ son subsumibles en la órbita de sentido posible del tipo legal, no poseen el grado de lesividad suficiente (principio de insignificancia), o su lesividad es tolerada o asumida socialmente (adecuación social, riesgo permitido) que los haga merecedores y necesitados de pena⁴⁶⁰.

Esta doble visión del punitivismo es la que servirá para determinar si ¿todos los casos identificados en el rubro de delitos culturalmente motivados deben ser criminalizados?, o si

⁴⁵⁷ DE DOMINGO, Tomás, “La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo: los derechos fundamentales como núcleo del bien común”, Antonio-Luis Martínez-Pujalte y Tomás de Domingo, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Comares, Granada, 2011, p. 8.

⁴⁵⁸ Al respecto, véase, *supra*, Capítulo Segundo, apartado 3. Minoría cultural y constitucionalismo penal.

⁴⁵⁹ Para SEHER, Gerhard, “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 77 y 78, el dilema de la discusión es de naturaleza semántico, toda vez que, aparentemente gira en torno al concepto de bien jurídico, pero en realidad se trata de diferencias “de contenido acerca de cuál debe ser el alcance legítimo del Derecho Penal” y la razón por la que esta discusión en el ámbito angloamericano sigue otras pautas, se debe a que su lenguaje jurídico carece de un concepto que opere como sinónimo del de bien jurídico. Esta ausencia conceptual en el ámbito de legitimación ha provocado la instauración de otros principios como criterios de evaluación de las normas penales. Pero si se mira a detalle, esos principios tienen un valor específico que constituyen un filtro de legitimación para cualquier norma penal. Finalmente, ese filtro parte del presupuesto de que una conducta sólo ha de ser merecedora de pena cuando constituya un injusto, por ende, los principios reguladores de ese marco valorativo específico son de “daño” y de “ofensividad”.

⁴⁶⁰ Así, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 26; igualmente, GARDNER, John, *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 66 y 67, considera que el principio de daño, como el Estado de derecho, refleja la importancia de hacer al derecho compatible con la necesidad de las personas, hasta un grado significativo, los autores de sus propias vidas; por consiguiente, el derecho de daño representa para el derecho no ser usado para restringir o sancionar actividades inofensivas o sancionar actividades dañinas de un modo desproporcionadas con el daño; por su parte, DUFF, R.A., “Responsabilidad y punibilidad en derecho penal”, Kramer Grant, Colburn Hatzistavru (comps.), *El legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 147, analiza los conceptos de responsabilidad y punibilidad por acciones o estados de cosas perjudiciales, no por actos que son buenos o correctos; y en la punibilidad que conduce a la condena y al castigo penal; en el mismo sentido, VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, op. cit., p. 63; ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Bien jurídico material y bien jurídico procedimental...y discursivo”, J.C. Carbonell Mateu, J.L. González Cussac, E. Orts Berenguer (Dir.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 104-111.

¿existen algunas excepciones de comportamientos motivados por su cultura que no deban ser sancionados por el *ius puniendi* de un Estado?

Para ello, los presupuestos ideológicos político criminales que sean elaborados como parte de un “programa valorativo de un Estado de Derecho democrático y social” plasmados en la Constitución, deben seguir el trazo delineado por Silva Sánchez, “en las sociedades democráticas contemporáneas no parece legítimo conformar las premisas valorativas de la dogmática del delito prescindiendo de los principios plasmados en los textos constitucionales, que son la máxima expresión del consenso axiológico alcanzado en tales sociedades”⁴⁶¹, y más en aquellas que reconocen constitucionalmente una sociedad pluricultural.

Por ello, se debe conservar la imparcialidad del Estado, ante culturas que cohabitan en su territorio. Bonilla Maldonado refiere que un Estado no tiene que instruir alguna perspectiva cultural a sus ciudadanos. Por el contrario, debe preservar el equilibrio de manera activa sobre los diferentes intereses y necesidades de las culturas que coexisten en su propio territorio⁴⁶².

Esta necesidad neutral del estado constitucional como proceso público o como actualización de lo público para Häberle surge estimulado por la praxis de la propia interpretación constitucional de conceptos como “público” y “bien común”⁴⁶³. Para esto, Häberle propone una visión pluralista positivada que, en toda interpretación, exégesis y política constitucionales de libertad humana, información y opinión, entre otras contenidos y procedimientos, bajo toda una pluralidad de perspectivas que preconiza la doctrina científico constitucional pluralista⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación a un derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 113.

⁴⁶² BONILLA MALDONADO, Daniel, *La Constitución multicultural*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006, p. 271.

⁴⁶³ HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, tecnos, Madrid, p. 87.

⁴⁶⁴ HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, op. cit., pp. 107-109. En el mismo sentido, FORST, Reiner, *Justificación y crítica. Perspectivas de una teoría crítica de la política*, Katz Editores, Buenos Aires, 2014, p. 122, refiere que el núcleo moral de la dignidad humana es políticamente relevante: i) el derecho fundamental básico a la justificación no solo conduce a derechos fundamentales en contenido sino también, ii) al aseguramiento de la participación en procesos en los que se formulan y fundamentan tales derechos. Así, el derecho a la justificación, es un derecho de fundamentación que excluye la posibilidad de que se establezcan y se denieguen derechos de manera paternalista.

Por ejemplo, el contenido que adquiere la dignidad es de facultades inmateriales, en el entendido de las facultades de la razón propias del *homo noumenon*. No se parte de premisas religiosas, sino que se argumenta como lo expone Sánchez-Ostiz, racionalmente desde la experiencia humana, cualquiera que sea la religión del interlocutor, o, aunque no profese este ninguna. Además, quien posea una creencia religiosa no es por sí mismo motivo de irracionalidad en el debate público⁴⁶⁵, pues se trata de acudir a la razón *qua ratione*, y no a concretas posiciones religiosas en cuanto tales⁴⁶⁶.

Descrito este escenario constitucionalista protector de bienes jurídicos tutelados, requiere dar un paso más específico hacia la legitimación de un *ius puniendi* conforme a la diversidad de valores ejercidos en una sociedad plural. Ferrajoli abona a este derrotero garantista de los derechos mediante la diferenciación entre el punto de vista externo o ético-político e interno o jurídico-constitucional, para evitar la confusión e inconveniente de desembocar en aquella variante progresista “del legalismo ético que es el constitucionalismo ético”. Así, el mundo de los valores tutelables terminaría reduciéndose a los valores constitucionales, con el consecuente resurgimiento de la criticable identificación esfera ético-social y esfera jurídica, “lo que significa que una teoría del bien jurídico no puede casi nunca decirnos positivamente que una determinada proposición penal es justa en cuanto protege un determinado bien jurídico”⁴⁶⁷.

Sobre esta interpretación constitucional de Ferrajoli a los límites del bien jurídico, Fiandaca explica que no es fácil de escapar a esta alternativa, en tanto preocupe limitar el arbitrio legislativo, toda vez que el respeto de la Constitución debe ser entendido en un sentido más

⁴⁶⁵ Sobre este aspecto, VÉLEZ RODRÍGUEZ, Luis A., “El control de constitucionalidad de las leyes penales ante el embate irracionalista de la política criminal”, Adán Nieto Martín, Marta Muñoz de Morales Romero, José Becerra Muñoz (Dir.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 401 y 402, sostiene la idea sobre aquellos “tribunales constitucionales comprometidos con el paradigma constitucional del Estado social y democrático de Derecho podrían, si no erradicar, cuando menos hacer frente al embate irracionalista que viene condicionado la dirección de la política criminal contemporánea”. Lo que resulta de vital relevancia compensar las decisiones que “alojan dentro de sí múltiples factores los órganos legislativos que distorsionan las posibilidades de deliberación. Por ejemplo, grupos de presión, información defectuosa, falta de justificación, desconsideración por los posibles efectos no deseados por la decisión”. Esto conlleva que en las decisiones en materia penal en una sociedad pluricultural influya más “el peso de las emociones como la ira, el miedo o la indignación” y lleve a escenarios de desigualdad o discriminación. Por tanto, las decisiones legislativas deben ser “el resultado de un proceso motivado y responsable de creación normativa dirigido al bien común” y el ejercicio no arbitrario del poder mediante el control constitucional de los tribunales constitucionales.

⁴⁶⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 114 y 115.

⁴⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 471.

fuerte y vinculante posible, pero con el inevitable precio de limitar la elección ético-político y político-criminal a las indicaciones constitucionales”⁴⁶⁸.

El resultado de esta dicotomía ético político constitucional de los bienes jurídicos, dio lugar a la fórmula del “derecho penal mínimo”, formulado por Ferrajoli quien entiende que el Derecho Penal adquiere una doble función preventiva de índole negativa: i) mediante la prevención general de los delitos; y ii) con la prevención general de penas arbitrarias o desproporcionadas.

Respecto a la primera función preventiva se traza el límite mínimo (del interés de la mayoría no desviada); en cambio, la segunda determina el límite máximo de las penas. De las dos funciones para Ferrajoli cobra más relevancia la segunda, por tres razones:

- a) Primero: “es dudosa la idoneidad del Derecho Penal para satisfacer eficazmente al límite mínimo, es por el contrario bastante más segura su idoneidad en el interés sobre el límite máximo de las penas, aún con regulaciones modestas y poco más que simbólicas”.
- b) Segundo: “la prevención de los delitos y las exigencias de seguridad y defensa social siempre han ocupado el lugar más alto en el pensamiento de los legisladores y de las demás autoridades, no puede decirse lo mismo de la prevención de las penas arbitrarias y de las garantías del acusado”.
- c) Tercero: “sólo el segundo fin y no el primero es a la vez necesario y suficiente para fundamentar un modelo de derecho penal mínimo y garantista”⁴⁶⁹.

Este modelo propuesto por Ferrajoli da sentido a los fines retributivos de la pena⁴⁷⁰ para garantizar al inculcado imputado por un delito culturalmente motivado su derecho al reconocimiento a la diversidad cultural, a la diferencia por sus creencias religiosas o costumbres y al respeto al derecho a la identidad cultural⁴⁷¹. Por ahora, corresponde analizar la relación del

⁴⁶⁸ FIANDACA, Giovanni, “¿Cuándo prohibir y por qué castigar? Razones de “concordia discors” con Luigi Ferrajoli”, Letizia Gianformaggio (Editora), *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Temis, Bogotá, 2008, pp. 261 y 262.

⁴⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 334.

⁴⁷⁰ Esta posición de Ferrajoli, será analizada con mayor detenimiento, *infra*, Capítulo Cuarto, apartado 3.

⁴⁷¹ Este modelo será desarrollado, *infra* Sexto Capítulo.

constitucionalismo multicultural y la visión del legislador para establecer en el rango máximo de ley la protección de bienes jurídicos en una sociedad plural.

5.2. El constitucionalismo multicultural y la protección de bienes jurídicos.

Una vez delineado las directrices político criminal de carácter pluralista en la protección de los bienes jurídicos, corresponde ahora abonar a esta problemática en sede del constitucionalismo para legitimar el control y validez de los derechos constitucionales. Por eso, las sociedades donde el pluralismo se aleja de las teorías comprensivas de la vida buena (acorde a la doctrina rawlsiana), impacta directamente en el terreno de la justicia y los derechos. Esta separación corresponde a las exigencias de justificar las formas institucionales para la toma de decisiones finales.

En el contexto de estas concepciones, la teoría de la justicia constitucional pretende determinar ¿qué es lo justo? o ¿cómo puede llegar a conocerse?, y ¿cómo se debe conformar una comunidad política acorde a los parámetros de la teoría de la justicia?. Huelga señalar que las teorías de la justicia han sido divididas en materiales al intentar establecer qué es lo justo. En cambio, las teorías procedimentales de la justicia han intentado plantear el recorrido a continuar para lograr conocerlo.

Las constituciones de Europa⁴⁷² han optado por legitimarse mediante una teoría material de la justicia, por ejemplo, la Ley Fundamental de Bonn reconoce la dignidad humana y a los derechos humanos (artículo 1º), o la Constitución de España enuncia “la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10.1). En cambio las constituciones latinoamericanas tienden a conformar una justicia procedimental referente a los derechos humanos y el reconocimiento de una nación

⁴⁷² Desde una visión del derecho constitucional europeo, véanse, BOGDANDY, Armin von, CRUZ VILLALÓN, Pedro y HUBER, Peter, *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; RODRÍGUEZ ALCALÁ, Diego Moreno, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, en particular, capítulo 5; LAPORTA, Francisco, “El ámbito de la constitución”, *Doxa*, No. 24, 2001, pp. 461 y ss.; IGLESIAS VILA, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, No. 23, 2000, pp. 77-80; FIORAVANTI, Maurizio, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 146-149; FERRERES COMELLA, Víctor, “Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 65, 2, 2003, pp. 73-122.

pluricultural⁴⁷³, como han sido el caso de México (artículo 2º), Colombia (artículo 7), Perú (artículo 2 núm. 19), Venezuela (Preámbulo), Ecuador (artículo 1), Bolivia (Preámbulo), entre otros muchos marcos constitucionales han implementado una correlación entre individuo y comunidad derivada de los derechos fundamentales, propiamente, con bienes jurídicos.

En este sentido, la organización de un Estado de Derecho pretende invariablemente proteger: i) la dignidad, ii) la libertad, y iii) la vida; esto lo habrá de lograr mediante la implementación constitucional de los derechos fundamentales, en tanto sean concebidos como principios o mandatos de optimización⁴⁷⁴. Así, se estará en posibilidades de ordenar la protección de un derecho fundamental sea de mayor alcance posible, acorde con las posibilidades y condiciones fácticas y jurídicas susceptibles de aplicar. El objetivo es lograr un equilibrio entre los derechos protegidos y los derechos restringidos por la misma protección.

Ante este nuevo derrotero de los derechos fundamentales se les ha concedido una doble calificación: i) como derechos de libertad, atribuidos al gobernante; y ii) como normas objetivas de principios o decisiones valorativas con un reconocimiento válido para todo el derecho vigente⁴⁷⁵. Esta calificación produce un debate que puede focalizarse en tres puntos: Primero, se objetó en tanto que principios de los derechos fundamentales son susceptibles de diversas interpretaciones. Para esto, se debe lograr establecer su sentido mediante una exigencia del principio de proporcionalidad en sentido estricto, la valoración y ponderación de bienes e intereses públicos y privados. No obstante, lo discutible aquí es que se entiende por valioso, y en su caso, cómo debe valorarlo en el caso concreto un juzgador. Segundo, aceptar una posición contraria al modelo constitucional semejante con la teoría de los valores conlleva a la restricción o eliminación de la libertad individual, por quedar supeditada a un juicio de interpretación

⁴⁷³ PALOMINO MANCHEGO, José E., “La Constitución multicultural peruana”, Alfonso de Julios- Campuzano (ed.), *Itinerarios constitucionales para un mundo convulsivo*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 182. “no cabe duda que América Latina es un laboratorio en plena ebullición que se expresa en la diversidad cultural, y que a través de la historia de la humanidad se ha venido agrupando por múltiples grupos étnicos y culturales”.

⁴⁷⁴ En particular, ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

⁴⁷⁵ Así, CRUZ, Luis M., “Los derechos fundamentales y el alcance de la Constitución”, Cristina Hermida y José Antonio Santos (Coords.), *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los Diputados/Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015, p. 1272, refiere que los “derechos fundamentales rigen en la práctica como principios supremos del ordenamiento jurídico en su conjunto”, no sólo en la relación con el “individuo con el poder público, sino también en las relaciones recíprocas de los actores jurídicos particulares, limitando la autonomía privada”. Pero igualmente, los derechos fundamentales rigen como mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado.

valorativa. Y tercero, se puede desplazar el ámbito de la decisión política parlamentaria a los tribunales de impartición de justicia, lo que ocasionaría la pérdida de la independencia del derecho emitido por el legislador en “aras de una omnicompetencia del Derecho Constitucional” basado en la teoría de los principios⁴⁷⁶.

Por ejemplo, el reconocimiento de la diversidad conlleva cuestionar algunos valores o principios constitucionalmente preestablecidos o al menos pone en duda su interpretación. La diversidad cultural y religiosa implica necesariamente la incorporación y el reconocimiento de una multiplicidad de prácticas que pueden diferir de aquellas que la mayoría de la sociedad tiene como establecidas y en ocasiones esas prácticas entran directamente en conflicto con el sistema de valores mayoritarios o con los derechos y libertades incorporados en los textos constitucionales⁴⁷⁷, piénsese en la problemática generada por el uso del burkini en espacios públicos⁴⁷⁸, en los casos de linchamientos⁴⁷⁹, o bien la negativa a la transfusión de sangre a menores por motivos religiosos⁴⁸⁰.

Por lo anterior, ¿cómo puede exigirse obediencia y lealtad a los valores insertados en una legislación ajena y extraña?, no solo sin que las personas implicadas hayan de alguna manera participado en su elaboración, sino incluso sin que, en algunos casos, tengan la posibilidad de conocerla o comprenderla por no serles accesible debido a que desconozcan el idioma y no hayan sido debidamente informadas en cuanto a su significado⁴⁸¹.

Siguiendo el estudio de Cruz, “para Böckenförde, el pensamiento valorativo y en especial la filosofía de los valores tienen como finalidad aclarar y guiar la acción moral y libre del individuo, esto es, el impulso normativo de los valores, su validez⁴⁸², se dirige al sujeto moral como una invitación a ser aceptados por éste”⁴⁸³. Con ello, el reconocimiento de la cualidad de

⁴⁷⁶ CRUZ, Luis M., “Los derechos fundamentales y el alcance de la Constitución”, op. cit., p. 1273.

⁴⁷⁷ CAICEDO CAMACHO, Natalia, “La interpretación de los derechos y libertades en sociedades culturalmente diversas”, op. cit., pp. 49 y 50

⁴⁷⁸ Sobre este conflicto de derechos por diversidad cultural, véase, *infra*, Capítulo Tres, apartado 4.1.4.

⁴⁷⁹ Al respecto, véase, *infra*, Capítulo Tres, apartado 4.2.4.

⁴⁸⁰ Véase, *infra*, Capítulo Tres, apartado 4.2.1.

⁴⁸¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 150.

⁴⁸² Sobre la validez de la norma en el sujeto moral, NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1990, pp. 56 y ss.

⁴⁸³ Citado por CRUZ, Luis M., “Los derechos fundamentales y el alcance de la Constitución”, op. cit., p. 1274.

valor a los derechos fundamentales adquiere su legitimidad “las propiedades con las que se caracteriza a los valores, sobre todo la validez universal y abstracta”. Aunque “dicha universalidad y abstracción son características que no pueden predicarse de los valores, ya que éstos hacen referencia fundamentalmente a concepciones subjetivas existentes en la sociedad o a concepciones de la sociedad misma, pero sin ofrecer un criterio crítico-normativo propio”⁴⁸⁴.

Aunque esta discusión de la legitimidad de los derechos fundamentales por los valores de universalidad y abstracción serán estudiados en el siguiente apartado. Por ahora es oportuno señalar que, la determinación sobre alguno de los diferentes elementos o intereses en conflicto, deben analizarse la diversidad de valores o finalidades mediante que el principio de proporcionalidad.

Esta idea de incluir el principio de proporcionalidad legitima la restricción de los derechos impuestos por el juzgador para aquellos casos relacionados con los delitos culturalmente motivados. Ello mediante el modelo de la *cultural defense* que resulta eficiente para constatar si la conducta ha contrariado y en qué grado los valores constitucionales (bienes jurídicos) del sistema de acogida.

En consonancia con lo expuesto, para De Domingo “los distintos derechos fundamentales posibilitan un equilibrio entre la libertad y la igualdad imprescindible para ajustar adecuadamente la vida social y hacer posible la coexistencia”. Así, las funciones de los derechos fundamentales serán en sí mismo “lo justo”, que las normas constituciones conceden a cada ciudadano. En tanto, que la dignidad es el referente del propio reconocimiento y/o atribución. Por tanto, “los derechos fundamentales se convierten en el criterio básico de justicia”⁴⁸⁵, que finalmente conforman un margen protector de los bienes jurídicos identificados como valiosos por los derechos fundamentales.

No obstante, Lucas sostiene una paradoja sobre la universalidad de los derechos porque mientras más se expanden más difícil resulta ser compatibles con su propia multiplicación, lo

⁴⁸⁴ CRUZ, Luis M., “Los derechos fundamentales y el alcance de la Constitución”, op. cit., p. 1276.

⁴⁸⁵ La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo: los derechos fundamentales como núcleo del bien común”, op. cit, p. 8.

cual representa una pérdida de universalidad, “la consecuencia es, inevitablemente que «cuanto más aumentan las situaciones consideradas dignas de tutela, más aumentan también los conflictos entre sus respectivos titulares», y teniendo en cuenta «la naturaleza tendencialmente absoluta del derecho reivindicando, hace que sea difícilmente aceptado un sacrificio impuesto»⁴⁸⁶. Esto se vuelve un reto para el universalismo que, ante su cercanía con el relativismo, lo encuentra como límite al discurso universalista que tiende a incentivar la posibilidad reformular el progreso respecto a esos criterios lo más rápido posible.

A partir de estos presupuestos formales de los derechos fundamentales⁴⁸⁷, la determinación de lo que puede ser objeto de tutela penal ha sido interpretada como parámetro para medir la legitimación democrática de un Estado⁴⁸⁸, o en su caso de la propia Unión Europea que recurre al concepto de “interés”⁴⁸⁹, en lugar de bien jurídico⁴⁹⁰, no sólo mediante la criminalización de conductas que representen un peligro para su protección⁴⁹¹, sino también normas fundamentales que limitan el propio ejercicio de la libertad de las personas. En este sentido, Böse “dado que los límites constitucionales específicamente penales no pueden deducirse de los distintos derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad se mantiene

⁴⁸⁶ LUCAS, Javier de, “Para una discusión de la nota de universalidad”, *Derechos y Libertades*, May-Dic, 1994, pp. 301-302.

⁴⁸⁷ Véase, PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander, *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 28, para el autor, los principios formales se muestran como un concepto estrechamente relacionado con conceptos tales como el de competencia, el del ámbito discrecionalidad legislativa para la toma de decisiones. De igual forma, como la facultad jurisdiccional de realizar ponderaciones. Mediante los principios formales, se pueden reconstruir conceptos como: i) el principio de seguridad jurídica, ii) el principio de democracia, iii) el principio de igualdad y iv) el principio de división de poderes. Por tanto, debido al rol que dichos principios tienen dentro de la interpretación de derechos fundamentales, los principios formales representan para la teoría de los principios una innovación necesaria.

⁴⁸⁸ PIÑA ROQUEFORT, Juan Ignacio, “Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del Derecho penal. ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructiva?”, Gómez-Jara Díez, Carlos, (ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal. fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, pp. 287-293.

⁴⁸⁹ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 317-340; igualmente, CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Derecho penal y derecho penal sancionador de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2002, pp. 391 y ss.

⁴⁹⁰ Lo mismo sucede en el derecho penal anglosajón, bajo el esquema del “harm principle”, o principio de daño, al respecto, véanse esencialmente, FEINBERG, Joel, *Harm to other. The moral limits of the criminal law*, Oxford University Press, 1984, pp. 3 y ss.; PEAY, Jill, ELAINE Player, “The ethics of criminalization: Intentions and consequences”, Jonathan Jacobs y Jonathan Jackson, *The Routledge Handbook of Criminal Justice Ethics*, New York, 2017, pp. 126 y ss.; HÖRNLE, Tatjana, “Theories of criminalization”, Dubber y Hörnle (ed.), *Oxford Handbook of criminal law*, New York, 2014, pp. 679 y ss.; HUSAK, Douglas, *Sobrecriminalización. Los límites del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 113 y ss.; DUFF, Antony, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, pp. 25 y ss.

⁴⁹¹ Véase, LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996, pp. 105-110.

como base para limitar la utilización del Derecho penal. Tal límite específicamente penal –al mismo tiempo trascendente a los derechos fundamentales– podría justificarse por la especial gravedad de la intromisión en un derecho fundamental que supone el Derecho penal”⁴⁹²; en particular, sobre la influencia que ejerce el Estado sobre el comportamiento mediante amenaza de pena o sanción sobre el destinatario para que interiorice el mensaje comunicativo de la norma jurídica⁴⁹³.

Por lo anterior, resulta imperativo reconocer que un derecho fundamental estará siempre condicionado a una norma penal, como lo ha identificado Häberle “en cuanto a que el Derecho penal sea legitimado a través de las normas de la ley moral, esta relación de condicionamiento se deriva de que sólo la libertad vinculada a la moral es verdadera libertad, pero el Derecho penal precisamente debe evitar que esta libertad se pervierta degenerando en una libertad para la arbitrariedad que amenace en igual medida al individuo y la comunidad... Si se reconocen tales relaciones de condicionamiento entre normas de Derecho penal y los derechos fundamentales, ello tiene como consecuencia para la administración la justicia penal y los institutos a ella adjuntos que también éstos condicionan la libertad iusfundamental. Si se reconoce que el Derecho penal asegura y hace posible, en principio, el ejercicio razonable de los derechos fundamentales, ello redundará en favor de su legitimidad”⁴⁹⁴.

Aunado a esto, Ferrajoli enfatiza la posibilidad de prohibir y castigar comportamientos conforme a una posición utilitaria, donde “la separación entre el derecho y la moral exige además como necesario que dañen de un modo concreto *bienes jurídicos ajenos*, cuya tutela es la única justificación de las leyes penales como técnicas de prevención de su lesión”. Por ende, la posición del autor corresponde en advertir que el Estado no tiene que involucrarse de manera coercitiva “en la vida moral de los ciudadanos ni tampoco promover coactivamente su moralidad, sino sólo tutelar su seguridad impidiendo que se dañen unos a otros”⁴⁹⁵. Distinto es la posición de Sherer,

⁴⁹² BÖSE, Martin, “Derechos fundamentales y derecho penal como «derecho coactivo», Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 140.

⁴⁹³ Sobre el estado actual del bien jurídico y el ámbito comunicativo de la norma, consúltese, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”, *InDret*, 2/2008.

⁴⁹⁴ *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, trad. Joaquín Brage Camazano, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 17 y 18.

⁴⁹⁵ *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 223.

quien sostiene una legitimación de normas basadas en principios de daño, ofensividad, paternalismo y moralismo quien sigue el discurso angloamericano, los cuales funcionan como filtros, de ahí que el bien jurídico “no es un instrumento de legitimación de normas, sino que es producto de esos principios. Ello no le priva de valor, lo que hace es precisar sus contornos. Así, desde estos presupuestos, puede entenderse por «bien jurídico» todo hecho (interés, recurso o valor) que es reconocido legítimamente como merecedor de protección penal a partir de una discusión basada en principios”⁴⁹⁶.

Sin embargo, esta pretensión protectora de los derechos fundamentales en una sociedad multicultural conlleva ciertos problemas fácticos y normativos en aquellos casos que la propia Constitución reconoce otros derechos fundamentales relacionados con la diversidad cultural, quienes solamente podrán atender sus propias normas consuetudinarias o costumbres por razones lingüísticas. Esto es, no podrían conocer el contenido de los derechos fundamentales establecidos en el texto constitucional que impone determinados límites a sus comportamientos que se contraponen con ellos, lo cual, finalmente, la autoridad estatal tendrá que decidir cuál derecho constitucionalmente previsto deberá prevalecer, a mi parecer han sido los de los derechos humanos que están inmersos en los derechos fundamentales por el mandato de universalidad. Con ello, la intromisión a estos derechos fundamentales de la diversidad cultural surgidas de una norma penal deberá integrarse en una ponderación global y no propiamente en el principio de la *última ratio*, en especial, para los delitos culturalmente motivados, los cuales se planteará una ruta axiológica en el siguiente capítulo la justificación de la pena a la luz de los principios rectores de un derecho penal liberal.

Mientras tanto, la posible explicación a esta problemática radica en la ambigüedad del adjetivo multiculturalidad, tal y como lo detecta Pérez de la Fuente “tiene que ver con sociedad multicultural que se corresponde con el nivel fáctico, mientras que multiculturalismo tiene que ver con sociedad multiculturalista que se corresponde con el nivel normativo”⁴⁹⁷, y a partir de

⁴⁹⁶ SHERER, Gerhard, “La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico”, Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 92.

⁴⁹⁷ *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación iusfilosófica*, op. cit., p. 102. Para VALVÁRCEL, Amelia, “Multiculturalismo y ciudadanía global. Sobre identidades, mujeres, globalización y multiculturalidad”, *Sociedad multicultural y derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIX, Madrid, 2006, p. 143, existe un alentador debate de la multiculturalidad que ha influenciado a los progresistas del pensamiento político europeo, en particular:

ello, afirma el autor que hoy las sociedades son evidentemente multiculturales y no como tales multiculturalistas.

Esta diferencia normativa y fáctica permite comprender el devenir de las amplias políticas de la multiculturalidad se inscriben en la agenda global no solo por el factor político de la migración, sino por las políticas del reconocimiento de los pueblos originarios que coexisten en un territorio con tan variada ideología y costumbres.

5.2.1. La ley de ponderación en sociedades multiculturales ¿una solución judicial?

Ahora bien, la argumentación jurídica entendida como un caso particular de argumentación moral desarrollada por Alexy⁴⁹⁸, le permitió realizar una clasificación de las teorías referentes a la justificación de las normas morales en general, y a la fundamentación de los derechos humanos (religioso, intuicionista, consensual, biológica, instrumentalista y cultural)⁴⁹⁹.

Así, la tesis desarrollada por Alexy en lo concerniente a la relación de los derechos fundamentales aplicables a los poderes públicos en su doble dimensión de estos derechos, destacado por el propio Tribunal Constitucional Federal y la doctrina mayoritaria alemana, entiende que “los derechos fundamentales son derechos subjetivos al servicio del titular, pero, al mismo tiempo, se ha visto en ellos una dimensión institucional u objetiva según la cual los derechos fundamentales expresan un orden objetivo de valores previo al derecho legislado”⁵⁰⁰.

Para De Domingo, “las normas que reconocen derechos fundamentales «aparecen como un orden objetivo axiológico y como un sistema de valores que demanda aplicación en todos los

i) para dotar de legitimidad a las escasas autonomías y ii) para completar la idea primitiva de tolerancia religiosa con una tolerancia cultural encausada hacia los todavía pequeños grupos de emigrantes.

⁴⁹⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, op. cit., pp. 206-212. Sobre el particular, PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., p. 98, considera que los ordenamientos constitucionales, además de reglas, incorporan principios y derechos fundamentales que tienen un incuestionable carácter moral. Por eso, los problemas jurídicos son al mismo tiempo problemas morales cuya respuesta remite al final de una teoría ética. Así, se postula: i) una especie de disolución del Derecho Constitucional en esa teoría ética; y ii) la argumentación constitucional permite hallar una única respuesta mejor que cualquier otra.

⁴⁹⁹ Al respecto en detalle véase ALEXY, Robert, “La teoría del discurso y los derechos fundamentales”, Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (ed.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 34-37.

⁵⁰⁰ Sobre el particular, véase, CRUZ Luis M., *La Constitución como orden de valores*, op. cit., pp. 14 y ss.

ámbitos del derecho». Este «efecto irradiación» reclama que sean tenidas en cuenta al interpretar cualquier precepto jurídico⁵⁰¹. Por ejemplo, la dignidad que se traduce como un derecho fundamental regulado en el artículo 1º Constitucional, lo que consecuentemente se le otorga una dimensión objetiva o institucional⁵⁰², por ende, Alexy entiende que la viabilidad de una conexión entre este problema y la teoría de la justicia deba sea negada. Esto es, la posibilidad de la doble identidad entre derechos individuales y bienes colectivos⁵⁰³.

Lo anterior, genera la máxima discusión sobre el pensamiento de Alexy, porque si los derechos fundamentales pueden estar limitados para mantener otros derechos fundamentales, no solamente individuales, este conflicto deberá ser desdoblado a través del “principio de proporcionalidad”. Esto será al colisionar un resultado incompatible entre sí. Por ejemplo, el derecho de reunión frente al derecho de libertad. Este principio permite establecer entre estos dos derechos una línea argumentativa sobre los juicios, máximas o principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. No obstante, las preguntas que surgen en casos de conflictos de derechos fundamentales para Alexy son de la siguiente tesitura, ¿es posible preservar la idea de que los derechos fundamentales son el núcleo del bien común? y, al mismo tiempo ¿el pilar de la justicia del neoconstitucionalismo?

Para responder el autor enfoca su argumentación en el principio de proporcionalidad en sentido estricto, entendido como la ponderación de los principios en colisión “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁵⁰⁴, de ahí que el profesor de Kiel construyera la *Ley de la ponderación*.

⁵⁰¹ DE DOMINGO, Tomás, “La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo: los derechos fundamentales como núcleo del bien común”, op. cit., pp. 9 y 10.

⁵⁰² *Cfr.* DE DOMINGO, Tomás, “La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo: los derechos fundamentales como núcleo del bien común”, op. cit., p. 10. Este autor considera si “la dimensión institucional la Constitución orienta la labor de los poderes públicos hacia el logro de una estructura social que no sólo permita, sino que facilite el pleno y libre ejercicio de los derechos fundamentales, es razonable pensar que tal orientación también pone de relieve que estos derechos para su titular al igual que el conjunto de la colectividad”. Por ende, De Domingo considera que los poderes públicos tendrán que direccionar su compromiso hacia la consecución del bien común.

⁵⁰³ Para mayores elementos de estudio sobre esta postura de Robert Alexy, *El concepto de validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 186; el mismo, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 494-495.

⁵⁰⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 161.

Esta propuesta de Alexy⁵⁰⁵ de la ley de la ponderación tiene gran importancia porque indica qué es lo importante en las ponderaciones, “el grado o la intensidad de la no satisfacción o afectación de un principio, por un lado, y el grado de importancia de la satisfacción del otro principio, por el otro. Quien dice que una afectación muy intensa sólo puede ser justificada mediante un grado de importancia muy alto de la satisfacción del principio opuesto no dice todavía nada acerca de cuándo se da una afectación muy intensa y cuándo un grado de importancia muy alto. Pero dice que es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación; se trata de enunciados acerca de los grados de afectación e importancia”.

Este planteamiento de Alexy mantiene un cercano vínculo con la idea de los derechos como principios y, por consiguiente, contra la conceptualización del derecho como reglas⁵⁰⁶, toda vez que al ser aplicados los derechos mediante la ponderación habrá de depender de la posición de los derechos fundamentales como principios, y, por ende, los principios son aplicables sólo mediante la ponderación. En consecuencia, los principios para Alexy “son mandatos de optimización”, en el sentido de que son “normas que ordenan cumplir o realizar algo en la mayor medida posible” dentro de sus posibilidades jurídicas y fácticas⁵⁰⁷. Postura que actualmente se encuentra en amplia discusión doctrinal⁵⁰⁸.

Los alcances de este postulado del profesor de Kiel, generó una profunda alteración al concepto original de la justicia que constriñe al neoconstitucionalismo, porque a decir De Domingo el neoconstitucionalismo tuvo anuencia en sede de derechos fundamentales que habrán de constituir el núcleo de lo justo. A partir de esto, será identificado el criterio fundamental de justicia de la comunidad política, por ello, “semejante teoría de la justicia no puede admitir sin resultar incoherente que los derechos fundamentales sean restringidos...para preservar bienes colectivos, o que conductas que constituyen el legítimo ejercicio de un derecho fundamental...carezcan de protección institucional. La apuesta por el principio de proporcionalidad supone renunciar a una teoría material de la justicia a favor de una teoría

⁵⁰⁵ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 164.

⁵⁰⁶ La doctrina centra la atención en el debate de Hart y Dworkin.

⁵⁰⁷ *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 86-87.

⁵⁰⁸ Véase la obra editada por SIECKMANN, Jan-R., *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

procedimental de la justicia, pues en eso se traduce la apuesta por un procedimiento argumentativo disciplinado por reglas formales como el principio de proporcionalidad”⁵⁰⁹.

La propuesta de Alexy no dejó de encontrar adversarios como Habermas quien en su obra *Facticidad y validez* publicada en 1992, enriqueció el debate sobre la interpretación constitucional de los derechos fundamentales, particularmente, desde el ámbito de la teoría del discurso y su visión en torno al principio de ponderación elaborado por el profesor de Kiel.

En primer lugar, Habermas parte de la “tensión inmanente al derecho entre facticidad y validez”, la cual ha de manifestarse plenamente en “la administración de justicia, como tensión entre el principio de seguridad jurídica y pretensión de estar dictando decisiones correctas”, aceptando por consiguiente que el discurso jurídico al ser un caso especial del discurso moral, no hace empero justicia a la compleja relación entre actividad judicial y la producción legislativa⁵¹⁰, ya que “la cuestión de si determinadas normas y valores podrían alcanzar el asentimiento racionalmente motivado de todos los afectados, es algo que sólo cabe enjuiciar desde una perspectiva intersubjetivamente ampliada de primera persona del plural que asuma en sí sin coerciones y sin recortes las perspectivas de comprensión que de sí y del mundo tienen todos los participantes”, esto es lo que Habermas denomina forma reflexiva de la acción comunicativa⁵¹¹.

De lo anterior, se derivan dos vías complementarias, la primera dice Habermas es la concerniente a la fundamentación de las decisiones jurídicas, la cual corresponde con una teoría de los discursos jurídicos, y la segunda (que es la que nos interesa), es la desarrollado por Robert

⁵⁰⁹ DE DOMINGO, Tomás, “La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo: los derechos fundamentales como núcleo del bien común”, op. cit., pp. 18 y 19. Esto mismo admite ALEXY, Robert, *La validez del derecho*, op. cit., pp. 206 y 207, al reconocer en sede de la argumentación tiende a ser conducida por “vías que no existirían sin la ley de la ponderación”. Por supuesto, se deberá considerar que “esta estructuración es neutral” sobre su contenido y por eso adquiere un carácter formal. “Ello no altera en nada su imprescindibilidad y tampoco elimina su valor”.

⁵¹⁰ Véase HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., pp. 293-309.

⁵¹¹ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., p. 300, para este autor, “las cuestiones relativas a la aplicación de normas tienden a generar afectaciones a la comprensión que de sí y del mundo tienen los participantes, de modo distinto que los discursos de fundamentación. En este sentido, los discursos de aplicación de normas se siguen refiriendo a los intereses de todos los posibles afectados. Pero al plantearse la cuestión de qué norma es la adecuada en un caso dado, tal referencia tiende a desplazarse a un segundo plano frente a los intereses de las partes directamente implicadas. Además, pasa a ocupar el primer plano interpretaciones de la situación que dependen de la comprensión que de sí y del mundo tienen los autores de la acción realizada y los afectados por ella”.

Alexy relativa a las condiciones procedimentales de los discursos racionales en general, desde una perspectiva kantiana de universalización⁵¹², que permita incluir a todos los involucrados en el proceso, sin importar los motivos que los guían. En tanto, contribuyan a un discurso que desde la perspectiva del juzgador le permita obtener un juicio imparcial, toda vez que es lo más importante –dice Habermas- para la fundamentación de la decisión.

En este orden de ideas, Habermas⁵¹³ aclara lo siguiente: “Alexy tiene claro que las decisiones jurídicas fundamentadas discursivamente no son «correctas» en el mismo sentido en que lo son los juicios morales válidos: «La racionalidad de la argumentación jurídica, en el trecho en que viene determinada por las leyes, es relativa a la racionalidad de la legislación. Una racionalidad no restringida de la decisión jurídica supondría la racionalidad de la legislación». Pero si “este presupuesto no se cumple, la consonancia entre moral y derecho que Alexy presupone tiene también la desagradable consecuencia, no sólo de relativizar la rectitud de la decisión jurídica, sino de ponerla como tal en cuestión. Las pretensiones de validez vienen codificadas binariamente y no admiten un más o un menos”.

En este sentido, la administración de justicia encuentra Habermas la “tensión entre legitimidad y la positividad del derecho”, como problema de la decisión correcta, y consecutivamente, en un “nivel pragmático de la práctica de las decisiones judiciales” por que “las exigencias ideales a que está sujeto el procedimiento argumentativo han de ser puestas en

⁵¹² HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., p. 302. Sobre este aspecto, para Habermas puede mostrarse fundamentada en los presupuestos idealizadores que la propia argumentación implica. Por ejemplo, quien en serio trata de participar en la práctica de la argumentación tiene que asumir presuposiciones pragmáticas que lo obligan a una situación ideal de rol. Esto es, a interpretar y valorar cuanto se diga adoptando “también la perspectiva de cada uno de los demás potenciales participantes”.

⁵¹³ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., p. 304. La posición habermasiana relativa a la autorreflexión institucionalizada del derecho, p. 309, cumple con la función para proteger individualmente el derecho desde un doble punto de vista que representan: i) la justicia en el caso particular y, ii) la unitariedad en la aplicación del derecho y en el desarrollo del derecho, acorde con el siguiente planteamiento del autor: “«la finalidad de un recurso consiste primariamente en obtener en interés de las partes decisiones correctas y, por tanto, justas, mediante revisión de las sentencias dictadas». La simple posibilidad de revisión obliga además a los tribunales a una *fundamentación cuidadosa*. Pero la finalidad del recurso no se agota en ello. Antes hay también un *interés general* por un eficaz sistema de recursos”. Por eso, explica Habermas, “la prohibición del autoauxilio sólo se puede realizar eficazmente si las partes reciben ciertas garantías de obtener una decisión correcta”. Esto es, “la secuencia de instancias, con la concentración que supone de la jurisprudencia por parte de tribunales de alzada. Por tanto, un solo tribunal supremo, conduce a la “unitariedad” del derecho a la vez que, a su desarrollo, cosas perentoriamente necesarias”. Así, resulta más viable un derecho entendido como sistema abierto y no como sistema cerrado.

consonancia con las restricciones impuestas por la necesidad fáctica de regulación”. Aunado a que el ejercicio de las decisiones judiciales está íntimamente relacionado “al derecho y a la ley, la racionalidad de la administración de justicia depende de la legitimidad del derecho vigente. Ésta depende a su vez de la racionalidad de un proceso legislativo, que, en la situación de división de poderes que el Estado de derecho establece, no está a disposición de los órganos de aplicación del derecho. Ciertamente, el discurso político y la práctica de la legislación constituyen, desde el punto de vista del derecho constitucional, un importante tema de la dogmática jurídica; pero a la teoría del derecho, al venir coartada a la medida de los discursos jurídico-profesionales, ambas cosas sólo se le empiezan abriendo desde la perspectiva de la administración de justicia y jurisprudencia”⁵¹⁴.

Pero su preocupación por analizar el momento en que el Tribunal Constitucional alemán toma decisiones, desde una ampliación de funciones, las cuales fácticamente son inevitables, pero normativamente dudosas, tal y como acontece en una administración de justicia que encarga a un tribunal constitucional competencias del poder legislativo, explica según Habermas, la evolución del Estado liberal de derecho⁵¹⁵ en un Estado intervencionista y Estado benefactor, de ahí que centre su mirada crítica en el “debate sobre la indeterminación del derecho”, pero desde la perspectiva en la denominada “teoría de los valores” que constituye el núcleo de la jurisprudencia de Tribunal Constitucional alemán. Por la sencilla razón, de combatir una autocomprensión metodológica desarrollada por su Tribunal, que equipara la orientación por principios con una ponderación o sopesamiento de bienes, que “puede aparecer como una socavación o conmoción, e incluso como una corrupción de la arquitectura constitucional...pero dentro del sistema jurídico significa un aumento de poder de la Justicia y

⁵¹⁴ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., p. 311.

⁵¹⁵ Para HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., pp. 318 y 319, un modelo liberal de estricta vinculación de la justicia y de la Administración a la ley resulta conformado por la división de poderes, permite la oportuna “distribución de las competencias entre los poderes del Estado” tiende a “proyectarse sobre los ejes temporales de las decisiones colectivas” del siguiente modo: i) “la práctica de las decisiones judiciales puede entenderse como acción orientada al pasado, que queda vinculada a las decisiones del legislador político solidificadas en derecho vigente, mientras que el legislador toma decisiones orientadas al futuro que ligan la acción futura”, y ii) “la Administración hace frente a problemas que apremian en la actualidad”. Este modelo queda todo bajo la premisa de que la “Constitución de un Estado democrático de derecho tiene como objetivo primario prevenir los peligros que pueden presentarse en la dimensión Estado-ciudadano, es decir, en las relaciones entre el aparato estatal monopolizador de la violencia y personas privadas desarmadas”. Distinto serán “las relaciones horizontales entre las personas privadas, sobre todo las relaciones intersubjetivas que constituyen la práctica que los ciudadanos ejercitan en común”, no tienen “para el esquema liberal de la división de poderes ningún efecto formador de estructuras”.

una ampliación del ámbito de las decisiones judiciales, que amenazan con desequilibrar el armazón normativo del Estado clásico de derecho a costa de la autonomía de los ciudadanos”⁵¹⁶. Aunado a que los principios o normas de orden superior, los cuales permitan justificar otras normas, tienen un sentido deontológico, los valores, en cambio, un sentido teleológico⁵¹⁷.

Esta dicotomía conceptual genera un problema de aplicación, lo cual exige invariablemente, en ambas situaciones la elección de la acción correcta, para lo cual Habermas aclara este concepto arguyendo correcto “si partimos de un sistema de normas válidas, la acción que es buena *para todos* por igual”. Ahora bien, la posición de este autor sobre “el caso de los principios jurídicos o bienes jurídicos esta diferencia se pasa a menudo por alto porque siempre el derecho positivado vale solamente para un determinado ámbito y para un círculo de destinatarios correspondientemente definido”. No obstante, “esta delimitación fáctica de ámbito de validez, los derechos fundamentales cobran un sentido distinto según que se los entienda en el sentido de Dworkin como principios jurídicos deontológicos, o en el sentido de Alexy como bienes jurídicos optimizables”⁵¹⁸.

Por eso, Habermas sostiene que, si llegaran a ser considerados seriamente los derechos fundamentales en su sentido deontológico, quedarán sustraídos a los análisis «costes-beneficio»,

⁵¹⁶ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., p. 319. En este sentido, SEGOVIA, Juan Fernando, *Habermas y la democracia deliberativa. Una «utopía» tardomoderna*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 76 y 77, sostiene que la democracia constitucional se desempeña como instrumento para conseguir “la realización de las ideas modernas de autogobierno y derechos personales, de autonomía colectiva e individual, en tanto no son contradictorias sino entrelazadas”. En este sentido, “el derecho establecido de manera positiva, “que es garante de la libertad y puede imponerse coactivamente, exige una legitimación que no puede ser otra que el reconocimiento de igual autonomía a todas las personas jurídicas, enlazando así autolegislación moral colectiva y autoconstitución ética subjetiva”. En este sentido, habrá “«no sólo una conexión histórica-contingente entre la teoría del derecho y la teoría de la democracia, sino también una conexión interna o conceptual»”. Esto es, mediante un nexo intelectual visible conformado entre la autolegislación popular y el *rule of law* como fuentes de legitimación del Estado democrático”. Por ende, “el derecho y la Constitución se interpretan desde la democracia, a partir de la democracia, pues ésta les precede y es el eje rector de la inteligencia constitucional”.

⁵¹⁷ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., p. 328.

⁵¹⁸ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., p. 329. En el mismo sentido, *cf.* LA TORRE, Massimo “Nueve críticas a la teoría de los derechos fundamentales de Alexy”, Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 84, quien refiere que si una concepción de los principios que impide su neta diferenciación de las políticas generará el riesgo de pérdida de su carácter deontológico. En este sentido, Alexy habrá de reconocer que cuando identifica a los principios con los “valores”, añade en la distinción entre principios y reglas, en cuanto mandatos *prima facie* y mandatos definitivos, respectivamente, se aplica también a los valores.

por tanto, cuando exista un “caso de colisión con otros preceptos jurídicos no es menester una decisión acerca de en qué grado han de cumplirse en cada caso valores que compiten entre sí”. Sino que más bien, se debe “hallar entre las normas aplicables *prima facie* aquella que acomoda mejor la situación de aplicación, descrita de la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes”⁵¹⁹.

Aunado a lo anterior, Habermas sostiene que tanto el Tribunal Constitucional como el legislador político, estén condicionados a las disposiciones procedimentales de la Constitución, no tiene porque significar una igualdad entre el poder judicial y legislativo, dice el autor “en términos de competitividad”, esto es “Al Tribunal Constitucional las razones legitimadoras que tiene que tomar de la Constitución le vienen dadas desde la perspectiva de la aplicación del derecho, y no desde la perspectiva de un legislador que ha de interpretar, *desarrollar* y dar forma al sistema de los derechos al perseguir sus propias políticas”⁵²⁰.

En este sentido, resulta orientadora la interpretación de Prieto Sanchís que hace sobre Habermas, al señalar que: “la coherencia sistemática que se predica de las normas constitucionales en el plano de la validez parece que puede prolongarse racionalmente en el plano de la aplicación, y por ello un principio no puede tener mayor o menor peso, sino que será adecuado o inadecuado para regular el caso concreto y siempre habrá uno más adecuado”; de esto llama la atención a Prieto Sanchís que no exista un protocolo o argumentación elaborada de manera alterna, para delinear el contenido de manera estricta de una norma para cada caso, con su respectiva y oportuna abstracción abstracta del registro total del admisible número de supuestos aplicables. De ahí, advierte “justamente lo que busca la ponderación es la norma más adecuada al caso, y no, como parece sugerir Habermas, la imposición más o menos arbitraria de un punto medio; no se trata de negociar entre valores de un modo particularista, sino de construir una regla susceptible de universalización para todos los casos que presenten análogas propiedades relevantes; se trata, en suma, de hacer explícitas del modo más razonable las excepciones implícitas a los distintos principios, de establecer las condiciones de aplicación de normas abiertas en el sentido ya indicado”. De ser correcta que esa edificación facilite el progreso

⁵¹⁹ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., p. 333.

⁵²⁰ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., p. 335.

de diversas argumentaciones; y en consecuencia, se logre siempre, dentro de algunos límites, soluciones distintas; aunque al parecer no sea aceptable esto para Habermas, debido a su posición compatible con la tesis de la unidad de solución correcta. Por tanto, “que la ponderación no permita alcanzar en todos los casos dicha solución no significa que no sea un procedimiento racional o que sea un procedimiento arbitrario”⁵²¹.

Hasta el momento se puede puntualizar, dos circunstancias que enmarcan el pensamiento de Habermas sobre la teoría de la justicia en el constitucionalismo. Primero, la negativa de dar a los derechos fundamentales un lugar desde una teoría principialista y; segundo, que un tribunal constitucional debe de estar legitimado por un Estado democrático de derecho, el cual represente el interés de la mayoría, a fin de garantizar el contenido esencial de los derechos fundamentales⁵²².

Con esto se ha mostrado la pugna existente entre la teoría de la justicia constitucional de Habermas y el principio de ponderación en el constitucionalismo de Alexy, que ha generado una confrontación en la praxis de los máximos tribunales estatales, para advertir cuál de los dos modelos es el más aconsejable y viable aplicar para la solución de una controversia existente en los delitos culturalmente motivados, acorde con los insumos que el debate entre el legislador y el juzgador elaboran para la protección de los derechos de las minorías.

Por supuesto que la confrontación no se limita a estas dos posiciones claramente inmersas en el devenir de la teoría de la justicia constitucional en abstracto, sino que responden a las demandas que van ganando los grupos minoritarios a lo largo del territorio europeo. Y que claramente tiene repercusiones importantes para los sistemas legales latinoamericanos, asiáticos o africano. Porque la relación entre el juzgador y legislador en la valoración y resolución de los

⁵²¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., pp. 209 y 210. Cabe señalar, que el propio autor considera comprensible para Habermas, p. 208, que “la consideración de los derechos fundamentales como bienes o valores que han de ser ponderados en el caso concreto convierte al Tribunal en un negociador de valores, en una «instancia autoritaria» que invade las competencias del legislador y que «aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos»”.

⁵²² HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, op. cit., pp. 313 y ss.; al respecto, véanse, HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 57; MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis y Tomás de Domingo, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, Comares, Granada, 2011.

conflictos culturales es crucial para el desarrollo de estos grupos. No obstante, el papel del Derecho Penal en esta relación de autoridades estatales no lo hará sencillo.

5.3. El legislador y el juez en el desarrollo de los derechos de minorías culturales.

Para entender la relación entre el legislador y el juez en el progreso de los derechos de las minorías, es necesario analizar previamente las condiciones en la que esta relación se genera, tal es el caso de las ideas políticas sobre la mejor manera de organizar una sociedad, mediante el control judicial de las leyes que dan sentido a un estado democrático de derecho. Esto implica, por un lado: i) establecer instituciones de manera horizontal responsables del control de la legalidad; ii) reforzar la independencia y eficiencia de la administración de justicia; iii) reconocer mayor participación a la ciudadanía y grupos sociales; y iv) consolidar el control judicial de las leyes. Por otro lado, esta última característica (control judicial de las leyes) identificado de manera inmersa en una Constitución de forma rígida, representa una ofensa a los valores que conforman la base de un gobierno democrático, así como a la igualdad, libertad y autonomía⁵²³.

Estos dos elementos constitutivos de la relación entre el poder legislativo y judicial para la preservación, aplicación y desarrollo de los derechos fundamentales de las minorías en un Estado de Derecho, se constriñe bajo el mecanismo de las acciones de inconstitucionalidad, a fin de dar legitimidad: i) diversos actores que pueden presentar argumentos en contra y en defensa de la norma impugnada; ii) de las facultades interpretativas del Poder Legislativo; iii) del derecho al veto; y iv) a la manera de acceder a la justicia constitucional donde se desarrolla el propio control de constitucionalidad.

Esta dependencia entre el legislador que emite normas protectoras y el juzgador que las evalúa acorde a los parámetros de constitucionalidad o convencionalidad son fundamentales para el progresivo ejercicio de los derechos de las minorías en las sociedades multiculturales. Aunque esta relación no ha sido pacífica, sobre todo al momento de justificar teórica de los

⁵²³ Sobre ello, RELAÑO PASTOR, Eugenia, *La protección internacional de las minorías religiosas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 86, considera que el “reconocimiento de los derechos de las minorías sería la consecuencia del reconocimiento del derecho a la autonomía y libertad personal a ser minoría. Esto es entendido como el derecho individual a la diferencia, que implica el derecho a ser tratado igual que la mayoría?”. Esta posición encuentra su justificación al examinar los textos internacionales referentes a los derechos de las minorías.

derechos colectivos. La polémica entre liberalismo y comunitarismo es una muestra de este devenir de los derechos de las minorías en los Estados. Sobre esto, Arp explica que el liberalismo ha permitido a cualquier persona pueda elegir un estilo de forma vida, y además dispone la más amplia posibilidad de reconsiderar esta concepción y adoptar otra forma que le resulte más esperanzadora. En cambio, los comunitaristas anteponen la voluntad del grupo o comunidad que la del individuo para diseñar su proyecto de vida, lo que dio pauta a la creación de la identidad. Con lo cual, si se calificara la dimensión colectiva del Derecho de minorías como una mera apariencia, reconociendo sólo al individuo como sujeto originario de los derechos, esto sería como considerar las piezas separadas después de cortar los lazos espirituales existentes entre ellos⁵²⁴.

Una vez aclarado el lugar que ocupan estos mecanismos de control constitucional frente a la emisión de leyes que contravienen, restringen o excluyen determinados derechos fundamentales de las minorías que la propia Constitución regula y protege, se analizará si, *per se*, las acciones de inconstitucionalidad o el acomodamiento razonable realmente son un mecanismo de desarrollo para los derechos fundamentales. O si, por el contrario, atentan contra las facultades del legislativo quien, democráticamente ha sido elegido para representar a los ciudadanos para emitir leyes en su beneficio, y aquellos (los jueces) sean los que tengan la última decisión sobre la vigencia, contenido y el propósito por la que fue promulgada determinada ley atente a un estado democrático de derecho propio de una sociedad pluricultural.

5.3.1. La lógica de la génesis de una Constitución democrática pluricultural.

El debate actual sobre la legitimación democrática del control constitucional de la ley⁵²⁵, es en el sentido de que los jueces tendrían que acotarse a las instrucciones establecidas por el legislador al momento de expresarlas de manera evidente y determinada. En cambio, existen otras posturas que defienden la idea de un proceso judicial es conformado para que los tribunales

⁵²⁴ ARP, Björn, *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 31.

⁵²⁵ TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro, *Minorías y multiculturalidad en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002; sobre una visión constitucional, DORADO PORRAS, Javier, *El debate sobre el control de Constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Dykinson, Madrid, 1997; el mismo, *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

adquieran un mejor lugar para elaborar un ejercicio interpretativo acorde con los principios abstractos de moralidad política adheridos al marco Constitucional y sean protegidos. Esto para dotarles de sentido a los derechos fundamentales reconocidos en un Estado de Derecho.

El problema se incrementa para determinar la legitimidad constitucional en una sociedad pluricultural donde el fenómeno de la migración juega un insumo crucial no solo para la vida nacional política, económica, educación, salud, convivencia social, ciudadanía, sino en particular, en sede judicial. La incorporación de los inmigrantes requiere de fórmulas más eficientes y justas para evitar su polarización y politización: proteger los derechos fundamentales y la dignidad humana de los inmigrantes y al mismo tiempo preservar los valores esenciales que ha constituido la sociedad receptora, como Francia⁵²⁶, Estados Unidos⁵²⁷, Italia⁵²⁸, Canadá⁵²⁹, España⁵³⁰ o India⁵³¹.

Los Tribunales Constitucionales suelen constituirse como el último garante en materia de legalidad de las leyes frente al cuidado de los derechos fundamentales. Para Lora delToro, tiene sentido, “porque los jueces han de explicar y justificar sus decisiones basadas en su entendimiento de la Constitución, las leyes y precedentes judiciales relevantes”. No así se encuentra justificada la actividad legislativa o del ejecutivo, porque el desempeño particular del órgano jurisdiccional le posiciona en el horizonte del “paradigma de la razón pública”⁵³².

⁵²⁶ Sobre el particular, TSHITSHI NDOUBA, Kayamba, *La paradoja francesa de la asimilación al multiculturalismo «a la francesa»*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

⁵²⁷ Entre otros, HEIMBURGER, Robert W., *God and the Illegal alien. United State immigration law and theology of politics*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2018.

⁵²⁸ PASCALE, Alessia Di, “Italy and unauthorized migration: between state sovereignty and human rights obligations”, Rubio-Marín, Ruth (ed.), *Human rights and immigration*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014.

⁵²⁹ TAYLOR, Charles, “La política del reconocimiento”, *El multiculturalismo y “política del reconocimiento”*, Fondo de Cultura Económica, México, 2009.

⁵³⁰ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Inmigración y ética de la alteridad”, en *Una discusión sobre inmigración y proyecto intercultural*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 115-128; MARCOS DEL CANO, Ana María, “El proceso de integración de la inmigración: luces y sombras”, *Inmigración, multiculturalismo y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia/UNED, 2009.

⁵³¹ SEN, Amartya, *India en construcción. Economía, sociedad y cultura*, Clave Intelectual, Madrid, 2018; el mismo, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, Katz, Buenos Aires, 2007.

⁵³² Así, LORA DELTORO, Pablo de, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 75; en el mismo sentido, NINO, Carlos S., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Cuadernos y debates, 29, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 131 y s.

Por ello, habrán de asumir la función de un órgano de vigilancia jurisdiccional hacia los otros dos poderes del Estado para que éstos actúen conforme a lo previsto en la propia Constitución⁵³³, pero también es susceptible de generar frustración alguna a las metas políticas que los distintos poderes persiguen. De ahí, que el argumento esencial en oposición al órgano judicial, sea aquel que, por no ser sujetos de rendición de cuentas para la ciudadanía, carece de posibilidad alguna para restringir los deseos de la ciudadanía.

Barak sostiene que “en caso de que el tribunal tome tal determinación, la composición o jurisdicción de él puede conservarse sólo con la ayuda de fuerzas sociales que busquen proteger la democracia y el tribunal”⁵³⁴, lo cual entiendo como una búsqueda en el favorecimiento del diálogo institucional, para incrementar la calidad deliberativa de los procesos de decisión mediante el razonamiento de la mayoría o contradicciones, así como los “puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones”, al ser la esencia de la democracia.

Sin embargo, los conceptos de consolidación democrática y legitimidad al ser multidimensional y controversiales, dificultan establecer “correlaciones directas y medibles entre jurisdicción constitucional y valoración o, consolidación de la democracia”⁵³⁵, ya que desde la incursión del control de constitucionalidad implica que los ciudadanos dispongan de mecanismos procesales ante los que puede “acudir en defensa de sus derechos e intereses” legítimos garantizados por la carta magna. Pero necesariamente, esta intromisión jurisdiccional implica una sumisión del legislador democrático a la Constitución⁵³⁶, por consiguiente, es

⁵³³ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 2011, p. 118, explica que este modelo de ordenar los trabajos de la Suprema Corte responde a la idea que engloba la expresión “justicia constitucional”, es traducida como “una idea-guía de la ingeniería de la justicia constitucional y, adicionalmente, de la manera de ir articulando la jurisdicción constitucional por quienes la ejercen”.

⁵³⁴ BARAK, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, 134.

⁵³⁵ CARPIZO, Jorge y FIX-ZAMUDIO, Héctor “Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”, *Interpretación constitucional*, 2 tomos, México, Porrúa, 2005, p. 424, “a través del derecho constitucional el derecho penetra y se introduce en la vida de la comunidad y a su vez los factores políticos, sociales y económicos determinan en buena parte el derecho constitucional”. Desde una perspectiva filosófica véase NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derechos constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 3ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2005; y desde la sociología FIX-FIERRO, Héctor, “Los tribunales constitucionales en la consolidación democrática. La perspectiva de la sociología del derecho”, en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia*, México, 2007, pp. 69-88.

⁵³⁶ En este caso, BAYÓN, JUAN Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, (Ed.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 2010, p. 288, refiere que el emplazamiento en una

menester cuestionar por la legitimidad del tribunal constitucional para anular leyes elaboradas democráticamente, pero sin llegar al extremo de asimilar la democracia al simple mayoritarismo⁵³⁷.

Es aquí, donde los problemas se centran en la diferenciación del constitucionalismo legal y político, donde el primero logra el consenso racionalmente ante los resultados logrados por una sociedad responsable con sus ideales democráticos para aspirar a un nivel de igualdad para todos, reflejándose estos resultados en el mejor de los términos de derechos humanos y que, en esencia, le dan forma a la Constitución de una sociedad democrática⁵³⁸. Por ende, el proceso judicial resulta ser el más confiable y oportuno al momento de conocer esos resultados. En particular, ante casos difíciles como los conflictos generados por la diversidad cultural y conlleve la imposición de una pena.

En cambio, el constitucionalismo político mantiene desacuerdos frente a los resultados generados por el constitucionalismo legal y, por supuesto, el proceso democrático tiene mayor legitimidad⁵³⁹. En el centro de este debate, existen autores como Habermas⁵⁴⁰, Rawls⁵⁴¹,

Constitución rígida los hace indispensable “para el legislador, ya que la rigidez no es sino la previsión de un procedimiento” legislativo ordinario. Y “el control judicial de constitucionalidad de la ley” sería “la garantía necesaria de la primacía constitucional”. En otras palabras, de la auténtica superioridad jurídica de la Constitución sobre la ley vigente.

⁵³⁷ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Ediciones Guadarrama, Madrid, 1977, p. 85; el mismo, *Teoría general del derecho y del estado*, México, UNAM, 1979, p. 341.

⁵³⁸ Para mayor detenimiento, ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Los límites fundamentales en Principia Iuris: (o los límites de la teoría del derecho)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 29, 2013, p. 38; el mismo, “La dimensión expansiva del constitucionalismo. Retos y exigencias”, *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Volumen 2, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 78-88; el mismo, *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, en particular, capítulo quinto.

⁵³⁹ Al respecto, ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Institucionalización de la razón y representación argumentativa: la crítica del constitucionalismo garantista”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 34, 2018, pp. 231 y ss.

⁵⁴⁰ *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., pp. 379 y ss.

⁵⁴¹ *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, pp. 187, 189, 210, 229 y 350.

Gargarella⁵⁴², Vírjala Foruria⁵⁴³, Bayón⁵⁴⁴, Dworkin⁵⁴⁵, Elster⁵⁴⁶, Linares⁵⁴⁷, Ferreres Comella⁵⁴⁸, Bellamy⁵⁴⁹, Gama⁵⁵⁰, Waldron⁵⁵¹, Ely⁵⁵², que han elaborado todo un arsenal argumentativo desde la filosofía, derecho y política en el terreno de la teoría constitucional, el resultado de esta combinación es el de una democracia constitucional.

En particular, Habermas sostiene presupuestos de una democracia deliberativa con las exigencias del constitucionalismo, en aras de preservar los ideales modernos de “autogobierno y derechos personales de autonomía colectiva e individual”⁵⁵³. En consecuencia, el análisis de Habermas sobre el concepto jurídico de “autolegislación” es en el sentido de que “debe adquirir una dimensión política hasta transformarse en el concepto de una sociedad democrática que actúa por sí misma”. Y para esto, sostiene el autor que “sólo entonces se podrá lograr, a partir de las actuales constituciones, el proyecto reformista de *realización* de una sociedad justa o bien ordenada”⁵⁵⁴.

Por su parte, Alexy sostiene que el “discurso iusfundamental no está sujeto a las decisiones tomadas en el procedimiento legislativo, sino que tiene prioridad sobre éste”. Para Alexy, esto representa que desaparezca el elemento retenedor más relevante para la propia “argumentación jurídica general, es decir, la ley ordinaria que, la mayoría de las veces, es

⁵⁴² *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 35 y ss.

⁵⁴³ *La Constitución británica en el siglo XXI. Soberanía parlamentaria, constitucionalismo common law y leyes constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 65-85.

⁵⁴⁴ “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Jerónimo Betegón, et. al., (Coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004; pp. 67-138; el mismo, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, (Ed.), *El canon neoconstitucional*, Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2010, pp. 285-355; el mismo, “Derechos, democracia y Constitución”, en Miguel Carbonell, (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Trotta, Madrid, 2006, pp. 211-238.

⁵⁴⁵ “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, Hougju S., y Koh, h. (Comp.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 101-140; el mismo, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, pp. 209-233.

⁵⁴⁶ *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pp. 31-48.

⁵⁴⁷ *La (i)legalidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008, en especial capítulos II y III.

⁵⁴⁸ *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, particularmente, Capítulos Segundo y Quinto.

⁵⁴⁹ *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2010, especialmente, Capítulo III.

⁵⁵⁰ *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 157-171.

⁵⁵¹ *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, en particular, Capítulo XIII.

⁵⁵² *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, en particular, apartado IV.

⁵⁵³ *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., pp. 147 y ss.

⁵⁵⁴ *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 83.

relativamente concreta. En su lugar aparecen las disposiciones iusfundamentales, muy abstractas, abiertas e ideologizadas. La cuestión es saber qué significa esto para la controlabilidad racional de la decisión iusfundamental⁵⁵⁵.

En cambio, Nino sostiene que “el control judicial de constitucionalidad materializa así el equilibrio entre la voluntad y el interés colectivo del pueblo y las decisiones e intereses básicos de un individuo que se encuentran atrincheradas por un derecho fundamental⁵⁵⁶, siempre y cuando esta idea de una democracia liberal es, la de una democracia limitada por ciertos derechos que no pueden ser traspasados ni aún por decisiones mayoritarias⁵⁵⁷ y es precisamente, la intervención de los jueces por no estar designados por la mayoría, ni son parte de ese proceso (epistémico) democrático, habrá de limitarse a las esferas de afectación de las partes en conflicto y no así, a todos lo que pueden ser afectados por el principio con el que se dirime tal conflicto, al ser ellos ajenos, lo cual se ve como una ventaja en términos, dice Nino, de imparcialidad⁵⁵⁸.

De estas posiciones referidas, considero que la propuesta de Nino, es la más adecuada para buscar un equilibrio entre los fines del poder judicial y las obligaciones del poder legislativo en aras de promover los derechos fundamentales en una sociedad con diversidad cultural. Porque si la Constitución es aceptada como una convención social, el convencionalismo ético toma a las prácticas sociales como un hecho moral “duro” que puede funcionar como una premisa mayor en el desarrollo del razonamiento práctico justificatorio⁵⁵⁹. Y para ello, se requiere, siguiendo a

⁵⁵⁵ *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 532.

⁵⁵⁶ “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, op. cit., p. 97. En la misma línea argumentativa, GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder*, op. cit., pp. 262-265; COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Influencias de la Suprema Corte en la consolidación de la democracia en México”, op. cit., p. 91.

⁵⁵⁷ NINO, Carlos S., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, op. cit., p. 122, advierte que “los derechos individuales se caracterizan por servir de límite a la consideración agregativa de los intereses colectivos, no necesariamente constituyen límites a las decisiones colectivas mayoritarias. Aún cuando los intereses que los derechos protegen sean de individuos aislados o de minorías, no hay contradicción en suponer que esos derechos están mejor defendidos por las decisiones de la mayoría”.

⁵⁵⁸ NINO, Carlos S., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, op. cit., p. 123. Para Nino “esta dificultad no puede superarse acudiendo al origen democrático de la propia Constitución cuyos principios se aplican para ejercer el control judicial de constitucionalidad”. En esta misma línea argumentativa de sostener una imparcialidad, véase, DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., en particular, Capítulo 4.

⁵⁵⁹ NINO, Carlos S., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, op. cit., p. 132.

Nino, de principios morales universalizables aceptados autónomamente, como el principio de tolerancia⁵⁶⁰.

Pero lograr la implementación del principio de tolerancia en el derecho constitucional de un Estado pluricultural, se requiere robustecer el control judicial mediante un razonamiento justificatorio susceptible de solventar controversias presentadas de manera incluyente ante los conflictos culturales de una sociedad, como es el caso de las acciones de inconstitucionalidad. En esto consiste el siguiente apartado.

5.3.2. Control judicial constitucional y razonamiento justificatorio.

La base del estudio del control judicial constitucional será tomada a partir de los trabajos de Nino, Gargarella y Ferreres Comella, por considerarse los iniciadores del debate sobre “la dificultad ‘contra-mayoritaria’ y el control judicial de constitucionalidad”, consistente en: i) una legitimidad democrática mínima motivada por un juez constitucional, ii) una posición rígida de la Constitución y iii) el debate interpretativo constitucional. En caso de aceptar esta dificultad contra-mayoritaria, la cuestión a responder es la siguiente: ¿qué razones deberán justificar el activismo judicial en el marco de un Estado Democrático? y ¿qué pasa con el legislador al ser sancionadas sus leyes promulgadas democráticamente?

Para esto, Garzón Valdés advierte que el juez “cultive una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema y, por otra, que mantenga una manifiesta imparcialidad con respecto a los conflictos de intereses que tiene que resolver”⁵⁶¹. Esto solo será factible, siguiendo a Gargarella mediante un esquema de democracia deliberativa o participativa, al ser ésta un “sucedáneo imperfecto de un discurso moral ideal en el cual –sin límites de tiempo, con plena información, y con la decisión de perfeccionarse en la discusión hasta alcanzar un acuerdo unánime (o mayoritario)- los miembros de la sociedad fijan las bases a partir de las cuales organizar su vida en común”⁵⁶².

⁵⁶⁰ Esta posición de Nino será desarrollada en concordancia con la justicia constitucional para los delitos culturalmente motivados en el Capítulo Sexto.

⁵⁶¹ “El papel del Poder Judicial en la transición democrática”, *La función judicial. Ética y democracia*, Malem, Jorge, Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo, (Eds.), Gedisa, Barcelona, 2003, p. 129.

⁵⁶² En este sentido, GARGARELLA, Roberto, “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El “Constitucionalismo popular” frente a la teoría de Carlos Nino”, *Homenaje a Carlos S. Nino*, Marcelo Alegre, Roberto

En este sentido, el mejor mecanismo con el que cuenta un estado democrático para controversial cualquier afectación a un derecho fundamental, es mediante la vía de una acción de inconstitucionalidad. La cual no se contrapone fundamentalmente a la democracia, en el entendido de un régimen de deliberación pública, un régimen de autonomía o un sistema de igualdad política. Este mecanismo constitucional fue justificada durante el proceso legislativo. Por ejemplo, en México acorde con la exposición de motivos de la reforma de 5 de diciembre de 1994, modificó el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en ella se advierte una clara tendencia hacia una pluralidad se concedió a los partidos políticos la legitimidad para interponer recursos ante el máximo tribunal constitucional, a fin de que se resuelva “la constitucionalidad de una norma aprobada por la mayoría de los congresos, significa, en esencia, hacer de la Constitución el único punto de referencia para la convivencia de todos los grupos o actores políticos”⁵⁶³.

Las acciones de inconstitucionalidad fueron incorporadas en México a la Carta Magna⁵⁶⁴, como una herramienta de “control abstracto de constitucionalidad”, asumiendo no solo por parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁵⁶⁵ el papel de árbitro entre órganos políticos. Asimismo, cobra relevancia, por un lado, su rol para delimitar los trabajos del Poder Legislativo acorde al marco constitucional⁵⁶⁶. Por otro lado, se desempeña como vehículo rector en el trabajo

Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz, (Coords.), Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 203.

⁵⁶³ Esta explicación justificadora del papel mediador de la Constitución de las mayorías frente a los grupos minoritarios, no es nuevo, cabe destacar el antecedente clave para su comprensión en Kelsen quien desarrolló toda una serie de reflexiones en el que un tribunal debía cumplir una función protectora de la Constitución, particularmente, véase, KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, pp. 87-94.

⁵⁶⁴ Por su parte, OROZCO GÓMEZ, Miguel, *Procedimientos constitucionales: controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad*, Porrúa, México, 2004, p. 28. Sobre la legitimación para interponer los recursos de acción de inconstitucionalidad corresponde: i) “a las instancias legislativas, puesto que sólo procede contra una norma en sentido formal y material”, y ii) “no procede contra otra disposición general como pudiera ser el caso de un reglamento que no tiene el carácter formal y material de ley”.

⁵⁶⁵ La reforma constitucional al artículo 1º del 2011, en materia de derechos humanos, dio un nuevo auge a este papel de árbitro a la SCJN, derivado del caso de Rosendo Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha emitido diversas tesis, entre las que destaca la Tesis LXX/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Diciembre de 2011*, página 557.

⁵⁶⁶ Jurisprudencia P./J. 27/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIX, mayo de 2004*, página 1155.

interpretativo de los jueces para cumplir con su vinculación a la Constitución y a la Ley⁵⁶⁷. Esto acorde ha lo señalado por el Pleno de la Suprema Corte al emitir la Tesis P. LXIX/2011(9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Diciembre de 2011, página 552, en la que esencialmente refiere los pasos en los que deberá seguir los tres niveles de autoridad judicial (federal, estatal y administrativa), esto sin generar afectación o separación alguna con “la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte”. Por ejemplo, i) el “derecho a la consulta previa”, y ii) libre e informada a los pueblos o comunidades indígena cuando las acciones de las autoridades estatales sean contrarias a lo dispuesto por los artículos 1º y 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y artículos 4, 5, 6, 7 y 8 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

A diferencia de lo sucedido en la historia del derecho constitucional norteamericano, donde la ley no ha desempeñado un lugar importante que sí ha cumplido en el derecho positivo mexicano, por lo que el conflicto entre la Constitución y la ley en el contexto de una contradicción normativa (un tipo de colisión), con una clara diferenciación de rango⁵⁶⁸.

Por tanto, asumiendo que las acciones de inconstitucionalidad cumplen un papel justificatorio durante el control judicial de los derechos fundamentales, a fin de preservar el

⁵⁶⁷ Aun y tratándose de derechos humanos consagrados en tratados internacionales, tal y como lo ha sostenido el Pleno de la SCJN, al emitir la Tesis Jurisprudencial P./J. 31/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, Agosto de 2011, página 870.

⁵⁶⁸ *Cfr.* Sobre el particular, véanse BELTRÁN GAOS, Mónica, “Semblanza de la acción de inconstitucionalidad y su relación con el derecho procesal constitucional en México y España”, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Procesos constitucionales orgánicos*, UNAM/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional/Marcial Pons, t. VIII, México, 2008, pp. 35-63; BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, pp. 89-128, en el que fundamentalmente refiere que la Suprema Corte no ha llegado a ser un verdadero tribunal constitucional, sostiene que desde la perspectiva del principio de progresividad, llegará a serlo; ARAGÓN, Manuel, “Prólogo”, al libro de Corzo Sosa, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 22. Los jueces, en los Estados Unidos de América ocupan una posición intermedia entre la sociedad y el Estado, por lo que “concretan”, “adaptan”, “dan vida” a las normas constitucionales. En cambio, en el modelo europeo de Estado constitucional, la función de “concretización” y de la Constitución lo que le compete es la “realización” de la Constitución, es decir, la aplicación no “creadora”. Por ende, sólo al intérprete político, al legislador, le cumple, en razón de su legitimación democrática y pro obra del pluralismo político, optar en cada momento por uno de entre los varios sentidos posibles de la norma constitucional.

orden constitucional cuando haya sido contravenido por una norma contraria al espíritu de la Constitución. En especial, en aquellos casos donde los actos de autoridad afecten de manera irreparable algún derecho humano de los grupos indígenas.

6. Comentarios finales.

A lo largo de este capítulo he intentado mostrar lo complejo que denota el concepto de cultura para el Derecho, sobre todo al analizar el concepto desde una perspectiva liberal y multicultural, con las cuales se advierte las diversas vertientes político culturales para la conformación de una norma jurídica que pretende reconocer el valor de un bien a ser protegido desde el campo de la Constitución de un Estado.

La salvaguarda de los derechos fundamentales de los grupos minoritarios centrada en el orden constitucional permite dar un paso en la comprensión del vínculo existente entre las normas jurídicas y normas culturales, que encuentran su principal problemática de estudio en las normas jurídico-penales. Por eso, he optado por explorar este sinuoso terreno mediante los estudios de la valoración de la norma de cultura en la antijuridicidad, lo que representa un referente para identificar la base del conflicto normativo ante la diversidad cultural.

Aunque la norma de cultura no queda exenta de dificultades para resolver el mandato de la norma secundaria dirigida a los migrantes para incluirlos en el mensaje comunicativo disuasorio de realizar algún comportamiento criminal. No obstante, el distanciamiento cognitivo de la norma por parte de migrantes o indígenas producto del desconocimiento o incomprensión de su mensaje normativo y consecuencias legales que implican ante su incumplimiento. En particular, por la imposibilidad de asumirla como parte de su identidad cultural por encontrarse en otra sociedad distinta a la suya.

Lugar distinto ocurre con el caso de Basile de quien seguiré sus líneas de análisis sobre los delitos realizados por los inmigrantes por razones culturales, con respecto a cuya realización juega, pues, un papel fundamental la diversidad entre la cultura de su lugar de origen y la cultura del propio Estado de acogida que tendrán grandes implicaciones para el Derecho Penal; en cambio, la obra Molina Fernández requiere de mayores precisiones al momento que analice el

desempeño de los jueces en la valoración del hecho delictivo motivado el individuo por factores culturales, en particular, el contenido de la antijuridicidad sobre comportamiento culturalmente motivado.

Este rubro de la intersección entre la norma de cultura y norma penal correspondía atender el rubro de la polémica entre valorativismo e imperativismo de las normas penales deviene al presupuesto establecido de un supuesto de hecho y la pena. Por eso, estas dos posiciones sobre las normas penales son preservar la paz en sociedad, por lo que el quebrantamiento de la norma representa un desprecio ante la sociedad que la ha establecido. Esto cobra sentido para la sociedad que impone esta finalidad de salvaguarda, o para el grupo minoritario, piénsese en el caso de una etnia que igualmente dicta sus normas culturales prohibiendo determinados comportamientos como una agresión sexual donde la sociedad occidental o el grupo étnico reprochan dicha conducta. El problema deviene para aquellos casos donde el individuo es motivado por un factor cultural aprobado por su grupo originario, pero prohibido y sancionado en la sociedad donde ha decidido radicar.

A partir de este análisis exploratorio de las normas penales y culturales, se comprende mejor el rol de un constitucionalismo en materia penal que este acorde con los estándares garantistas para preservar los derechos de las minorías culturales, en particular de los grupos indígenas. Y para ello, el debate del control judicial constitucional mediante un razonamiento justificatorio con las acciones de inconstitucionalidad, contribuye a la preservación de la diversidad cultural.

A partir de estos planteamientos normativos y culturales se podrá discernir sobre el fenómeno de la diversidad cultural en el Derecho Penal, en particular, sobre el objetivo central de esta tesis, me refiero a los delitos culturalmente motivados que serán desarrollados en su máximo detenimiento para mejor comprensión al complejo escenario cultural afrontará el juzgador para dirimir el castigo que deba imponerse en cada caso concreto. Esta es la tarea que sigue a continuación emprender.

CAPÍTULO TERCERO

LOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS

1. El elemento cultural en el discurso del Derecho Penal.

En el capítulo anterior se analizaron diversos problemas que ha suscitado la relación entre el concepto de cultura en el Derecho Penal. En este devenir de conflictos culturales marcado por el ejercicio de sus costumbres que contravienen los valores de la sociedad mayoritaria, ha incentivado un debate amplio para los jueces que tienen la obligación de interpretar la norma jurídico penal y las normas culturales en un mismo acontecimiento criminal motivado por factores culturales.

Ahora se estudiará de manera interna en el Derecho Penal el elemento cultural. Para ello, se procederá en tres niveles: el primero es de naturaleza metaético⁵⁶⁹ para contextualizar el lugar de la cultura en el discurso de la igualdad y la diferencia para el Derecho Penal. En segundo lugar, será mediante la dogmática jurídico penal⁵⁷⁰ para plantear el terreno en el que se identifican las conductas motivadas por factores culturales. Finalmente, político criminal⁵⁷¹ para desarrollar las tipologías identificadas de los delitos culturalmente motivados.

⁵⁶⁹ Por todos, NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos del Derecho Penal*, Gedisa, Barcelona, 2008; el mismo, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 2006; el mismo, *Ética y derechos humanos*, Un ensayo de fundamentación, Astrea, Buenos Aires, 2017.

⁵⁷⁰ Sobre este aspecto, véase, *infra*, los apartados 2 y 3.

⁵⁷¹ *Cfr.* al respecto, GÓNZALEZ RUIZ, Isaac, *Garantismo penal y multiculturalidad. Propuesta de análisis crítico de la Dogmática penal mexicana y su realidad en la diversidad cultural de México*, op. cit., pp. 310 y 311. El autor refiere que una política criminal instaurada en un Estado “pluricultural” como México, resulta una variable de dominación e

La intención de ampliar el contenido de este estudio desde estos tres ámbitos atañe a la necesidad de sentar las bases de sus características para que en el siguiente capítulo se esté en condiciones de identificar entre todo el extenso ámbito de las teorías de la pena sea la que más se ajuste a estos crímenes culturales⁵⁷² en contra de bienes jurídicos relevantes⁵⁷³. Para ello, se mostrará como la metaética en el discurso jurídico penal contribuirá al análisis de la justificación o no para criminalizar conductas motivadas por factores culturales realizadas por migrantes o personas pertenecientes a pueblos originarias.

Luego, en un escenario dogmático jurídico penal se planteará las características más representativas de los delitos culturales en sede de culpabilidad que la doctrina y jurisprudencia aplican mediante el error de prohibición. Esta elaboración doctrinal ha permitido excluir o atenuar la imposición de una pena. Por eso, será desarrollado frente a otras categorías dogmáticas que han sido implementadas como parte del debate.

Una vez aclarado las implicaciones del elemento cultural en el discurso del Derecho Penal, se analizarán las tipologías que conforman el marco de los delitos culturalmente motivados. Para ello, se propone una división de cuatro categorías. La primera corresponde a delitos culturales con perspectiva de género (honor, libre desarrollo sexual, o maltrato físico), y en esta se determinará si el uso del burkini debe o no constituirse como un delito cultural. La segunda categoría atañe a los delitos culturales sin perspectiva de género (transfusión de sangre, omisión de auxilio en suicidios, circuncisión a niños y tocamientos genitales a niños). La tercera categoría son los delitos culturalmente motivados sin víctimas (consumo de drogas, contra el medio ambiente y especies protegidas y en seguridad vial). Y la última versa sobre los casos límite entre criminalidad cultural y criminalidad común.

inconsútil, debido a que no se encuentra imbricada, ni deriva, observa, ni analiza las condiciones reales de su ejercicio en diversidad cultural. Por otro lado, no suele atenderse las características de los colectivos diferenciados culturalmente por el silogismo prohibitivo, a fin de tratar a los indígenas con medidas autotéticas encaminadas a la confirmación del poder central en su conciencia. Esto comporta la prevención delictiva como un asiento del pronóstico al hecho negativo, la cual se finca en una amenaza de pena. Y en su caso posteriormente, a la realización de aquel evento, a la materialización de la pena, sustentada en la introyección de la norma.

⁵⁷² Para más detenimiento sobre el ámbito de las razones para la acción, véase *supra*, Capítulo Primero, apartado 7.

⁵⁷³ Al respecto, véase, *supra*, Capítulo Segundo, apartado 5.

1.1. Diversidad cultural frente al discurso de la igualdad penal.

El mayor logro obtenido en el Derecho Constitucional luego de la Segunda Guerra Mundial fue haber incorporado los Derechos Humanos como instrumentos de protección de cualquier persona ante cualquier intento de maltrato, abuso u opresión. Además, este mismo proyecto de universalidad de los Derechos Humanos ha impregnado en su discurso el elemento de la igualdad entre las personas, solo por el hecho de que todos somos “seres humanos”.

No obstante, esta universalización de los derechos humanos ha generado cierta problemática interpretativa por no reconocer las particularidades de la diversidad cultural. Para Kymlicka, la idea de “desarrollar un único conjunto de derechos humanos universales es intrínsecamente etnocéntrica, implica imponer el punto de vista que tiene una determinada cultura sobre la personalidad y la identidad humana” ante el resto de las demás culturas, debido a los principios de imparcialidad y neutralidad que utiliza el discurso universalista de los derechos humanos⁵⁷⁴. Para Kymlicka los derechos humanos no logran solventar las necesidades de una justicia etnocultural y en determinado momento atraer injusticias. Pero al mismo tiempo se cuestiona si los derechos humanos si fueran complementados con los derechos de las minorías, se lograría un mayor acuerdo respecto a los “principios” de los Derechos Humanos frente a la diversidad cultural⁵⁷⁵.

Menke y Pollman advierten que el peligro de la transformación de los derechos humanos al universalismo trae consigo barbarie, colonialismo e imperialismo por actuar en nombre de la humanidad. Y la alternativa a que los derechos humanos sean particulares, esto es, sean sólo válidos entre nosotros y para nosotros no es lo deseado⁵⁷⁶. Esto se debe, a que ha sido entendido el proyecto de la universalidad como un “significado moral de igual respeto”. A partir de esta base conceptual, se una réplica en la visión multiculturalista en el sentido que el respeto moral en condiciones de igualdad no tiene que equipararse a igualdad formal y neutralidad estatal. Sobre

⁵⁷⁴ KYMLICKA, Will, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, op. cit, p.100. Para una visión general, véase, PRIETO DE PEDRO, Jesús, “Diversidad y derechos culturales”, Pérez de la Fuente, Oscar (ed.), *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 13-22.

⁵⁷⁵ KYMLICKA, Will, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, op. cit., p. 101.

⁵⁷⁶ MENKE, Christoph, POLLMANN, Arnd, *Filosofía de los derechos humanos*, Herder, Barcelona, 2010, p. 87.

todo porque ello conllevaría a una posible incitación al odio, discriminación y opresión de los grupos minoritarios⁵⁷⁷.

Esta confrontación no siempre termina contrapuesta, porque según Pérez de la Fuente, el binomio universal/particular situado en el plano metaético, preserva un acuerdo ante el pluralismo porque acepta la coexistencia de valores de carácter universal y al mismo tiempo “una pluralidad de formas de vida”. Aunque no acepta el “todo vale” relativista, por el núcleo inquebrantable de moralidad común a todos los seres humanos⁵⁷⁸. Por ello, el pluralismo incluye la diferencia, o bien, la diversidad de formas de vida⁵⁷⁹.

Pero cuando un Estado legisla, aplica o interpreta sus normas jurídicas en “materia de derechos humanos” en relación con las identidades culturales, nacionales o religiosas que se afirman dogmáticas, es cuando se advierte el mayor problema para atender creencias excluyentes que deben insertarse en el ordenamiento jurídico de la democracia, del “estado de derecho y de los derechos fundamentales” para todos⁵⁸⁰. En concreto, aquellos derechos que se vean afectados por comportamientos delictivos.

Para ello, se requiere que el Derecho Penal material con una pretensión de universalidad reflejado en el contexto de conductas prohibidas que coexisten en la mayoría de las culturas,

⁵⁷⁷ Sobre los distintos conceptos de universalismo, véase PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación iusfilosófica*, op. cit., pp. 122-136. De todas las acepciones usadas por la doctrina sobre el universalismo, el autor destaca las posiciones que lo entienden como: i) naturaleza humana confeccionado en el periodo de la Ilustración; ii) “una estrategia justificatoria que considera que existe una razón imparcial, objetiva y neutral”; iii) procedimentalismo abstracto “afirma verdades formales universales, mientras el particularismo sostiene verdades sustantivas de validez limitada”.

⁵⁷⁸ Esto será analizado en el siguiente apartado, *infra*, 1.2. Relativismo cultural y Derecho Penal a la diferencia.

⁵⁷⁹ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación iusfilosófica*, op. cit., p. 145.

⁵⁸⁰ Para REAL ALCALÁ, J. Alberto del, “Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural”, en F. J. Ansuátegui Roig, J.A. López García, A. del Real Alcalá, R. Ruíz Ruíz (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 191, este modo de gestionar la identidad colectiva se pretendió: 1) integrar a la idea religiosa (o asimismo la idea étnico-cultural o nacional) en el ámbito de lo público; 2) incorporar, en forma de valores, principios o derechos sus contenidos a los contenidos de las normas del derecho; 3) declarar a la idea religiosa (o cultural o nacional) fundamento más importante de la comunidad, y así con ello: a) protegerla normativamente con todos los instrumentos del derecho y del estado, sin excluir la coacción del derecho y b) como valor de lo público y bien (público) jurídicamente protegido, difundir la idea religiosa (o cultural o nacional) entre la población como una creencia a modo de dogma, y como enseñanza oficial a través del sistema educativo público.

como el homicidio, violación o agresiones sexuales, lesiones, contra el patrimonio, entre otros⁵⁸¹, sean acorde con respeto de los derechos fundamentales y su infiltración en todas las culturas y civilizaciones. Esto genera una nueva comprensión de esos derechos mediante una interpretación no exclusiva de su visión original, “sino que ha de ser contemplada bajo la óptica de un consenso sobre sus principales bases desde una perspectiva intercultural”⁵⁸². Así como, la aplicación de los principios básicos del Derecho Penal, sean de carácter universal⁵⁸³ relacionados esencialmente con la libertad humana, con las garantías fundamentales y las libertades públicas. En otras palabras, los derechos humanos sean también reconocibles para las minorías culturales en consonancia con sus costumbres⁵⁸⁴.

Esto requiere que el *ius puniendi* en un Estado secular esté plenamente justificado en tanto desempeñe un especial rol en esa sociedad. El castigo debe estar legitimado moralmente⁵⁸⁵ y no superar el límite de la culpabilidad prevista en cada norma reguladas en los códigos penales. Además, otra premisa moral es para Hart que el castigo sea distribuido de manera equitativa⁵⁸⁶,

⁵⁸¹ En este sentido, HÖFFE, Otfried, *Derecho penal intercultural*, Gedisa, Barcelona, p. 149 y ss.; igualmente, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Acera de lo universal y particular del Derecho Penal*, op. cit., pp. 90 y ss.; ASHWORTH, Andrew, *Positive obligations in criminal law*, Hart Publishing, United Kingdom, 2015, pp. 196-209.

⁵⁸² BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Acera de lo universal y particular del Derecho Penal*, op. cit., p. 98.

⁵⁸³ Un claro ejemplo de esta expansión mundial son las causas de justificación y de exculpación.

⁵⁸⁴ Desde una visión crítica, GARDNER, John, *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, op. cit, p. 235, identifica determinadas consideraciones sobre la diuasión, las cuales no apoyan la criminalización de actividades que no pueden ser efectivamente disuadidas por la amenaza de un castigo; o bien, consideraciones de rehabilitación no apoyan la condena penal de personas que no pueden efectivamente ser rehabilitadas. Igualmente, las funciones del Derecho Penal de desplazar las represalias de o en beneficio de las víctimas no contribuyen a la criminalización de delitos sin víctimas, o de delitos cuyas víctimas no ofrecen o inspiran represalias. Estas reflexiones de Gardner serán consideradas para la justificación o no del castigo de los delitos culturalmente motivados a lo largo del Capítulo Cuarto.

⁵⁸⁵ Al respecto, véase, TADROS, Víctor, “Criminalization and regulation”, R.A. Duff, Lindsay Farmer, S.E. Marshall, Massimo Renzo, y Victor Tadros, (eds.) *The boundaries of the criminal law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2010, pp. 163-190.

⁵⁸⁶ HART, H.L.A., *Punishment and responsibility*, Oxford University Press, 1995, p. 11. Distinto para los moralistas como MOORE, Michael, *Placing blame*, Oxford University Press, 1997, en particular, la parte III, quien se considera partidario de castigar a todos los malhechores, aunque estas razones pueden ser derrotadas por diversas consideraciones epistémicas, pragmáticas y morales. Por su parte, HÖRNLE, Tatjana, “Rights of others in criminalisation theory”, AP Simester, Antje Du Bois-Pedain and Ulfrid Neumann (eds.), *Liberal criminal theory. Essays of Andreas von Hirsch*, Hart Publishing, United Kingdom, 2014, pp. 176 y 177, considera que, desde la perspectiva alemana, el diagnóstico de que el moralismo jurídico se ha convertido en la nueva ortodoxia en la teoría del derecho penal del lenguaje inglés es bastante sorprendente. Desde la perspectiva de la teoría jurídica, el problema principal es una combinación de moralidad y conceptos jurídicos. Combinar moralidad y legalidad significa no prestar la debida atención a las tareas de la ley. Por su parte, MACCORMICK, Neil, *H.L.A. Hart*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 248 y 249, aclara que la pieza fundamental del concepto hartiano de moralidad era su criterio de la relativa importancia de sus reglas y demás normas. Además, en comunidades pequeñas y de convivencia estrecha entre sus miembros, estas reacciones individuales pueden ser suficientes para asegurar las condiciones de un orden razonable. No así, en las comunidades más grandes y no tan fuertemente cohesionadas dejen en evidencia aquellos sujetos que no se someten voluntariamente a las normas una clara ventaja injusta de su conformidad.

a fin de no vulnerar el principio de igualdad. Para Nino cada forma de Estado se corresponde con cierto ideal del castigo, por lo que, si se acepta una teoría retributiva de la pena, ésta debe estar adecuada a una retribución justa equitativa entre el crimen y castigo por la moralidad y no por el derecho⁵⁸⁷.

Milton Peralta considera que el principio de igualdad es una garantía que sólo puede juzgar a favor del individuo y nunca en su contra. Por eso, si se quiere castigar un hecho con cierta pena, se deberán castigar todos los hechos que reúnan las mismas propiedades, en lo que a injusto y culpabilidad se refiere, con la misma pena⁵⁸⁸. Ello será así, cuando se conozca la motivación del autor que le llevo a cometer un delito, porque el motivo es relevante cuando haya sido la razón del sujeto para realizar el comportamiento prohibido por la norma jurídico penal. No así su personalidad o ideología deben guardar vinculación necesaria con la razón por la que la persona comete un hecho concreto⁵⁸⁹ (Derecho Penal de acto y no de autor).

En este mismo contexto de igualdad se desarrollan las actuaciones de la Corte Penal Internacional tendientes a criminalizar conductas que representan un riesgo a la comunidad internacional (de lesa humanidad, de guerra, de agresión y genocidio). No obstante, esta pretensión de preservar una justicia penal extraterritorial, Slidregt y Vasiliev consideran que existe una dimensión compleja porque tiene implicaciones con, e impacta en, las esferas regulatorias plurales, contextos socioculturales y políticos del mundo moralmente pluralista. Si bien no se entiende de manera uniforme el pluralismo legal global, este habrá de referirse a la existencia de una pluralidad de órdenes legales creados tanto por comunidades estatales como no estatales⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ NINO, Carlos, “Subjetivismo y objetivismo en el derecho penal”, *Escritos de Carlos S.Nino. Derecho penal*, Gedisa, Barcelona, 2008, pp. 62 y s. Para mayor detenimiento sobre esta visión retributiva de Nino, véanse, entre otros, BEADE, Gustavo A., Suerte moral, castigo y comunidad. Un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 133-140; TORRES Ortega, Ilse Carolina, “Subjetivismo y objetivismo en el derecho penal según Carlos Santiago Nino”, *Ciencia Jurídica, Universidad de Guanajuato*, Año 5, núm. 5, 2014, p. 86-101; la misma, *Sobre la fundamentación del castigo. Las teorías de Alf Ross, H.L.A Hart y Carlos Santiago Nino*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, en particular, la tercera parte.

⁵⁸⁸ MILTON PERALTA, José, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 146.

⁵⁸⁹ MILTON PERALTA, José, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, op. cit., pp. 199 y ss.; en el mismo sentido, TADROS, Victor, *Wrongs and crimes*, Oxford University Press, United Kingdom, 2016, pp. 299-311.

⁵⁹⁰ SLIEDREGT, Elies van, VASILIEV, Sergey, “Pluralism: A new framework for international criminal justice”, *Pluralism in international criminal law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014, pp. 6 y ss.

Este es el reto que afronta la justicia penal ante la diversidad cultural. Justificar la criminalización de conductas que moral y culturalmente son contrarias a las normas jurídicas y sociales que un Estado regula en su territorio o al marco regulatorio de la Corte Penal Internacional.

Por consiguiente, la problemática de la diversidad cultural impacta en el Derecho Penal por los compromisos adquiridos por el universalismo de los derechos humanos; y, por otro lado, los retos que debe afrontar por el relativismo cultural.

1.2. Relativismo cultural y el Derecho Penal a la diferencia.

Todo el andamiaje conceptual del universalismo de los derechos humanos⁵⁹¹, ha sido confrontado por el relativismo cultural en aras de establecer un esquema de “defensa, legitimación y justificación de las costumbres y tradiciones culturales” de las minorías étnicas⁵⁹². A decir de Donnelly “la universalidad de dichas garantías es totalmente compatible con un mundo rico en diversidad cultural”⁵⁹³. No obstante, Höffe considera que el discurso jurídico intercultural afronta graves retos los derechos humanos al ser desconocidos en otras culturas fuera de occidente, no por circunstancias contingentes sino por buenas razones. Además, el derecho a la no intromisión restringiría a querer influir culturas extranjeras a través de la idea de los derechos humanos y, finalmente, el temor a exportar en paquete su técnica, economía y lengua dominante (el inglés americano)⁵⁹⁴.

Para ello, propone el relativismo la implementación de “un sistema de pluralidad de reglas y comportamientos” que denoten los distintos contextos de cada cultura, sin caer en

⁵⁹¹ DONNELLY, Jack, *Derechos humanos internacionales*, op. cit., p. 56. “son universales, al menos en tres sentidos importantes...universalismo legal internacional, consenso universal coincidente y universalidad funcional”.

⁵⁹² VERNENGO, Roberto J., “El relativismo cultural desde la moral y el derecho”, op. cit., p. 164, realiza una interesante aclaración sobre los grupos minoritarios, al entenderlos como “aquel grupo que se distingue por su apartamiento de algunas de las pautas legales genéricas aplicadas en la sociedad mayoritaria: si las normas del grupo incluyente prevén ese reconocimiento, con lo cual queda sentado que es un punto de vista externo el adoptado para reconocer a un grupo humano como titular de derechos, jurídicamente, considerar a una minoría titular de derechos es atribuirle algo así como existencia en el mundo normativo”.

⁵⁹³ DONNELLY, Jack, *Derechos humanos internacionales*, op. cit., p. 64.

⁵⁹⁴ HÖFFE, Otried, *Derecho intercultural*, op. cit, p. 172 y 173.

denominadores comunes universalmente válidos para todos, como sostiene Portilla Contreras “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”⁵⁹⁵. Aunado a que los relativistas aceptan diferentes sistemas de creencias que ciertamente pueden confluir en un “conjunto de valores”, pero que rechazan “el significado moral” para lograr el acuerdo. Esto implica una inconsistencia para la fundamentación de los Derechos Humanos, salvo su validez limitada a cada uno de los casos específicos.

Para Pérez de la Fuente “el relativismo se cumpliría a sí mismo, ya que afirma una inconmensurabilidad radical entre culturas que dificulta, cuando no imposibilita, el diálogo intercultural. En ese sentido, el relativismo no parece una estrategia adecuada para la gestión del pluralismo cultural, ya que presupone una concepción esencialista de las culturas y las inmuniza a la crítica y al cambio cultural”⁵⁹⁶. Por ello resulta interesante la advertencia de Pérez de la Fuente sobre la diferencia entre “si el valor” que predicen “las culturas es un valor cultural” o realmente es “un valor moral”. A partir de este dato, Pérez de la Fuente recurre a la cuestión de “inconmensurabilidad de valores culturales o la inconmensurabilidad de valores morales”⁵⁹⁷, que resultará su análisis en sede de la discrecionalidad judicial para los delitos culturalmente motivados.

Por ahora, cabe precisar que el contenido del imperativo categórico kantiano del principio de universalidad en Habermas, lleva implícito un sentido pragmático en aras de “evitar la interpretación errónea de los intereses propios por parte de los demás”. Lo que en realidad constituiría la “última instancia que ha de juzgar lo que verdaderamente son los intereses propios”, en tanto se encuentren abiertos a las críticas de los otros, esto sin perder de vista los

⁵⁹⁵ Véase, “El derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural”, Pérez Cepeda, Ana Isabel, (Dir.), *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Ediciones Universidad de Salamanca/Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 76.

⁵⁹⁶ *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación inusfilosófica*, op. cit., pp. 161 y 162. Igualmente, VERNENGO, Roberto J., “El relativismo cultural desde la moral y el derecho”, op. cit., pp. 171-175.

⁵⁹⁷ Para SAMBUC, Boël, “Los peligros del relativismo cultural”, José Hurtado Pozo (Dir.), *Derecho penal y pluralidad cultural*, Fondo Editorial/Unuversidad de Friburgo Suiza, Lima 2007, p. 266, existe una tendencia de regresar “al estatus personal, es decir, la existencia, al interior de un mismo Estado, de regímenes jurídicos propios a cada comunidad étnica o religiosa”. Por ello, “en lugar de una justicia para todos, se daría una justicia entre nosotros que produciría la separación de grupos sobre la base cultural”. Acorde con la historia, “los regímenes estuvieron en vigor en países colonizados, por ejemplo, en el imperio otomano. Suiza como Francia autorizan todavía, en el ámbito del derecho de la familia, la aplicación de las leyes de los países de origen de los ciudadanos de las antiguas colonias”, por eso permite legalmente, así, en su territorio la poligamia.

rasgos culturales de cada grupo participante, al ser un “componente de una tradición intersubjetivamente compartida” ya que “la revisión de valores que interpretan las necesidades no es algo de lo que puedan disponer monológicamente los individuos aislados”⁵⁹⁸. Esto tiende a favorecer a la forma de argumentación (moral) para lograr impedir a alguno de los participantes en las relaciones intersubjetivas a “sugerir o, incluso, prescribir” a los demás “lo que es bueno para ellos”. Sobre todo, porque “la argumentación no tiene que posibilitar la *imparcialidad del juicio*, sino el hecho de que no puede influir en la *formación de la voluntad*, esto es, que ésta sea autónoma”⁵⁹⁹. No obstante, Nino difiere de Habermas en el sentido de que solamente se podría librar de este presupuesto un escéptico si se llegará a apartar de una comunidad de quienes argumentan. Pero esto no sería así, ya que por no haber “una sola forma socio-cultural en el mundo conectada, por lo menos implícitamente”, a una “prosecución de la acción comunicativa, por muy rudimentaria y poco institucionalizada que sea. Si alguien pretendiera alejarse durante un tiempo prolongado de los contextos de la acción orientada hacia el entendimiento, se sumiría en un aislamiento tal que se expondría a la esquizofrenia y al suicidio”⁶⁰⁰.

Esta pretensión relativista de los valores morales tiene gran injerencia en los fundamentos del Derecho Penal, entendido de forma particular y no así universal, especialmente en sus principios de legalidad y culpabilidad que limitan el *ius puniendi* del Estado para asegurar la condición de dignidad del ser humano⁶⁰¹. Además, los principios de proporcionalidad, mínima intervención, protección de bienes jurídicos, humanidad de las penas, etcétera⁶⁰², son importantes para el castigo por la comisión de un delito.

La problemática es mayor cuando el factor cultural del sujeto responsable ha sido un elemento motivante para su realización, y éste deba considerarse en esa individualización de la

⁵⁹⁸ *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., p. 88.

⁵⁹⁹ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., p. 92.

⁶⁰⁰ *El constructivismo ético*, op. cit., p. 101.

⁶⁰¹ BORJA JIMÉNEZ, Emilio, “Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena”, op. cit., pp. 259-264; el mismo, “Sobre la universalidad del sistema penal y sus planteamientos metodológicos”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, No. 2, 2010, pp. 3-56.

⁶⁰² Resulta muy atractivo el panorama delineado por BORJA JIMÉNEZ, Emilio, *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, op. cit., pp. 108 y 109, sobre las implicaciones de un Derecho Penal relativista o particular como Borja Jiménez lo denomina al convencerse de que “en una sociedad civilizada y democrática, sólo era concebible un sistema penal con arreglo a las bases teóricas y fundamentos políticos del orden cultural occidental. Aunque, esta perspectiva haya sido modificada por los procesos de globalización”.

pena, reconociendo al mismo tiempo el derecho fundamental a ser diferente. Esto es, el derecho a la identidad cultural. Para Camps la “defensa o la conservación de las identidades o diferencias culturales es éticamente aceptable siempre y cuando no contradiga alguna de esas notas que integran semánticamente el concepto de justicia”, que a decir de la propia autora: “una cosa es la justicia o la dignidad de la persona, que no pueden construirse sin respetar ciertos principios universales, y otra las costumbres que responden a necesidades, intereses o circunstancias múltiples no universalizables”⁶⁰³. En cierto sentido se justifica sancionar cualquier violación de los derechos humanos, pero también es necesario respetar otras ideas, costumbres y libertades. Esto se traduce en un pluralismo cultural por comprender estilos de vida, valores e ideales diferentes e incompatibles. Esto implica recurrir a una premisa que permita juzgar como utópico, e incoherente los hechos que se dan históricamente determinados valores en conflicto e inconmensurables ante la idea de sociedad perfecta donde existan una armoniosa y pacífica integración ideales de verdad, justicia, igualdad, felicidad⁶⁰⁴.

Otro problema surge al momento de exigir el mantenimiento de la identidad cultural en el reconocimiento de la diferencia de cada minoría para el ordenamiento jurídico, en aras de mantener el debido trato ante un claro conflicto en el ejercicio de los derechos fundamentales con un contenido de diversidad cultural, como ha sucedido con el uso de símbolos religiosos en espacios públicos. O bien, la exigencia a los indios *sihyks* de conducir con casco, ante la imposibilidad de hacerlo por el uso del turbante tradicional, o en los supuestos de los días laborales frente a los días de fiestas religiosos en las culturas judías y musulmanes; o el sacrificio de los animales para ceremonias religiosas. Siguiendo con Kymlicka “en todas las democracias liberales, uno de los principales mecanismos usados para acomodar las diferencias culturales es la protección de los derechos civiles y políticos de los individuos. Es imposible exagerar la importancia de la libertad de asociación, de culto, de expresión, de libre circulación y de organización política para proteger la diferencia grupal. Estos derechos permiten a los individuos formar y mantener los diversos grupos y asociaciones que constituyen la sociedad civil, adaptar estos grupos a las circunstancias cambiantes y, por último, fomentar sus perspectivas e intereses en la totalidad de la población. La protección que proporcionan estos derechos comunes de

⁶⁰³ CAMPS, Victoria, “El derecho a la diferencia”, León Olive (Comp.), *Ética y diversidad cultural*, Universidad Nacional Autónoma de México/Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 89.

⁶⁰⁴ CACCIATORE, Guiseppe, “La ética de la libertad entre relativismo y pluralismo”, Pablo Badillo O’Farrel, *Filosofía de la razón plural. Isaiah Berlin entre dos siglos*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2011, p. 79.

ciudadanía es suficiente para muchas de las formas legítimas de diversidad en la sociedad”⁶⁰⁵. El inconveniente que hasta este punto Kymlicka no contempla en la defensa de los derechos de grupos minoritarios son las políticas punitivas de los Estados de corte utilitarista⁶⁰⁶, que oscurecen el debate para determinar qué comportamientos culturales deben criminalizarse.

2. ¿Qué criminalizar? Un primer contacto en perspectiva de la diversidad cultural.

El primer escenario susceptible de excluir del Derecho Penal son las infracciones culturales no reglamentadas por la norma penal. Por ejemplo, adulterio, relaciones homosexuales, apostasía, infidelidad religiosa, blasfemia, sacrilegio, irrespeto a la divinidad, brujería, incesto (solo para los países que no lo prohíben)⁶⁰⁷.

Aclarado al ámbito que no tiene injerencia el Derecho Penal, atañe ahora centrar la atención en el terreno de los comportamientos culturales que son motivados para contravenir las normas jurídico-penales que dañan bienes jurídicos esenciales en la sociedad. El primer paso es seguir la directriz trazada por Kymlicka, Lernestedt y Matravers⁶⁰⁸ quienes consideran necesario distinguir dos niveles en la interacción de la diversidad cultural y el Derecho Penal: Primero, la cuestión qué criminalizar incluye las culturas minoritarias, prohibiéndoles determinadas costumbres y prácticas tradicionales⁶⁰⁹. Y segundo, las reglas de adscripción de responsabilidad e imposición de un castigo a los individuos que han violado la ley y como esos miembros de culturas minoritarias podrán invocar a su favor el derecho de la llamada “*cultural evidence*” o “*cultural defense*”, como causa de justificación, exculpación o reducción de la pena es el centro de atención de toda la problemática⁶¹⁰.

⁶⁰⁵ *La ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, op. cit., p. 46.

⁶⁰⁶ Este aspecto será analizado con mayor detenimiento en el Capítulo Cuarto.

⁶⁰⁷ En este sentido, MACÍAS CARO, Víctor Manuel, *Los «delitos culturales» a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales*, Tesis doctoral inédita, Universidad de Huelva 2014, disponible en la red, pp. 134-137.

⁶⁰⁸ “Introduction”, *Criminal law and cultural diversity*, Oxford University Press, New York, 2014, pp. 1-2

⁶⁰⁹ Sobre la criminalización del pueblo Mapuche en Argentina, por ejemplo, véase, MICAELA GOMIZ, María, “Criminalización del pueblo Mapuche en Argentina”, Felipe Gómez Isa y Mikel Berraondo (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 405-423.

⁶¹⁰ Consúltese entre otros, SPOHN, Cassia, “Race, ethnicity, and crime”, Michael Tonry, *The handbook of crime and criminal justice*, Oxford University Press, New York, 2013, pp. 321-342; BUCERIUS, Sandra M., and Michael TONRY, *The oxford handbook of ethnicity, crime and immigration*, Oxford University Press, New York, 2013.

Para delinear la problemática del primer nivel señalado por Kymlicka, Lernestedt y Matravers, se analizarán diversas posiciones que debaten sobre la fundamentación de la criminalización de aquellas conductas que moralmente contravienen a la norma jurídico penal. Luego, se advertirán las consecuencias del impacto del castigo sobre determinadas conductas realizadas por miembros de grupos minoritarios que son motivados por los factores culturales propias a sus usos o costumbres⁶¹¹.

Sobre el debate de la criminalización Husak ha manifestado una permanente preocupación por la utilización del Derecho Penal para controlar determinados espacios de la vida de cada persona que, desde su posición liberal no debieran ser impuestas de manera coactiva acorde con el contexto de su pensamiento en contra de la sobrecriminalización⁶¹², la cual en cierta forma atañe a la pregunta de ¿qué criminalizar? Baratta por su parte denuncia que la realidad cotidiana del “proceso penal con el mundo del imputado, los actores profesionales que representan el poder institucional y la cultura dominante de la sociedad, pueden aprender mucho, si fuera de la participación ritual se establece con él una relación humana y política para comprender su lenguaje y a través de esto, como es posible en muchos casos, la antigua y sabia ironía de los pobres”⁶¹³.

Otra perspectiva para analizar las implicaciones sociales de la criminalización, han sido elaboradas por Gargarella⁶¹⁴, Duff⁶¹⁵ y Cigüela Sola⁶¹⁶ quienes reflexionan sobre las formas de aplicación del Derecho Penal en sociedades marcadas por fuertes desigualdades sociales. Para

⁶¹¹ “Introduction”, *Criminal law and cultural diversity*, op. cit., p. 2.

⁶¹² HUSAK, Douglas, *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*, op. cit., capítulo tercero; el mismo, *The philosophy of criminal law. Selected essays*, Oxford University Press, New York, 2010; el mismo, “Retributive desert and deterrence: How both cohere in a single justification of punishment”, Jonathan Jacobs and Jonathan Jackson, *The Routledge handbook of criminal justice ethics*, Routledge, New York, 2017, pp. 113-125; igualmente, SCHONSHENCK, Jonathan, *On criminalization. An essay in the philosophy of the criminal law*, Klumer Academic Publishers, Netherlands, 1994, en particular, los capítulos primero y tercero; HÖRNLE, Tatjana, “Theories of criminalization”, op. cit., p. 679 y ss.

⁶¹³ BARATTA, Alessandro, “La vida y el laboratorio del derecho: A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal”, *DOXA*, 5, 1988, p. 290.

⁶¹⁴ GARGARELLA, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2008, pp. 25-26; el mismo, *Castigar al prójimo por una refundición democrática del derecho penal*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016, pp. 33 y ss.

⁶¹⁵ DUFF, Antony *Sobre el castigo. Por una justicia que hable el lenguaje de la comunidad*, op. cit., en particular, pp. 56-58; el mismo, *Punishment, communication and community*, Oxford University Press, Oxford, 2001; el mismo, *Answering for crime. Responsibility and liability in the criminal law*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

⁶¹⁶ CIGÜELA SOLA, Javier, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, el segundo capítulo.

Garland desde una perspectiva sociológica plantea sus preocupaciones sobre esta misma problemática⁶¹⁷. En el caso de Gardner contribuye a esta problemática mediante diversas reflexiones desde la teoría moral aplicada a diversos ámbitos del Derecho Penal⁶¹⁸.

Por su parte, Malamud Goti⁶¹⁹ y Beade⁶²⁰ reflexionan desde la relevancia moral de la suerte en el resultado y responsabilidad penal. En cambio, Pettit y Braithwaite⁶²¹ han elaborado una propuesta integral para la imposición de las penas y su cumplimiento en las prisiones para una novedosa noción republicana de libertad que abarca a las víctimas, afectados durante el proceso penal que va desde los propios inculcados hasta los testigos, o bien, la propuesta mejor elaborada y heredada de Nino de armonizar el Derecho Penal con la democracia deliberativa que preserve los principios de autonomía, dignidad e inviolabilidad de cualquier persona en sociedad⁶²².

En cambio, Rivera López expone las implicaciones sociales de la tesis sobre la incapacidad o falta de autoridad moral del Estado para castigar⁶²³ ante situaciones de injusticia o violaciones relevantes a los derechos de la comunidad mediante tres elementos: i) personas que pertenecen a estratos socioeconómicos más pobres; ii) falta de acceso a la calidad en la defensa por abogados preparados por factores de discriminación racial, étnica o por falta de dinero para pagar honorarios; y iii) la población penitenciaria se encuentra identificada en un sector social que no tiene posibilidades de expresar su voz⁶²⁴.

⁶¹⁷ GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 82-101; el mismo, *Castigar y asistir. Una historia de las estrategias penales y sociales del siglo XX*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2018, pp. 133-189.

⁶¹⁸ GARDNER, John, *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, op. cit., pp. 66 y ss.

⁶¹⁹ MALAMUD GOTI, Jaime, *Suerte moralidad y responsabilidad penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 12-19.

⁶²⁰ BEADE, Gustavo A., *Suerte moral, castigo y comunidad. Un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 33-67; el mismo, "Retribución, inculpación y perfeccionismo moral?", *Análisis Filosófico*, Vol. 35-2, 2015, pp. 227-240.

⁶²¹ BRAITHWAITE, John y Philip PETTIT, *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, en particular, capítulo tercero.

⁶²² Entre otros trabajos, consúltese, NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, 1ª reimpresión, Astrea/UNAM, Buenos Aires, 2006; el mismo, "Derecho penal y democracia", *Los escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal*, Gedisa, Barcelona, 2008.

⁶²³ RIVERA LÓPEZ, Eduardo, "Castigo penal, injusticia social y autoridad moral", *Análisis Filosófico*, vol. XXXV, núm. 2, noviembre, 2015, p. 171.

⁶²⁴ RIVERA LÓPEZ, Eduardo, "Castigo penal, injusticia social y autoridad moral", op. cit., p. 172.

Por su parte, Miró Llinares siguiendo el rastro a los argumentos principales del Derecho Penal anglosajón para legitimar la criminalización de una conducta que ofenda o dañe a otros, advierte que los límites morales del poder punitivo podrían considerarse de poca ayuda debido a la propia expansión legislativa del Derecho Penal⁶²⁵. Por ejemplo, i) el discurso del odio, o insultos raciales, ii) “la realización de actos sexuales en público”, y iii) “otras formas de utilización indecente de espacios públicos, así como comportamientos que afectan a tabús o sentimientos religiosos”, a las que relacionada dos circunstancias. Primero, “el no resultar conductas lesivas, conforme a la conceptualización generalmente aceptada de daño en el Derecho Penal anglosajón”. Segundo, “a juicio de la gran mayoría para considerarlas merecedoras de criminalización, con lo que ello supone abrir una puerta a la criminalización de conductas no lesivas de intereses sino contrarias a sensibilidades sociales más o menos compartidas”⁶²⁶.

Bajo este primer nivel de discusión doctrinal sobre las implicaciones del poder punitivo del Estado sobre determinadas formas de comportamientos contrarias a la moral “imperativa de la norma jurídico penal”, tendrá su impacto en el segundo nivel para valorar la necesidad de criminalizar conductas aún y cuando su motivación haya sido debido a condiciones culturales. Porque a nivel legislativo, por el momento, en ningún ordenamiento penal de los países europeos receptores de flujo migratorio, ha sido introducida alguna norma o institución de parte general específicamente pensada para los “delitos motivados por la cultura realizados por inmigrantes”. Así lo advierte Basile, en ningún código penal de los países occidentales aparece una disposición de parte general que dé una relevancia explícita a la situación de conflicto normativo/cultural previendo un trato favorable para el imputado-inmigrante, que haya realizado un hecho delictivo conforme a una norma cultural de su grupo étnico de origen⁶²⁷.

Como se ha analizado anteriormente, el conocimiento y entendimiento de las normas penales cumple un elemento fundamental el factor de la cultura de las personas. Sobre ello, Torres Fernández explica que el conocimiento no ocupa un sitio directamente, sino más bien, mediante las propias normas culturales que desempeñan su papel como “vehículo de transmisión

⁶²⁵ MIRÓ LLINARES, Fernando, “La criminalización de conductas “ofensivas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-23, 2015, p. 3.

⁶²⁶ MIRÓ LLINARES, Fernando, “La criminalización de conductas “ofensivas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal”, op. cit., pp. 6 y 7.

⁶²⁷ BASILE, Fabio, “El derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en particular, las mutilaciones genitales femeninas)”, op. cit., p. 1860.

de lo obligado en cada situación social, como el sujeto accede al objeto de la prohibición, por lo que las posibilidades de motivarse por la norma penal van a estar mediatizadas por la coincidencia entre la norma jurídica y la norma de cultura”. Por eso, las relaciones interpersonales o intersubjetivas de la persona extranjera o indígena con el resto de la población que dispone “una cultura diferente puede condicionar de manera significativa la situación en la que el sujeto comete un hecho ilícito, puede ser valorado en la exigencia de responsabilidad en la búsqueda de la justicia material del caso”. Sobre todo, sostiene Torres Fernández de manera acertada que el acceso al conocimiento del mandato prohibitivo de no realizar un comportamiento grave de carácter personal como la vida, la libertad o la integridad, no debe valorarse la condición de extranjero o indígena para validar de manera suficiente la presunción de desconocimiento de la norma penal, porque generalmente estas prohibiciones existen en cualquier cultura de manera transversal⁶²⁸.

Diferente será aquellas manifestaciones de la “situación personal en la que el sujeto lleva a cabo su actuación delictiva”, aun conociendo la prohibición de la norma penal, “pero actúe siguiendo los dictados de su pauta cultural”. Esta condición modifica “el límite a la disidencia” que tiende a permitir el ordenamiento jurídico-penal frente a otros órdenes normativos. Por ejemplo, si una norma de cultura de la persona es idónea para excluir el cumplimiento de la normatividad penal. O bien, si el factor cultural sólo será admitido “en los mismos términos, que cualquier otro potencial motivo que haya dirigido al sujeto hacia la actuación criminal”⁶²⁹.

Sobre ello, Olaizola afirma que hay unos “límites infranqueables, basados en el respeto a los derechos humanos fundamentales, tales como la vida, la libertad, la igualdad y la integridad que no pueden traspasarse alegando un derecho a la identidad cultural”. Es decir, los comportamientos contrarios a los parámetros de permisibilidad, contraveniendo las normas penales, constituirán conductas típicas y antijurídicas. Una situación particular es la negativa a aceptar la justificación de comportamientos que contravienen estos derechos fundamentales esenciales bajo el argumento de los motivos culturales, y otra diferente serán aquellas que “no

⁶²⁸ TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural”, *AFDUAM*, 17, 2013, pp. 416 y 417.

⁶²⁹ TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural”, op. cit., pp. 417 y 418.

pueda considerarse la posibilidad de disminuir o incluso eximir de pena en alguno de estos comportamientos”⁶³⁰.

Carnevali resalta la experiencia multicultural norteamericana que “han tenido lugar importantes discusiones en torno a cómo conciliar el respeto a la diversidad cultural y el respeto a las exigencias de uniformidad y credibilidad del sistema penal”. Esto ha sido así, porque la misma conformación de la comunidad norteamericana le ha permitido afrontar las dificultades inherentes al multiculturalismo generado por ejemplo en Europa. De hecho, la problemática multicultural europea ha girado la atención “sobre los delitos culturales (*cultural offence*) o delitos culturalmente motivados (*culturally motivated crimes*) y que en Estados Unidos sea sobre defensas culturales (*cultural defences*) es muestra del tratamiento diversificado que reciben estos casos para lograr definir los límites que permitan distinguir un delito cultural de otros”⁶³¹.

Para Tamarit Sumalla, la introducción de la perspectiva de la víctima a los conflictos culturales en el Derecho Penal, como los problemas de consentimiento deben complementarse “con otras vías distintas a las de las categorías jurídicas tradicionales las razones por las que los Tribunales pueden estar más predispuestos a admitir una renuncia o una disminución de la pena en relación con los comportamientos culturalmente motivados, atendiendo a variables como el carácter intracomunitario o intercomunitario del conflicto”⁶³².

La posición de Pérez de la Fuente quien fuera el primero en analizar los delitos culturalmente motivados en lengua castellana, propone hacerlo mediante “la aplicación del derecho sensible a la diferencia cultural”, posición que permitirá orientar oportunamente la interpretación de su estudio en sede judicial acorde con la defensa cultural (*cultural defense*), a fin de considerar “las circunstancias particulares de los casos que abocan a los jueces a realizar un ejercicio interpretativo que incorpora un componente cultural”⁶³³.

⁶³⁰ OLAIZOLA NOGALES, Inés “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, *RECPC*, 20-03, 2018, p. 7.

⁶³¹ CARNEVALLI, Raúl, “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, *Polít. Crim.* No. 3, 2007, p. 16.

⁶³² TAMARIT SUMALLA, Josep, “Conflictos culturales y dilemas penales”, en *InDret* 1/2013, p. 3.

⁶³³ “Los delitos culturalmente motivados”, *European Journal of Legal Studies*, Volume 5, Issue 1 Spring/Summer, 2012, p. 20. Para mayor detenimiento sobre las implicaciones legales de la *cultural defense*, véase, *infra*, Capítulo Sexto.

Estas posiciones muestran el amplio campo de discusión que merma en la búsqueda por mantener una relación incluyente y tolerante del Derecho Penal frente a la diversidad cultural, sin embargo, estos esfuerzos teóricos no corresponden al fenómeno particular de los delitos culturalmente motivados, debido a los fines del poder punitivo del Estado que impera en las políticas legislativas para criminalizar dentro de un marco general comportamientos motivados por factores culturales⁶³⁴. Por otro lado, al contenido, alcance y límite de los denominados delitos culturalmente motivados.

2.1. ¿Es necesario una dogmática jurídico penal en perspectiva pluricultural?

Uno de los logros que han tenido los legisladores al instaurar un Código Penal para el país mediante el consenso o mayoría de los grupos parlamentarios que representan los intereses de una sociedad⁶³⁵, está en el desarrollo dogmático (parte general) mediante la interpretación de aquellas conductas prohibidas (parte especial). Además, la jurisprudencia con el paso del tiempo consolida directrices dogmáticas que son elaboradas por las partes en los juicios penales. Esto ha propiciado una mayor certeza jurídica a los fiscales y jueces para resolver los casos criminales⁶³⁶.

A partir de este escenario democrático de las leyes penales acorde a los estándares de los derechos fundamentales de una sociedad pluricultural, surge la discusión de si la conformación de las leyes penales deba o no de incluir aspectos específicos de los grupos minoritarios quienes realizan comportamientos prohibidos por motivos culturales o costumbres. O si es necesario

⁶³⁴ Sobre esto, véase, *infra*, Capítulo Cuarto. Los modelos punitivos y la diversidad cultural.

⁶³⁵ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Civitas, Madrid, 2011, p. 556, postula un modelo de legalidad penal supranacional para fortalecer una “democracia deliberativa, cuya puesta en funcionamiento requiere el establecimiento de instituciones comprometidas por el desarrollo de una acción comunicativa entre los distintos actores del juego político”. Solo así, los ciudadanos libres e iguales entre sí pasan a ser el corazón del proceso legítimo de adopción de decisiones.

⁶³⁶ Aunque no siempre se logra este objetivo, debido a las deficiencias, defectos o equívocos del legislador en la redacción de las normas penales, lo que provoca una álgida discusión. En este sentido, GONZALO QUINTERO, Olivares, *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Civitas, Madrid, 2016, p. 60, considera que esta certeza jurídica se ha producido mediante la denuncia de esos defectos rastreando en diferentes textos doctrinales y jurisprudenciales. Para eso, Gonzalo Quintero reconoce que, al no existir todavía una doctrina jurisprudencial completa sobre el nuevo Código, el parecer de la doctrina en la interpretación de sus preceptos ha gozado, al menos en un primer momento, de una recepción en medios forenses que en España es poco usual. Esto se debe a que la justicia penal ordinaria (no la casacional) actúa obsesivamente sujeta a la oscilante opinión del Tribunal Supremo. Aunque es factible que sea en esta instancia donde la influencia en el pensamiento doctrinal sea cada vez mayor.

establecer excepciones en su aplicación para los extranjeros que desconocen las leyes estatales del país de acogida. O bien, se deba indultar a las personas que infringieron las normas penales, pero por su pertenencia a grupos indígenas son perdonados⁶³⁷.

Hay posiciones como la de Sánchez-Ostiz para quien la protección de la sociedad solo será posible con criterios de justicia, en tanto se respeten “los principios de seguridad, de legalidad, y dignidad”. Estos principios se analizan en cada caso mediante la ponderación como la operación propia de la argumentación para la solución intermedia entre uno y otro. Esto es, “si operamos con tres principios básicos, cabe la preponderancia del de legalidad sobre el de dignidad o sobre el de seguridad; como también la preponderancia del principio de dignidad sobre cualquiera de los otros dos; o el de seguridad sobre los otros dos”⁶³⁸.

Por su puesto que Sánchez-Ostiz puntualiza que esta orientación principialista puede llegar a una posición utópica; en tanto, se valoren los principios de manera alejada a los resultados producidos socialmente relevantes. Para ello, sugiere, que “el principialismo” no ignore los efectos sociales de las decisiones. Además, es necesario que “los juicios que emitimos entran en juego con frecuencia diversas influencias que pueden condicionar y predeterminar las decisiones. Por eso, difícilmente se podrá asumir políticamente una decisión, si no goza de plausibilidad, si no es susceptible de aceptación por ser razonable”⁶³⁹. Por consiguiente, si “una decisión se halla en consonancia formal y material con los principios afectados, puede facilitar el consenso”. Así, habrá que advertir que, no es recomendable percibir “el consenso como resultado fáctico” que deriva de la aceptación «de hecho» “por la comunidad (algo inalcanzable, por cierto, en la medida en que hay libertad); sino que procede contentarse con un consenso ideal, en cuanto meta a lograr”⁶⁴⁰.

⁶³⁷ Para MUÑOZ ARENAS, Alberto, “Aspectos teóricos y procedimentales de la evaluación de políticas públicas”, Adán Nieto Martín (dirs.) *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 25, la evaluación no debe contemplarse limitadamente como actividad aislada y final de control de resultados. Mas bien, como un proeso permanente a lo largo de la existencia de la norma. Esto es, desde el momento mismo de su diseño. De esta forma, se podrá dotar a las normas de elementos que hagan posible su evaluabilidad.

⁶³⁸ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, “Principios y reglas como base para un modelo argumentativo intercultural de Derecho penal”, Luigi Cornacchia, Pablo Sánchez-Ostiz (Coords.), *Multiculturalismo y Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 60; el mismo, *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012, sobre la base de estos principios, pp. 31-33, 49-72 y 96-114.

⁶³⁹ Al respecto, SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*, op. cit., p. 29 y s.

⁶⁴⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*, op. cit., pp. 30 y 31.

Otra propuesta es la elaborada por Robles Planas, quien a partir de reflexiones político-criminales que buscan legitimar o deslegitimar la intervención del Derecho Penal significa prohibición de la libertad general de actuación. Por otro lado, castigar con una pena por el quebrantamiento de prohibiciones. Con ello, se estaría en posibilidad de disponer una teoría de la justificación de la prohibición (ausencia de antijuridicidad) y de la pena. En la teoría del delito una teoría de la justificación puede usarse como un instrumento dogmático de primer orden para, *mutatis mutandis*, atender cuestiones de legitimación del ius puniendi⁶⁴¹. En otras palabras, no es posible sustituir a la política criminal por la dogmática, al legislador por el dogmático. En cambio, sí, la dogmática es el lugar de la meta-política criminal, y con ello, está en las mejores condiciones para analizarla desde un discurso legitimador y arrojar conclusiones mucho más firmes y seguras que las derivadas del juego de las mayorías políticas y de los acuerdos ideológicos⁶⁴².

En este sentido, Robles Planas retoma el camino de Binding sobre los efectos de la pena hacía no sólo en relación con el sujeto sancionado, sino también para el Estado y la comunidad, implica “a instaurar tribunales y jueces penales, órganos de persecución y de defensa; le fuerza, además, a sacrificar o encerrar a personas cuya vida y libertad no sólo son valiosas para sus portadores y su familia, sino también para la comunidad jurídica”⁶⁴³.

Para ello, considera aislar aquellas propiedades que singularizan de modo particular las conductas ya reconocidas consistentes en abusar del derecho o de derechos y potestades especiales. Así, el Derecho Penal no habrá de sancionar penalmente cualquier manifestación del abuso del derecho de libertad. Sino aquellas que representan un peligro a bienes jurídicos de la máxima importancia y el sacrificio exigido es considerablemente pequeño⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ ROBLES PLANAS, Ricardo, “introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal”, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 28.

⁶⁴² ROBLES PLANAS, Ricardo, “introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal”, p. 20.

⁶⁴³ ROBLES PLANAS, Ricardo, “introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal”, pp. 38 y 39.

⁶⁴⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, “introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal”, p. 46.

Una tercera alternativa descrita por Schünemann quien afirma que a pesar de la contribución de la ciencia jurídico alemana en la sistematización de la materia jurídica desempeña universalmente un papel clave, en los últimos años existe una tendencia opuesta a diluir el pensamiento sistemático por tres motivos principales:

- Primero: la desnormativación de los conceptos jurídicos que se ha ido llevando a cabo de forma progresiva (desde el ámbito analítico-lingüístico), donde los conceptos técnicos puramente jurídicos del más alto grado de abstracción se definen ante todo a través de términos coloquiales que muestran al principio el núcleo de significado relativamente pequeño y un campo semántico exterior relativamente extenso, cuyo relleno se efectúa sólo normativamente. Lo que al final, resultan idénticos a la designación usual en la vida social de las condiciones de vida a tener en cuenta para subsunción. Por ejemplo, en la teoría del dominio del hecho de Roxin o en los delitos de omisión impropia. En cambio, en el Derecho Penal inglés ha imperado el método casuístico derivado de la tradición del Common law. Por su parte el Derecho Penal francés mediante una teoría de principios muy heterogénea y sistemática, pero inconexa. Y la ciencia jurídica moderna española es similar a la tendencia de los tipos de vida⁶⁴⁵.
- Segundo: El desarrollo dogmático resulta una segunda expresión del refinamiento dogmático jurídico en toda decisión judicial, porque los tribunales ingleses o franceses, por ejemplo, se han inmunizado desde un principio enormemente frente a una crítica científico-jurídica mediante una estructura de argumentación de sus decisiones totalmente diferentes⁶⁴⁶.
- Tercero: ha sido cuestionar de un modo inevitable y permanente todas las premisas de las construcciones dogmáticas. Su transformación de “un maestro de disciplina a una tienda de mercaderías de toda clase, en la que la justicia encuentra siempre en alguna de sus interminables estanterías lo que puede alegar como argumentación del efecto deseado en cada caso”, siendo el método de la jurisprudencia en el Derecho Penal que asume las bases de argumentación

⁶⁴⁵ SCHÜNEMANN, Bernd, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 14.

⁶⁴⁶ SCHÜNEMANN, Bernd, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, op. cit., pp. 15 y 16.

ajustada al resultado, pero no el concepto completo sistemático que nace de ella⁶⁴⁷.

Bajo estas críticas, Schönemann advierte que en la distinción más relevante de la dogmática jurídico penal entre ilícito y culpabilidad resulta aplicable en las formas de lenguaje de toda sociedad desarrollada. Sin un concepto sistemático de culpabilidad en sentido global, no podrá ser reconocido el quebrantamiento alguno en el sistema. La diferenciación sistemática penal entre justificación y exculpación sólo tendrá sentido si el ordenamiento jurídico-penal trabajara en la práctica con un sistema conceptual diferenciado⁶⁴⁸.

Fletcher sostiene una estructura elemental del delito y la pena. Por ejemplo, un grupo de gente conviviendo en familias rudimentarias y en tribus sin sistema de gobierno, sin relaciones contractuales, sin una Constitución, e incluso sin imponer una compensación por el daño. Pero el propio Fletcher reconoce lo difícil que sería pensar ausencia de envidias, desear el sustento del otro, entendido esto como una agresión. Por lo que se requiere indudablemente de imponer a los individuos unos límites para configurar su espacio personal⁶⁴⁹.

Por lo anterior, los tres conceptos que reconoce Fletcher para vivir en sociedad son el de agresión, consentimiento y legítima defensa. Pero al mismo tiempo, no se puede vivir con ellos, si no se comprende sus contornos, los valores que incorporan y la forma en que se relacionan con otros problemas básicos del pensamiento jurídico⁶⁵⁰, en particular delinean los contornos de cualquier sistema del Derecho Penal de acto⁶⁵¹. Así, la culpabilidad individual es un problema del ámbito estatal. En cambio, la culpabilidad colectiva se vuelve el punto de partida para robustecer los esfuerzos internacionales para perseguir el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, tanto en los tribunales ad hoc creados para sancionar los crímenes de la antigua Yugoslavia y Rwanda, como en el Tribunal Internacional Penal⁶⁵².

⁶⁴⁷ SCHÜNEMANN, Bernd, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, op. cit., p. 16.

⁶⁴⁸ SCHÜNEMANN, Bernd, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, op. cit., p. 21.

⁶⁴⁹ FLETCHER, George, *Gramática del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 59.

⁶⁵⁰ FLETCHER, George, *Gramática del Derecho penal*, op. cit., p. 62.

⁶⁵¹ FLETCHER, George, *Gramática del Derecho penal*, op. cit., p. 63.

⁶⁵² FLETCHER, George, *Gramática del Derecho penal*, op. cit., p. 436.

Esta propuesta de incentivar el reconocimiento de la culpabilidad colectiva, por un lado, es para preservar la protección de bienes fundamentales ante la comunidad internacional. Y, por otro lado, conjuntar su función con la culpabilidad individual (estatal) a la hora de determinar la responsabilidad por los crímenes sujetos a la jurisdicción tanto de la estatal como internacional⁶⁵³. El reto actual para la Corte Penal Internacional es continuar con las tareas de los tribunales ad hoc del Consejo de Seguridad, pero ahora desde una visión plural de los crímenes internacionales.

La dogmática jurídico penal tanto a nivel estatal como internacional, el elemento de la culpabilidad de acto es un elemento indispensable para justificar el castigo por los crímenes cometidos. Esto es así, que la culpabilidad en cualquier sistema jurídico penal es donde concentra su potencial para resolver los delitos culturalmente motivados.

3. El concepto de delito culturalmente motivado.

La doctrina ha identificado los elementos esenciales del delito culturalmente motivado a partir de casos resueltos en los tribunales⁶⁵⁴. Esta singular elaboración doctrinal atiende en principio a las condiciones propias de cada caso que son juzgados en los países donde se una persona migrante o indígena ha realizado un comportamiento contrario a la norma jurídico penal, pero su intención no corresponde a situaciones comprensibles socialmente. Sino que su motivación es más de naturaleza cultural que representa la cosmología de su lugar de origen y ésta es completamente diferente e incomprensible en muchas ocasiones al resto de la sociedad de acogida.

Por lo anterior, no existe aún, una doctrina unificada y universal que proporcione a los órganos jurisdiccionales una base sólida para resolver de manera general todos los casos juzgados

⁶⁵³ FLETCHER, George, *Gramática del Derecho penal*, op. cit., p. 444.

⁶⁵⁴ Aunque la doctrina reconoce la multiplicidad de conceptos recurribles a este fenómeno criminal, por ejemplo, MACÍAS CARO, Víctor Manuel, *Los «delitos culturales» a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales*, p. 122 refiere a este amplio marco conceptual: “culturalmente orientados”, “culturalmente motivados”, “culturalmente determinados”, “étnico-culturalmente motivados” o “de origen cultural”. Además, ha tenido injerencia en el delito del “factor cultural”, de los “condicionamientos culturales”, de los “valores culturales” o de las “excepciones culturales”. Aunque Macías Caro abona bajo el rubro de “delitos culturales”.

por hechos ilícitos cometidos por razones culturales⁶⁵⁵. La única aportación consolidada es el uso del error de prohibición como herramienta aplicable a estos casos. Pero como será analizado más adelante no es unívoca su interpretación dogmática.

En cambio, el devenir de la doctrina jurídico penal en los delitos culturalmente motivados si ha mostrado un alto grado de avance para ofrecer respuestas a los casos concretos mediante las siguientes categorías de la teoría del delito: i) error de comprensión culturalmente condicionado; ii) inimputabilidad; iii) estado de necesidad justificante; iv) delitos de conciencia y/o por convicción; v) error de prohibición vencible e invencible; vi) adecuación social; vii) imputación a la víctima.

El motivo principal que ha generado esta disparidad de interpretaciones para el estudio generalizado de los delitos motivados por factores culturales radica en la propia problemática que representa el concepto de cultura. El análisis realizado en el capítulo segundo permitió mostrar el esfuerzo interdisciplinar que requiere incursionar en su estudio. En cambio, el uso e interpretación procesal del elemento cultural por parte de los jueces para resolver estos crímenes será el objetivo de análisis en los capítulos quinto y sexto. Por ahora, lo que interesa desentrañar es determinar qué elementos conforman el concepto del delito culturalmente motivado.

Otro punto importante aclarar en este momento, atañe al sentido que se le ha dado a la categoría de delitos culturalmente condicionado que un sector de la doctrina utiliza para su estudio responde a una interpretación del factor cultural que debe analizarse en el establecimiento de la responsabilidad penal, es decir, en la culpabilidad⁶⁵⁶. Ello para establecer si es actualizado o no un error de prohibición que permita al juzgador excluir total o parcialmente la culpabilidad⁶⁵⁷. En especial, para determinar si el sujeto si su determinismo cultural le impide

⁶⁵⁵ Esto ha dado pauta a interpretarse como un caos dogmático tendiente a establecer una incertidumbre discrecional para los juzgadores quienes tienen la obligación de dar una respuesta correcta al hecho ilícito cometido.

⁶⁵⁶ Principalmente, VILLAVICENCIO, Felipe y MEINI, Iván, “¿Es posible hablar de error? El error culturalmente condicionado en el Perú”, *THEMIS, Revista de Derecho*, No. 68, 2016, pp. 53-59; FRANCIA, Luis, “Pluralidad cultural y Derecho Penal”, *Derecho. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 47, 1993, pp. 501-509; CHUNGA HIDALGO, Laurence, “La situación jurídica del “culturalmente condicionado” frente al derecho penal”, *Derecho y Cambio Social*, Año 6, No. 18, 2009, pp. 5-9; BENITEZ, Natalia, “El error de prohibición culturalmente condicionado. Análisis dogmático, jurisprudencial y normativo”, *Revista Virtual Intercambios*, No. 17, Mayo, 2016, p. 8-11; TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural”, op. cit., pp. 422-429.

⁶⁵⁷ Sobre este particular, véase, *infra*, Capítulo Sexto, apartado 2.1.

ser sensible al condicionamiento que podrían ejercer otras normas muy básicas en las relaciones interpersonales en cualquier cultura direccionadas a no dañar a otros en su honor, integridad física, por ejemplo. Pero en estricto sentido, no genera un marco teórico diferente al concepto del delito culturalmente motivado que interesa analizar en este apartado.

Dicho estos aspectos aclaratorios, corresponde analizar los pormenores que la doctrina ha diseccionado sobre los elementos distintivos o diferenciadores de esta clase de crímenes desde la óptica cultural.

Para iniciar este análisis conceptual, recurro a las aportaciones de Basile para quien “el único dato seguro está constituido por la ausencia de una coherencia de fondo en las actividades de prevención y represión de los ilícitos condicionados por el factor cultural. En definitiva, pues, la gestión de los delitos de origen cultural en el panorama europeo no parece ofrecer estables y tranquilizadores puntos de referencia”⁶⁵⁸.

En cambio, la posición de Vázquez González es expresión de la mayoría de no “renunciar a incriminar tal comportamiento y a castigar a sus autores implicaría aceptar la culturalización del derecho en función de pertenecer a un grupo racial, étnico o religioso y aceptar una visión profundamente desigual de la justicia. Del *derecho a la diferencia* se pasaría a una *diferencia de los derechos* y las mujeres serían las primeras afectadas”⁶⁵⁹.

La tendencia de vincular “lo cultural en el Derecho Penal” requiere considerar la “definición de delito culturalmente determinado” o motivado, o “delito cultural” como lo entiende Van Broeck como, “un acto realizado por un miembro de una minoría cultural, el cual es considerado delito por el sistema legal de la cultura dominante. Sin embargo, en el grupo cultural del ofensor el mismo acto es permitido, aceptado como un comportamiento normal y aprobado o incluso promovido y estimulado en una determinada situación”⁶⁶⁰. En esta misma posición se identifica Sanz Mulas, quien adicionalmente elabora tres filtros para confirmar la

⁶⁵⁸ “El derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por inmigrantes (en particular las mutilaciones genitales femeninas)”, op. cit, pp. 1851 y 1852.

⁶⁵⁹ *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, op. cit., p. 149.

⁶⁶⁰ “Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offences)”, *European Journal of Crime, Criminal law and Criminal Justice*, vol. 9, fasc. 1, 2001, p. 5.

“existencia de un delito culturalmente motivado”. El primero la motivación debe entenderse como un “elemento subjetivo del delito cultural” y si logra ser comprobado su motivación delictiva mediante razones explicativas acorde con sus valores culturales. Segundo, se debe demostrar que su conducta es acorde con algún otro miembro de su grupo. Y tercero, habrá de compararse la cultura de la comunidad a la que pertenece el acusado frente a la del propio país de acogida⁶⁶¹.

Así, para Sanz Mulas el delito culturalmente motivado deberá entenderse como los comportamientos contrarios a la norma jurídico penal del país “anfitrión”, habrán de explicarse conforme al elemento cultural del lugar de origen de la persona que ha quebrantado la norma, o bien, ha cometido el delito. Es decir, “la conducta se realiza por quien pertenece a una cultura minoritaria donde el comportamiento llevado a cabo no es delito, bien porque es atípico, bien porque está justificado, exculpado o, en determinadas ocasiones, incluso impuesto. También puede ocurrir que el comportamiento sea delictivo en ambas conductas, pero el tratamiento penal es diverso”⁶⁶².

Por su parte, Basile destaca el conflicto entre una norma jurídica y una norma cultural genera una categoría denominada “conflicto impropio de la norma” utilizada por la doctrina penal que indica el ámbito de la teoría de la antinomia, el conflicto de una norma jurídica y una norma extrajurídica de orden moral⁶⁶³, o en palabras de Brion “como un hecho cuyo autor es miembro de una minoría cultural, y que está considerado como infracción por la ley del Estado en el que se encuentra, pero que es un comportamiento o bien prescrito o recomendado por su código cultural, o bien permitido o tolerado en determinadas circunstancias por los otros miembros de la minoría cultural”⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ SANZ MULAS, Nieves, *Delitos culturalmente motivados*, op. cit., pp. 33-34.

⁶⁶² Véase, SANZ MULAS, Nieves, “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-1, 2014, p. 13.

⁶⁶³ *Inmigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, op. cit., p. 42. En el mismo sentido, MONTICELLI, Luca. “Le ‘cultural defenses’ (esimenti culturali) e i reati ‘culturalmente orientati’. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale”. *L’indice Penale*, 2003, p. 536; COMANDUCCI, Paolo, “La irrelevancia moral de la diversidad cultural”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007.

⁶⁶⁴ ¿Utilizar el género para hacer la diferencia? La doctrina de los delitos culturales y de la defensa cultural”, Salvatore Palidda et. al (Dir.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, Comares, Granada, 2010, p. 79.

Por ello, la variedad de pretensiones definitorias de los delitos culturales deviene en gran medida por el conflicto generado entre lo normativo y cultural como es señalado por Roca de Agapito “se da una situación de colisión de deberes o de conflicto normativo...pues el conflicto se suscita entre una norma jurídica (una norma penal) del ordenamiento del país de acogida, que incrimina una determinada conducta, por un lado, y por otro, una norma cultural, radicada en la cultura del grupo étnico de pertenencia del inmigrante (eventualmente constitutiva también de una norma jurídica, pero vigente en un ordenamiento distinto, el del país de procedencia del inmigrante), que autoriza o incluso impone realizar dicha conducta”⁶⁶⁵. Igualmente, Cisneros Ávila sostiene esta posición normativa al referir “la existencia de un conflicto entre las pautas culturales normativamente establecidos por la mayoría y los valores culturales de algunas minorías. En otros términos, se trata de un conflicto producido por el choque entre un ordenamiento jurídico construido sobre la base de unos valores culturales concretos y las prácticas, tradiciones o pautas de comportamiento de una cultura minoritaria”⁶⁶⁶.

Macías Caro propone diferenciar entre los delitos culturales en sentido amplio y sentido estricto. Los primeros son aquellos que arroja al límite “los delitos por convicción, por conciencia o por motivos religiosos” sin que coexistan entre ellos un solo elemento en común. En cambio, “los delitos culturales en sentido estricto” les corresponden “el ejercicio del derecho a la propia cultura puesto que al cometerlos el autor permanece fiel, de forma consciente o inconsciente, a su propia cultura minoritaria”⁶⁶⁷.

Bajo estos presupuestos definitorios del delito cultural, habrá de identificarse en tres órdenes como lo expone Torres Fernández: i) la motivación del comportamiento responde a cumplir con los estándares culturales de su lugar de origen. Solo así, se puede tratar de un “elemento subjetivo del delito cultural pero ello no es suficiente para alegar la influencia de la cultura en el acusado, sino, además, se deberá verificar una correspondencia de su actuación con un patrón de conducta del grupo al que pertenece”; ii) valorar de manera objetiva de ese estándar para verificar que esa motivación coincide con la apreciación del hecho “en el contexto de su cultura de origen”. Por supuesto, se espera que su comportamiento sea la misma que haría el

⁶⁶⁵ “Delitos culturalmente motivados”, Jesús Bernal Del Castillo, (Dir.), *Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 185.

⁶⁶⁶ *Derecho penal y diversidad cultural. Bases para un dialogo intercultural*, op. cit., pp. 218-219.

⁶⁶⁷ *Los «delitos culturales» a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales*, op. cit., pp. 126 y 127.

resgo del grupo donde pertenece. Aunque no es importante que la práctica cultural sea de observancia para todos del grupo originario, sino sólo basta valorar que otra persona “con el mismo trasfondo cultural y en la misma situación” que el sujeto del delito “se hubiera comportado de la misma manera, por considerar que era una forma adecuada de actuar, lo que admite cierto margen para la estimación”; y iii) “la constatación de la contradicción entre la actuación del sujeto y las normas del ordenamiento jurídico penal”⁶⁶⁸. Igualmente, Olaizola Nogales para quien “la base del delito cultural está por tanto la diferente valoración de la conducta entre dos ordenamientos jurídicos: entre aquel en el que el sujeto ha sido educado y aquel en el que le acoge”⁶⁶⁹.

Sin embargo, resulta dudoso para Carnevalli Rodríguez aceptar plenamente la prohibición de determinadas conductas motivadas culturalmente, mediante normas penales por el solo hecho de estar vigentes. Por un lado, porque “no deja de ser paradójico” la imposición de normas jurídico-penales a quienes, en algunos casos, “ni siquiera tienen derecho a voto y por tanto, no contribuyen a la generación de la norma”, y ello tiende a resultar totalmente ajeno. Por otro lado, “debe tenerse presente que establecer excepciones en países con fuerte inmigración, puede poner en entredicho la vigencia de esa norma”, por lo que resulta difícil establecer salvedades como el supuesto de un “error de prohibición”. Por eso, el problema central habrá de ser sobre la “conveniencia o no de establecer expresas eximentes fundadas en motivaciones culturales”, por lo que el autor cuestiona “¿hasta dónde una sociedad democrática puede tolerar comportamientos que colisionan con aquellos que esa misma sociedad ha reconocido como suyos?”⁶⁷⁰.

La tolerancia no solo es fundamental para el mantenimiento de una sociedad democrática, también es necesaria para el ejercicio de la discrecionalidad judicial por crímenes culturales. Así, Pérez de la Fuente sugiere diversos escenarios susceptibles de vincular el concepto de tolerancia con el Derecho Penal: i) “el sector de los llamados delitos naturales (*mala in se*), reflejan valoraciones y convicciones radicadas en la cultura, por sancionar hechos considerados odiosos o detestables por los ciudadanos, incluso en base a una valoración pre-

⁶⁶⁸ TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural”, op. cit. pp. 422 y 423.

⁶⁶⁹ OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, op. cit., p. 9.

⁶⁷⁰ “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, op. cit., p. 17.

jurídica”; ii) “el sector de los tipos penales contruidos mediante el recurso a los llamados elementos normativos culturales, elementos típicos que se refieren a datos que pueden ser pensados y representados sólo bajo el presupuesto lógico de una norma” y, en particular, a “una norma cultural”; aquí se refiere a los casos de “delitos de actos obscenos y de publicaciones y espectáculos obscenos, que giran en torno al concepto de sentido común del pudor. Así como las definiciones de *decencia pública*, *escándalo público* y *orden y moral de las familias*, los cuales aparecen en otros tantos tipos”; y iii) “el sector ocupado por las incriminaciones tan impregnadas de cultura que su inserción en la legislación penal y su posterior permanencia, modificación o desaparición del derecho vigente se explica sólo en función de la evolución que, paralelamente, conocen las normas culturales correspondientes”⁶⁷¹.

La estrecha relación entre la norma cultural y el Derecho Penal que identifica Pérez de la Fuente coincide con el diagnóstico de Macías Caro quien niega la existencia de conflictos de deberes ante conflictos de motivación, porque son para este autor dos lados de una misma moneda. Más bien, “existen en el plano deontológico de las normas culturales, solo como conflictos de deberes, a los que prefiere denominar conflictos de normas y en el plano de la psique humana conflictos de motivación. La solución a los delitos culturales atañe a la aplicación del principio de personalidad de la responsabilidad penal, a nivel de dolo, culpabilidad e individualización de la pena”⁶⁷².

Ahora bien, Cristina de Maglie ha elaborado un trabajo potencialmente ilustrado de este fenómeno delictivo como parte de las sociedades globalizadas, para lo cual centra su atención en el contenido del concepto de los delitos culturalmente motivados en el propio de “cultura”, desde un enfoque antropológico jurídico de la relación entre el individuo y su identidad⁶⁷³, para entender la relación evolutiva y dinámica entre Derecho y cultura, así como las aportaciones ético-políticas del reconocimiento de Charles Taylor⁶⁷⁴ que permiten establecer los marcos

⁶⁷¹ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Los delitos culturalmente motivados”, op. cit. pp. 15 y 16. Respecto a la problemática límite entre los delincuentes por convicción y si los delitos culturales, recurre a las directrices trazadas por BAUCCELLS I LLADÓS, Joan, *La delincuencia por convicción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 110-116.

⁶⁷² MACÍAS CARO, Víctor Manuel, *Los «delitos culturales» a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales*, op. cit., pp. 128 y 129.

⁶⁷³ *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., pp. 56-58, esencialmente, con los estudios de Edward Tylor, James Clifford y Clifford Geertz.

⁶⁷⁴ *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., pp. 58-60

protectores universales de los derechos individuales y de la libertad, y simultáneamente, impone la satisfacción de las necesidades particulares que los individuos manifiestan como miembros de culturas específicas, y por último recurre a los postulados socioculturales de Kymlicka para entender la relación entre cultura y libertad individual⁶⁷⁵.

Una vez elaborado este devenir conceptual, corresponde centrar su atención en la noción penalmente relevante de cultura, el cual postula su dimensión dinámica, lo que generará el principal reto de los órganos jurisdiccionales en sociedades multiculturales que deberán acreditarlo en sede procesal, siempre en el contexto del factor cultural del grupo al que pertenece el individuo que ha cometido un delito y no propiamente la cultura del individuo. Esto coincide con la descripción de Foblets para quien los delitos culturales son un fenómeno que muestran un ámbito de pluralismo jurídico por las inconmensurables concepciones generadas en dos circunquies pueden producirse en dos particularidades concretas: i) “varios grupos normativos simultáneamente influyen a un individuo: aquí el conflicto de normas forma un elemento constitutivo de la personalidad del delincuente. Es el caso entre ciertos inmigrantes jóvenes de la segunda generación que están pobremente aculturados y *pobremente deculturados*”; y ii) “el individuo puede simplemente desconocer la norma del grupo que está intentado regular este comportamiento. En este caso, los elementos primarios de su personalidad derivan de un grupo cultural que no es familiar con las normas de comportamiento de la sociedad que establece el castigo. Es la experiencia de poblaciones colonizadas y de inmigrantes de primera generación”⁶⁷⁶.

Bajo estos esquemas explicativos de los factores culturales del individuo que es motivado para cometer un delito, Maglie propone definirlo como “un comportamiento realizado por un sujeto perteneciente a un grupo étnico minoritario que es considerado delito por las normas del sistema de la cultura dominante. El mismo comportamiento en la cultura del grupo al que pertenece el autor es por el contrario perdonado, aceptado como normal o aprobado o, en determinadas situaciones, incluso impuesto”⁶⁷⁷. A primera lectura esta propuesta conceptual parecería muy compleja, pero Maglie destaca los elementos fundamentales que deberán ser acreditados en sede procesal, lo dinámico (en su dimensión étnica), y el concepto de cultural al

⁶⁷⁵ *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 60 y s.

⁶⁷⁶ Citado por PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Los delitos culturalmente motivados”, op. cit., p. 4.

⁶⁷⁷ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 68.

grupo que se pertenece. Para ello, deben ser debidamente interpretados de manera normativa en cada supuesto de hecho, a fin de solventar las objeciones centradas “sobre los principios de precisión y taxatividad y evitar la problemática generada por la violación de estos principios que pueden surgir en el terreno de la prevención general y especial”⁶⁷⁸.

Bajo estas directrices identificatorias del concepto de delito culturalmente motivado, se examinará las diversas construcciones dogmáticas elaboradas para determinar la imposición o no de la pena⁶⁷⁹.

3.1. Tratamiento dogmático penal de los delitos cometidos por una motivación cultural.

La contravención de las normas penales por razones culturales diferente a los valores mayoritarios asumidos por el propio Estado en su legislación no ha deslegitimado el ejercicio del *ius puniendi*⁶⁸⁰. Esta idea desarrollada a lo largo de la investigación denota el reconocimiento a un derecho a la autodeterminación cultural previsto a nivel internacional y constitucional, no ha sido suficiente para atribuirle el carácter de un derecho absoluto⁶⁸¹. Sino la tendencia es ceder cuando se produce un conflicto o colisión con otros derechos fundamentales del mismo rango⁶⁸². Esto significa que la realización del derecho a la identidad cultural de los extranjeros o integrantes

⁶⁷⁸ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 68. En este sentido, véase las aportaciones constitucionales de Ferreres Comella, Víctor, *El Principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una Perspectiva Constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002.

⁶⁷⁹ Esto es necesario como paso previo al análisis de las herramientas dogmáticas que suelen aplicarse para la solución de estos delitos y al mismo tiempo proponer una alternativa dogmática penal para solventar las demandas de una justicia penal más incluyente. Esto es lo que se desarrollará en el Capítulo Sexto.

⁶⁸⁰ Cfr. BASILE, Fabio, *Inmigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, op. cit., pp. 48-54; HURTADO POZO, José y DU PUIT, Joseph, “Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general con respecto a la situación en el Perú”, *Derecho penal y pluralidad cultural*, Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú/Universidad de Friburgo Suiza, Lima, 2007, pp. 212-231; SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, “Principios y reglas como base para un modelo argumentativo intercultural de derecho penal”, *Multiculturalismo y derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 41-68; CISNEROS ÁVILA, Fátima, *Derecho penal y diversidad cultural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 186-191; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “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”, Ana Isabel Pérez Cepeda (Dir.), *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Tirant lo Blanch, Universidad de Salamanca, 2016, pp. 84-92; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “Diversidad cultural, género y sistema penal: hacia una reconsideración de los paradigmas dominantes”, Patricia Laurenzo Copello y Rafael Durán Muñoz (Coords.), *Diversidad cultural, género y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 550-567.

⁶⁸¹ Para mayor detenimiento, véase, *infra*, Capítulo Quinto, apartado 6 y 7.

⁶⁸² Véase, *supra*, Capítulo Segundo, apartado 5.2.1.

de pueblos originarios debe ejercerse en consonancia con el resto de la normatividad vigente, en especial, las normas jurídico-penales⁶⁸³.

Por el contrario, aplicar categorías dogmáticas sin la referencia al derecho a su cultura tiende a generar escenarios de discriminación, por ejemplo, la conformación del postulado de la inimputabilidad del indígena para no criminalizarlo, porque ante la ausencia de capacidad de culpabilidad habría que eximir la responsabilidad penal. Pero esta posición dogmática de tratar a un indígena que trasgrede la norma jurídico penal por motivos religiosos tendría efectos tendientes a criminalizar excepcionalmente la peligrosidad del sujeto si se pretendiera resolver mediante medidas de seguridad⁶⁸⁴.

Además, Meini añade otros factores importantes: i) que “no se advierte en el *extraneus* cultural algún grado de peligrosidad post-delictual que legitime la medida de seguridad; simplemente el ejercicio de su cosmovisión”; ii) “la capacidad de culpabilidad” cuando “se encuentra disminuida” el juez tiende a atenuar la pena, pero es absurdo aplicarlo a estos delitos culturales. Acorde al “principio de igualdad” prohíbe la imposibilidad de conceder un “trato privilegiado al imputable relativo por diversidad cultural”; iii) la “imposición de una pena al imputable relativo por diversidad cultural debería darse sin que ello suponga el incumplimiento de la obligación del Estado por integrar socialmente a la mayor cantidad de personas”; y iv) acorde al artículo 149 de la Constitución de Perú, “el respeto de los derechos fundamentales es un límite a la diversidad cultural”. Esta premisa conlleva a pensar que “cuando el *extraneus* cultural sea un inimputable absoluto, el Estado se encuentra en la obligación de reaccionar”, pero no significa que sea solo mediante la imposición de una pena⁶⁸⁵.

⁶⁸³ Véase, *infra*, Capítulo Cuarto, apartado 4.2.2.

⁶⁸⁴ Al respecto, véanse, ARMANZA ARMANZA, Emilio José, *El tratamiento penal del delincente imputable peligroso*, Comares, Granada, 2013, en particular, Capítulo IV; SANTOS REQUENA, Agustín-Alejandro, *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Comares, Granada, 2001, pp. 133-180; LEAL MEDINA, Julio, *Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 45 y ss.; MARTÍNEZ GUERRA, Amparo, *Nuevas tendencias policriminales en la función de las medidas de seguridad*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 33-56; URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicable a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Comares, Granada, 2009, en especial, Capítulo I; ALVAREZ DOYLE, Daniel, *La nueva peligrosidad criminal medidas de seguridad pospenitenciarias para delincentes imputables*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2009, pp. 15-54.

⁶⁸⁵ Para MEINI, Iván, “Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, No. 62, 2009, pp. 47-49, que el artículo 15 del Código Penal de Perú “tenga la consecuencia jurídica que tiene, induce a pensar que la voluntad del legislador fue, efectivamente, la de regular una modalidad de error sobre la ilicitud. Pero dicha voluntad no es un criterio que condicione la interpretación jurídica”.

La principal aportación crítica que plantea Meini a la posición de relacionar los delitos culturales motivados con la inimputabilidad está en implementar una política de Derecho Penal de autor que busca sancionar a alguien por la peligrosidad que representa y no por el hecho cometido y vulnerado algún otro derecho fundamental⁶⁸⁶. Para Hurtado Pozo como Zaffaroni advierten que esta cosmovisión dogmática resulta inapropiada, porque en realidad una persona “indígena no está actuando por error, sino en base a pautas culturales” diferentes⁶⁸⁷. Por eso, se tiene que “contemplar las particularidades de la cultura indígena” acorde al evento criminal cometido, siempre respetando sus derechos culturales⁶⁸⁸.

Por su parte, Olaizola argumento paralelamente a la luz del artículo 20.1º del Código Penal de España, al entender que la apreciación de anomalía o alteración psíquica permanentes o pasajeras del sujeto, para considerar estas clases de delitos con cometidos por tener anuladas o perturbadas sus facultades mentales es inaplicable⁶⁸⁹. Si “un sujeto sea declarado inimputable a pesar de no tener anomalía mental, sensorial u orgánica de ningún tipo” sería arbitrario. Para esto, habría que advertir que la diversidad cultural es la causa de colocar a una persona en una condición de “incomunicación que tuviera como consecuencia una comprensión gravemente distorsionada de la realidad”. Por ello, no resulta suficiente que denote una condición de extranjero o “se haya educado en una cultura diferente, sino que es preciso que dicha educación, el entorno en el que se desarrolla mueve, la situación de aislamiento respecto a la sociedad de acogida o la discrepancia profunda entre sus valores y los de la sociedad de acogida hagan que el sujeto tenga gravemente alterada la conciencia de la realidad”⁶⁹⁰.

Aunque Olaizola Nogales reconoce la viabilidad de aceptar aquellos casos donde una persona se encuentra con su percepción alterada por esta diversidad cultural y “ello le impide

⁶⁸⁶ MEINI, Iván, “Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal”, op. cit., p. 50.

⁶⁸⁷ HURTADO POZO, José “El indígena ante el Derecho penal: el caso peruano”, AAVV., *La ciencia penal en el umbral del Siglo XXI*, CEPOLCRIM, México, 2001, p. 40; ZAFFARONI, Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, 2ª, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 738.

⁶⁸⁸ Al respecto, FERRÉ OLIVE, Juan Carlos, “Diversidad cultural y sistema penal”, op. cit., pp. 42, explica que los jueces penales deben tomar en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas, sus características económicas, sociales y culturales para basar sus resoluciones, conforme lo previsto en la Convención 169 de la OIT.

⁶⁸⁹ OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, op. cit., p. 16.

⁶⁹⁰ OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, op. cit., p. 19.

tener conciencia de la realidad, se puede afirmar que su cultura, los valores en los que ha sido educado chocan directamente con la cultura y los valores de la sociedad de acogida”. Pero no guarda sincronía con la idea de que esa persona denote alguna anomalía, sino que su educación “y los valores, que le han inculcado desde la infancia, le impiden tener conciencia de la realidad social, cultural y normativa, llegando a un comportamiento incompatible con los fundamentos de la sociedad de acogida que no está dispuesta a transigir con esos comportamientos”⁶⁹¹.

Por lo anterior, la autora afirma que la “conducta es peligrosa y que es necesario que el sujeto cambie su forma de percibir el mundo, puesto que si su comportamiento supone una violación grave de bienes jurídicos fundamentales podremos afirmar que, desde nuestra perspectiva, su forma de comprender el mundo es deficitaria y por ello consideramos que la conducta del sujeto” constituye un delito grave⁶⁹². Esto en tanto, no sea aceptable que el derecho a la diversidad cultural sea un derecho absoluto.

En el supuesto de que la medida de seguridad sea aplicable, su único alcance es de una connotación educativa, en ningún caso deberá ser de índole médica. Ello responde a impulsar el factor pedagógico que permita a la persona comprender que en la sociedad donde se encuentra los valores establecidos son límites infranqueables que no se pueden contravenir bajo la excusa de su tradición o cultura, y de ninguna otra⁶⁹³.

Para afrontar estas propuestas dogmáticas inapropiadas a nivel de culpabilidad, otro sector doctrinario ha enfatizado el papel del error de prohibición para la valoración de los casos de delitos culturalmente motivados⁶⁹⁴, que ofrece un marco de legalidad y respeto al principio de igualdad penal ante la ley. Sobre todo, porque que permite identificar cuando el sujeto que realiza su conducta contraria a la norma jurídico penal fue sin conciencia o conocimiento de dicha prohibición⁶⁹⁵. Esto es así, porque en realidad el “error de prohibición no afecta al injusto típico”,

⁶⁹¹ OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, op. cit., p. 21.

⁶⁹² OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, op. cit., p. 21.

⁶⁹³ OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, op. cit., p. 22.

⁶⁹⁴ Un intento de reforzar esta nueva visión garantista penal ante la diversidad cultural, CHIMBO VILACORTE, Diego Fernando, “El error de prohibición en la justicia indígena”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, volumen XXXVII, número 103, julio-diciembre, 2016, p. 38, quien sostiene la importancia que ocupa la figura del error de prohibición, para los delitos culturales por considerarla como la única fuente de derecho en la cultura indígena.

⁶⁹⁵ Para CÓRDOBA, Fernando Jorge, *La evitabilidad del error de prohibición*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 25 y 26, la evitabilidad del error de prohibición requiere, acorde a la doctrina alemana que la persona tuvo que haber

incluso no modifica “al dolo ni a la imprudencia”, solamente habrá de disminuir o excluir la culpabilidad. Por eso, Olaizola Nogales explica que la evitabilidad o inevitabilidad es puramente subjetivo-individual⁶⁹⁶.

En este sentido, Felip I Saborit refiere que, “a falta de motivos concretos que puedan hacer creer lo contrario, lo lógico es llegar a la conclusión de que, en la mayoría de los hechos, el sujeto es consciente de la antijuridicidad, elemento que, por lo demás, suele exteriorizarse a través de la propia actitud del sujeto”⁶⁹⁷.

Para Zaffaroni el error de prohibición puede expresarse, entre otras formas, como un “error de comprensión”, porque “el error de prohibición directo no se agota en los casos en que hay desconocimiento de la existencia de la prohibición o de su alcance”. Además, abarca “el caso en que, existiendo este conocimiento, el error determina únicamente la falta de comprensión”. Por ejemplo, “el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele su comprensión, es decir, su introyección o internalización como parte de su rango valorativo”⁶⁹⁸.

Bajo estas directrices, el error de prohibición de comprensión “culturalmente condicionado al sujeto que conoce la norma prohibitiva”, pero que se encuentra en posibilidades de interiorizarla “por razones culturales”, por lo general no se le podrá reprochar esa falta de interiorización (comprensión)⁶⁹⁹. Por ejemplo, la persona que ha “nacido y crecido en una comunidad indígena” donde sus patrones culturales propios en las inhumaciones conforme a sus costumbres contravienen a las leyes vigentes del Estado donde se encuentra. Si bien, puede conocer la prohibición de esa conducta por el riesgo a contraer enfermedades peligrosas, “no está en condiciones de comprender la antijuridicidad” de su comportamiento. Su conducta

dispuesto alguna razón para verificar la licitud de su comportamiento, así como los medios disponibles para adquirir ese conocimiento de lo ilícito; por otro lado, que le fuera exigible recurrir a esos medios disponibles para lograr el conocimiento de la ilicitud; y finalmente, en el caso de haber omitido dato alguno, aún y cuando lo pudiera haber hecho, se debe comprobar que esa información omitida hubiera producido al conocimiento de la prohibición.

⁶⁹⁶ OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007, p. 47.

⁶⁹⁷ FELIP I SABORIT, David, *Error Iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2000, p. 193. Sobre este punto, parece “lógico que el propio acusado deba ser quien presente elementos que induzcan a la duda y desmorone la apariencia de conocimiento de la antijuridicidad misma de una persona socializada y sin problemas de imputabilidad que realiza una conducta típica”.

⁶⁹⁸ ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de derecho penal, Tomo IV*, EDIAR, Buenos Aires, 1987, p. 200.

⁶⁹⁹ ZAFFARONI, Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, op. cit.,

apegada a los rituales funerarios que su comunidad practica le resulta ínfimo. Por consiguiente, no hay circunstancias favorables para exigirle comprender de otra forma estas conductas ancestrales⁷⁰⁰.

Siguiendo a Zaffaroni, Meini advierte que el error de comprensión culturalmente condicionada se aplicará “cuando la diversidad cultural o cultura condicionante es un factor para la no exigibilidad de la comprensión de la antijuridicidad del comportamiento por parte de la persona”. Por consiguiente, es factible que, en otros casos, por ejemplo, cuando “los miembros de la cultura Ahuca, en el oriente del Ecuador, creen que el hombre blanco les atacará cuando los vea, por lo que creen actuar en legítima defensa de su vida adelantándose al presunto ataque”. Este caso, en realidad “el error culturalmente condicionado no afecta a la comprensión, sino a la justificación; no es pues un error de comprensión culturalmente condicionado”⁷⁰¹.

Otro supuesto es el actuar de los médicos de una determinada cultura quienes “pueden tener un conocimiento fallido o falso sobre la causalidad, y, cuando creen curar con extrañísimos ungüentos”. Esto en realidad habrá de ocasionar lesiones o la propia muerte. Aquí, el “error culturalmente condicionado no afecta la comprensión” de la culpabilidad, sino en realidad “al conocimiento de la causalidad”. Por lo que en realidad el error es a nivel de tipo⁷⁰².

En este sentido, Zaffaroni habrá de defender que la categoría del error de comprensión es la exclusiva salida que permitirá evitar la descabellada “teoría de que los indígenas son inimputables o que se hallan en estado peligroso”, solo porque esta idea sea solo: “hija de un etnocentrismo inadmisibles, que desprecia por inferiores a las culturas indígenas, el indígena puede ser inimputable por las mismas causas que puede serlo el que no es indígena, pero nos negamos rotundamente a considerarlo inimputable por el hecho de pertenecer a otra cultura. La única razón que puede justificar semejante actitud es la de asumir la posición de conquistador y considerar que nuestra propia cultura es superior y que las restantes deben desaparecer por inferiores, presentando también la condición de inferiores sus integrantes mientras la compartan.

⁷⁰⁰ ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de derecho penal, Tomo IV*, op. cit., p. 200.

⁷⁰¹ MEINI, Iván, “Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal”, op. cit., p. 24.

⁷⁰² ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de derecho penal, Tomo IV*, op. cit., p. 201.

Semejante criterio no puede ser más brutal a la luz de una mínima consideración de la dignidad humana, sería inadmisibles entre nosotros, por afectar el principio de igualdad ante la ley”⁷⁰³.

Sobre la propuesta de Zaffaroni, Reston refiere que si bien el Estado al asumir parámetros valorativos tiene la aspiración de que sean aceptados en tanto los considera expresión de bases compartidas por la mayoría de sociedad, no puede imponer tales valores a quienes no los consideran propios, para gobernar su propia vida, pero sí puede tener el anhelo de que sean aceptados como modos de asegurar mínimamente la convivencia pacífica colectiva. Si el no reconocimiento de esos valores se concreta en una conducta penalmente relevante y que además supera las barreras de lo tolerable, habrá que apelar a la respuesta penal. Por tanto, su punto de vista sobre ese particular es que la “conciencia de la antijuridicidad” no podrá pender de “la conciencia individual”, puesto que ello importaría “dejar librada la vigencia del derecho” a cada sujeto. Así, no toda objeción de conciencia por razones morales, políticas o religiosas puede resultar idónea para pretender la “existencia de un error de prohibición”. Aquella solo tendrá relevancia cuando conduzca al sujeto a pensar erróneamente la actualización de una causa de justificación no validada por el derecho⁷⁰⁴.

Ahora bien, uno de los criterios que con carácter general se suele esgrimir para aceptar o no la existencia de un error de prohibición en los delitos culturales es el denominado error condicionado por factores propios de la identidad de una persona que pertenece a un grupo minoritario con valores exclusivos e intransferibles a otras culturas⁷⁰⁵. Es por ello necesario apuntar que el análisis dogmático de los delitos culturalmente motivados deberá hacerse caso por caso. Para determinar el castigo a imponer a la persona que quebranto sin comprender el valor prohibitivo de la norma jurídico penal por razones culturales (agresión sexual, homicidio, lesiones, secuestro, entre otros), deberá atender a estas condiciones particulares que lo distingue de otros casos cometidos de violencia física o más específico de género. Así, Vázquez González propone excluir de responsabilidad penal a las madres, quienes por lo general son obligadas o están coaccionadas, o carecen de libertad para decidir de una manera distinta, por sus situaciones

⁷⁰³ ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de derecho penal, Tomo IV*, op. cit., p. 203.

⁷⁰⁴ RESTON, María Inés, *Delito y diversidad cultural. Una propuesta de solución para los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa*, op. cit., p. 668.

⁷⁰⁵ Así, OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, op. cit., p. 132.

condicionadas por el entorno social de su grupo. A ellas se les debiera considerar víctimas del contexto⁷⁰⁶. Por ejemplo, las prácticas de naturaleza religiosa en África tienden a influir creencias al ejercicio de la medicina oficial estatal, lo que repercute en el concepto de salud condicionarlo a un marco valorativo de costumbres o usos culturales de la sociedad para implicar tales prácticas a nivel colectivo⁷⁰⁷.

Otro terreno trabajado por la doctrina es ubicar la motivación cultural en el contexto de la determinación de la pena. Aquí Sanz Mulas expone es un escenario favorable para conceder al autor cultural un trato favorable, sobre todo en los delitos que identifica como “alta ofensividad”, en los que no resultaría viable acudir a criterios de justificación⁷⁰⁸.

Esto responde por el hecho de pertenecer a una cultura específica tiende a variar la imposición de la pena. O también puede suceder a la inversa según lo denuncia Maglie porque puede mostrar una alta capacidad criminal de su autor, ante la presión de su cultura de origen y la imposibilidad o capacidad de liberarse de la influencia de su tradición, lo que finalmente traería una desfavorable valoración judicial⁷⁰⁹.

Por su parte, Macias Caro sostiene “que la circunstancia de haber sido socializado en valores minoritarios no deba ser tenida en cuenta a efectos atenuantes en la fase de determinación de la pena”⁷¹⁰. Cabe precisar que la discusión sobre la determinación de la pena en los delitos culturalmente motivados será analizada con mayor detenimiento más adelante⁷¹¹.

Siguiendo con el trabajo de Macias Caro, analiza también las implicaciones de estos delitos culturales a nivel de la inexigibilidad de otra conducta en general⁷¹², “como un conflicto

⁷⁰⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, pp. 124 y 125.

⁷⁰⁷ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, “Viejos ritos, nuevos conflictos: la circuncisión masculina. Estado de la cuestión”, Jesús Bernal del Castillo (Dir.), *Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 158.

⁷⁰⁸ SANZ MULAS, Nieves, *Delitos culturalmente motivados*, op. cit., p. 110.

⁷⁰⁹ MAGLIE, Cristina de, *Delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 260.

⁷¹⁰ MACIAS CARO, Víctor Manuel, *Los «delitos culturales» a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales*, tesis doctoral, inédita, Huelva, 2014, p. 255.

⁷¹¹ Véase, *infra*, Capítulo Quinto, apartado 5.2.

⁷¹² Para mayor detenimiento sobre la inexigibilidad, véanse por todos, AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Comares, Granada, 2004; MELENDO PARDOS, Mariano, *El concepto material de*

de deberes impropio”. Toda vez que no resulta “culpable el autor de un hecho antijurídico si no le fuera exigible una conducta alternativa al delito”. En tanto dice Macías Caro este bajo “la situación excepcional en la que un hombre medio hubiera hecho lo mismo”, o bien, “no se le podría haber exigido que hiciera otra cosa distinta”⁷¹³.

Pero en los delitos culturales explica Macías Caro el conflicto motivacional “adquiere relevancia la figura del conflicto de deberes impropio” por identificar “una antinomia entre la norma del ordenamiento jurídico y otra que pertenece a un ordenamiento diverso o a un sistema” moral⁷¹⁴.

Para Macías Caro la inexigibilidad se encuentra el punto fuerte de los delitos culturalmente motivados porque, quien comete un delito cultural se ubica en el centro del conflicto producido entre el “deber jurídico de respetar la prescripción derivada de la norma jurídico-penal” y “el deber de respetar la norma cultural”⁷¹⁵.

Además, considera el autor que “la eventual menor exigibilidad se basaría en que es más difícil la formación de una determinación motivacional conforme a las exigencias del ordenamiento para quien se haya socializado en valores culturales diversos”⁷¹⁶.

Llegados a este punto, corresponde exponer una tipología sobre los comportamientos que han sido identificados como delitos culturalmente motivados y adicionalmente, se elaborará una serie de casos que estarían en situaciones límite.

4. Tipología de los delitos culturalmente motivados.

culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas, Comares, Granada, 2002.

⁷¹³ MACIAS CARO, Víctor Manuel, *Los «delitos culturales» a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales*, op. cit., p. 247.

⁷¹⁴ MACIAS CARO, Víctor Manuel, *Los «delitos culturales» a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales*, op. cit., p. 247. Sobre el particular, consúltese, *supra*, Capítulo Segundo, apartado 4.

⁷¹⁵ Para profundizar sobre la doctrina de los conflictos o colisión de deberes, véase por todos, COCA VILA, Ivó, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, Barcelona, 2016; el mismo, “La colisión entre razones de obligación en Derecho penal. Bases para una revisión del concepto y de los fundamentos de disolución de la colisión de deberes jurídico-penal”, *InDret*, 2/2017.

⁷¹⁶ MACIAS CARO, Víctor Manuel, *Los «delitos culturales» a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales*, op. cit., pp. 247 y 248.

En este apartado se analizarán las diversas formas identificadas como un delito culturalmente motivado, y que han sido objeto de distinto tratamiento jurídico penal, para ello propongo clasificarlos en delitos culturales por razones de género, delitos culturalmente motivados sin perspectivas de género, delitos culturalmente motivado sin víctimas y casos de criminalidad cultural y criminal común.

4.1. Delitos culturales por razones de género.

4.1.1. Casos contra el honor.

Una ciudadana americana nacida japonesa, Fukimo Kimura, quien vivió muchos años en ese país, decide en 1985 arrojar a su hijo en una playa del océano Pacífico con sus dos hijos de cuatro años y seis meses quienes fallecieron en un hospital, y solamente Kimura sobrevivió gracias a la intervención de los socorristas. Por estos hechos, se le atribuyó el delito de homicidio en primer grado, correspondiéndole la pena de muerte, cadena perpetua o prisión no menor de veinticinco años acorde con el artículo 190 del Código Penal de California.

Durante el interrogatorio Kimura alude a la infidelidad de su marido en los últimos tres años, por lo que ha destruido su matrimonio y provocándole la sensación del fracaso total como persona y a lo largo del juicio destaca el dato de haberse encontrado aislada del contexto social, entre otros detalles, no sabía conducir o algún familiar⁷¹⁷. De ahí que, Kimura haya realizado el llamado «*oyako-shinju*» o suicidio paterno-filial, prohibido en Japón, y considerado un homicidio involuntario, con penas leves e imponiéndose una medida rehabilitadora, continúa su práctica en menor medida, para resolver ciertas situaciones intolerables, en este caso por honor.

⁷¹⁷ Para MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 113, esta noticia del homicidio se difunde rápidamente por la comunidad japonesa residente en los Estados Unidos y provoca una reacción unánime. El caso fue tan comentado que en tan pocos días, fueron recabadas alrededor de 25.000 firmas para apoyar una petición dirigida al fiscal del distrito de Los Ángeles, para que fuera aplicado un tratamiento “suave” hacia la Sra. Kimura. El texto de la petición comienza resaltando “cómo la cultura japonesa ha mantenido tradicionalmente un gran respeto por la autoridad y la ley americana”. Además, se “ha demostrado el bajo porcentaje de delitos cometidos por sus miembros”. En este sentido, se afirma que las acciones de la imputada son “el resultado de profundos problemas mentales y emocionales, agravados por el estrés familiar y por el aislamiento social” y, por tanto, “las raíces de su cultura japonesa han regido su problemático comportamiento”.

Una vez desarrollado el juicio, la defensa pretendió destacar el argumento de su origen cultural y describir el rito «*oyako-shinju*», en aras de contextualizar que la madre usualmente es quien lo pone en práctica y, en este caso no los hijos, como castigo al esposo por su infidelidad, para no perder la respetabilidad y el prestigio social. Toda vez que este ritual le da la oportunidad a Kimura de preservar a sus hijos con ella por siempre y no dejarlos huérfanos por ser considerados unos desadaptados y se les orilla a la marginación.

Pero el fiscal, aprovecha la finalidad de esta práctica oriental, lo cual facilita acreditar mediante diversas pruebas, el elemento intencional de su conducta contra los menores para matarlos. Lo que provocó una compleja trama probatoria al tener que intervenir seis psiquiatras forenses, debido al argumento de que estaba la acusada de tener en el momento de los hechos una profunda alteración de sus facultades mentales (trastorno mental transitorio), lo que puso en la balanza probatoria el factor cultural con la *insanity defense*. Finalmente, la sentencia impuesta consistió en una reducción de *murder* a *voluntary manslaughter*, gracias al *plea bargaining* la pena impuesta fue de un año de prisión y cinco más de *probation*, y paralelamente, se le recomendó una terapia psiquiátrica de apoyo⁷¹⁸.

Por otro lado, el caso *N. contra Suecia* conocido por “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consistió en que la demandante afgana, llegó a Suecia con su marido en 2004 y sus solicitudes de asilo fueron rechazadas más de una vez. En 2005 la demandante se separó de su marido. En 2008 los tribunales suecos rechazaron su solicitud de divorcio por no tener potestad para disolver el matrimonio mientras ella residiera de forma irregular en el país. Su marido informó al juzgado de que se oponía al divorcio. La demandante volvió a insistir al Consejo de Migración sueco se volviera a evaluar su petición para evitar su expulsión, alegando que se arriesgaba a la pena de muerte en Afganistán, ya que había cometido adulterio tras iniciar una relación con un sueco y que su familia la había rechazado”. El Tribunal Europeo entendió que su expulsión a Afganistán pondría en peligro su vida⁷¹⁹.

⁷¹⁸ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 114.

⁷¹⁹ SOLANES CORELLA, Ángeles, *Derechos y culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, op. cit., p. 380.

Otro asunto fue *Souad*, una campesina cisjordana de diecisiete años, quien quedó embarazada sin estar casada, “para “salvar el honor de la familia”, su cuñado le arrojó gasolina y le prendió fuego. La muchacha salió huyendo en llamas y unas vecinas le llevaron al hospital. Al visitarla, su madre le ofreció un vaso de agua con veneno. Un médico lo vio y le salvó. *Jaqueline Thibault*, de la ONG *Terre de Hommes*, con ayuda de un médico palestino, convenció a los padres de Souad de que, ya que iba a morir, mejor que muriese lejos. De este modo, consiguió un salvoconducto israelí, refugiándose en un país europeo. Ha sido sometida ya a 27 operaciones para eliminar las manchas en el cuello y cara”⁷²⁰.

En el mismo rubro, se registró el caso de Don Lu Chen, ciudadano chino que había emigrado poco más de un año a Nueva York antes de septiembre de 1987, fecha en la que mató a su mujer golpeándola con un martillo, toda vez que ella le confesaría haber mantenido una relación extraconyugal. Por este hecho se le imputó *murder* en segundo grado.

La defensa presentó los alegatos en dos direcciones, por un lado, obtener una reducción de la pena de *murder* a *voluntary manslaughter*, que trasciende hasta veinticinco años de prisión, así como la *excuse* de la *provocation*, basada en la consideración de que Chen, en ese momento, actuó en un imprevisible ímpetu pasional y emotivo (*heat of passion*), motivado por el comportamiento infiel de su esposa⁷²¹. Y, por otro lado, se intentó disminuir de la *voluntary manslaughter* a *involuntary manslaughter*, ya que el imputado no tenía la intención de matar.

Para ello, la defensa invocó la cultura originaria del acusado, así, se incluyó en las pruebas a su favor una opinión de un antropólogo, quien refirió a las “presiones culturales” del grupo de pertenencia, porque en China es inaceptable que una mujer traicione a su marido, y si no reaccionaba sería considerado débil y fracasado, aunado a que el imputado se encontraba viviendo con otros ciudadanos chinos, de ahí se alegó como única opción era el homicidio de su mujer para evitar su estigma de la comunidad de origen.

⁷²⁰ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *El extranjero frente al derecho penal. el error de prohibición y su incidencia en la culpabilidad*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 36.

⁷²¹ Las referencias doctrinales sobre el supuesto de la provocación son enunciadas por MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados*, p. 115, nota al pie 41

En la deliberación del juez Pinkus expresó «Dong Lu Chen es producto de su cultura [...]. La cultura no excluye la responsabilidad, pero es algo que lo ha hecho sucumbir más fácilmente. Ha sido un factor desencadenante», por ello se le condenó a un homicidio de segundo grado y sometido sin pena de prisión a cinco años de *probation*⁷²².

El caso *Bui v. State*, en el que “un vietnamita, inmigrante en Alabama, después de haber matado a sus tres hijos y de haber intentado el suicidio en relación al adulterio de la mujer, invocó, también en vano, y fue condenado de hecho a muerte, las tradiciones de su cultura de origen en materia de relaciones familiares en el ámbito de su defensa basada en reconocer las *defenses* de la *provocation* y de la *volitional insanity*”⁷²³.

Igualmente, el caso *Opuz contra Turquía* estudiado por el “Tribunal Europeo de Derechos Humanos consistió en que la demandante y su madre fueron agredidas durante varios años por el marido de la demandante. Finalmente, el marido apuñaló a su esposa siete veces, y ambas mujeres interpusieron diferente denuncia, alegando que sus vidas corrían peligro. Sin embargo, el marido solo fue interrogado y puesto en libertad al final. Al intentar marcharse las dos mujeres, el marido mató a tiros a su suegra, alegando que había atentado contra su honor. Solo por ese hecho, fue procesado por asesinato y condenado a cadena perpetua pero puesto en libertad, pendiente del enjuiciamiento de su recurso, mientras que su mujer afirmaba que continuaba amenazándola”⁷²⁴.

Otro caso distinto se tiene registro por Julián “de etnia gitana, teniendo conocimiento de la infidelidad de su esposa y actuando conforme a lo que él considera el “Código de honor” de su raza, atacó un día, con un cuchillo de grandes dimensiones, a su esposa y a su presunto amante, cuando ambos salían de un hotel, hiriéndolos gravemente”⁷²⁵.

Ahora bien, el caso más opinión ha merecido en los medios de comunicación italianos es el de Hina Saleem, al reconocerse que el honor es un valor preponderante en las sociedades

⁷²² MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 116.

⁷²³ ROCA DE AGAPITO, Luis, “Delitos culturalmente motivados”, op. cit., p. 197.

⁷²⁴ SOLANES CORELLA, Ángeles, *Derechos y culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, op. cit., p. 379.

⁷²⁵ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *El extranjero frente al derecho penal*, op. cit., p. 36.

islámicas, lo cual implica en la mujer fracasada socialmente por perder el honor, incluso por causas externas (una violación), las consecuencias de la vergüenza incluyen a toda la familia. La solución para restaurar su honor puede ser el homicidio.

Por estas particularidades sociológicas de la cultura islámica, en el asesinato de Hina Saleem de veinte años y origen pakistaní, cometido por su propio padre y familiares cercanos, pone en el centro de la atención occidental, este dramático asesinato por motivos culturales, quien fuera sepultada en el jardín de la casa, con la cabeza dirigida hacia La Meca, por el padre y por los tíos, que han querido castigarla por haberse evadido del código ético de sus antepasados al haber elegido un estilo de vida occidental y, entre otras cosas, ir a convivir con un chico italiano, renegando así de las reglas de la tradición. Finalmente, el padre es condenado por homicidio premeditado con las agravantes previstas por los arts. 577 y 61.1 del CP Italiano. No se le da relevancia a su cultura de origen con la finalidad de mitigar la pena⁷²⁶.

Al respecto, Maglie abona a esta tendencia cultural de la legalidad del honor estar muy arraigada en Pakistán, más que en los otros países islámicos. El prestigio social de la familia depende de la honorabilidad de la mujer y además, el concepto de honor guarda relación a su comportamiento sexual. Por eso, el respeto de los hombres de la familia se concibe como algo que está encerrado y expresado en el cuerpo femenino. Por desgracia, la reacción más comúnmente y permitida para conseguir este resultado es el llamado *honor killing*, difundido con diferentes nombres en la cultura de todos los grupos étnicos distribuidos en las cuatro provincias de Pakistán. En este sentido, el *honor killing* es considerada una tradición que ha penetrado tanto en la cultura del país, que recibe un tratamiento favorable también en el plano legislativo. Por ejemplo, hasta 1990 el homicidio por causa de honor fue considerado un supuesto que podía subsumirse en la *defense* prevista en el art. 300 (1) del Código penal paquistaní. Para ello, la prueba de la existencia de una “grave y repentina provocación” producía una atenuación en el delito de *murder a manslaughter* y dejar fundamentalmente impune al autor. Posteriormente, “la *Quisas y Diyat Law* de 1991 y la *Criminal Law Amendment Bill* de 2004 eliminaron solo formalmente la causa de honor del sistema y el tratamiento favorable conectado a la misma para el homicidio, y es que

⁷²⁶ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 92.

la práctica del *honor killing* sobrevive todavía en los hechos y está bien enraizada en la mentalidad y cultura de los grupos étnicos de todo el país”⁷²⁷.

Asimismo, en Inglaterra un tribunal emitió sentencia en 1999, al juzgar el caso de una joven mujer de origen paquistaní que fue estrangulada por su hermano con el auxilio de la madre porque rehusó interrumpir el embarazo concebido en una relación extraconyugal tenida con un compañero del colegio, mientras su marido se encontraba en Pakistán. Los imputados para ello, invocaron la eximente de la provocación, basada en factores religiosos y culturales, pero el jurado desestimó la petición y los condenó a cadena perpetua por asesinato⁷²⁸.

Por último, el caso D.N.M contra Suecia y S.A. contra Suecia analizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos presentaron una solicitud de asilo, bajo el argumento de que si eran devueltos a Irak, serían víctimas de un crimen de honor, debido a que habían mantenido ambos una relación, con una mujer respectivamente reprobada por su familia, pero el TEDH desestimó su demanda por considerar que podrían razonablemente instalarse en otras regiones de Irak, a pesar de conocer indicios que implicaban un riesgo real para sus vidas⁷²⁹.

4.1.2. Casos contra el libre desarrollo sexual.

4.1.2.1. Mutilación genital femenina.

La práctica de la mutilación genital femenina recibe este nombre de manera genérica porque implica la extirpación total o parcial de los genitales externos de las niñas y mujeres por razones culturales, religiosas o por tradición. La presión social para su realización es reiterada, que las mujeres se sienten amenazadas con el rechazo y el aislamiento si no siguen la tradición.

Para ello, “el tipo de mutilación, la edad y la forma en que se lleva a cabo depende de factores como el grupo étnico al que pertenece la niña, el país en el que vive, su origen

⁷²⁷ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 95.

⁷²⁸ BASILE, Fabio, “El derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en particular, las mutilaciones genitales femeninas)”, op. cit., pp. 1864 y 1865.

⁷²⁹ SOLANES CORELLA, Ángeles, *Derechos y culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, op. cit., p. 382.

socioeconómico, o si vive en un área rural o urbana”⁷³⁰. Esta práctica tradicional es recurrente “en numerosos grupos sociales, repartidos a lo largo de 28 países de África y Oriente Medio, con significativas variaciones en cuanto a las modalidades practicadas, la edad y su prevalencia entre las mujeres del grupo, tratándose de prácticas definidas por un marcado componente identitario de pertenencia al grupo social y que condicionan de un modo inevitable la efectiva integración de las mujeres en el grupo y sus expectativas de desarrollo”⁷³¹.

Esta práctica social, cultural y religiosa que explica la mutilación genital femenina es recibida y valorada por los tribunales de justicia de forma distinta a los delitos de honor que han sido enunciados anteriormente⁷³², al encontrar otro escenario susceptible de argumentar la protección de las mujeres frente a esta práctica que en algunos países es reconocida como una conducta delictiva y parte fundamental de la conceptualización de los delitos culturalmente motivados.

El caso de Abdul, un padre gambiano acudió a la “Sección de Cirugía pediátrica” en un hospital de Girona, pidiéndole a una doctora que le practicara la ablación a su pequeña hija⁷³³, y en opinión de la doctora, el inmigrante al leer el anuncio de cirugía pediátrica pensó haber llegado al lugar adecuado⁷³⁴.

Otro supuesto fue por la denuncia presentada por “médicos de atención primaria de Santa Catarina d’Aro por mutilaciones de cuatro hermanas de entre cuatro y trece años nacidas en España y residentes en Girona fueron sometidas durante el verano de 2001, a mutilaciones genitales durante un viaje realizado a Gambia (país de origen de sus padres)”.

⁷³⁰ Así, SANZ MULAS, Nieves, “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, op. cit., p. 26.

⁷³¹ Sobre los mitos para legitimar esta práctica, véase, TORRES FERNÁNDEZ, Ma. Elena, “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, p. 12.

⁷³² MARCHAL ESCALONA, Nuria, “La mutilación genital femenina: ¿Una nueva forma de esclavitud contemporánea? Retos y oportunidades”, Esteban Pérez Alonso, *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 960, explica que la persecución de esta práctica ha sido abordada por los legisladores de los diversos países europeos con fórmulas jurídicas diferentes. Por ejemplo, como un delito de lesiones han sido Francia, Alemania, Grecia, Holanda, Finlandia, Irlanda, Luxemburgo y Portugal. Mediante una nueva normativa especial para sancionar la mutilación genital femenina, ha sido en Suecia o Reino Unido. Y con una adaptación de los códigos penales incluyendo un delito singular que tipificase las mutilaciones ha ocurrido en Bélgica, Austria, Dinamarca, Italia y España.

⁷³³ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *El extranjero frente al derecho penal*, op. cit., p. 36.

⁷³⁴ JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 575, nota 272.

Sin embargo, aún y con la evidencia descubierta por un médico, y que una juez iniciara diligencias de investigación en contra de los padres por la imputación de un “delito de lesiones”, el expediente aperturado finalmente fue archivada, “porque la ley española impide perseguir este tipo de delitos si son cometidos en el extranjero por extranjeros”, aludiendo que fueron los abuelos gambianos fueron los que idearon y organizaron la mutilación⁷³⁵.

Respecto al caso “el compromiso de Seattle”, donde reciden alrededor de 3,500 somalís que fueron identificados como “inmigrantes” y “refugiados”, quienes practican la tradición de “circuncidar a los hombres y también a las mujeres mediante el rito de la mutilación. Con la finalidad de ponerle un alto a esta última práctica, los directivos del hospital ciudadano de Harboview, en 1996, propusieron la realización de una intervención quirúrgica simbólica que respondiera a los motivos religiosos y culturales pero que no implicara un daño para la integridad física de las mujeres. El objetivo era evitar que las niñas menores fueran sometidas a mutilaciones genitales con consecuencias permanentes”. Finalmente, esta propuesta no prosperó⁷³⁶.

4.1.2.2. Matrimonio forzado con menores de edad.

Los matrimonios forzados han sido una práctica reconocida a nivel internacional, de manera más evidente, en el Norte de África, Oriente próximo y Oriente medio, Asia meridional, América Latina y algunos colectivos de etnia gitana,⁷³⁷ aún y cuando se ha reconocido que esto representa una oposición a la libertad de las mujeres para decidir conscientemente con quien casarse. Además, se suma el factor de la edad, donde las mujeres muy jóvenes, o incluso, desde niñas son comprometidas, ofrecidas o dadas a un adulto para contraer el matrimonio por determinados acuerdos preestablecidos entre familias sin dar la mínima posibilidad a la mujer de

⁷³⁵ El País, 8 de junio de 2002. Para ahondar sobre las implicaciones penales y la mutilación genital femenina, véase, SANZ MULAS, Nieves, “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, op. cit., pp. 20 y ss.

⁷³⁶ CECCHERINI, Eleonora, *Pluralismo religioso y pluralismo legal: un compromiso posible*, Universidad Nacional Autónoma de México, México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 69 y 70.

⁷³⁷ Según datos de Naciones Unidas, “Las siete causas del matrimonio infantil en América Latina”, disponible en <https://news.un.org/es/story/2019/07/1459081>, 10 de julio de 2019, “América Latina es la única región del mundo donde no se han registrado descensos significativos en los últimos diez años en medidas contra el matrimonio infantil y las uniones tempranas. En toda la región en 2017, el 23% de las mujeres de 20 a 24 años ya había estado casada o en unión a los 18 años, y el 5% a los 15 años”.

opinar y menos aún decidir, lo que conlleva una violación grave al derecho al “libre desarrollo de la personalidad” de la menor acorde con instrumentos internacionales como el *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia de la mujer y la violencia doméstica* de 2011, la *Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979.

Otra práctica similar en sociedades orientales (Afganistán y Yemen) son los matrimonios infantiles o matrimonios obligados. Los menores son entregados por sus familias a cambio de dinero o de una dote⁷³⁸.

La cuestión de fondo corresponde al tratamiento jurídico penal que los jueces determinarán si el matrimonio forzado corresponde a un delito culturalmente motivado o a comportamiento grave por una posible violencia sexual contra una menor, o rapto, o trata sin factores culturales que considerar para emitir un fallo que deba preservar derechos fundamentales de la mujer reconocidos de manera universal. Por ejemplo, “el derecho a la libertad, a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad, concretados en la facultad de decidir libremente si se desea contraer matrimonio y la identidad del otro contrayente, sin tener que ceder a las presiones de la familia o la comunidad”⁷³⁹.

En caso de admitir factores culturales en una conducta impositiva a las mujeres para casarse contrario a su voluntad, corresponde atender la posición de Marín de Espinosa Ceballos, para quien los delitos culturales adquieren una relevante complejidad por sus características particulares siguientes: Primero, los autores y las víctimas son extranjeros o descendientes de extranjeros que mantienen sus tradiciones y realizan las prácticas que las mismas conllevan de generación en generación. Segundo, “el matrimonio forzado” es una manifestación de la denominada “violencia de género”. Y tercero, es el resultado de hechos cometido en relación

⁷³⁸ Al respecto, sobre el matrimonio infantil, véase entre otros, los trabajos e informes de la UNICEF, <https://www.unicef.org/es/temas/matrimonio-infantil>; <https://www.unicef.org/es/historias/el-matrimonio-infantil-en-el-mundo>; <https://www.unicef.org/es/protection/matrimonio-infantil>; https://www.unicef.org/spanish/protection/57929_58008.html.

⁷³⁹ Así, ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “El delito de matrimonio forzado (art. 172bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos”, *RECPC*, 20-32, 2018, p. 11.

con menores, por miembros de su familia, lo que constituye en una expresión más de violencia intrafamiliar⁷⁴⁰.

Distinto son los matrimonios pactados por “familias de los contrayentes” quienes han pactado el matrimonio, por lo general son realizados cuando los cónyuges eran aún niños/as, pero a pesar de la temprana edad, los esposos aceptan y consienten en casarse. Por otro lado, existen “los matrimonios simulados o matrimonios de conveniencia o en fraude de ley, donde los cónyuges se casan libremente pero persiguiendo finalidades diferentes a las asignadas comúnmente a la institución matrimonial”. Piénsese, por ejemplo: i) “para conseguir la nacionalidad de forma más rápida”; ii) “para conseguir un determinado beneficio económico”; iii) “para regularizar la situación administrativa de uno de los cónyuges”; o iv) “incluso para poder entrar en un determinado territorio nacional a través de la reagrupación familiar”⁷⁴¹. Por lo que resulta indispensable enunciar casos que caracterizan esta práctica cultural.

Una chica menor de edad de Mauritania quien vivía separada de sus padres radicados en España, le permitieron permanecer en acogida de otra familia⁷⁴². Al paso del tiempo, los padres deciden viajar a su país originario. En Mauritania fue donde contrajo matrimonio y posteriormente “devuelta a España para recibir asistencia médica y volvió a residir con su familia de acogida, recibiendo de forma esporádica visitas de su madre biológica, que, mediante empujones, pellizcos y amenaza de muerte, la obligaba a llamar a su marido. Un año más tarde, el marido anunció su llegada a España y los padres de la chica la obligaron a volver a su domicilio”. Posteriormente, durante la relación con su marido la madre biológica fue quien la forzó a que mantuviera relaciones sexuales, a pesar de que ella le expresaba su negativa a acceder,

⁷⁴⁰ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, “Derecho Penal y diversidad religioso-cultural: los delitos de mutilación genital y matrimonio forzado”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII, 2017, p. 302.

⁷⁴¹ IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia, “Debates sobre la autonomía y el consentimiento en los matrimonios forzados”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, 2013, p. 204; la misma, “Matrimonios forzados: ¿otra oportunidad para el derecho penal simbólico?”, *InDret*, enero, 2015, p. 12, en “Dinamarca se ha incrementado a 24 años, la edad exigible a los extranjeros residentes legalmente en territorio danés para reagrupar a sus cónyuges extranjeros. Además, deben cumplirse los siguientes requisitos: i) ambos cónyuges han de tener más de 24 años; ii) el matrimonio debe contraerse voluntariamente; y iii) los cónyuges no pueden pertenecer a la misma familia (por ejemplo, no pueden ser primos). El cónyuge que resida en Dinamarca debe demostrar que tiene vivienda, y suficientes recursos económicos para reagrupar al otro cónyuge. Además, ambos cónyuges tienen que tener más vínculos con Dinamarca que con cualquier otro país”.

⁷⁴² El caso fue judicializado por la STS de 8/01/2010 (TOL 1798216).

a lo que éste hizo caso omiso⁷⁴³. El Tribunal Supremo castigó a la madre, bajo la figura dogmática de “cooperadora necesaria de la agresión sexual y autora del maltrato familiar, violencia leve intrafamiliar, coacciones y amenazas. Al padre, como autor de maltrato familiar y amenazas. Y al marido, como autor de la agresión sexual”⁷⁴⁴.

A pesar de tan oportuna sentencia del tribunal español, el caso no fue juzgado propiamente como un matrimonio forzado, pero el ejemplo muestra toda la naturaleza constitutiva de este delito contra la libertad de elección de la mujer para elegir a su contrayente.

Igualmente, aconteció un conflicto cultural de esta índole en el caso *State v. Al Hussain* sin que directamente el tribunal motivara claramente en su sentencia el factor cultural lo condenó de 4 a 6 años de prisión por un delito de agresión sexual sobre menores, considerando la máxima a imponer de 50 años, acorde con los siguientes hechos “Al Hussaini, un refugiado iraquí en Estados Unidos (escapó durante la Guerra del Golfo) de 34 años de edad, contrajo matrimonio concertado con una niña de 13 años de edad, cuyo padre (no acusado) se la entregó para que fuera su mujer. Después de la ceremonia, Al Hussain mantuvo relaciones sexuales con la menor, consumando así el matrimonio. Enteradas del hecho las autoridades, le aprendieron y fue procesado. Él reclamó que sus acciones fueron legales y apropiadas bajo la ley islámica y que no tenía la menor idea de que tal casamiento era ilegal en Estados Unidos”⁷⁴⁵.

La “princesa Haya solicitó a la justicia británica una orden de protección contra el matrimonio forzado” de su pequeña hija de 12 años, la princesa Jalila que tuvo con el “emir de Dubái”. Al respecto la autoridad judicial británica responsable de la custodia, señaló en sus conclusiones sobre los hechos alegados, que “no ha sido considerada en este caso como un hecho probado solo han sido rumores. Es decir, que en el juicio la princesa no ha conseguido demostrar que el emir de Dubái pactó el matrimonio de la niña”⁷⁴⁶.

⁷⁴³ CUADRADO RUÍZ, Ma. Ángeles, “El delito de matrimonio forzado”, Esteban Pérez Alonso (Dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 503.

⁷⁴⁴ ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “El delito de matrimonio forzado (art. 172bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos”, op. cit., p. 26.

⁷⁴⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Inmigración, diversidad y conflicto cultural*, op. cit., p. 137.

⁷⁴⁶ Nota informativa publicada en <https://www.revistavanityfair.es/realeza/articulos/haya-de-jordania-alega-que-el-emir-prometio-la-mano-de-su-hija-al-principe-de-arabia-saudi-sospechoso-de-asesinato/43791>, consultada el 17 de mayo de 2020.

Otra práctica cultural en grupo indígenas es “el rapto matrimonial y el ritual de la virginidad” recurrente en la comunidad del pueblo Zapoteco en Oaxaca, México⁷⁴⁷. Una joven de 15 años recostada en una cama cubierta de “una sábana blanca y pétalos de rosas rojas”, le fue colocada en un costado de una mesa imágenes religiosas, esperando (en casa de su novio de 19 años quien cometió el rapto), que llegaran sus familiares para bailar y beber cerveza al tener conocimiento sobre la “virginidad” de la chica⁷⁴⁸, situación que ha dividido a las familias istmeñas, para preservar esta tradición de años como muestra de la identidad y, por otro lado, quienes buscan erradicarla, al considerar violaciones a la dignidad de las mujeres.

Al respecto, la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca defiende una posición de “no criminalizar a los pueblos indígenas, sino facilitar el diálogo y el respeto a la vida comunitaria, teniendo como límite la dignidad humana”⁷⁴⁹.

La costumbre del rapto matrimonial no solamente advierte la finalidad de tener el acto sexual con la mujer menor de edad (víctima), sino formalizar el matrimonio en cuanto la menor adquiera la edad “adulta”, acorde con las disposiciones legales vigentes aplicables. Por lo que la regulación penal en México de un delito sexual o de un matrimonio forzado solo acontecería con lo expresado por el Magistrado Luis Ignacio Rosas González, integrante del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, quien resolvió el Amparo Directo 516/99 de 20 de enero de 2000, mediante tesis XVII.1o.4 P, intitulada “RAPTO. LA SOLA INTENCIÓN DE CONTRAER MATRIMONIO CON LA PASIVO, NO PERMITE LA CONFIGURACIÓN DE DICHO TIPO PENAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA)”, cuando la sustracción o retención que de la mujer se haga, sea con la finalidad de satisfacer, única y exclusivamente un deseo sexual; pero si en el caso que el comportamiento del activo realizará la

⁷⁴⁷ Se tiene información que la zona del pueblo zapoteco que habita en la Séptima y Novena Sección de Juchitán, en el Istmo de Tehuantepec, abarca también otras comunidades vecinas como Santa María Xadani, Álvaro Obregón, Chicapa de Castro y San Blas Atempa.

⁷⁴⁸ El caso fue tomado del Diario El Universal, disponible en la página <https://www.eluniversal.com.mx/estados/el-rapto-matrimonial-y-el-ritual-de-la-virginidad-aun-vigentes-en-mexico>

⁷⁴⁹ Cabe destacar que el Registro Civil de Juchitán reconoce el rapto matrimonial, a pesar de que el Código Civil prohíbe contraer nupcias a ambos interesados por ser menores de edad.

privación de la libertad de la mujer para contraer matrimonio de manera forzada, no constituye por sí misma una conducta penalmente relevante.

En este mismo contexto límite de casos, Esquinas Valverde ejemplifica esta problemática con el caso de “una familia implicada ejerció alguna presión psicológica sobre la hija mayor de edad con el fin de que ella contraiga matrimonio, habiéndose planificado éste como lo mejor y más conveniente para ella. Cuando la joven aún pueda negarse sin que eso cause más consecuencias que una pequeña crisis familiar, o algún intenso disgusto de los padres, pero nunca maltrato físico ni desarraigo de la chica, se estaría ante una conducta atípicas por parte de los miembros de esa familia”⁷⁵⁰.

Por tanto, la posición mayoritaria sostiene que la conducta de los padres pretendidamente legitimadora de obligar a sus descendientes a un matrimonio no querido, ante las obligaciones de velar por el interés y bienestar de éstos. En tanto, no hubiera medios comisivos violentos, cabría aplicar de manera favorable un error de prohibición vencible⁷⁵¹.

4.1.3. Casos por maltrato o violencia física.

El escenario propicio para rechazar cualquier elemento cultural sobre conductas de los hombres que tradicional y habitualmente corresponden a infligir algún tipo de maltrato a sus parejas o hijas, so pretexto de los usos y costumbres de su lugar de origen⁷⁵². Ha resultado que

⁷⁵⁰ En este sentido, ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “El delito de matrimonio forzado (art. 172bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos”, op. cit., p. 19.

⁷⁵¹ ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “El delito de matrimonio forzado (art. 172bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos”, op. cit., pp. 24 y 25; CUADRADO RUÍZ, Ma. Ángeles, “el delito de matrimonio forzado, op. cit., p. 508; resulta empática sobre esta posición TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, “Viejos ritos, nuevos conflictos: la circuncisión masculina. Estado de la cuestión”, Bernal del Castillo (Dir.), *Delito y minoría en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 165 y s., para los casos motivados culturalmente de comportamientos prohibidos por la norma jurídico penal, pero que al desconocer su prohibición redundan en aplicar el error de prohibición vencible.

⁷⁵² Acorde con LORENTE MOLINA, Belén y DE TORRES PORRAS, Flor, “Violencia dóxica y cultura patriarcal: sobre el proceso de feminización de la fiscalía de violencia de género”, Patricia Lorenzo Copello y Rafel Durán Muñoz (Coords.), *Diversidad cultural, género y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 419, una interpretación antropológica sobre estos casos, tiende a recurrirse mediante una formalización de la apropiación social de estos derechos recogidos en la Ley Orgánica de Protección Integral Contra la Violencia de Género en España, se ostentan elementos que apuntan a un proceso de subversión simbólica emergente por cuanto confronta los imaginarios profundos que tienden a nutrir las prácticas sociales de dominación en el marco del sistema sexo/género, los cuales se garantizan y reproducen, entre otros, mediante el maltrato físico, psíquico y moral de las mujeres. A partir de estos insumos, advierten las autoras que el maltrato es un castigo a la supuesta desobediencia de las mujeres que

los maltratos o violencia física no sean admitidos justificaciones o excluyentes de responsabilidad ante los tribunales de justicia.

En el caso Dong Lu Chen, acontecido en 1987, en la ciudad de Brooklyn, Nueva York, los hechos ocurrieron cuando Chen discutió con su mujer por el vínculo sexual que mantenía, de manera extramarital. Por lo que “le pegó ocho veces en la cabeza con un martillo, matándola. En el juicio, un experto de la defensa testificó que, en la cultura tradicional china, el adulterio de la esposa es una prueba del carácter débil de marido y que el divorcio está considerado una gran vergüenza” para sus ancestros⁷⁵³. Finalmente, “el juez afirmó que la cultura no excluye la responsabilidad, pero es algo que lo ha hecho sucumbir más fácilmente. Ha sido el factor desencadenante. De este modo, Chen fue condenado por homicidio en segundo grado y sometido, sin pena de prisión a cinco años de *probation*”⁷⁵⁴.

Caso Khoudier, Sala de la Corte de Casación italiana determinó el 8 de enero de 2003, que “el imputado, de origen islámico, es condenado en apelación por maltrato según el art. 572 del Código Penal por haber sumido a su mujer a actos de vejación reiterada que le han causado sufrimiento y humillaciones, provocando un estado de malestar continuo e incompatible con condiciones normales de existencia. La Cassazione no da relevancia a las consideraciones de la defensa, dirigidas a demostrar el modo en el que la formación cultural y religiosa de los musulmanes «desdibuja el valor del elemento subjetivo, precisamente en el perfil de la culpabilidad, de vejar y perjudicar al cónyuge»”⁷⁵⁵.

trasgreden culturalmente el patriarcado. Por su parte, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, “Derecho penal y diversidad religioso-cultural: los delitos de mutilación genital y matrimonio forzado”, op. cit. p. 305. Sostiene que la aplicación de la ley contra la violencia de género denota que estas conductas violentas requieren una respuesta multidisciplinar, en particular, ante supuestos de violencia de género intrafamiliar, como en la mutilación genital o de matrimonios forzados. No en vano, la mayoría de estas conductas se comenten por los propios miembros de la familia, generalmente, por los progenitores, que, en casi todos los casos, han sufrido, en el pasado, la misma experiencia. Por ejemplo, las madres, antes de someter a sus hijas a esas conductas, hayan sido, ellas mismas, víctimas de mutilación genital. Igualmente, antes de obligar a sus hijas a contraer matrimonio con un hombre que las supera notablemente en edad, se advierte cómo ellas también fueron obligadas por sus progenitores a contraer matrimonio sin su consentimiento. Por ello, conductas de esta naturaleza cultural son repetitivas al paso de generaciones. Por eso su comportamiento se limita a transmitir lo tradicional y acostumbradamente aceptado en el entorno social y cultural al que pertenecen.

⁷⁵³ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, op. cit., p. 85.

⁷⁵⁴ ROCA DE AGAPITO, Luis, “Delitos culturalmente motivados”, op. cit., p. 196.

⁷⁵⁵ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 91.

En este mismo contexto, se identifica el Caso Mouea quien pertenece a la “tribu Hmong de Laos”, y en 1985 “secuestró a una mujer Hmong y tuvo relaciones sexuales con ella” aún y cuando ella le manifestaba su rechazo. “En el juicio, el defensor argumentó que sus acciones eran coherentes con la práctica tribal Hmong de *zij poj niam*, o matrimonio por captura. El abogado de la defensa sostuvo que, en el ritual del matrimonio por captura, un hombre secuestra a una mujer y la lleva a su casa familiar donde se consuma el matrimonio. Se espera que la mujer proteste ante las iniciativas sexuales como un testimonio de su virtud. El hombre muestra que es valioso para ser su marido continuando sus iniciativas sexuales a pesar de sus protestas. En el caso Mouea, no sólo se da un error de comprensión, sino más bien un error culturalmente condicionado”⁷⁵⁶.

Asimismo, el supuesto de Sazan Bajez-Abdullah, mujer curda de Irak, veinticuatro años, casada Kazim Mahmud Raschid de treinta y seis años, también curdo, quienes vivían en Garching, Munich, con un hijo. “Tras la convivencia insostenible, caracterizada por agresiones y vejaciones, Sazan había denunciado varias veces a su marido, teniendo que refugiarse en una casa de acogida, por lo que el Juez decretó a Kazim la pertinente orden de alejamiento, infringiéndola aquél en alguna ocasión. Ante esta situación, Sazan decidió divorciarse, logrando su pretensión el día 25 de octubre de 2006 a las 14 horas. Tres horas más tarde Sazan fue asesinada. Su esposo, guiado por la lectura del Corán, la apuñaló con un cuchillo y, posteriormente, la roció con gasolina, quemándola, afirmando que “había hecho lo correcto”⁷⁵⁷.

En este sentido, destaca en este contexto cultural el caso de matrimonio forzado de viudas considerado como una actividad lícita en los códigos legales del oriente próximo, por ejemplo el levirato se da en casos de viudas sin descendencia que contraen matrimonio con un hermano del fallecido, y el sororato establece la obligación de que “cuando un hombre enviuda, el grupo de parentesco de su esposa fallecida está obligado a cederle a la hermana de ésta como esposa sustituta o cuando la esposa es incapaz de concebir los parientes ceden como segunda esposa a la hermana”⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ La cita es tomada de PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, op. cit., p.

⁷⁵⁷ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *El extranjero frente al derecho penal*, op. cit., p. 35.

⁷⁵⁸ Casos como estos son analizados por SOLANES CORELLA, Ángeles, *Derechos y culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, op. cit. pp. 328-329.

En el juicio contra Daniel Riecher, la Corte Suprema francesa en 1983, “tuvo que enfrentarse al caso de que hizo la ablación del clítoris y uno de los labios menores de su hija. La Corte sentenció el 20 de agosto de 1983, y sostuvo que el acto constituía una mutilación de acuerdo con la definición del art. 312.3 de Código Penal francés”⁷⁵⁹.

Otro supuesto corresponde al conocido en 2015 por el Tribunal Supremo de España al resolver el “caso de una menor nacida en Cádiz en el año 1992, hija de padres mauritanos y confiada al cuidado de una familia española, pero sin perder el contacto con sus progenitores” con quienes pernoctaban cada fin de semana.

Finalmente, durante marzo de 2005, una madre y su niña se trasladaron por motivos vacacionales a Mauritania, pero una vez allá contra su voluntad le obligaron a casarse con un primo de 41 años, al que apenas había mantenido contacto dos semanas antes y con quien tuvo que mantener relaciones sexuales sin su consentimiento. Una vez de regreso a España, y ante la negativa de la menor a continuar manteniendo relaciones sexuales con su marido, fue amenazada y agredida física y psíquicamente. La menor logro huir mediante el apoyo de la familia que radica en España que presentó una denuncia por estos hechos. El sentido de la sentencia fue condenatoria por los delitos de agresión sexual, maltrato familiar; lesiones leves a familiar; coacciones y amenazas⁷⁶⁰.

4.1.4. El caso del Burkini ¿un delito culturalmente motivado?

Mi interés por analizar la problemática con el uso del burkini en el espacio público por las mujeres como un posible delito culturalmente motivado atiende a la discusión legal sobre el uso de vestimentas musulmanas en los espacios públicos. Y se revisarán los argumentos jurídicos de las autoridades para prohibir o defender el uso del burkini. Para ello, el nivel de análisis sobre este caso será analizado mediante una perspectiva ética para determinar si el camino a seguir por las autoridades deba o no criminalizar su uso en espacios públicos.

⁷⁵⁹ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, op. cit., p. 31.

⁷⁶⁰ SOLANES CORELLA, Ángeles, *Derechos y culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, op. cit., pp. 339-340.

4.1.4.1. La ropa musulmana en el espacio público.

Una de las mayores constantes que los gobiernos han generado en espacios públicos, ha sido su control y límites mediante ordenanzas, decretos o códigos para el uso de la vestimenta de los ciudadanos⁷⁶¹, obligándolos a vestirse de una determinada manera, o bien, prohibirles usar o portar alguna vestimenta⁷⁶², lo que ha provocado la discusión en los tribunales por afectaciones a los derechos a la dignidad, igualdad, desarrollo de la personalidad, propia imagen, intimidad personal, entre otros⁷⁶³. La línea argumentativa planteada ha sido acorde a las directrices establecidas por el marco constitucional o jurisprudencial de índole nacional e internacional con una clara tendencia progresiva y proteccionista del principio *pro homine*.

Distinto ha sido a esta clara tendencia protectora de los derechos fundamentales con determinadas prendas características de la religión musulmana como el velo islámico⁷⁶⁴ o el

⁷⁶¹ Otro caso también de suma atención ha sido el uso de símbolos religiosos, CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, “La inclusión de los otros: la simbología religiosa en el espacio público”, Gutiérrez, Ignacio y Ángel Presno (eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, pp. 99-120.

⁷⁶² Desde una perspectiva sociológica del vestido, véase Squicciarino, Nicola, *El vestido habla: consideraciones psico-sociológicas sobre la indumentaria*, Editorial Cátedra, Madrid, 2012, se explica el valor simbólico del vestido que, en interacción armónica con una forma de comunicación no verbal, forma un lenguaje visual bien articulado de múltiples implicaciones psicológicas y culturales.

⁷⁶³ Sobre el marco general de la libertad de religión y minorías religiosas en los tribunales, véase, HENRAD, Kristin, “Libertad de religión y minorías religiosas: ¿una adaptación adecuada de la diversidad religiosa?”, Ruiz Vиейtez, Eduardo J., Gorka Urrutia Asua, (Eds.), *Derechos humanos y diversidad religiosa*, Editorial Derechos Humanos, Ixtaropena, 2010, p. 247, para Henrad cuando se identifican los asuntos que preocupan a las minorías religiosas debido a su derecho a la identidad y el principio de igualdad, la mayoría se pueden concebir en términos de adaptación de la diversidad religiosa. Esto es, la autolimitación de limitaciones implica que el principio de igualdad, sólo se seleccionan unos cuantos temas destacables sobre la “adaptación” en particular de la diversidad religiosa en el trabajo, las restricciones alimentarias y la adaptación de la diversidad religiosa a la enseñanza, entre otras. En el caso de la legislación norteamericana, consúltese, WITTE, John JR., Joel A, NICHOLS, *La libertad religiosa en Estados Unidos. Historia de un experimento constitucional*, Aranzadi, Madrid, 2018.

Referente al Derecho Español, consúltese, NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, “El uso del hiyab en las escuelas públicas ante los tribunales: Comentario a la sentencia 35/2012, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Madrid, núm. 32, de 25 de enero de 2012”, Laurenzo Copello, Patricia, Rafael Durán Muñoz (Coords.), *Diversidad cultural, género y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 665-690; MELÉNDEZ VALDÉS NAVAS, Marina, *Derecho de libertad religiosa, pluralismo religioso y espacio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; RUIZ RICO, Gerardo, RUIZ RUIZ, Juan José, *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

⁷⁶⁴ Al respecto, FARÍÑAS DULCE, María José, “Laicismo y libertades públicas: hijab (pañuelo islámico), niqab (velo completo) y burka en los espacios públicos”, Pelé, Antonio, (ed.), *Laicidad*, Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014, pp. 289 y ss; CATALÁ, Santiago, “Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo”, Mottilla, Agustín, (Coord.), *El pañuelo islámico en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 19-54; CAMARERO SUÁREZ, Victoria, *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel, *La prohibición del velo en el espacio escolar, entre comunitarismo y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

burka⁷⁶⁵. Estas vestimentas tienden a ocultar el rostro para no atentar contra los valores integrantes del orden público⁷⁶⁶, tales como la seguridad, la moralidad y la misma dignidad. Criterios que han sido respaldado por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos⁷⁶⁷, tendientes a determinar ciertos límites jurídicos y morales en el uso de estos atuendos de índole religioso públicamente. Esto incentivo un amplio mercado comercial para apoyar las prácticas del velo islámico y otras formas de vestimenta modesta entre las mujeres musulmanas y las de otras religiones⁷⁶⁸.

4.1.4.2. Los argumentos jurídicos de las autoridades para prohibir y defender el uso del burkini.

La excepción a esta discusión legal sobre la prohibición de determinadas prendas que no pueden usar las mujeres musulmanas en el espacio público, ha suscitado reflexionar si aplica o no de igual forma al burkini, que recientemente lo utilizan como bañador en las playas y piscinas⁷⁶⁹, al considerar las autoridades también prohibitivo su uso por incitar al odio o enaltecer el terrorismo, de ahí la necesidad de criminalizar hasta cierto punto esta conducta. En cambio, las mujeres musulmanas que viven en Europa y eligen usar el burkini, lo hacen para integrarse a las actividades del espacio público, como es bañarse en la playa, para no ser discriminadas o excluidas de sus familias o grupo de origen por dejar visibles partes de su cuerpo, así como proporcionales una mayor oportunidad a las mujeres para circular en público.

4.1.4.3. Posiciones éticas sobre el uso del burkini.

⁷⁶⁵ Sobre el particular, RUIZ RUIZ, Juan José, “La sentencia del Tribunal Constitucional belga sobre la ley de prohibición del burka en el espacio público”, Ruíz Rico, Gerardo, Ruíz Ruíz, Juan José, *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales*, pp. 191-253.

⁷⁶⁶ LEWIS, Reina, “Modest fashion and anti-fashion”, Anna-Mari Almila and David Inglis, *The Routledge international handbook to veils and veiling practices*, Routledge, New York, 2018, p. 139-149

⁷⁶⁷ Por todos, véase el excelente análisis de ARECES PIÑOL, María Teresa, *La prohibición del Burka en Europa y en España*, Aranzadi, Madrid, 2014.

⁷⁶⁸ Sobre las convicciones morales y motivos religiosos en el Tribunal Supremo de Canadá, ELÓSEGUI ITXASO, María, *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, Aranzadi, Madrid, 2013, pp. 93-106.

⁷⁶⁹ REGUEIRO, Raquel, “El burkini como manifestación de la libertad religiosa. Análisis en base al sistema universal de protección de los derechos humanos”, Amérigo, Fernando (coords.), *Antropología cultural del vestido: perspectivas sobre el Burkini*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 82.

Para determinar si la permisibilidad o prohibición del burkini es lo correcto, se analizarán desde una perspectiva ética las implicaciones legales elaboradas por parte de los tribunales y doctrina⁷⁷⁰, en aras de justificar o no su prohibición.

Así, el primer intento para comprender las razones para prohibir el burkini por incitación al odio⁷⁷¹ o enaltecer el terrorismo⁷⁷², responde a mi parecer, a una posición utilitarista que en su versión monista postula un único valor, *la felicidad* y a partir de esta posición clásica utilitarista, resulta una teoría ética consecuencialista con la cual la razón principal de prohibir el uso del burkini a las mujeres, está en la ausencia del bienestar de los ciudadanos que se encuentran en la playa o en una piscina, ante un entorno de peligro de violencia o de odio, provocado por las mujeres vestidas con este atuendo.

Por su parte, una teoría utilitaria pluralista que enfrenta los *conflictos eventuales por una incommensurabilidad* si dos valores son incomparables entre ellos, por ejemplo, el valor del derecho al orden público frente al valor de la libertad a la identidad personal de las mujeres que usan el burkini. Por consiguiente, las autoridades deciden dar preferencia a las razones para proteger el derecho al orden público y salvaguardar la convivencia pacífica de los espacios públicos⁷⁷³.

⁷⁷⁰ Para una aproximación de la discusión ética del uso de la razón pública y religión, véase, DE GOICOECHEA ZABALA, Javier López, “Las razones comprensivas en la construcción de la razón pública: Rawls vs. Habermas”, Pelé, Antonio, (ed.), *Laicidad*, Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014, pp. 221 y ss.

⁷⁷¹ Una aproximación ética sobre el discurso del odio, véase, PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio: Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N.º. 21, 2010, p. 92. Para el autor, “la relación entre los vínculos con la libertad de conciencia, el ejercicio de los derechos políticos y el control de los poderes públicos, las limitaciones a la libertad de expresión, en sistemas democráticos, suelen ser vistas como sospechosas y requieren de una especial justificación. A partir de estos elementos, el panorama público es polémico sobre la idoneidad de la intervención estatal en la libertad de expresión, uno de los casos difíciles que se plantea son las expresiones del lenguaje del odio, que se compone de manifestaciones que denigran o vilipendian a los miembros de los grupos tradicionalmente discriminados. Por eso, en estos casos, habrá de tratarse de un caso difícil, debido a concepciones sobre la libertad de expresión que difieren, según la cultura jurídica, acerca de la solución más adecuada. Por ejemplo, si las palabras pueden causar daño y en qué medida es cuantificable, si toda ofensa es una incitación a la violencia y cuál debería ser la tolerancia legal de expresiones, aunque resulten repugnantes”. A modo complementario, consúltense, PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “El enfoque español sobre el lenguaje del odio”, Pérez de la Fuente, Oscar y Oliva Martínez, J.D., *Una discusión sobre identidad, minorías y solidaridad*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 133-156.

⁷⁷² Una visión más integral de los delitos de odio, consúltense DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, *El odio discriminatorio como agravante penal. sentido y alcance del artículo 22.4º CP*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 77-92; HALL, Nathan Abbee CORB, Paul GIANNASI, John G. D. GRIEVE (eds.), *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, Routledge, New York, 2015.

⁷⁷³ Al respecto, PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Minoría gitana, Derecho penal y teorías republicanas del castigo”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N.º. 27, 2013, p. 173, la problemática de los derechos en espacios públicos, siguiendo a Pérez de la Fuente, ponen en evidencia que “los prejuicios, respecto a los miembros de la minoría gitana, por ejemplo, tienen un papel en el proceso judicial penal, en determinadas decisiones ya sea de la

En cambio, una posición utilitarista deontológica sostiene que *ciertos actos si se realizan públicamente constituyen una violación de los buenos modales* dictados por la mayoría, y al estar así dentro de la categoría de las ofensas en contra de otros, pueden correctamente ser prohibidos, toda vez que contraviene el enfoque negativo de la libertad religiosa. Por ejemplo, los códigos islámicos en Sudán consideran que no usarlo puede ser objeto de penas de flagelación o multa; en Argelia han sido atacadas por no usar el hijab; en Afganistán durante el régimen talibán estaban obligadas las mujeres a llevar el burka, etcétera.

En este sentido, las fuentes del derecho islámico fomentan la idea de establecer una frontera física entre hombres y mujeres para evitar las tentaciones de cariz sexual. Así surgió la práctica del yihadismo como un deber de cubrir el cuerpo de la mujer para que no sea visible en público. Por analogía, aunque con ciertos matices distintos, el que incluya en este deber el burkini, para preservar esa frontera y permitir que la mujer musulmana pueda realizar actividades acuáticas respetando el debido recato y modestia en el vestir⁷⁷⁴.

Ahora bien, una visión liberal del perfeccionismo consecuencialista, que defiende *razones agencialmente neutrales*, mediante las cuales nos ordenaría el preocuparnos igualmente por la perfección de todos los seres humanos y por eso, usar el burkini sería inmoral y contrario al desarrollo humano por ser malo y a los componentes mismos del orden público, de inspiración francesa, a saber, seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad ciudadana⁷⁷⁵.

Por último, una teoría liberal de la autonomía personal refiere que las decisiones políticas serán, en tanto sea viable, indistintas a las concepciones de vida buena que estén reconocidas en la

policía o de los jueces. Ahora bien, lo destacable es que el criterio que obedece a un prejuicio que estigmatiza a una minoría. Para esto, recurre al esquema sobre Teorías de la Justicia, donde el criterio de selección de la policía dificulta el paradigma de la inclusión, el cual supone la efectividad del ejercicio de los derechos de la ciudadanía, como parámetro de la igual dignidad". Sobre esta misma problemática, CAMARERO SUÁREZ, Victoria, *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, op. cit., p. 76.

⁷⁷⁴ BARRIO DEL, Natalia "Tradicionalismo vs modernidad: el burkini desde la perspectiva del derecho musulmán", en *Antropología cultural del vestido: perspectivas sobre el Burkini*, op. cit., p. 68.

⁷⁷⁵ CAMARERO SUÁREZ, Victoria, *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, op. cit., p. 75, considera que en Francia el rechazo abierto al velo integral como símbolos religiosos significa que se descarta su peso religioso y simbólico como vestimenta islámica, y considerado como una forma de opresión de género, inmutable y estática, e incompatible con los valores constitucionales, sin posibilidad de indagación de coexistencia con ellos.

sociedad, o bien, aquello que conceda valor a la vida, para evitar desigualdades si prefiere una concepción sobre otra por ser considerada superior a las demás, o porque es suscrita por la mayoría de los ciudadanos, por ello, el liberalismo reconoce a las mujeres en su autonomía que no desean mostrar parte de su cuerpo para usar este atuendo y disfrutar del uso de espacios públicos⁷⁷⁶, tales como las playas y piscinas, en aras de respetar los preceptos religiosos a los que voluntariamente se adhieren, entendidos como una expresión religiosa de la mujer que lo lleva.

4.1.4.4. ¿Debe criminalizarse el uso del burkini?

Ante esta diversidad de posiciones éticas inmersas en el debate jurídico para intentar justificar o no el uso del burkini por las mujeres musulmanas en los espacios públicos, considero viable incluir en esta discusión la idea de la tolerancia⁷⁷⁷, en especial la teoría de la tolerancia positiva que, ciertamente refleja una visión compleja pero posible de armonizar las posiciones utilitarias y liberales, porque el acto de vestir el burkini tiene dos factores que reflejan estas posturas éticas, la primera es un disvalor de esta conducta considerada desagradable o incluso inmoral pero puede simultáneamente permitirse, en razón de ser un *mal menor*, y el segundo factor, en el marco de convivencia asumir por igual la afectación de su autonomía por no usarlo voluntariamente y a la de los demás individuos por comprender su uso públicamente. En términos dogmático jurídico penal, aplica el principio de mínima dañosidad social el uso del burkini y ciertamente compatible con la salvaguarda del bien jurídico paz pública⁷⁷⁸, porque de elevar o legitimar el estándar de peligrosidad de quien solo por usar una mujer un burkini debe considerarse un riesgo para estabilidad de la paz en sociedad, y con ello justificar la doctrina de

⁷⁷⁶ Sobre la problemática del feminismo, filosofía política y espacio público, véase, PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Feminismo, liberalismo y comunitarismo: una aproximación a sus relaciones, implicaciones y dilemas”. *Sistema: Revista de ciencias sociales*, N° 217, 2010, págs. 77-98.

⁷⁷⁷ Por ahora, basta remitir sobre esta problemática al trabajo de PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, op. cit., pp. 392 y ss.

⁷⁷⁸ Cfr. SEHER, Gerhard, “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, op. cit., p. 71, advierte que en planos de la práctica, la legislación y la jurisprudencia no dejan de crear nuevos bienes jurídicos, que imponen a la ciencia una doble exigencia o alternativa: o la integración en la doctrina existente de nuevos fines de protección justificados, o el rechazo, de pretensiones político-criminales incompatibles con los principios ético-penales, con lo cual yo comparto la segunda alternativa, en razón de preservar el principio de autonomía personal que tanto caracteriza a un Estado Democrático de Derecho. Aunado a esta idea liberal del Derecho Penal, ALCÁZER GUIRAO, Rafael, *¿Lesión del bien jurídico o lesión del deber? Aspectos sobre el concepto material del delito*, op. cit., p. 70, sostiene que esta exigencia plasma otro de los postulados básicos del liberalismo. Por ejemplo, el principio de neutralidad estatal acerca de las representaciones morales o religiosas, y el consiguiente respeto a la autonomía privada del individuo.

un derecho penal de autor⁷⁷⁹, donde solo se sanciona a la persona por lo que representa y no por lo que ha hecho⁷⁸⁰.

Por ahora, me resta decir que una desde la perspectiva de un Derecho Penal democrático⁷⁸¹ puede justificarse el uso del burkini como bañador en un espacio público y mediante la tolerancia positiva, ya en su momento Carlos Santiago Nino dijo que debemos verificar si estamos dispuestos a tolerar no sólo las formas de vida que nos parecen nobles e inspiradoras sino también las que nos chocan por aberrantes⁷⁸², y en este caso, diría yo, por considerarlas extrañas.

4.2. Delitos culturalmente sin perspectiva de género

4.2.1. Casos de transfusión de sangre a menores por motivos religiosos.

Dentro de la problemática genérica que constituyen las negativas a tratamientos médicos, en sentido amplio, es habitual encontrar supuestos de los padres que por motivos religiosos (Testigos de Jehová), autoricen una transfusión de sangre a sus hijos o hijas⁷⁸³. Por ejemplo, en España la STS 950/1997 de 27 de junio, condenó a los padres por un homicidio doloso en comisión por omisión, con la atenuante muy cualificada de obcecación de la pena de prisión de dos años de seis meses. En diciembre de 2000 el Gobierno indulta a los padres y la STS 154/2002

⁷⁷⁹ Por todos véase el exhaustivo trabajo de GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *El derecho penal de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

⁷⁸⁰ Al respecto, existe México jurisprudencia que advierte sus diferencias: “DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS. Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 4, Marzo de 2014; Tomo I; Pág. 374. 1a./J. 19/2014 (10a.); igualmente, “DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 1o., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO)”. Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 4, Marzo de 2014; Tomo I; Pág. 354. 1a./J. 21/2014 (10a.).

⁷⁸¹ Respecto a las diferentes clases de democracias, véase entre otros, PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Qué democracia(s)”, en *Co-berencia: revista de humanidades*, Vol. 9, N°. 16, 2012, pp. 53-79; el mismo, “La paradoja de la democracia deliberativa y el discurso de las virtudes cívicas”, *Sistema: Revista de ciencias sociales*, N° 229, 2013, pp. 91-110; NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2003.

⁷⁸² NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, op. cit., pp. 359 y ss.

⁷⁸³ Sobre el particular, GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 557, para quien sólo puede admitirse un tratamiento no consentido por el paciente si éste no está capacitado, por hallarse inconsciente, para adoptar una decisión, y si por la urgencia de la situación, no puede esperarse a que éste se recupere. Sobre todo, ante los conflictos suscitados entre los facultativos y los representantes legales o tutores de los menores, permiten siempre acudir a la autoridad judicial, para que sea ésta la que decida si en dichos supuestos ha de intervenir médicamente o no.

de 18 de julio, anula la condena del TS haciendo prevalecer la libertad religiosa sobre el derecho a la vida⁷⁸⁴.

Otro caso similar en México sucedió en 2017, cuando los padres “indígenas rarámuris que profesan la religión de los Testigos de Jehová”, rechazaron la transfusión de sangre de su hija Saraí debido a que esta exigencia médica se contraponen como a su credo religioso, debido a que “la niña había sido ingresada de urgencia en el Hospital Infantil de Especialidades” en el Estado de Chihuahua (frontera con Estados Unidos de Norteamérica). Pero una vez que “los padres se opusieron a la transfusión los médicos”, decidieron informaron de estos hechos a la fiscalía de menores. Por lo que se tomó la medida ministerial de mantener el cuidado de la niña y la autoridad autorizó el tratamiento. Lo que motivo a la madre inconformarse por esa determinación unilateral, porque, “a su juicio, ignoraba de forma injustificada su derecho a decidir libremente sobre la salud de su hija”.

El caso fue analizado por el máximo órgano jurisdiccional, me refiero a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que con motivo de sus facultades constitucionales, “ordenó realizar transfusiones sanguíneas a Saraí de seis años, quien padece de leucemia con el fin de salvar su vida aun cuando sus padres rechazaron dicho tratamiento debido a sus creencias religiosas”.

Por otro lado, el tribunal constitucional expreso mediante boletín lo siguiente, “si bien los padres tienen el derecho de tomar decisiones libres sobre sus hijos, tanto en el campo de la salud como en el ámbito de la educación religiosa, este derecho tiene como límite no poner en riesgo la salud y vida de los menores”. Así, se consideró “que debía sustituirse la voluntad de los padres porque el tratamiento indicado por la medicina consiste en la realización de quimioterapias acompañadas de transfusiones sanguíneas”. Por tanto, ésta medida fue considerada como la más adecuada para proteger la vida de un menor⁷⁸⁵.

⁷⁸⁴ ROCA DE AGAPITO, Luis, “Delitos culturalmente motivados”, op. cit., p. 155. p. 185. Para un análisis pormenorizado de estas sentencias, véase, JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, pp. 550-566; sobre los antecedentes a este caso, ARÁUZ ULLOA, Manuel, *El delito de omisión del deber de socorro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 308-309.

⁷⁸⁵ Este caso se conformó a partir de diversos criterios jurisprudenciales, entre los que se destaca uno del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, al resolver el Amparo en revisión 1049/2017 de 15 de agosto de 2018, Tesis: 1a. IX/2019, (10a). DERECHOS A LA SALUD Y VIDA DE LOS NIÑOS COMO LÍMITE A LOS DERECHOS A LA PRIVACIDAD FAMILIAR Y LIBERTAD RELIGIOSA, en el que refiere la posibilidad a los “padres gozar con un ámbito de autonomía muy amplio para tomar numerosas decisiones por sus hijos, y autonomía para sopesar

Por otro lado, la particularidad de estos casos generó que en España la fiscalía emitiera una circular atendiendo a los cánones religiosos de los Testigos de Jehová, quienes rechazan la realización de las transfusiones de sangre, se debe a que encuentran su negativa en una interpretación literal de diversos pasajes bíblicos⁷⁸⁶. Por consiguiente, el razonamiento del fiscal se basa en el estudio de “los tres pronunciamientos del Tribunal Constitucional, y en especial una sentencia de 2002, sobre el caso de un menor de 13 años cuyos padres y el propio niño rechazaron una transfusión tras un grave accidente de bicicleta”.

Es importante destacar que “el centro hospitalario solicitó y obtuvo una autorización judicial para el caso de riesgo vital, pero la intervención no pudo realizarse porque el terror del niño entrañaba severos riesgos de hemorragia cerebral”. Además, después de una búsqueda agotable por diversos “centros hospitalarios en busca de soluciones alternativas, el estado del paciente ya en su domicilio se hizo tan crítico” que se tuvo que recurrir a nuevas acciones jurisdiccionales, entre las que trascendió “la transfusión que no pudo contrarrestar la hemorragia cerebral ni impedir el fallecimiento”.

“Los padres fueron condenados por el Supremo por homicidio, pero el Constitucional declaró que tal condena entrañaba vulneración del derecho a la libertad religiosa. Sin embargo, la misma sentencia declaró que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor, una vez que los padres se niegan a autorizarla invocando sus creencias religiosas, no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional”⁷⁸⁷.

diversas razones y elegir lo que estimen mejor para ellos sin intervenciones externas. En ese sentido, se presume que son los más aptos para decidir lo que resulte más favorable para las niñas y niños a su cargo. No obstante, el interés superior del menor es una consideración importante, porque trata de decisiones que son críticas para el futuro o bienestar de un menor, como aquellas relacionadas con su derecho a la salud y a la vida. Así, el derecho de los padres a tomar esas decisiones sin interferencias, encuentra su límite en la salud y la vida del menor. En otras palabras: la libertad religiosa no confiere a los padres la autoridad para decidir sobre la vida o la muerte de sus hijos menores de edad; así, los derechos de los padres encuentran su límite ahí donde se pone en riesgo la vida de sus hijos”.

⁷⁸⁶ La cita corresponde a la nota periodística “Los Testigos de Jehová no podrán oponerse a las transfusiones a sus hijos”, del Diario *El País*, consultada el 01 de noviembre de 2019, disponible en la red, https://elpais.com/sociedad/2012/10/05/actualidad/1349469630_361762.html.

⁷⁸⁷ A partir de este caso, la Fiscalía ha realizado la siguiente clasificación de cómo actuar: i) “el menor maduro se niega a una transfusión de sangre u otra intervención con grave riesgo para su vida, pero sus representantes legales son favorables. En ese caso, el médico puede llevar a cabo la intervención sin necesidad de acudir al juez. Si la situación no es de urgencia, es aconsejable acudir al juez de guardia, directamente o a través del fiscal”; ii) el menor

4.2.2. Caso por omisión de auxilio al suicidio por motivos religiosos.

La fundamentación del castigo por una omisión de auxilio ante situaciones religiosas donde todas las personas que participan en el hecho ilícito, incluyendo el propio sujeto pasivo, representa un nuevo escenario de discusión. Por ejemplo, “en abril 1992, cinco amigos de un grupo de jóvenes budistas ayudaron a su amigo Binh Gia Pahn a llenarse de gasolina y prenderse fuego. El inmigrante de 43 años estaba protestando contra la legislación del gobierno vietnamita para suprimir el Budismo. Los amigos de Pham grabaron su muerte con cámaras de video”. Posteriormente, “explicaron el incidente a la policía, no dándose cuenta que la ayuda al suicidio es un delito”⁷⁸⁸.

El juez que conoció del caso determinó que los cinco amigos de Binh Gia Pham fueron acusados de homicidio en segundo grado, un delito que lleva un máximo de diez años de prisión. El juez, sin embargo, dictaminó que Pham se habría sacrificado "con o sin" sus amigos y les concedió libertad condicional⁷⁸⁹.

4.2.3. Casos de circuncisión a niños.

Al igual que la mutilación genital femenina, la circuncisión masculina representa una tensión de los derechos humanos ante los usos de grupos étnicos o religiosos en los niños sometidos a los procedimientos aplicados a la circuncisión, que son considerados innecesarios por el sufrimiento físico en muchos casos se les provoca, más en aquellos casos en los que el rito

maduro rechaza la transfusión y los representantes legales también”. “En este caso, el médico debe plantar el conflicto ante el juez de guardia directamente o a través del fiscal, pero si la situación es de urgencia puede llevar a cabo la intervención sin autorización judicial amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”; iii) “el menor maduro presta su consentimiento y sus representantes se oponen. El médico puede aplicar el tratamiento sin intervención judicial, dada la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro”; iv) “los representantes del menor no maduro no consienten la intervención, generando grave riesgo para su vida o salud. El médico debe plantear el conflicto ante el juez de guardia, directamente o a través del fiscal, pero en situaciones urgentes, el médico puede directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación. En todo caso, los fiscales deberán emitir sus dictámenes con carácter preferente y urgente y promover ante el juzgado de guardia un expediente de jurisdicción voluntaria”.

⁷⁸⁸ Caso tomado de PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, op. cit., pp. 26-27.

⁷⁸⁹ KIM, Nancy S., “The cultural defense and the problem of cultural preemption: A framework for analysis”, *New Mexico Law Review*, Volume 27, Issue 1, Winter, 1997, p. 102, nota 6.

se practica en lugares no equipadas y usando instrumentos sin esterilizar; o también, a un sufrimiento psicológico. Además, toda la presión infligida por parte del grupo para someterlos a esta práctica a fin de aceptarlos como integrantes del grupo.

En Inglaterra la legislación penal considera que la circuncisión masculina por rituales es lícita. Esto se aplica tanto a los adultos como a los niños, aunque en relación con estos últimos el procedimiento está sujeto al consentimiento de los padres del niño. En ausencia del acuerdo de los padres, los tribunales procederán suplantándolos para proteger el interés superior de la niñez. Dependiendo de la edad de los menores, también se pueden tener en cuenta sus propios puntos de vista y consentimiento, incluso cuando esto retrasa la circuncisión⁷⁹⁰.

El Comité Nacional de Bioética italiano mediante informe de 1998, no se pronunció sobre la distinción entre las diversas formas de circuncisión femenina, considerándolas todas inadmisibles, mientras que la circuncisión masculina era admitida⁷⁹¹.

En la ciudad de Colonia, Alemania, ocurrió un caso de esta naturaleza, donde se resolvió el recurso presentado por parte de los fiscales en contra de la resolución del *Landgericht* de 21 de septiembre de 2011, que absolvió del cargo del delito lesiones. Los hechos analizados por el tribunal alemán atendieron a la circuncisión no terapéutica de un niño musulmán de cuatro años, a petición de sus padres, y practicada por un profesional en medicina de origen musulmán acorde a la *lex artis*. Días después de la operación, el niño sufrió una hemorragia por lo que precisó recibir atención médica en el área de urgencias, a raíz de lo cual fue cursada denuncia.

La sentencia estima que la práctica de la operación ha sido técnicamente correcta, sin error alguno en su ejecución técnica. Planteada la cuestión como un conflicto detectado entre el derecho de los padres a su libre ejercicio de la religión y como parte de ésta la educación del hijo menor, por un lado. Y por otro lado, el derecho a la integridad corporal del menor. Ante este conflicto, se considera que debe prevalecer la protección física del menor ante el libre ejercicio

⁷⁹⁰ Al respecto, FOX, Marie, GIBSON, Matthew, y LANGLAUDE, Sylvie, “Ritual male circumcision in the United Kingdom”, disponible en <https://books.openedition.org/pus/14457?lang=es#bodyftn6>.

⁷⁹¹ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 81 y ss.

religioso. Toda vez que la circuncisión se muestra como una medida desproporcionada para el fin educativo pretendido por sus efectos permanentes e irreparables sobre la anatomía del menor.

No obstante, se consideró que el derecho fundamental que disponen los padres a la libertad religiosa para trasmitirla a los hijos no sufre una limitación excesiva si se demora la intervención a un momento posterior, alcanzada la mayoría de edad, de manera que el hijo decida someterse por sí mismo a la circuncisión como símbolo manifiesto de su pertenencia a la religión islámica.

Si bien considera el hecho constitutivo de un delito de lesiones, termina por eximir de responsabilidad por estimar concurrente un *error invencible de prohibición* del §17 párrafo primero del StGB. Para ello argumenta sobre la base de la buena fe que presidió su actuación como médico, al tiempo que su condición de musulmán devoto, que le hicieron suponer la licitud de su actuación⁷⁹².

Para Silva Sánchez la discusión en Alemania redonda en la evidencia que la circuncisión constituye en una “pérdida dolorosa e irreversible de una parte del cuerpo, su práctica realizaría el tipo doloso del delito de lesiones”. Además, considera la inviabilidad para afirmar “que dicha práctica viniera amparada por la causa de atipicidad (o de justificación)” conocida por la doctrina como la teoría de la adecuación social. Así, “tampoco existiría la posibilidad de justificarla con base en el consentimiento de los padres, ni siquiera, aunque éstos pretendieran con ello un supuesto “bien” para el menor”. Por ende, “la justificación no podría derivar del ejercicio por parte de los padres de su derecho a la libertad religiosa”. En consecuencia, “la circuncisión de menores sería penalmente antijurídica y, en suma, punible, no existiendo otra alternativa que su postergación al momento en que el sujeto pasivo alcance la mayoría de edad”⁷⁹³.

Por lo anterior, la posición de Silva Sánchez sobre la situación de “los padres judíos devotos que circuncidan a sus hijos varones siempre quedará el recurso al estado de necesidad

⁷⁹² El caso es citado por TORRES FERNÁNDEZ, Ma. Elena, “Viejos ritos, nuevos conflictos: la circuncisión masculina. Estado de la cuestión”, Jesús Bernal del Castillo (Dir.), *Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 155.

⁷⁹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Circuncisión infantil”, en *InDret*, 1/2013, p. 3.

(supralegal) disculpante o figuras análogas, al conflicto de conciencia. Pero ello conlleva la afirmación de la prohibición penal de su conducta”⁷⁹⁴.

Para Reston el hecho de que no haya acuerdo médico sobre su eventual dañosidad en los menores, dificulta establecer las condiciones de predicar la existencia de una significativa afectación al bien jurídico, con un nivel relevante para justificar la intervención punitiva ante casos de esta naturaleza cultural. Esto es, la ausencia de lesividad o lesividad mínima se le agrega, que los grupos minoritarios que practican la circuncisión acorde al derecho fundamental de los tutores a transmitir una educación religiosa a sus hijos de manera imperativa en la actualidad. Esto refuerza la convicción de que lo más saludable en términos de multiculturalidad y pluralismo frente a la legislación estatal sanitaria occidental, por ejemplo, la circuncisión realizada en condiciones de asepsia y profilaxis adecuadas, por alguien capacitado al efecto, no sea criminalizada⁷⁹⁵. Si no hay afectación al bien jurídico; no se perpetra un daño en la salud ni se tiene la subjetividad propia del tipo de lesiones y mientras se respeten las medidas de higiene y las técnicas necesarias y sea practicada por alguien con conocimientos específicos, mal podría ser estimada un delito en Occidente. Por ello, Reston sostiene acorde con el estado actual de la ley penal, la práctica de la circuncisión no constituye un hecho ilícito ni menos hablar a su respecto de error de prohibición, ya que nada prohibido hay para conocer.

Estos casos representan de manera clara el conflicto generado por “los derechos de identidad cultural” y el “libre desarrollo de la personalidad” y “la autonomía de los menores” que son sometidos a estos procedimientos por motivos religiosos. Sobre todo, la discusión versa sobre el momento de su realización no tienen capacidad de decidir de manera libre.

4.2.4. Caso de tocamientos genitales niños por motivos religiosos.

El caso de Mohammed Kargar, un refugiado afgano en Estados Unidos junto a su familia, y al paso del tiempo decide contratar de niñera “a una joven vecina en presencia de ésta, Kargar besó el pene de su hijo de un año y medio. “La joven le comentó luego lo sucedido a su

⁷⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Circuncisión infantil”, op. cit., p. 5.

⁷⁹⁵ RESTON, María Inés, *Delito y diversidad cultural. Una propuesta de solución para los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa*, tesis doctoral inédita, 2017, p. 211. El documento tiene localización en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=184570>

madre, quien recordó haber visto en el álbum de fotos de los Kargar un suceso similar, por lo que procedió a denunciarlo a la policía”.

Al ser citado a declarar, “Kargar nunca negó los hechos, manifestando que besar el pene de su propio hijo es, dentro de su cultura, expresión de afecto paternal y que no tiene ninguna connotación sexual. A pesar de lo manifestado, se le imputó el delito de abuso sexual, siendo condenado en primera instancia, a pesar de tenerse claro que no había significado sexual en su acto y que era una expresión cultural, sobre la base de que la conducta se comprendía dentro de los actos típicos del delito”.

Finalmente, la instancia de la Corte Suprema del Estado cambió el sentido de la resolución, para absolver al sentenciado del delito imputado, al considerar relevante el factor que en su cultura representa como “no sexual” el comportamiento de Kargar⁷⁹⁶.

4.2.5. Caso de homicidio por honor.

El 27 de abril de 1994, Wen Sheng Hsieh fue asesinado a tiros en un restaurante que él poseía. Los abogados del acusado, Yi Ching Chou, argumentaron que Chou se vio obligado a buscar venganza después de una paliza de Hsieh un año antes. Los abogados del acusado argumentaron que la "pérdida de prestigio" resultante de la golpiza se agravó aún más cuando Hsieh ordenó a Chou que saliera del restaurante en el día del rodaje⁷⁹⁷.

4.3. Delitos culturalmente motivados sin víctimas.

4.3.1. Casos por consumo de drogas.

El Caso Saeturn, corresponde con dos inmigrantes laotianos de la etnia *mien*, a quienes en un registro del domicilio se les descubren 1.460 gramos. Toda esta cantidad de opio era para el propio consumo, ya que la cultura *mien* promueve el uso del opio con un objetivo medicinal.

⁷⁹⁶ El caso es citado por VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, op. cit., p. 136.

⁷⁹⁷ KIM, Nancy S., “The cultural defense and the problem of cultural preemption: A framework for analysis”, op. cit., 102.

A Kouay y Kao se les imputó un delito de *conspiracy* con el objetivo de importar sustancias estupefacientes a los EEUU.

No obstante, el Tribunal aceptó las alegaciones defensivas y afirmó que el factor cultural puede ser considerado una circunstancia atenuante en la fase del *sentencing*. Esto a pesar, que las *Guidelines* establecen que «los factores relativos a la raza, sexo, origen nacional, credo, religión y estatus social y económico no son relevantes en la determinación de la pena»; pero el concepto de cultura no equivale al de raza. Y es sobre el concepto de cultura el que se fundamentan los argumentos de la defensa. Los Saetern –dice la sentencia- no sólo probaron que el uso del opio es una práctica común en los *mien*, sino que también demostraron que el uso de la sustancia forma parte integral de la cultura *mien*. Es por ello que el tribunal rebajó la pena considerablemente⁷⁹⁸.

4.3.2. Casos contra el medio ambiente y especies protegidas.

El Caso de un hindú quien fuera “detenido mientras tiraba basura a un río en Holanda. De acuerdo con las regulaciones holandesas es una forma de contaminación. El acusado argumentó que la basura eran meramente restos quemados (madera y flores) de una ceremonia para recordar a una persona difunta y éstos, de acuerdo con una costumbre hindú, necesitaban ser lanzados a una corriente⁷⁹⁹”.

La caza ilegal de especies protegidas ha sido uno de los principales objetivos de los líderes mundiales en salvaguardar. Sin embargo, las leyes emitidas para su protección no consideran las condiciones culturales de determinados pueblos indígenas que radican en áreas rurales y que para su supervivencia cazan animales de los cuales algunos son parte de las listas que las autoridades consideran en peligro de extinción, lo que conlleva a ser tratados como criminales cuando cazan para alimentar a sus familias, por ejemplo, los “pigmeos” bakas en Camerún y los “pigmeos” bakaya en la República del Congo han sido golpeados, torturados por patrullas antifurtivos⁸⁰⁰”.

⁷⁹⁸ ROCA DE AGAPITO, Luis, “Delitos culturalmente motivados”, op. cit., p. 196.

⁷⁹⁹ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, op. cit., p. 28.

⁸⁰⁰ Pigmeo es un término normalmente usado para referirse a los pueblos cazadores-recolectores de la cuenta del Congo y de cualquier otro lugar de África Central, y que son autóctonos de la región.

4.3.3. Caso contra la seguridad vial.

Inglaterra es un país de acogida para los hindúes que buscan establecerse en ese país, pero al mismo tiempo sus costumbres y tradiciones representan un conflicto frente a la sociedad británica para adaptarlas. El ejemplo más representativo de esta disparidad cultural son los sijes de Olot enfrentan una dificultad legal para ir en motocicleta, pero sin casco, ya que usarlo les obliga a quitarse el turbante, lo que resulta imposible para ellos por motivos religiosos, pero al mismo tiempo cometen infracciones a los reglamentos de tránsito y en algunos países donde ellos radican, la conducción de motocicletas sin el casco es considerada un delito.

5. Casos límite de criminalidad cultural y criminalidad común.

Los conflictos culturales manifestados en las relaciones de pareja, con una clara diferencia cultural ideológica, religiosa o meramente cultural, ha dificultado a los juzgadores identificar si efectivamente la conducta denunciada responde más a un comportamiento común o socialmente prohibido, que a una perspectiva motivada culturalmente de su lugar de origen.

Esta línea invisible de la prohibición y tolerancia que el ordenamiento jurídico de cada Estado regula representa una mayor capacidad del órgano jurisdiccional para resolver estos posibles conflictos culturales, por ello, se habrá de exponer una diversidad de casos que muestren esta problemática y cómo son afrontados por el juez penal.

5.1. Casos de asesinatos por rituales religiosos.

El asesinato de Vilma Trujillo García, una mujer de veinticinco años quemada en una hoguera en Nicaragua en febrero de 2017, por motivos religiosos para ser purificada, por un grupo de creyentes quienes la acusaban de estar “endemoniada”, y al momento de caer la mujer al fuego, en defensa aluden que fue cuando “el espíritu del demonio salió del cuerpo”, por lo que se negó que alguien la hubiera arrojado.

A pesar de haber sido atendido por médicos, Vilma Trujillo falleció en el hospital de la capital de Managua a consecuencia de un edema pulmonar ocasionado por las graves lesiones.

La Policía de Nicaragua determinó como presuntos responsables de lanzar a la hoguera a la joven un total cinco personas, incluyendo al pastor Gregorio Rocha, por lo que el caso pasó al Juzgado Décimo de Distrito de Managua para ser sentenciados por los ilícitos de secuestro y asesinato.

En Panamá el Ministerio Público acusó en enero de 2020, a diversos miembros de una secta religiosa todos indígenas de haber torturado y sacrificado a seis menores de edad, así como una mujer embarazada, después de haber encontrado sus restos en una fosa común de una comarca indígena de difícil acceso a poco más de 250 kilómetros de la ciudad de Panamá.

Un testigo que logró escapar declaró cómo un hombre agredió físicamente a su hijo con la Biblia escenificando un exorcismo. Y otros referían que forzaban a familias completas a ser parte de los rituales en contra su propia voluntad. Además, se indicó que uno de los detenidos señaló “que Dios le había dado un mensaje”, por lo que se sentían obligados a que los demás debían participar en los ritos⁸⁰¹.

Estas conductas motivadas por condiciones de creencia religiosa tienen un notorio matiz contrario a los Derechos Humanos del resto de la población que conviven en estas condiciones de sometimiento por el uso de la violencia e intimidación. Por ello, no pueden considerarse en estricto sentido delitos culturalmente motivados.

5.2. Caso de tentativa de violación por un indígena.

El magistrado ponente Humberto Manuel Román Franco, integrante del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito del Poder Judicial Federal en México, resolvió un recurso de Amparo Directo 411/2015, 3 de marzo de 2016, por unanimidad de votos relacionado con la diversidad étnica y cultural en sus dimensiones colectiva e individual, en el

⁸⁰¹ Nota obtenida del Periódico El Universal <https://www.eluniversal.com.mx/mundo/secta-religiosa-torturo-y-sacrificio-6-ninos-y-una-mujer-embarazada-en-panama>, consultado el 11 de marzo de 2020.

que considero que los derechos indígenas regulados en el artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no tiene un alcance absoluto para aquellas conductas delictivas que no reúnen razones culturales, debido a que en el caso concreto “respecto de la comisión de una conducta delictiva de agresión sexual, ni es fundamento para evitar que se apliquen las penas”, aún y cuando la conducta haya sido realizada en grado de tentativa.

Este caso ocurrió el 1 de marzo de 2015, en el Distrito Federal encontrándose la víctima en el interior de su domicilio, recostada en su cama, cuando escuchó ruido y como la puerta de la recámara estaba abierta y las luces de la sala encendidas, vio la sombra de una persona que se dirigía a la sala, por lo que tomó su celular y le envió un mensaje a su esposo informándole que había alguien dentro del domicilio, en ese momento ingresó a la habitación un hombre cubierto el rostro con una capucha para ocultar su rostro y un cuchillo, se subió a la cama sentándose en las piernas de la víctima con la intención de agredirla sexualmente.

Derivado de estas acciones del joven, la mujer decide forcejear contra el atacante, logrando hacerlo para atrás y quitarle la capucha y en ese momento la hija de la dueña del inmueble le gritó, lo que provocó en el atacante ponerse nervioso logrando que se fuera por la ventana de la cocina para brincar a la azotea contigua. Y con el apoyo de policías que acudieron a la llamada de auxilio acudieron al edificio continuo y logro identificar a su agresor.

Una vez detenido el inculpado, este argumento que pertenecía a un grupo indígena, el juez señaló que “la diversidad étnica cultural no tiene alcance absoluto, respecto de la comisión de una conducta delictiva de agresión sexual” en grado de tentativa. Esto es, “los límites reconocidos al derecho a la diversidad étnica y cultural” están concatenados con lo que en realidad se considera “intolerable por atentar contra el derecho a la vida”, tal y como sucedió en estos hechos contra la libertad sexual de la víctima.

Por tanto, la autoridad judicial confirmó la pena impuesta por el delito de violación en grado de tentativa, sin que existiera alguna causa de exclusión de responsabilidad relacionada con su condición de miembro de un grupo originario.

5.3. Caso de linchamientos.

En Latinoamérica es perceptible advertir en medios de comunicación ajusticiamiento o linchamiento de personas que han sido sorprendidas perpetrando algún delito o que se sospechaba que había llegado a cometerlo, han sido relacionados con el mundo indígena o comunidades con costumbres antiguas o grupos aborígenes producto de la inseguridad que se vive deciden aplicar su propia ley ante la incapacidad de la autoridad estatal⁸⁰². Por lo general suele realizarse los linchamientos en plazas públicas o espacios públicos⁸⁰³. Sin embargo, esta forma de hacerse justicia por cuenta propia sin intervención de la autoridad o un juicio con todas sus formalidades, poco o nada tiene que ver con el Derecho indígena

El caso del linchamiento de Tláhuac en la Ciudad de México en el 2004, es clara muestra de estos límites sociales y no culturales⁸⁰⁴, donde dos elementos de la Policía Federal fueron quemados vivos y uno resulto herido, debido a que la información difundida refirió que los tres agentes se encontraban realizando labores de investigación cuando alrededor de las seis de la tarde fueron interceptados por los pobladores, momento en que los policías se identificaron plenamente e informaron de las labores que realizaban; pero la gente no quiso escucharlos.

Los pobladores dijeron, a su vez, que los policías estaban fotografiando a los niños de una escuela, incluso que se habían llevado a un par de ellos; otras versiones indican que los detenidos habían sido sorprendidos agrediendo sexualmente a los menores. Las imágenes en varios noticiarios televisivos mostraron cuando el pueblo amotinado golpeó a los detenidos hasta dejarlos inconscientes; mientras la policía de la Ciudad de México se mantenía a la expectativa, sin intervenir hasta que finalmente perdieran la vida los policías a manos de los pobladores.

⁸⁰² Para BORJA JÍMENEZ, Emilio, “Sobre la existencia de principios básico del sistema penal indígena”, *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, Tirant lo Blanch, op. cit., p. 290, el caso de los linchamientos “se ejecuta al sospechoso sin regla ni proceso alguno, bien por grupos organizados, bien por masas sin control y con los ánimos exaltados. En estos casos, se ha generado una relación entre el derecho indígena y estas formas arbitrarias y primitivas de tomarse la justicia por la mano. El factor distintivo para ello es la muchedumbre, integrada por indios y mestizos, la que pasa a la acción y ajusticia directamente al sujeto sospechoso de haber perpetrado una grave infracción”.

⁸⁰³ BORJA JÍMENEZ, Emilio, “Sobre la existencia de principios básico del sistema penal indígena”, op. cit., p. 292, explica que la “venganza colectiva, suele ser nota común las dificultades que encuentra la policía para intervenir en favor de las víctimas de la autojusticia, pues las patrullas se hallan en la mayoría de los casos en situación de inferioridad y su virtual actuación puede provocar un enfrentamiento de imprevisibles consecuencias”.

⁸⁰⁴ La información del caso ha sido obtenido en <https://www.proceso.com.mx/237768/linchan-en-tlahuac-a-tres-agentes-de-la-pfp>

5.4. Caso de explotación laboral de menores.

La criminalización de la trata laboral sobre menores no deja duda alguna en la comunidad internacional de que debe ser eliminada. Pero existen ciertas condiciones culturales o sociales que han incentivado o fomentado su realización. Por ejemplo, el caso Bel Badai Bouabid, de nacionalidad marroquí, fue imputado por maltrato acorde al art. 572 del Código Penal Italiano⁸⁰⁵, según lo decidió el Tribunal de Apelación de Turín. Porque a Bel Badai le habían confiado los padres a su sobrino pequeño para que estudiase en Italia. Pero tras llegar a Turín, el menor transcurría todo el día fuera de casa en lugar de acudir a la escuela, vagabundeando por las calles, practicando el comercio ambulante de pañuelos y la mendicidad. Le daban de comer algunas veces los encargados de un bar y entregaba la exigua ganancia diaria al tío para pagarle los costos del hospedaje. La Cassazione rechaza el recurso, considerando irrelevantes las alegaciones para exculpar o atenuar el delito de maltrato sobre la ética del hombre afirmada sobre la base de opciones subculturales relativas a ordenamientos distintos⁸⁰⁶.

Otro evento similar en Italia en 2007, corresponde al caso de un inmigrante de origen marroquí obliga a su sobrino, menor de 14 años y también marroquí a mendigar mal vestido por las calles de Turín practicando el comercio ambulante de pañuelos y la mendicidad. La Corte de Casación, al condenar al tío por el delito de malos tratos, afirma explícitamente que “no puede invocarse, con el fin de resultar eximido de responsabilidad o para obtener una atenuación, toda vez que el art. 62 n. 1 CP. Porque la ética del sujeto basada en opciones subculturales relativas a ordenamientos distintos del nuestro y poco sensible a la valoración y la salvaguarda de la infancia debe dejar paso, en la jurisdicción italiana, a sus principios básicos de protección de los derechos individuales regulados en el art. 2 de la Constitución⁸⁰⁷”.

6. Posición personal.

⁸⁰⁵ Artículo 572, refiere: “el que, salvo los casos señalados en el artículo anterior, maltrate a un miembro de la familia o en todo caso conviviente, o a una persona sujeta a su autoridad o encomendada a él por motivos de educación, instrucción, cuidado, vigilancia o custodia, o por el ejercicio de un cargo, profesión o arte, se sanciona con pena privativa de libertad de tres a siete años”.

⁸⁰⁶ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit. p. 91.

⁸⁰⁷ BASILE, Fabio, “El derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en particular, las mutilaciones genitales femeninas)”, op. cit., p. 1869.

Una vez analizado el discurso jurídico penal inmerso en la problemática de diversidad cultural frente al discurso de la igualdad penal y las implicaciones éticas del relativismo cultural ante el Derecho Penal a la diferencia, se logró adminicular el concepto de los delitos culturalmente motivados, apegándome a la posición de Maglie, Pérez de la Fuente y Sanz Mulas quienes advierten una dificultad para identificar las razones para la criminalización de estas conductas sancionadas por los códigos penales de los Estados donde se encuentran migrantes o indígenas que no comprenden o desconocían el mensaje prohibitivo de la norma jurídico penal.

Por ello, fue indispensable revisar la diversidad de casos que conforman el ámbito de los delitos culturalmente motivados y para lo cual, propuse la clasificación dividida en cuatro niveles: el primero desde una perspectiva de género; el segundo, sin una perspectiva de género; la tercera los delitos culturalmente motivados sin víctimas; y por último la criminalidad cultural y común.

Es importante resaltar el estudio dogmático en sede de los delitos culturales que proporciona herramientas fundamentales para la discrecionalidad del juzgador al momento de determinar el grado de la individualización de la pena a imponer a una persona que tuvo motivos culturales ha realizado una conducta contraria a la norma penal. Esto en gran medida la doctrina ha centrado la atención en sede de culpabilidad para centrar esta problemática en sede del “error de prohibición”. Así, los conceptos de “error condicionado” o “inevitable” son las mayores expresiones de aplicar la dogmática jurídico penal a este fenómeno criminal.

Bajo esta propuesta diferenciadora puedo afirmar que los delitos culturalmente motivados no responden exclusivamente a una política criminal de género, sino que el abanico de conductas motivadas por el elemento cultural es más amplio y complejo.

Por eso, del análisis de la fenomenología de los delitos culturales permite advertir las paradojas que afrontan los órganos jurisdiccionales ante la dicotomía de la libertad e igualdad y el derecho a la diferencia para ellos casos generados por violaciones a los derechos humanos por motivos culturales. Además de lo ya señalado sobre los elementos constitutivos de los delitos culturalmente motivados, deberán ser analizados por la autoridad jurisdiccional en armonía “del derecho fundamental a la identidad cultural”, en aras de emitir una sentencia compatible con los principios penales aludidos en sede constitucional, y para ello, se debe analizar las políticas

punitivas que han sido utilizadas por los jueces para imponer una sanción y cuál de ellas es más asequible de imponer a la criminalidad motivada por razones culturales⁸⁰⁸.

A mi parecer la ruta a seguir con los aportes del pluralismo moral es conformar una visión incluyente del poder judicial al momento de resolver el conflicto cultural ante una norma jurídico penal. Y para mejor apreciación del desempeño de los jueces en estos casos, corresponde analizar las teorías de las penas que la doctrina jurídica penal ha planteado para identificar cual marco teórico corresponde de mejor forma para la imposición del castigo al sujeto que por motivos culturales ha infringido la norma jurídico-penal.

Ahora corresponde centrar la atención en las teorías de la pena para identificar cuál es la más compatible con los crímenes culturales motivados por la diversidad cultural. Esto en razón que los jueces al momento de ejercer su discrecionalidad judicial deben fundamentar y justificar la pena impuesta mediante una norma penal.

Por lo anterior, el reto en el siguiente capítulo será profundizar en los diversos posicionamientos de las teorías de la pena que adquieren las resoluciones judiciales con una gran carga de contenidos morales inmersos en el debate explicado en este capítulo, sobre la pugna entre la universalidad del discurso de los derechos humanos trazado por una cosmovisión ante el resto del mundo, que habrá de encarar a un relativismo cultural limitado a un círculo de valores específicos que generan una diversidad de conflictos morales.

⁸⁰⁸ Esta interpretación incluyente de los factores culturales en una sentencia judicial, véase *infra*, Capítulos Quinto y Sexto.

CAPÍTULO CUARTO

LOS MODELOS PUNITIVOS Y EL PLURALISMO CULTURAL

I. Introducción.

A lo largo de los capítulos anteriores se ha comprobado que el factor cultural ha permitido determinar la existencia de una criminalidad con rasgos peculiares a considerar para su tratamiento dogmático y procesal. Además, se ha podido identificar entre sus elementos distintivos el papel que representa el derecho a la identidad cultural, para determinar si el resultado de un comportamiento cultural contraviene los valores de una sociedad mayoritaria donde se encuentra el sujeto que realizó un comportamiento culturalmente motivado.

Pero la cuestión ahora está en resolver si una persona que ha realizado un delito por razones culturales afectando bienes jurídicos fundamentales como la vida, la libertad sexual o la integridad corporal, por lo que resulta imponerle una condena por el grave daño ocasionado, qué tipo de pena es la más adecuada o compatible con el derecho a la diversidad cultural.

Para ello, se busca revisar en el ámbito de las teorías de pena de corte utilitarista (económica y disuasoria), contractualista, retribucionista (mediante razones consecuencialistas y razones deontológicas), liberalismo (autonomía personal), para determinar si alguna de estas teorías guarda mejor compatibilidad con el fenómeno de la diversidad cultural. Además, se ha considerado oportuno analizar la justicia restaurativa como parte de un programa ético-político propio del comunitarismo proporciona algún insumo adicional y correcto para resolver este complejo escenario de la pena ante delitos culturales. O bien, determinar si la alternativa del

movimiento abolicionista de la pena es la solución real a estos conflictos culturales como parte de un proyecto del Derecho Penal mínimo impulsado por la criminología crítica.

Para esto, se tiene previsto revisar la doctrina penal, jurisprudencia y algunos recursos filosóficos que permitan de manera armónica identificar las oportunidades y debilidades de cada posición teórica de la pena ante los derechos de las minorías culturales en el ejercicio de sus derechos de identidad cultural y autonomía personal.

2. Una aproximación moral de los modelos punitivos.

Una de las principales finalidades reconocidas al Derecho Penal ha sido la protección de bienes jurídicos de gran relevancia. Sin embargo, este reconocimiento del *ius puniendi* para asegurar el respeto a esos valiosos bienes en una determinada sociedad, ha requerido fundamentar su justificación legal mediante presupuestos morales que a lo largo del tiempo han sido diversas posiciones las que han dado forma a la legalidad de un Estado para imponer un castigo por un hecho prohibido por la norma jurídico penal.

Esta línea entre política y moral es difusa y dinámica para establecer categorías valorativas, susceptibles de contener cuestiones morales de manera absoluta o consensuada como el incesto, el estado de necesidad, el consentimiento, entre otros⁸⁰⁹. Desde una perspectiva constitucional se imponen explícita o implícitamente los principios que rigen un ordenamiento penal, entendidos como valores de: i) seguridad, ii) participación y pluralidad política, iii) autonomía personal, iv) igualdad y v) dignidad, los cuales son identificados propiamente con un Estado Democrático de Derecho.

Todos estos valores constitucionales cobran relevancia para la determinar que el órgano legislativo conforme un abanico de conductas prohibidas tendientes a ser criminalizadas por

⁸⁰⁹ Así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (Coord.), *Manual de introducción al Derecho Penal*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 77, expone otro punto conflictivo puede estar en la criminalización de formas de cooperación a una autolesión. En estos casos, el daño a un bien jurídico en condiciones naturales acontece en aquellos casos donde es el propio titular del bien jurídico quien provoca su lesión, por ejemplo, en el suicidio o en las autolesiones. Esto significa que “sí es el propio titular de un bien personal el que decide de modo responsable afectar a ese bien, no existe lesión de un bien jurídico, sino ejercicio de la autonomía que le corresponde en virtud del principio del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10 de la CE”.

considerar que son contrarias a sus propios valores reconocidos en su máximo ordenamiento jurídico. Para ello, se legitima el uso del *ius puniendi* aplicable a cada caso concreto que el juez en un proceso determine mediante la imposición de un castigo.

Pero el análisis del Derecho Penal moderno evidencia que está muy lejos de lograr un consenso o acuerdo sobre qué posición moral deba usarse al momento de justificar la imposición de una pena en aquellos casos donde el sujeto ha sido motivado para cometer un delito por sus costumbres, religión, o razones propias de su comunidad de origen.

Para dimensionar esta problemática moral, se analizarán las teorías más relevantes en el Derecho Penal y sus implicaciones en los delitos culturalmente motivados, tales como el utilitarismo, retribucionismo, contractualismo consecuencialismo, perfeccionismo, justicia restaurativa y abolicionismo o minimalismo penal.

2.1. Los precedentes del utilitarismo penal ante el ejercicio de la autonomía práctica.

2.1.1. El Estado utilitarista y el ejercicio del poder punitivo.

El utilitarismo es un postulado político con una clara concepción moral impulsada por Jeremy Bentham durante el siglo XVIII, quien justificó las sanciones penales mediante “los beneficios” derivados del castigo por haber sido acusado una persona de haber cometido un crimen. Esto conllevaría su encarcelamiento fue considerado superior “a los costos impuestos al condenado preso”, así como a su propia familia⁸¹⁰. En este contexto, los términos costo-beneficio en políticas de criminalización⁸¹¹ es interpretado para Husak “en el sentido de implicar que el Estado está justificado para establecer cualquier conjunto de prescripciones que maximicen la utilidad”⁸¹², lo cual denota invariablemente una diferencia entre la teoría utilitarista del Derecho Penal y el análisis económico del Derecho.

⁸¹⁰ BRAITHWAITE, John y PETTIP, Philip, *No solo su merecido. Por una justicia penal que va más allá del castigo*, op. cit., p. 50, son partidarios de la unión del consecuencialismo y el bienestarismo, nace la aseveración de que el mejor sistema de justicia penal –en rigor, la mejor opción entre todas las alternativas- es aquel que promete el máximo de felicidad. Esta es la forma clásica de utilitarismo propugnada por Jeremy Bentham.

⁸¹¹ Para ahondar en los factores utilitarios del Derecho penal, consúltese, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Eficiencia y Derecho Penal”, *ADPCP*, Tomo 49, Fasc, enero, 1996.

⁸¹² *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*, op. cit, p. 282. En la literatura anglosajona trasciende el trabajo pionero de BECKER, Gary “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, 76, 1968,

Silva Sánchez identifica entre otros muchos aspectos que “el análisis económico del Derecho Penal sostiene que los destinatarios de este son sujetos racionales, que, también en su actuación delictiva, obran siguiendo consideraciones de eficacia, esto es, calculando los costes y beneficios que cada acción les reporta. Ello determina que si, en el margen de información de que se dispone una de las alternativas de comportamiento se hace menos ventajosa, por una variación de las circunstancias, disminuye la probabilidad de que se opte por ella. En particular, un sujeto cometerá un hecho delictivo sólo si la sanción esperada es inferior a los beneficios privados esperados de la comisión del acto”⁸¹³.

En cambio, Montero Soler y Torres López sostienen dos escenarios relacionados a los comportamientos criminales: i) “el sistema de generación del delito en el que se incluirían los factores decisivos de los que depende la existencia del delito”, y ii) “el sistema de justicia criminal, que incluye los factores externos de todo tipo que tiene que ver con la respuesta de la sociedad a ese comportamiento”⁸¹⁴. En este contexto utilitarista Bermejo postula que el estudio realizado por una persona racional para resolver sobre la decisión para cometer un delito deberá tomarse en cuenta “la utilidad esperada de la actividad delictiva en sí”, así como “otras actividades que podrían realizarse en lugar de aquella. En efecto, aun cuando los beneficios esperados, esta

pp. 169 y ss.; y posteriormente, con mayor difusión, POSNER, Richard, “An Economic Theory of the Criminal Law”, *Columbia Law Review*, 85, 1985, pp. 1193 y ss.

⁸¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Eficiencia y Derecho Penal”, op. cit., pp. 98 y 99, y para quien, p. 103, las implicaciones de este escenario serían, “el redescubrimiento de la diversidad de los individuos, permitiendo rechazar la novedad revolucionaria de la teoría económica”. Esto es, la “«calculabilidad del comportamiento criminal»”; CERESO MIR, José, “Los fines de la pena en el Código Penal después de las reformas del año 2003”, *RECPC*, 2ª Época, No. extraordinario 2, 2005, p. 17, quien recurre al concepto de “eficacia” para explicar las reformas introducidas al código penal español, que buscan incrementar la aplicación de la pena mediante la prevención general, reafirmando el ordenamiento jurídico mediante la postura retributiva, y más adelante, p. 25, particulariza esta idea del siguiente modo: con el fin de incrementar la “eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general” concebida básicamente como intimidación, pasan a considerarse como delitos cuatro faltas de lesiones, de hurto o sustracción de vehículos a motor o ciclomotores, no juzgadas, cometidas durante un año. Además, el fundamento de la agravación de la pena no se halla en la mayor gravedad de lo injusto culpable, sino en la habitualidad, en la peligrosidad del delincuente.

⁸¹⁴ *La economía del delito y de las penas. Un análisis crítico*, Comares, Granada, 1998, pp. 6 y ss. A modo ejemplificativo de esta valoración eficiencia/utilidad en el ámbito judicial, véase el criterio emitido por el Ministro Alfredo Gutiérrez ORTIZ MENA, integrante de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante la Tesis: 1a. CCCXXVII/2015 (10a.), relacionada con el Amparo en revisión 338/2012 de 28 de enero de 2015, bajo el rubro y texto: “TESTIGOS PROTEGIDOS. MEDIDAS PARA NO AFECTAR EL DERECHO DE DEFENSA DEL INCLUPADO EN LOS CASOS EN QUE EXISTA DECLARACIÓN DE AQUÉLLOS. Las declaraciones de los testigos protegidos no pueden tener, apriorísticamente, un valor preponderante, pues están condicionadas a la constatación de efectividad/utilidad por parte de las autoridades jurisdiccionales; de ahí que dichas declaraciones constituyen meros indicios susceptibles de administrarse con otros medios de prueba”.

persona cometerá el delito solo si la utilidad esperada por él de la conducta delictiva excede la utilidad que pueda obtener utilizando su tiempo y otros recursos en otras actividades legales o ilegales”⁸¹⁵.

2.1.2. La visión económica de la pena y las implicaciones a la autonomía personal.

La relación económica con la pena ha sido posicionada en los últimos años como una alternativa para justificar su imposición, pero mi interés ahora corresponde sin demeritar el impacto que puede tener en un sentido general los estudios económicos para el Derecho Penal, cuál es el impacto de esta posición teórica sobre el principio de autonomía personal y que trascendencia tendrá para la labor jurisdiccional al momento de resolver los casos por delitos culturalmente motivados.

Para empezar esta problemática, me centro en el trabajo de Ortiz de Urbina Gimeno para quien “la investigación empírica y los conocimientos teóricos sobre el fenómeno delictivo que pueden aportar otras perspectivas resultan irremplazables a la hora de formular propuestas de política criminal, incluso (mejor: especialmente) cuando éstas se hacen siguiendo un análisis económico: éste proporciona una potente estructura, un esqueleto, pero corresponde a otras disciplinas aportar el resto de los ingredientes”⁸¹⁶, por tanto, “El Derecho Penal, para ser eficaz en su pretensión de lograr la *eficiencia social*, debe, en definitiva, configurar sus normas partiendo de que los sujetos destinatarios de éstas van a realizar un *cálculo de eficiencia*. Tal apreciación conduce a un Derecho preventivo, más concretamente, preventivo general, y, en fin, basado de modo central en la disuasión: prevención general negativa intimidatoria (*deterrence*)”⁸¹⁷.

⁸¹⁵ BERMEJO, Mateo G., *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 71. En este sentido, LARRAURI PIJOAN, Elena, “La economía política del castigo”, *RECPC*, 11-06, 2009, quien desarrolla un estudio sobre el número de personas en prisión y los distintos modelos políticos intentado buscar un freno a las exigencias punitivas mediante el postulado de la democracia deliberativa.

⁸¹⁶ “Análisis económico del derecho y política criminal”, *RDPC*, 2ª Época, número extraordinario 2, 2004, p. 55.

⁸¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Eficiencia y Derecho Penal”, op. cit., p. 107. En este sentido, GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, op. cit., pp. 306-307, argumenta el impacto que tiene la disponibilidad de los recursos materiales en la administración de justicia para el control del delito, siempre ha representado un problema de costos. Pero las cuestiones gasto y eficacia “para las decisiones políticas públicas en la policía, los tribunales y las otras agencias penales son ahora más minuciosamente costeados y auditados” para ello, las autoridades han tenido que recurrir a un lenguaje económico de «costo-beneficio», «mayor provecho por dinero empleo» y «responsabilidad fiscal», entre otras expresiones. Por ejemplo, “la virtud principal de nuevas políticas públicas como la privatización de las prisiones y el castigo en la comunidad es que se proclaman como alternativas económicamente racionales a los esquemas preexistentes”.

Lo interesante de ello para Posner es que la parte sustantiva del Derecho Penal puede ser entendida desde una perspectiva económica y puede de hecho ser presentada como promoviendo la eficiencia, esto es, las sanciones penales pueden derivarse del concepto de eficiencia⁸¹⁸. Por ello, la función del Derecho Penal en una sociedad capitalista es impedir que la gente evite el sistema de intercambio recíproco y voluntario⁸¹⁹ en el mercado (entendido como método más eficiente para la colocación de recursos que el intercambio forzoso). En consecuencia, debe estar prohibido la clase de actos ineficientes que no son capaces de maximizar la riqueza⁸²⁰, acorde con la influencia marcada por el *Welfare State* de los Estados Unidos y Gran Bretaña⁸²¹, y con un importante impacto en la concepción de persona como libre y autonomía que le permita construir y conseguir sus propios proyectos de vida.

Así, el Derecho Penal en términos económico implícito en un marco político criminal para el establecimiento de normas penales, en aras de la prevención de conductas delictivas, tiene claramente el propósito de proteger a la mayoría que previamente aceptaron y avalaron determinados presupuestos morales para sancionar el homicidio, robo, lesiones de los demás. No obstante, cabe destacar que el principio utilitarista al no ser neutral en los resultados por razones de eficiencia, debe seleccionar entre los ideales de persona sobre la base de una concepción previa del bien, y ello, hace claramente difícil mantener un juicio justo por la autoridad que sancionara aquellas conductas motivadas culturalmente para cometer un delito, porque el utilitarismo requiere generalmente ignorar la miseria de la minoría e incrementar el bienestar de la mayoría, a fin de potencializar los niveles de utilidad.

Por esto, “El utilitarismo determina el contenido del derecho abstracto a igual consideración y respeto de un modo que no se corresponde con nuestros juicios cotidianos sobre lo que exige la equidad”⁸²². Piénsese, por ejemplo, cometer un delito de robo por una cantidad

⁸¹⁸ “An Economic Theory of the Criminal Law”, p. 1194.

⁸¹⁹ POSNER, Richard, “An Economic Theory of the Criminal Law”, op. cit., p. 1195.

⁸²⁰ POSNER, Richard, “An Economic Theory of the Criminal Law”, op. cit., p. 1195; para una valoración reciente sobre MATHIAS, Klaus, *Efficiency Instead of Justice?: Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, Springer, United Kindom, 2009, en particular, el apartado III sobre Richard Posner y su posición utilitaria.

⁸²¹ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, “La crisis del *Welfare* y sus repercusiones en la cultura política anglosajona”, Iñaki Rivera Beiras, (Coord.), *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, 2ª Ed., Barcelona, 2011, pp. 255-265.

⁸²² MELERO DE LA TORRE, Mariano C., *Rawls y la sociedad liberal*, Plaza y Valdés, Madrid, 2010, pp. 65-66.

que no supera ni los 40 dólares y sin violencia, en una tienda de alimentos, precisamente por no tener recursos económicos para comprarlos, es detenido y entregado a la policía, posteriormente, al fiscal y por no contar con dinero para pagar la multa de 400 dólares prevista por los propios tabuladores de la autoridad, es remitido al centro penitenciario para que sea un juez el que determine su situación legal y finalmente determine el grado de pena a imponer por el hecho delictivo cometido, lo cual bajo el prisma del bienestar de la sociedad se comprende todo este proceso institucional de justicia en contra del robo.

2.1.3. La utilidad de la pena ¿riesgos a la identidad personal?

Una clara desventaja que denota una función de la pena desde la justificación moral del utilitarismo es la imposibilidad real de pensar la responsabilidad. Por ejemplo, si tuviéramos que hacer algo inmoral, pero necesario para que la mayoría sea más feliz, siguiendo los parámetros del utilitarismo el agente no tiene otra más que hacerlo. Entonces no existe un concepto fuerte de responsabilidad ni de agencia, porque no existe el actuar individual, sino una abstracción de una entidad colectiva encaminada hacia el mayor bienestar o felicidad. Sin embargo, la única forma de criticar al utilitarismo es ofreciendo una mejor descripción de la agencia, de las dificultades en las que se encuentra el concepto de identidad personal no abstracto.

Un argumento utilitario a favor de la identidad personal, explica Salcedo, es denominado utilitarismo de la regla, por ejemplo, las obligaciones especiales “atendiendo a los efectos que tendrían sobre una sociedad en que se siguieran prácticas que no defraudan las expectativas de aquellos que se encuentran en las situaciones en que dichos compromisos se dan”. Esto permite la “comprensión de las razones referidas al agente”, es decir, “un utilitarista del acto”, que si bien “por centrarse exclusivamente en la utilidad social de la realización o no de un acto no tendría en cuenta los efectos sobre otras personas, ya fuera porque dichos efectos escapan a su consideración, o bien porque los efectos de un acto particular sobre ellas serían despreciablemente pequeños”. Además, le llevaría “a ignorar cualquier otra consideración que no fuera la estricta utilidad social de la realización del acto y así la propia existencia de tales obligaciones”. En cambio, si se considera el utilitarismo de “la regla tiende a facilitar sugerencias para que las personas actúen por razones referidas al agente en la medida en que están incorporadas en el código moral socialmente más útil y de este modo admitir conductas morales

guiadas por tales razones”. Por tanto, sostiene Salcedo que esta posición utilitarista acepta que “una razón que apele a su posición especial, sus compromisos consigo mismo o los derechos de otras personas es una razón moral, en tanto, se pueda mostrar que es una consideración derivada del código moral general y que resulta socialmente más útil. En consecuencia, sólo podrán admitirse razones referidas al agente cuando pueden derivarse de razones neutrales, siendo éstas la única fuente de moralidad de aquellas o cualesquiera otras”⁸²³.

Este panorama de la agencialidad para el Derecho Penal es indispensable al momento de justificar la pena a imponer a una determinada persona por sus actos punitivos concretos⁸²⁴, lo

⁸²³ SALCEDO, Damian, “Consecuencialismo e imparcialidad”, *Revista de Filosofía*, 3ª época, vol. IV núm. 5, 1991, pp. 170-171; En este sentido, GUTIÉRREZ, Gilberto, “La estructura consecuencialista del utilitarismo”, *Revista de Filosofía*, 3ª época, vol. III, 1990, p. 152, reconoce que es aceptable la posición de “las reglas morales como aquellas reglas de conducta hipo-ético-imperativas que recomendaría para su observancia general un observador bien informado, inteligente y dotado de imparcial simpatía”. Por su parte, GAITÁN TORRES, Antonio, “Obituario. Derek Parfit (1942-2017)”, *Teorema*, Vol. XXXVI/2, 2017, p. 140, refiere que la triple teoría de Parfit “un acto es incorrecto solo si no es permitido por aquellas reglas que podrían fomentar el bienestar común (utilitarismo de la regla), por aquellos principios que todos acordaríamos racionalmente instaurar como leyes universales (Kant) o por aquellos principios que no podrían ser rechazados por ningún sujeto (contractualismo scanloniano)”. En cambio, GARCÍA ENCINAS, M.J., “Identidad personal y responsabilidad”, *EPISTEME NS*, VOL. 31, N° 2, 2011, pp. 10-13, explica que, la responsabilidad “agente, o responsabilidad moral, como también se la denomina en algunos círculos, puede entenderse ateniendo a algunas de sus características esenciales; y las características esenciales a la acción, o la responsabilidad agente, son tres”: i) la responsabilidad “agente/moral suscita ciertos sentimientos y reacciones a modo de respuesta. Estos sentimientos incluyen: gratitud, disgusto, amabilidad, respeto, enfado, orgullo, indignación, perdón, resentimiento. Todas estas reacciones y sentimientos son reacciones de/ante responsabilidad. Son reacciones y sentimientos que atribuyen agencialidad”; ii) la responsabilidad agente/moral es *siempre revocable*. “Igual que ocurre con cuestiones de tipo legal, uno es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad”. Esto es, uno no es responsable hasta que determinado acontecimiento “se sanciona como su acción; y toda sanción está sujeta” al mismo tiempo a revisión. Por consiguiente, la responsabilidad agente es en esencia “una cuestión interpersonal, algo declarado, sujeto en todo momento a reconocimiento social”; y iii) la “responsabilidad agente señala identidad personal. Por consiguiente, ser considerado agente responsable es ser considerado persona. Dondequiera que pueda haber una reacción moral hay persona”. Esto es, “saber quién eres es estar orientado en el espacio moral, un espacio en que emergen cuestiones sobre lo que es bueno o malo, pues cada uno de nosotros es esencialmente donde se encuentra en el espacio moral”.

⁸²⁴ Existen pocos trabajos que vinculen la justificación de la pena en la identidad personal, cfr. Esencialmente, PARFIT, Derek, *On What Matters*, Oxford University Press, New York, 2011, en especial el tomo II; CIGÜELA SOLA, Javier, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2015, en especial todo la Segunda Parte de su obra, donde desarrolla ampliamente este concepto en el ámbito de las personas jurídicas con gran contenido ético-jurídico penal; SMILANSKY, Saul, “Responsibility and Desert: Defending the Connection”, *Mind*, 105, 1996, pp. 157-163; el mismo, “Hard Determinism and Punishment: A Practical Reductio”, *Lam and Philosophy*, 30, 2011, pp. 353-367; FLETCHER, George, *Gramática del Derecho penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 315-322, quien hace alusión a las “teorías personalistas de la pena”; NINO, Carlos S., “Libre albedrío y responsabilidad penal”, *Fundamentos de Derecho Penal*, op. cit., pp. 103-115; un trabajo próximo a estos rubros está SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio “jurisdiccional” de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado”, Carlos García Valdés, et. al., (Coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Vol. 1*, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 661-692. En cambio, los avances son significativos en la justificación de la pena y el concepto de persona, entre otros, JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona*, Civitas, Madrid, 1996; FLETCHER, George, *Conceptos básicos de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 130-135; RAWLS, John, “El sentido de la justicia”, Joel Feinberg, *Conceptos morales*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 202-229; con ciertos

cual se logra mediante el concepto de responsabilidad, en términos de Hart, para quien “siempre que una persona ocupe un lugar o puesto determinado en una organización social, respecto del cual se asignen deberes específicos para promover el bienestar, o para impulsar de manera específica las metas o propósitos de la organización, se dice con corrección que esta persona es responsable del cumplimiento de estos deberes o de hacer lo necesario para satisfacerlos. Esos deberes son unas responsabilidades personales”⁸²⁵, lo cual permite “explicar la propia conducta, de ofrecer una explicación inteligible de uno mismo, de responder por uno mismo como ser racional” y justificar sus acciones o exculparlas.

De ser así, será necesario determinar si las razones que oferta el utilitarismo son verdaderamente justificativas o meras razones explicativas que ponen en riesgo la autonomía personal y en consecuencia la identidad personal del agente, pero antes repasemos dos posiciones que ayudarán a evaluar si la pena de corte utilitaria.

2.2. El utilitarismo punitivo y sus implicaciones en una sociedad multicultural.

Las políticas utilitarias en el Derecho Penal han permitido o facilitado establecer rangos no legales reconocidos por la norma, pero si funcionales para la prevención de conductas que habitualmente eran cometidas por cierta clase de criminalidad cotidiana. Kennedy hace alusión a los casos donde los fiscales han influenciado sobre los elementos de la policía para que “establezcan cantidades mínimas de estupefacientes que no están previstas en las leyes, de manera que los arrestos generados por una cantidad inferior por lo general son descartados o calificados como tenencia en lugar de narcotráfico”. En estos casos, la experticia policial ha permitido identificar que los narcotraficantes de manera inmediata han aprendido cuáles son esas cantidades mínimas para no poseer sustancias mayores a las permitidas. Por ejemplo, “llevan exactamente veintisiete piedras de crack en lugar de veintiocho, una cantidad establecida de forma informal y arbitraria, pero bien conocida”⁸²⁶.

matices sociológicos, PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, Universidad de Navarra/Bosch, Barcelona, 2005, pp. 269-285.

⁸²⁵ “Postscript: Responsibility and retribution”, *Punishment and responsibility, essays in the philosophy of law*, p. 212.

⁸²⁶ KENNEDY, David M., *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de la pena*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 35 y 36.

Igualmente, existen muchos casos donde la autoridad recurre con mayor violencia en la represión por la comisión de un delito no grave, asalto a casa habitación deshabitada, por ejemplo, pero cometido una persona de color y, en consecuencia, toda su comunidad “negra” se ve afectada, reprimida, o discriminada solo por el delito cometido por una persona de esa comunidad, so pretexto lograr un efecto disuasorio del castigo impuesto para intimidar al resto de no intentar hacer lo mismo.

A esto, Husak lo denomina penas colectivas y penas vicarias por considerarse que el castigo es *colectivo*, porque su imposición corresponde por los propios miembros de su grupo, por ejemplo, los castigos colectivos son rutinariamente impuestos en el entrenamiento militar. Cuando un soldado rompe una regla, el sargento castiga a *todos* los soldados del pelotón. En cambio, un castigo es *vicario* cuando una persona es castigada por un delito que se sabe que fue cometido por un tercero, por ejemplo, cuando un padre o una madre infringen una regla, puede ser más efectivo castigar a sus hijos. En las circunstancias apropiadas, nadie debería dudar que los castigos colectivos y vicarios pueden dar resultado; pueden ser increíblemente exitosos en la promoción de objetivos utilitaristas como la disuasión⁸²⁷.

Por otro lado, resulta justificado desde este postulado político la aplicación de la castración química para la delincuencia sexual, y hasta cierta forma identificado también en el campo preventivo de la violencia doméstica mediante campañas de protección a las mujeres en contra de esta violencia⁸²⁸, así como también acontece en la prevención de conducir en estado de ebriedad, para lo que se implementan retenes por agentes policiales para hacer una revisión de alcoholemia a conductores para evitar un accidente⁸²⁹, o bien, la imposición de la pena de muerte, a fin de lograr mediáticamente la disuasión de la comisión de delitos graves, en particular, el homicidio, mediante la amenaza punitiva del Estado con la silla eléctrica o la inyección letal. Por tanto, estos efectos disuasorios demuestran la capacidad y convicción de las autoridades en los estándares sociales materializados en la ley, por lo que, desde esta configuración solo habría ganancias.

⁸²⁷ HUSAK, Douglas, *Sobrecriminalización. Los límites del derecho penal*, p. 285; en el mismo sentido, MATRAVERS, Mathias, *Justice and Punishment. The rationale of coercion*, Oxford University Press, 2000, pp. 17 y ss.

⁸²⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La orden de protección europea. La protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

⁸²⁹ Por todos, véase el reciente estudio de MÁRQUEZ CISNEROS, Rolando, *La conducción con una determinada tasa de alcohol Un estudio sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

Ahora bien, es importante destacar que aún y con algunos factores positivos reflejados en la disuasión del delito mediante postulados utilitarios han contribuido en la reducción de los índices criminales, también es cierto que, estas prácticas se tornan injustas y hasta en cierto sentido violatorias de los derechos humanos⁸³⁰, esencialmente la autonomía de la persona es la que se encuentra claramente en riesgo de ser restringida o en su caso eliminada, de ahí que haya recibido por Ferrajoli el nombre de utilitarismo a medias, para quien “al orientar al derecho penal únicamente hacia el fin *ne peccetur*, encamina sus opciones hacia la adopción de medios penales máximamente fuertes e ilimitadamente severos”⁸³¹. Por eso, sugiere Ferrajoli agregar al máximo bienestar posible de los ciudadanos que no infringen las normas penales, también el “mínimo malestar necesario de los desviados”⁸³².

La idea es favorecer la pena mínima necesaria al explicar “que la pena no sirve sólo para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos; que no se amenaza con ella y se la impone sólo *ne peccetur*, sino también *ne punietur*, que no tutela sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas”⁸³³.

Sin embargo, mantener un postulado disuasorio del delito para las conductas culturalmente motivadas para la comisión de un ilícito, no obtendrá los mismos resultados buscados por el factor de la diversidad cultural que no corresponde para los fines que ha sido justificado en casos de la criminalidad ordinaria, por lo que corresponde ahora analizar si la utilidad de la pena afecta o no a la autonomía personal.

2.2.1. ¿Es eficaz la pena utilitaria frente a la diversidad cultural?

Llegados a este punto, la pena de corte utilitarista no justifica la eficacia del Derecho Penal, porque la idea de preservar un punitivismo utilitario mediante el bienestar, habrá de imperar los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad, a fin de no reducir la

⁸³⁰ Al respecto, consúltese, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “La prevención del delito en un estado social y democrático de derecho”, *Estudios penales y criminológicos*, N°. 15, 1990-1991, pp. 79-98.

⁸³¹ *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 331; el mismo, “El derecho penal mínimo”, *Escritos sobre derecho penal. nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. 1*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 128.

⁸³² *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 332.

⁸³³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 332.

racionalidad humana a una racionalidad utilitaria, instrumental en aras de sancionar jurídico penalmente a una persona⁸³⁴, como lo haría en su momento Bentham “la pena más económica será aquella que no cause ni un átomo de mal que no se convierta en provecho; las penas pecuniarias tienen esta cualidad en un grado eminente, pues todo el mal que siente el que paga se convierte en provecho para el que recibe”⁸³⁵.

En caso de hacerse así, tendría que olvidarse políticas punitivas a futuro para la prevención de daños a terceros y simplemente mantener una visión del presente con solas aspiraciones por el pasado mediante la idea del reproche como solución a la comisión de los delitos. Esto es, la legitimidad instrumental de la pena identificada en los niveles altos de exigencia para satisfacer los fines asignados a un Derecho Penal orientado a las consecuencias para su justificación. Por ejemplo “independientemente de las objeciones éticas que pudieran oponerse (legitimación valorativa), el fin de intimidación quedaría deslegitimado de principio si pudiera demostrarse empíricamente la inoperatividad fáctica de la pena en relación a dicho fin”⁸³⁶.

Para explicar el contenido de esta crítica al planteamiento de la pena utilitarista, ofrezco la visión del liberalismo igualitario que haría un contrapeso a esta postura utilitaria promotora de condiciones de desigualdad entre sus miembros de la sociedad para ser sancionados en aras de preservar el bienestar de la mayoría.

En este sentido, la posición de Guariglia sobre la legitimación valorativa de capacidades entre los sujetos morales, presenta una cierta ventaja al utilitarismo. Su ventaja atiende a acomodar los bienes primarios acorde a cada uno de los casos se deberán usar para recompensar

⁸³⁴ En este mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Eficiencia y Derecho Penal”, op. cit., pp. 109-110, para quien el “Derecho Penal sea eficiente, en general y en cada caso particular”, sus costes: i) “en general, son inferiores a los que resultarían de dejar exentos de reacción los hechos delictivos”; y ii) “los costes de la persecución de un determinado hecho e imposición de la correspondiente sanción sean inferiores a los de tolerar su comisión”. En este contexto, del Derecho Penal los costos son muy altos, por eso, “no cabe perseguir penalmente hechos que no se muestran ineficientes y debe ser objeto de permanente discusión la persecución penal y su concreta modalidad en casos de limitada ineficiencia del acto perseguido”.

⁸³⁵ Compendio, II, p. 59, nota 2; MARKEL, Dan/Chad FLANDERS “Bentham on Stilts: The Bare Relevance of Subjectivity to Retributive Justice”, *California Law Review*, Volume 98, 2010, p. 909, quienes realizan un gran esfuerzo por aclarar el significado de “subjetividad en el postulado de la pena de Bentham.

⁸³⁶ Así, ALCÁ CER GUIRAO, Rafael, *Los fines del derecho penal. Liberalismo, comunitarismo en la justificación de la pena*, op. cit., p. 36.

las insuficiencias o utilidad de su articulación. Esto es, “el estándar interpersonal que se impondrá para ello como criterio estará dado no por las aspiraciones subjetivas de autorrealización ni por un modelo perfeccionista de florecimiento impuesto comunitariamente, sino por el nivel de capacidad global (biológico, psíquico, emocional y cognitivo) requerido para cada miembro de la comunidad a fin de que éste pueda articular argumentativamente sus demandas”⁸³⁷.

Así, Guariglia piensa en incorporar en este esquema argumentativo las demandas básicas relacionadas con “la nutrición, la salud y la educación de los miembros de sociedades no desarrolladas”. Esto con independencia “de que estén presentes o no en las concepciones individuales del bien”. Esto es, se “incorpora un concepto del verdadero interés de los miembros de esa comunidad que está por encima de sus convicciones individuales, sin que, por ello, se exponga a una objeción de perfeccionismo”⁸³⁸.

Ahora bien, el planteamiento metodológico de Guariglia lo acerca claramente a la posición de Rawls, con dos diferencias esenciales: la primera, bajo las circunstancias de las sociedades subdesarrolladas como América latina o “del Este de Europa, la capacidad de proponer y revisar sus propias concepciones del bien no aparece como una evidencia histórica, cultural y social, como se puede presumir en las condiciones de una sociedad democrática desarrollada, sino más bien como una meta para el desarrollo social a llevar a cabo a través de las tareas tradicionales del estado: salud, educación y seguridad social”⁸³⁹.

Por otra parte, “(ii) dada esta incapacidad efectiva condicionada por los factores históricos, económicos, sociales y culturales que han influido en el estado actual de la población en sus distintos niveles, existe una desigualdad de hecho entre el nivel existente de los grupos más favorecidos y los menos favorecidos de la sociedad, que obliga a una representación de intereses, tanto en la interrelación de los miembros de la comunidad entre sí, por ejemplo en la

⁸³⁷ GUARIGLIA, Osvaldo, “El concepto normativo de «persona» y los requisitos mínimos de justicia distributiva en una sociedad democrática”, *Doxa*, núm. 13, 1993, pp. 119.

⁸³⁸ GUARIGLIA, Osvaldo, “El concepto normativo de «persona» y los requisitos mínimos de justicia distributiva en una sociedad democrática”, op. cit., p. 119.

⁸³⁹ GUARIGLIA, Osvaldo, “El concepto normativo de «persona» y los requisitos mínimos de justicia distributiva en una sociedad democrática”, op. cit., p. 120.

familia, la escuela, la universidad, la empresa, etc., como en la relación entre los ciudadanos y el estado”⁸⁴⁰.

De ser viable este análisis para contrastar las consecuencias por imponer una sanción jurídico penal de corte utilitarista, se permitiría a los representados por el Estado en alcanzar su plena “madurez y desprenderse lo antes posible de esa misma relación” de paternalismo, dando lugar al principio de autorresponsabilidad que guarda una estrecha relación con “teoría de la prevención general”.

En este sentido, Silva Sánchez considera que desde la perspectiva preventivo general, “la conminación e imposición de penas estaría justificada si se dieran las siguientes cuatro condiciones: a) que estas penas disuadan a otras personas de infracciones del Derecho; b) que por esta vía eviten más sufrimiento que el que causan; c) que no haya otra forma de pena que, con la misma eficacia preventiva, produjera un daño menor; y d) que la pena no sea sustituible por otro medio que tuviera el misma efecto preventivo y causara menos sufrimiento”⁸⁴¹. En cambio, Fletcher sostiene el alto grado de dificultad para discutir sobre la importancia que tiene la pena como medio de protección de la sociedad frente a los delincuentes.

En tanto, esta protección social sea la única razón de ser, se estaría ante dos graves problemas:

- Primero: es difícil reconciliar esta concepción de la pena con nuestro anterior análisis constitucional de que los motivos de hacer el bien para la sociedad son insuficientes para explicar las diferencias entre la pena y otras sanciones relacionadas con ella.

⁸⁴⁰ GUARIGLIA, Osvaldo, “El concepto normativo de «persona» y los requisitos mínimos de justicia distributiva en una sociedad democrática”, *op. cit.*, p. 120.

⁸⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Eficiencia y Derecho Penal”, *op. cit.*, p. 110, más adelante habrá de entender, p. 117, que la aceptación de las alternativas a la pena privativa de libertad desde una perspectiva económica, habría de venir dada por la posibilidad de reducción de “costes del sufrimiento humano, de la posibilidad de desocialización y el estrictamente económico del mantenimiento en prisión) siempre que se mantuviera constante el beneficio de la no disminución de la disuasión, mas que por el hecho de que las mismas puedan proporcionar beneficios de naturaleza económica (así, por ejemplo, en el caso del trabajo en provecho de la comunidad)”.

- Segundo: si centramos la atención sólo en los efectos beneficiosos que pueden conseguirse con la pena, tendremos que prescindir de la Justicia de la pena en sí misma, justificándola sólo por los resultados o las consecuencias que produce, en la medida en que éstos se consideren beneficiosos para la sociedad.

Solo mediante estos dos factores, explica Fletcher, esta justificación de la pena estarían de acuerdo muchos regímenes tiránicos que se mantienen, por lo menos a corto plazo, castigando indiscriminadamente y amenazando a los que ponen en peligro su particular sentido del orden social a través de la disidencia y la protesta política.

También la meta rehabilitadora es particularmente insidiosa porque encubre con motivos benéficos el poder coercitivo del Estado se puede incluso llegar a considerar que el delincuente es un «enfermo» que ni siquiera tiene que llegar a cometer un delito para ser sometido al correspondiente tratamiento⁸⁴².

Esta valoración económica de la pena, lleva implícito una evidente parcialidad en la justificación moral del castigo a imponer, por el simple hecho de existir una norma jurídico penal sancionadora. Por otro lado, establece mediante el criterio de utilidad un factor instrumental en relación con la maximización de algún otro valor desde una perspectiva costo-beneficio que invariablemente resulta incompatible con el derecho a la diversidad cultural.

⁸⁴² FLETCHER, George, *Conceptos básicos de Derecho Penal*, op. cit., p. 62. En contra de un sistema político de estas características KYMLICKA, Will, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, op. cit, pp. 59 y ss., quien defenderá un postulado del culturalismo liberal a favor de los derechos las minorías; igualmente, NINO, Carlos Santiago, “La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”, *Los Escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de derecho penal*, Gedisa, Buenos Aires, 2008, pp. 25-41; ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, op. cit., pp. 34-36.

2.2.2. ¿Las razones utilitaristas son suficientes para la criminalización de comportamientos culturales?

Es oportuno destacar que en Kant se cuestionó toda justificación utilitarista de la pena por la instrumentalización al hombre quien no debía “ser confundido con los objetos del derecho de cosas”, y quien para Jeremy Bentham en el siglo XVIII⁸⁴³ sería el mayor pensador promotor de justificar la pena mediante beneficios que generan el castigo a una determinada persona por haber cometido un delito y ser encarcelada, lo considera superior a los *costos* impuestos al propio sentenciado, al igual que a su familia. Siempre bajo el esquema de la “protección social”, lo cual significó con mayor importancia conseguir el bien mayor de mejorar el bienestar y la felicidad sociales, y no así que el fin de la pena sea la expiación o la retribución del delito que ha perturbado el orden moral.

Ahora bien, la concepción utilitarista de la pena originaria de Jeremy Bentham se construye mediante la fundamentación de “la prevención general negativa”, es decir, mediante la intimidación de la comunidad, y el grado del castigo a imponer debe ser ponderado “entre el conjunto de ganancias preventivas y los costes humanos y financieros de la pena”⁸⁴⁴, lo cual permitiría en el marco de la utilidad social, “la responsabilidad penal por hechos ajenos, en supuestos de ausencia de culpabilidad o la imposición de sanciones desproporcionadas”.

En este marco doctrinario la imposición de la pena constituye, al ser “mera amenaza de pena, un mal menor que la imposición de ésta y, por tanto, debe preferirse como nivel de atribución de fines preventivos”. Esto trasciende en sus efectivos efectos de no haber necesidad de imponer pena alguna porque el objetivo es prevenirlo, hasta aquí tiene su mayor beneficio, pero el problema que afronta es cuando efectivamente existe necesidad de imponer una pena

⁸⁴³ En este sentido, NINO, Carlos, “Sobre lo que nos espera cuando despedamos a Kant y Hegel”, *Fundamentos de derecho penal*, Gedisa, Barcelona, 2008, p. 44; HAMPTON, Jean, “A new theory of retribution”, Frey/Morris, *Liability and responsibility. Essays in law and moral*, Cambridge, 1991, p. 377 y ss.; MOORE, Michael, “Closet retributivism”, en Placing Blame, Oxford, 1997, p. 99; así como, “Justifying retributivism”, p. 155; por su parte, FLETCHER, George P., *Conceptos básicos de derecho penal*, op. cit., pp. 60 y 61, aclara que no todos están dispuestos a aceptar que el fin de la pena sea la expiación del delito. Por ejemplo, la escuela utilitarista de Jeremy Bentham en el siglo XVIII encuentra la justificación de las sanciones penales más bien en los beneficios que generan: “los beneficios predicados del castigo de una determinada persona acusada de un delito y la privación de su libertad se consideran superiores a los costos impuestos al condenado preso y a su familia”.

⁸⁴⁴ *Principios morales y legislación*, capítulo 14.

concreta a un determinado individuo que ha contravenido lo previsto por la norma prohibitiva, por ejemplo, cometer un homicidio, y por tanto, no logra su objetivo en el marco de los fines del derecho penal⁸⁴⁵. Por eso, para Kant las teorías de la felicidad o eudomonismo serían rechazadas, porque uno de los bastiones que sigue la doctrina y las instituciones públicas debatiendo es si está justificada en determinados casos la tortura, en aras de sacrificar la integridad de una persona a costa de salvar a un mayor número de personas, debate que por razones propias de este lugar no se podría desarrollar, pero lo que si es necesario decir es que la tendencia mayoritaria es hacia su rechazo⁸⁴⁶. Igual sería para Kant, quien implemento en su discurso para la imposición de la pena, la máxima del imperativo categórico al reconocer la necesidad absoluta de la justicia penal en la propia ley, “la ley penal es un imperativo categórico, y desdichado aquel que se arrastra por el tortuoso sendero del eudemonismo, para encontrar algo que, por la ventaja que se puede sacar, descargase al culpable en todo o en parte de las penas que merece según el proverbio farisaico: Más vale la muerte de un solo hombre que la pérdida de todo el pueblo; porque cuando la justicia es desconocida, no tiene ya ningún valor la vida del hombre sobre la tierra”⁸⁴⁷. Palabras que tendrán una importante aplicación en la búsqueda de la justicia en el proceso penal, por el cual se lograría preservar la dignidad del castigable por medio del reconocimiento como un ser humano en sí mismo, y que merece ser castigado por su delito, pero nunca como medio⁸⁴⁸. Se trata de fundamentar restricciones deontológicas al ejercicio del poder punitivo ya que ni siquiera la supervivencia de la sociedad puede otorgarle al Estado un derecho contra el individuo (sospechoso inocente)⁸⁴⁹. Pero este

⁸⁴⁵ El caso de HIRSCH, von Andrew, “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”, *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad Castilla La Mancha, Cuenca, 2003, p. 128, siguiendo el pensamiento de H. L. A. Hart quien “formuló una respuesta a la crítica efectuada: el recurso a la “profilaxis” como *raison d’être* de la pena permite un espacio para límites no utilitaristas en su imposición, en cuanto que estos puedan ser justificados de modo independiente. Ahora bien, su argumentación se apoya en el concepto de elección. De ahí que, en una sociedad libre los ciudadanos deben tener suficientes oportunidades como para evitar sanciones penales y permanecer fieles al derecho con sus decisiones”.

⁸⁴⁶ La discusión ética de la tortura en el contexto kantiano, véanse principalmente, WISNEWSKI, Jeremy/R.D. EMERICK, *The Ethics of Torture*, Bloomsbury Academic, 2009, pp. 56 y ss.; KRAMER, Matthew H., *Torture and Moral Integrity: A Philosophical Enquiry*, Oxford, 2014, pp. 149 y ss. LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, La Ley Actualidad, Madrid, 2010, pp. 241 y ss.

⁸⁴⁷ BETEGON, Jerónimo, *La justificación del castigo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, op. cit., pp. 48 y 49, puntualiza “puede afirmarse que la necesidad categórica del respeto a la dignidad humana imprime a la filosofía penal kantiana una significación de carácter esencialmente negativo, es decir, de rechazo de toda razón justificadora construida sobre argumentos de eficacia y fines socio-políticos.

⁸⁴⁸ En este sentido, FLETCHER, George, *Conceptos básicos de derecho penal*, op. cit., p. 62.

⁸⁴⁹ Para FLETCHER, George, *Gramática del derecho penal*, op. cit., pp. 336 y 337, este debate guarda una larga historia de poco más de doscientos años. A lo largo de este periodo se han establecido dos posiciones: i) aquellos que creen que la pena debe ser impuesta retrospectivamente, sólo con fundamento en un imperativo de justicia por el delito que ha cometido el delincuente; ii) los que consideran que el fin de la pena es por lo menos parcialmente prospectivo

postulado retributivo conlleva a identificar la pasibilidad que quien mata asume como ley válida que lo maten o el que despoja será despojado de sus bienes, en tanto “un ser racional no puede establecer una máxima de comportamiento distinta para sí mismo que para los demás”.

En cambio, el que se apega a “una máxima moral es porque cree que es válida para toda la humanidad, inclusive para sí mismo”, de ahí viene el entendimiento racional de la “ley del talión”, “ojo por ojo y diente por diente”, que logra Kant implementarla mediante una aparente fórmula matemática que intenta suplir las condiciones de desigualdad. Solamente mediante la igualdad será posible expresar la razón entendida como justicia⁸⁵⁰ de una retribución perfecta del castigo al reo y una vez finalizado su sufrimiento se encontrará en condiciones de retornar a su situación de igualdad en comunidad. Esto es, un sujeto libre⁸⁵¹ participante en la “existencia que es igualmente importante para todos e independiente, alcanza también el estado de razón autoconsciente sin una unión contractual” y no reconocerlo como tal conllevaría según Kant a un “auténtico peligro para el Estado de Derecho”. De ahí que la idea de independencia

para mejorar el bienestar de la sociedad. Por otro lado, destaca Fletcher una posición intermedia donde se combinan ambas posiciones en una especie de retribucionismo “suave”. Aquí la intimidación y el reproche justo, deben estar presentes en toda la condena penal. No obstante, el inconveniente que destaca el autor, es dar cuenta de la pena en casos en los que la urgencia de pensar es muy fuerte, como los casos de Adolph Eichmann o Slodoban Milosevic. Por eso, la tendencia entre los especialistas en Derecho Internacional es apegarse a los criterios de prevención, intimidatorio particular, como un dogma de fe. Pero el problema que advierte Fletcher está en cómo fundamentar el compromiso de seguir esta regla en casos en los que no hay ninguna razón para creer que castigar una vez más incrementaría un beneficio social marginal. En el mismo sentido, BINDER, Guyora/NICHOLAS J. Smith, “Framed utilitarianism punishment innocent”, *Rutgers law journal*, Vo. 32, pp. 140-144; PRIMORATZ, Igor, *Justifying Legal Punishment*, Humanity Books, New York, 1997, pp. 45-61; y para un panorama más general del utilitarismo jurídico en Bentham, consúltese POSTEMA Gerald J., *Bentham: Moral, Political and Legal Philosophy Volume II*, Ashgate Dartmouth, London, 2002.

⁸⁵⁰ En cuanto norma ideal que aspira a su realización empírica, existe la posibilidad de que esa equivalencia perfecta no sea alcanzable en el mundo fenoménico. Para BETEGON, Jerónimo, *La justificación del castigo*, op. cit., p. 53, la ley del talión para Kant destaca tres argumentos críticos: i) se dirige a funciones de compatibilidad de la aplicación en todo caso del principio talionario, con el respeto a la dignidad humana, idea {esta, como es sabido, omnipresente a lo largo de la filosofía moral y penal kantiana; ii) las excepciones a la realización del principio talionario señaladas expresamente por el propio Kant infringen aparentemente el principio de igualdad que aquél representa. Esta contradicción, que nunca se traduce en la imposición de penas mayores de las que corresponderían por la regla de equivalencia, es producto de una doble situación: -Ciertas conductas merecedoras de pena, cuando entran en conflicto con el sentimiento del honor, deben ser ignoradas por la legislación externa; y iii) cuando se intenta precisar el sentido del principio de proporcionalidad propuesto, y aunque parece que puede conducir a resultados más satisfactorios el hacer corresponder la severidad de la pena con la gravedad de la conducta que representa el delito, Kant aparentemente opta por fijar la relación de equivalencia entre los efectos del castigo y las consecuencias gravosas del acto punible.

⁸⁵¹ Cabe adelantar que la ley del talión es un marco cultural que sigue imperando de determinadas costumbres de medio oriente y de Latinoamérica, como más adelante lo veremos con casos de grupos indígenas donde la proporcionalidad es igualitaria entre el crimen cometido y la pena a imponer, lo que generara una actualizada discusión sobre los fines de la pena frente a los derechos humanos inexistentes en determinados grupos minoritarios (gitanos, musulmanes, indígenas, entre otros).

(autonomía) se convierte en la propia limitante del Estado y más para los fines de la pena como lo describiría Foucault para quien la pena de azotes, antes de la aparición de la moderna prisión, era una forma de regenerar el delito azotando o torturando el cuerpo del delincuente, de ésta forma se expulsaba de él el mal representado por el delito⁸⁵². Por consiguiente, Höffe considera que el utilitarismo carece de compatibilidad con la justicia porque uno de los importantes errores está en la confusión entre imparcialidad e impersonalidad, y, por otro lado, carece de posibilidad para distinguir entre amor al prójimo y sentido de justicia. Esto es, “el utilitarismo supone, además, un grado demasiado alto de altruismo, dado que cada uno debe estar dispuesto a subordinar el bienestar particular al bienestar colectivo. En este punto yace un “auto-empequeñecimiento moral”, ya que el ser humano renuncia al derecho a ser una persona con derechos imperdibles, que no tiene permitido dañar en absoluto o mucho al bien común. En lugar de ello se reconocen “personas mínimas”: personas sin mayores fines y sin un carácter determinado”⁸⁵³.

En este sentido, otro de los problemas ideológicos del utilitarismo con la justicia y en particular con la justicia penal es que, solamente justifica la pena a partir del bien general y no se toma en cuenta alguna justificación alternativa en términos de prioridad, por ejemplo, “estrictamente hablando, los daños a ser recibidos, es decir, el producto de la pena a ser dada y de la probabilidad de ser penalizado, deben resultar mayores que el beneficio que se espera. Solo entonces, tiene claro aquel que, a sabiendas y voluntariamente, comete la lesión del derecho, que esta no vale la pena”⁸⁵⁴. Por ello, Höffe defiende sobre el utilitarismo una justificación de la pena más acomodada al retributivismo por la ventaja del principio de proporcionalidad en la imposición⁸⁵⁵.

Por su parte, Hart⁸⁵⁶ postula más que una oposición entre la estructura del marco justificativo del castigo en las teorías retributivas que redundan al momento de comisión de un delito y de las utilitarias como medidas de seguridad por la peligrosidad, refiere unas que corresponden a niveles distintos de aplicación, porque las teorías retributivas se centran en la

⁸⁵² *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, México, 1996, p. 15.

⁸⁵³ HÖFFE, Otried, *Justicia. Una introducción filosófica*, trad. Rafael Moreno González, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

⁸⁵⁴ HÖFFE, Otried, *Justicia. Una introducción filosófica*, op. cit., p. 104.

⁸⁵⁵ HÖFFE, Otried, *Justicia. Una introducción filosófica*, op. cit., p. 105.

⁸⁵⁶ HART, H. L. A., *Punishment and responsibility essays in the philosophy of law*, Oxford, pp. 17-24; en el mismo sentido, ARMSTRONG, K. G., “The Retributivist Hits Back”, *Mind*, New Series, Vol. 70, No. 280, Oct., 1961, pp. 471-490.

“distribución” de la pena retrospectivamente (pasado). En cambio, los postulados utilitarios de la prevención se dirigen hacia el “fin general” de la pena (con claros matices hacia el futuro), por ello, conforme a “criterios de justicia distributiva no significa, empero, ser retribucionista”, sino que deberá distinguirse “entre dos factores que pueden funcionar de manera independiente en la institución de la pena”. Esto es, la justificación general del castigo y forma de aplicación, el propio Hart explica que, “el objetivo general que justifica una práctica sancionatoria son sus consecuencias benéficas y el propósito de ese objetivo general debe ser limitado o restringido respetando los principios de la distribución”⁸⁵⁷.

En este contexto, Husak expone las deficiencias justificatorias del utilitarismo penal, mediante el ejemplo de que la policía obtiene información de que en el interior de un edificio vacío (o de un auto) se están utilizando drogas ilegales. Entran y encuentran drogas en el suelo, pero ninguna de las cuatro personas que están dentro del edificio admite su culpabilidad. En este tipo de situación, podría parecer que ningún individuo puede o debe ser condenado por el delito de posesión de droga, más allá de toda duda razonable. Para proteger al inocente, los cuatro deben ser absueltos, a pesar del indiscutible hecho de que uno o más de ellos es culpable. El Estado, sin embargo, puede fácilmente eludir esta dificultad imponiendo un castigo vicario o colectivo bajo un nombre diferente⁸⁵⁸.

En este caso, la posición de Husak es que el delito de posesión actual puede ser modificado a uno de posesión *construida*, y esta última puede ser definida de modo tal que todos quienes se encuentren en el edificio puedan ser considerados culpables. Para mitigar la injusticia de esta reforma, este nuevo delito podría incluir un requisito de culpabilidad de modo tal que nadie pueda ser condenado de posesión construida a menos que sepa que hay drogas en el edificio⁸⁵⁹.

⁸⁵⁷ HART, H. L. A., *Punishment and responsibility essays in the philosophy of law*, p. 9; MILTON PERALTA, José, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, op. cit., p. 147, “Quien con más fuerza ha tratado de llevar a cabo este programa propuesto por Hart ha sido von Hirsch en la obra *Doing justice*. Este autor se ha esforzado por mostrar cómo la pena debe ser distribuida conforme a criterios retributivos, reconociendo incluso que la justificación general del castigo es relativamente indiferente para la determinación de la pena.

⁸⁵⁸ HUSAK, *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*, op. cit., p. 289.

⁸⁵⁹ HUSAK, *Sobrecriminalización, Los límites del Derecho penal*, op. cit., p. 289.

Este cambio en la norma se entiende exclusivamente en términos utilitaristas; esto es, el objetivo de la disuasión se ve frustrado si ninguno de los presentes en el edificio tiene un incentivo para identificar al autor y todos deben ser absueltos.

Ahora bien, técnicamente no se impondría ningún castigo colectivo o vicario: todos son castigados por su propio delito y no por el delito de nadie más. Aun así, es difícil saber por qué las objeciones de principio a castigos colectivos o vicarios se evaporarían debido a estos cambios legales. Si realmente creyéramos que tres de las personas que están en el ejemplo anterior son inocentes y no merecen ser castigados, no abandonaríamos nuestra objeción si nos informaran de que la ley ha sido revisada para hacerlos culpables a cada uno de ellos. Casi la misma objeción persistiría; ahora alegaríamos que la ley es injusta *en sí misma*. La ley es injusta porque ignora las restricciones que una teoría de la criminalización debe respetar; impone responsabilidad a personas que no merecen el sufrimiento y la censura que son inherentes al castigo⁸⁶⁰. Si estos argumentos son consistentes, el utilitarismo sería una teoría defectuosa de la criminalización. Específicamente, nadie que rechazara una teoría utilitaria de la pena debería aceptar una teoría utilitarista de criminalización. Las leyes que son aceptables para los utilitaristas son vulnerables a la misma objeción que es decisiva en contra de una teoría utilitarista del castigo: permiten castigar a personas a pesar de su falta de merecimiento. La injusticia cometida contra los individuos que son castigados sólo puede explicarse mediante una referencia a ciertas restricciones que una teoría de la criminalización debería incluir⁸⁶¹.

Mediante esta referencia argumentativa del planteamiento utilitarista, Husak proporciona un elemento importante a considerar en su crítica contra la “justificación de la pena” utilitaria. Es decir, a la falta de “merecimiento”, esto es, que alguien es señalado como responsable de un delito pero no hay pruebas suficientes en su contra, no merece ser castigado, de ahí que el distintivo “merecer” es equiparable a “corresponder” y estas cargas atributivas al individuo hace que la pena merezca ser impuesta, de ahí la doctrina penal distingue entre necesidad y merecimiento de pena⁸⁶². En este sentido, Pawlik refiere que las infracciones del deber “de

⁸⁶⁰ HUSAK, *Sobrecriminalización Los límites del Derecho penal*, op. cit. p. 290.

⁸⁶¹ HUSAK, *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*, op. cit. p. 290.

⁸⁶² Criterio altamente considerado por la doctrina penal, por todos véase, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”, *ADPCP*, T. XLVI, Fasc. I, enero-abril, 1993, pp. 21-33.

cooperación que caen bajo un tipo de Código penal merecen pena “no en el sentido de que se *tiene que* imponer una pena, pero sí en el sentido de que tal pena *se puede* imponer”. No obstante, formulado en tales términos, esto no constituye más que una afirmación. La teoría de la pena de Kant contribuye poco a su cimentación argumentativa. Para Kant, es un mandato de la justicia que «cada cual reciba lo que valen sus actos». Por consiguiente, según Kant, incluso aquella sociedad civil que ha decidido disolverse debe ejecutar antes al último criminal sentenciado; de lo contrario -sigue Kant-, los ciudadanos de esta sociedad deberían ser considerados como «partícipes en esta lesión pública de la justicia». De estas consideraciones tan parcas no es posible deducir una justificación convincente de la pena retributiva»⁸⁶³.

Asimismo, Milton Peralta detecta “de una justificación utilitarista del castigo aún debe hacer cálculos de costos y beneficios. De tal manera que es lógico y empíricamente posible deslegitimar todo el sistema de castigo penal, sino da un resultado positivo en su totalidad. Puesto que al retribucionista esto no le importa, el resultado de estas operaciones no lo condiciona en absoluto”⁸⁶⁴. En esto radica una afectación al principio de igualdad por carecer de una justicia relativa medida acorde a su forma de distribución, “El retribucionista siempre deberá procurar que cada pena se acerque al ideal de merecimiento absoluto, más allá de que esto sea muy difícil de determinar. En cambio, la mera distribución equitativa, admite, en rigor, penas por debajo de la culpabilidad (que responde a la idea de proporcionalidad cardinal), siempre que esa variación se distribuya para todos por igual (es decir, que se apegue a la proporcionalidad ordinal)”⁸⁶⁵.

Queda identificado en el postulado utilitarista presenta una clara deficiencia para justificar la pena, por carecer de la individualidad del sujeto a quien se le deberá atribuir su responsabilidad, por no existir propiamente en su argumentación el concepto de merecimiento, por lo que ahora se procederá a valorar las razones que la función retributiva de la pena proporciona para determinar la responsabilidad de la persona y determinar si este postulado retribucionista compatibiliza con la identidad personal como parte de lo que más adelante será analizado bajo el derecho a la identidad cultural y los delitos culturalmente motivados.

⁸⁶³ PAWLICK, Michael, *Ciudadanía y derecho penal. fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 51.

⁸⁶⁴ MILTON PERALTA, José, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, op. cit., p. 149.

⁸⁶⁵ MILTON PERALTA, José, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, op. cit., p. 149.

2.3. Disuasión del delito y la comprensión de la norma jurídico-penal en las sociedades pluriculturales.

Bajo el epígrafe de que la función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos mediante amenaza de una pena, el proyecto utilitarista mantiene su vigencia en la articulación de presupuestos morales para justificar la criminalización de un elevado número de conductas a fin de disuadir la comisión de un delito sin importar los factores culturales, económicos, políticos, religiosos, etcétera⁸⁶⁶, que existan en una determinada sociedad.

Es evidente que el objetivo de la disuasión del delito se centra en grupos denominados Pandillas, Mafias o Delincuencia Organizada, para lo que se crean leyes especiales (como la Ley Rico o la propia Convención de Palermo⁸⁶⁷), donde los individuos denotan una vocación de

⁸⁶⁶ En este sentido, NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980, p. 224; ELLIS, Anthony, “A deterrence theory of punishment”, en *The philosophical Quarterly*, Vol. 53, No. 212, July, 2003, pp. 339-341; BERNAL DEL CASTILLO, J., «Prevención y seguridad ciudadana. La recepción en España de las teorías criminológicas de la prevención situacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, 2013; HONORÉ, Tony, *Responsability and fault*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 67 y ss.; STAPLETON, Jane, “Unpacking “causation””, Peter Cane y John Gardner (Eds.) *Relating to Responsibility. Essays for Tony Honoré on his eightieth birthday*, Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 163 y ss.; CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, “¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución”, en *RECPC*, 17-18, 2015, pp. 20 y ss.; BROOKS, Thom, *Punishment*, Routledge, New York, 2012, pp. 35-50; MIRÓ LLINARES, Fernando y Rebeca BAUTISTA ORTUÑO, “¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial”, *InDret*, 4/13; ANDERSON, “The deterrence hypothesis and picking pockets at the pickpocket’s hanging”, *American Law and Economics Association*, 4, 2002; CARLSMITH, Kevin M./DARLEY, John M./ROBINSON, Paul H. “Why do we punish? Deterrence and just deserts as motives for punishment”, *Journal of Personality and Social Psychology*, 83, 2002; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, Temis, Bogotá, 2004, pp. 15 y ss.; KRAMER, Matthew H., *The ethics of capital punishment. A philosophical investigation of evil and its consequences*, Oxford University Press, New York, 2011, pp. 8-10; TUNNELL, Kenneth, *Choosing crime: The criminal calculus of property offenders*, Nelson-Hall, Chicago, 1992; ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp.392-393; BURNEY, Elizabeth/Per-Olof H. WIKSTROM/Anthony E. BOTTOMS /Andrew Von HIRSCH, *Criminal deterrence and sentence severity. An analysis of recent research*, Hart Publishing, Oxford, 1999; MEDINA ARIZA, Juan José, *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*, Edisofer, S.L, Buenos Aires, 2011, en especial, el capítulo II; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I., «Aumento de presos y Código Penal: una explicación insuficiente», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-04, 2011; CEA, Macarena/RUIZ, Paulina/MATUS, Jean Pierre. “Determinantes de la criminalidad: revisión bibliográfica”. *Polít. crim.* n° 2. D4; RYBERG, Jesper, “Punishment and Desert-adjusted Utilitarianism”, Michael Tonry, *Retributivism Has a Past: Has It a Future?* Oxford University Press, New York, 2011.

⁸⁶⁷ Al respecto, ALLI TURRILLAS, Ignacio, *Prevención de la delincuencia grave y organizada en la Unión Europea de la cooperación a la integración*, Dykinson, Madrid, 2016, quien analiza la situación del proyecto armonizador legislativo de los Estados miembros de la Unión Europea, mediante el aumento competencial de Europol, Eurojust, CEPOL, la creación del Fiscal Público Europeo y otras agencias relacionadas en contra de la criminalidad de gravedad. Especialmente, para la prevención del lavado de dinero véanse entre otros, ALIAGA MÉNDEZ, Juan Antonio, *Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales adaptada a la Ley 10/2010*, La Ley Actualidad, Madrid, 2010; JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción interacciones evolutivas en*

continuidad delictiva y estas leyes permiten aplicarla a grupos y redes con múltiples patrones delictivos y sin importar la diversidad entre sus miembros (culturales, religiosas, etcétera), mientras mantengan una vinculación a fin para cometer delitos graves, por ello, pueden ser tratados de un modo particular y con penas especiales y, en consecuencia, la disuasión mediante estas leyes *ad hoc* son para cada grupo delictivo especial aplicados⁸⁶⁸.

No obstante, la autoridad realiza actuaciones fuera del marco legal a fin de lograr mejores resultados en la seguridad ciudadana o ante el propio sistema penal, realizan detenciones de individuos por conductas que responden a delitos menores, violencia de género, consumo de drogas, evadir impuestos, pero que al ser un eslabón potencial de las organizaciones delictivas se les utiliza para obtener información de los demás miembros del grupo criminal a cambio de obtener un beneficio por juicios de atribución que se les imputa, a fin de lograr la detención de los demás individuos y generar un efecto disuasorio mediante el otorgamiento de beneficios (reducción de la pena, reclusión en centros penitenciarios que no sean de máxima seguridad, entre otros).

2.3.1. La propuesta utilitarista (empírica) disuasiva de la pena.

Paul H Robinson en su libro *“Principios distributivos del derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida”*, elabora una propuesta teórica que muestra desde una perspectiva empírica “cómo y en qué medida” debe establecerse la responsabilidad penal y el grado de punibilidad por el hecho cometido contrario a la norma jurídico penal. Para esto, elabora una propuesta sobre las directivas de conductas cumplen una función comunicativa. Esto es, referida por los requerimientos de: i) claridad, ii) precisión y iii) racionalidad, exigidas por las prohibiciones y los mandatos de las normas jurídico-penales. Por ende, las reglas de conducta contemplan dentro

un Derecho internacional global, Comares, Granada, 2015; BERMEJO, Mateo G., *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Marcial Pons, Madrid, 2015; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty y Fabra Valls, Modesto; *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

⁸⁶⁸ Al respecto, KENNEDY, Duncan M., *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de la pena*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 182, ejemplifica esta situación mediante el caso de un miembro de la mafia quien recibe “una atención muy especial por parte de las autoridades”, solo por el hecho de que su rol en la organización criminal y el contexto de su comportamiento despiertan un interés particular. Sus actos pueden estar sujetos a una determinada vigilancia, y el interés del fiscal es mayor para que en caso de que quebrante una libertad condicional, le será revocada de inmediato. Esto es lo que caracteriza un régimen especial de disuasión, sin que nada de esto sea formalmente reconocido en la ley.

de las “descripciones de sus circunstancias los estados mentales, estos pertenecen a las reglas de adjudicación en la medida que permiten la estructuración del sistema de imputación penal”⁸⁶⁹.

De hecho, una norma para que “disuada de un determinado comportamiento exige, en primer lugar, que ésta sea conocida por el sujeto a disuadir y que éste al menos se represente las implicaciones que tiene para él el incumplimiento”⁸⁷⁰. Pero acorde con una posición empírica, como la de Robinson, revela cómo las personas carecen de entendimiento, o propiamente, del conocimiento de las normas penales, aún en aquellos casos de un condenado por un delito sancionado previamente. Por ende, resulta relevante para una posición empírica, que permite predecir el contenido de las normas mediante sus intuiciones morales⁸⁷¹. Así, para Robinson un merecimiento de la pena de índole empírico, entendido, como principio distributivo fundamental, adquiere una importancia sobre los motivos para el acatamiento de la norma por las personas identificados por las ciencias sociales por los siguientes dos rasgos: por un lado, “el individuo cumple la ley porque considera que representa las creencias morales de la sociedad en la que ha sido socializado”. Por otro lado, cuando “él mismo ha interiorizado como correctas; y porque, a falta de lo anterior, el individuo considera que los demás miembros de la sociedad aceptan la ley como correcta, de tal modo que en caso de incumplimiento se vería sometidos a la desaprobación del grupo del que forma parte”⁸⁷².

Así, “algunos utilitaristas creen que sólo la amenaza o la falta de ésta determina si una persona cometerá una infracción. Sin embargo, otros utilitaristas quizá estén de acuerdo en que la moral personal y las relaciones interpersonales también producen efectos en este ámbito, y que la alteración de la percepción por parte de la comunidad respecto de la credibilidad moral del Derecho penal puede influir sobre la actuación de esas fuerzas. A pesar de ello, un sistema que se desvíe intencionada y regularmente de la distribución de responsabilidad en función del merecimiento puede llegar a tentarles. Podrían argumentar que el valor en términos de control de la delincuencia de alguna de las desviaciones del merecimiento puede pesar más que la pérdida

⁸⁶⁹ ROBINSON, Paul, *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp, 142 y s.

⁸⁷⁰ ROBINSON, Paul, *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, op. cit., p. 54.

⁸⁷¹ Así, ROBINSON, Paul, *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, op. cit., p. 55.

⁸⁷² ROBINSON, Paul, *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, op. cit., p. 176.

en términos de credibilidad moral del Derecho penal⁸⁷³. Pero Robinson defiende un razonamiento utilitarista favorable de un sistema de Derecho Penal basado en el merecimiento, porque resulta un criterio de asignación que tiene la mayor utilidad en términos de control del delito. Sobre todo, por su percepción de estándares comunitarios donde el castigo merecido mejora la obediencia ante la ley⁸⁷⁴. Además, el sistema empírico de merecimiento empírico elaborado por Robinson se diferencia del sistema tradicional deontológico en el que el delincuente merece deriva de alguna sistematización subyacente de principios morales. En cambio, su propuesta de un merecimiento empírico está modelado por los principios que la comunidad usa al momento de valorar la reprochabilidad⁸⁷⁵.

En esencia esta posición empírica utilitarista de la pena basada en la disuasión no propiamente en la realidad de la amenaza, sino más bien en su percepción requiere primero que los potenciales infractores sean conscientes de la regla basada en la disuasión; segundo, deberá ser capaz y tenga la voluntad de realizar la ponderación de los costes y los beneficios en la que descansa la disuasión; y tercero, existen una serie de factores que habitualmente llevan a los potenciales autores a la conclusión de que los beneficios percibidos de cometer un delito tienen más peso que sus costes percibidos.

Sin embargo, estas últimos tres condiciones representan los puntos débiles como lo llamaría el propio Robinson, para justificar la pena en los delitos culturalmente motivados, debido a que los comportamientos realizados por una persona que es ajena a la cultura normativa o moral del lugar en que se encuentra. Porque su el principal problema es “la ceguera de la comunidad ante la injusticia, es decir, la posibilidad de que las intuiciones compartidas de justicia sean erróneas”. Por ende, la discusión deberá centrarse si la distribución cualitativa concentrada por un criterio puramente utilitarista como el defendido por Robinson para lograr una mayor prevención del delito futuro.

⁸⁷³ ROBINSON, Paul, *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, op. cit., pp. 220 y 221.

⁸⁷⁴ ROBINSON, Paul, *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, op. cit., p. 233.

⁸⁷⁵ ROBINSON, Paul, *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, op. cit., p. 234.

2.3.2. La visión crítica sobre la legitimidad empírica del Derecho Penal.

Silva Sánchez es consciente de que la polémica relativa a legitimación empírica de la intervención penal desde Kant y Hegel sigue vigente⁸⁷⁶. Algunas observaciones sobre las investigaciones empíricas han sido desarrolladas por constituir una herramienta indispensable en el uso del principio de “intervención penal mínima” en términos de utilidad social general⁸⁷⁷. Esto genera un entorno de control social sobre el ciudadano, necesario para el cumplimiento de los fines de la protección social mediante la prevención de hechos lesivos⁸⁷⁸, aunque no resulte decisivo para su eficacia intimidante⁸⁷⁹. Es en este punto, donde Silva Sánchez centra su crítica al dato empírico sobre las posibles variables de las normas penales que incurre la “disuasión de la realización de un hecho delictivo”. Esto es, “la decisiva es la certeza de la sanción, muy por encima de consideraciones de gravedad”⁸⁸⁰. Para esto, la idea de recurrir al Derecho Penal como un mal menor corresponde a dos manifestaciones, una externa está identificada mediante efectos preventivos menos lesivos como sanciones civiles, administrativas o incluso social, lo que se conoce como “carácter subsidiario” o “última ratio” del Derecho Penal. Luego de manera interna, “debe prescindirse de una determinada sanción penal siempre que quepa esperar similares efectos preventivos de otra sanción (o consecuencia jurídica no sancionatoria) penal menos gravosa”⁸⁸¹.

Es así como Silva Sánchez destaca el papel de los datos empíricos⁸⁸², y piensa que el dato decisivo es la certeza de la sanción y no así considera las condiciones de gravedad del hecho. Esto será solo aceptable, en tanto cobre “sentido en términos de necesidad”. Esto depende de cada caso por ser distintos, “de modo que una decisión fundamentada requeriría la realización de pruebas empíricas específicas para el mismo”. Esto en tanto exista duda de la consecución de

⁸⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 15.

⁸⁷⁷ *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 246.

⁸⁷⁸ *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 247.

⁸⁷⁹ *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 39 y 40, para Silva las implicaciones obtenidas vía empírica se traducen en que “la eficacia intimidatoria no requiere penas graves. Por ello, nada se opone a la progresiva humanización del sistema de sanciones. En cambio, los casos en que la pena privativa de libertad no se estime estrictamente necesaria, nada obstará a su sustitución por otras consecuencias jurídicas”.

⁸⁸⁰ *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 247.

⁸⁸¹ *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 247.

⁸⁸² Los antecedentes que identifica están para SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 88, en el movimiento de retorno a VON LISZT, mediante “el Proyecto Alternativo de Código penal alemán de 1966, el cual trajo consigo una postura de generalizado anti-idealismo, de orientación realista y empírica del Derecho Penal”.

insumos de la prevención a través del simple incremento de las penas. E incluso advierte correctamente, ninguna afectación a los fines de la prevención “por disminuciones de las sanciones penales”, o en determinados casos tampoco por implementar “mecanismos político-criminales de renuncia a la pena” o despenalización, “una vez declarada la culpabilidad o formulada la condena”⁸⁸³.

Para Silva Sánchez esta posición empírica de Paul H. Robinson, corresponde al cambio que ha generado desde “el retribucionismo abstracto hacia una visión empírica del merecimiento de pena (el *empirical desert*). Desde entonces, los trabajos de Robinson sobre la concepción social del castigo justo constituyen ciertamente una interesante exposición de la dialéctica entre expertos y legos, encaminada a una reducción de la dureza del Derecho penal”⁸⁸⁴.

El presupuesto planteado por Silva Sánchez corresponde a identificar que “la lógica de la prevención y la lógica utilitarista de la reducción de la violencia estatal no están contrapuestas”. Por el contrario, se permite “la obtención de una síntesis de función legitimadora sobre una práctica en tal sentido”. Pero esto no logra permitir que “el juicio de atribución de responsabilidad” pase a “ser una cuestión empírica”. Además, las decisiones bajo argumentaciones empíricas estén ausentes de toda consideración valorativa al momento de imponer una sanción penal⁸⁸⁵.

Así, la ciencia penal solo presta atención a los juicios valorativos” provenientes de las ciencias sociales, en los siguientes términos: “ciertamente un juicio de valor realizado teniendo en cuenta datos empíricos podrá pretender gozar de mayor autoridad que otro basado en meras consideraciones de razón o de intuición; sin embargo, no podrá imponerse sobre otro juicio de valor en sentido contrario, si éstos también han tenido presentes los datos empíricos”⁸⁸⁶. Para esto, las proposiciones valorativas “no puede obtenerse como derivación necesaria de ciertas

⁸⁸³ *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit. p. 248. “Menos claro es, en cambio, por el momento, el tema de si la despenalización de un hecho puede tener efectos negativos sobre la prevención”, esto es objeto de análisis en el apartado 7 del presente capítulo sobre el abolicionismo.

⁸⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Malus passionis: Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 33 y 34.

⁸⁸⁵ Para SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 92, siguiendo a Armin Kaufmann, habrá de desaparecer de un planteamiento así el deber ser, los valores, una teleología de la justicia, reduciéndose todo a una constatación empírica de la «*Systemmäßigkeit*» (utilidad al sistema) de la tesis adoptada.

⁸⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 95.

constataciones empíricas, sino que sólo puede derivarse de otras premisas valorativas”. Para ello, debe siempre tomarse como “objeto datos de la realidad”, pero sin que estos mismos condiciones su contenido”.

Por ende, la determinación política criminal asumida no debe tomarse simplemente de un resultado empírico, porque una cosa es que, utilizado “los datos proporcionados por las investigaciones empíricas en sede del Derecho Penal, mediante un legítimo uso de su autonomía en el plano axiológico, pueda llegarse a conclusiones valorativas divergentes de las alcanzadas, lo que no justifica esta crítica a la legitimidad empírica del Derecho Penal”⁸⁸⁷.

Ahora bien, Silva Sánchez expresamente se decanta por una orientación teleológica por facilitar un lugar preponderante a fines valorativos. Igualmente, considera que las consecuencias empíricas de prevención habrán de generarse también bajo una “orientación al cumplimiento” de los principios y valores que preserven el respeto a las normas, junto a la propia dimensión preventiva utilitarista. En palabras del autor, la “distinción entre una construcción teleológica del sistema y una construcción del mismo orientada a las consecuencias empíricas resulta de la máxima trascendencia”⁸⁸⁸.

En definitiva, Silva Sánchez es partidario de no limitar el objeto de la dogmática al Derecho positivo estatal de un determinado Estado, porque de la norma *per se*, no se derivan criterios necesarios para lograr su interpretación. En cambio, se debe aplicar otras áreas empíricas y valorativas, que permitan obtener una solución mediante herramientas hermenéuticas. Con estas se estará en condiciones de “desarrollar un concepto acerca del Derecho correcto”.

Esta crítica de Silva Sánchez es correcta para continuar con la investigación no sólo empírica de la prevención para los delitos culturalmente motivados, sino también para su aplicación correcta.

⁸⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 102.

⁸⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 117, sostiene que, “desde una óptica metodológica, en la construcción de las propuestas dogmáticas a partir exclusivamente de las consecuencias empíricas de las mismas puede darse de nuevo la rechazable falacia naturalista tratando de obtenerse el deber ser (la construcción dogmática prescriptiva) de un ser (las eventuales consecuencias empíricas de la construcción) que, además, y debido a la inseguridad de los juicios de pronóstico, tampoco resulta incontestable”.

Por lo anterior, la orientación de “las decisiones dogmáticas a fines y valoraciones político-criminales se ha revelado, incomprensiblemente, como la única forma de atribuir un contenido racional al sistema ante las inseguridades que produce la argumentación ontológica en una sociedad plural y pluricultural”⁸⁸⁹.

Así, las investigaciones empíricas denotan que, la criminalidad grave, el papel disuasorio identificado por la “obligatoriedad moral de la norma” resulta tan importante que las consideraciones sobre el riesgo jurídico penal son muy tenues sus efectos en cuanto a la realización o no de la conducta⁸⁹⁰. Pero su utilidad para el juzgador es fundamental como herramienta pericial antropológica para confirmar que la persona vinculada a un juicio por un delito cultural, efectivamente pertenece a un grupo o comunidad donde su conducta respaldada y normal⁸⁹¹.

El reto denunciado por Silva Sánchez por la diferenciación de la Moral y el Derecho Penal existente en la sociedad, corresponderá si resulta legítimo el poder punitivo no solo por determinar las conductas externas de las personas configurando su conciencia interna, con efectos a la fidelidad normativa, independientemente, de la propia efectividad de la norma, aún y cuando su aplicación pueda fortalecer el ámbito constitutivo de las costumbres⁸⁹².

3. La función contractualista de la pena y los derechos de las minorías.

3.1. Fundamentación de la pena desde el contractualismo.

La función del Estado mediante políticas utilitarias, para imponer un castigo por un comportamiento contrario a lo moralmente establecido por la autoridad, vino a promover un postulado de corte contractualista para intentar justificar de otro modo el castigo⁸⁹³, en palabras

⁸⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit. p. 66.

⁸⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 245.

⁸⁹¹ Véase, *infra*, Capítulo Sexto, apartado 2.

⁸⁹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 300.

⁸⁹³ CONTU, Alberto, “La soberanía ilegítima. Teoría del garantismo, tutela de los derechos fundamentales y perspectiva del federalismo”, Letizia Gianformaggio, (ed.), *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Temis, Bogotá, 2008, p. 421, hace referencia que a pesar del paradigma hobbesiano de la garantía de la vida y en adición a los otros derechos fundamentales, entendidos como función fundadora de la legitimación externa del Estado. En realidad, esa función instrumental es desacreditada por los constantes comportamientos ilegales de los Estados, más aún, en el ejercicio de los poderes públicos. Y al mismo tiempo, en el exterior, en las relaciones de Derecho Internacional.

de Harzer “el concepto de independencia del individuo posibilita una clasificación de las teorías de la pena en relación con una ordenación de las concepciones teóricas de la sociedad realizadas hasta la fecha. Las teorías de la pena desde el plano teórico o bien son subjetivas o bien son contractualistas o sistémicas”⁸⁹⁴. En este sentido, la relación con el contrato social con la pena corresponde a identificar que “el delito es entendido una infracción del principio *pacta sunt servanda*, y la pena debería impedir toda violación futura del contrato”. Por eso, la prioridad es imposibilitar el rompimiento del contrato, porque representa un grave riesgo para el marco legal. Por tanto, “la imposición de la pena se justifica por parte de las teorías relativas con la base en la negación del contrato”⁸⁹⁵.

Por lo anterior, la independencia de las personas para Harzer significaría superar el “estado de naturaleza”, donde puedan preservarse las relaciones de manera pacífica entre todos. Para esto, “el principio de independencia es un hacerse público autónomo y codecidido. Con la imagen de que la comunidad estatal ha surgido a partir del estado autoconsciente del sujeto libre, no se plantea la pregunta de la conservación del contrato y del sistema. Es mucho más razonable explicar el poder para castigar y la imposición de la pena sobre la base del principio de independencia”⁸⁹⁶.

Bajo esto primeros esquemas explicativos contractuales, comenzó un nuevo derrotero argumentativo a finales del siglo XVIII, esencialmente, entre 1795 y 1799 en Alemania, por ejemplo “«la teoría de la prevención» de Stübel (1795), v. Almendigen (1797) y Grolman (1798), la teoría de Feuerbach de la «coacción psicológica» de 1799, la teoría de la pena de Fichte (1796), así como también de la posteriormente llamada teoría «absoluta» de Kant”. Por ejemplo, para Feuerbach “la teoría de la coacción psicológica de la pena” en el contexto del retributivismo⁸⁹⁷ consistente en colocar la amenaza de pena en un lugar importante que permita atemorizar a los ciudadanos sin necesitar prueba alguna para su justificación, debido a que la idea era nadie puede lesionar derechos y solo el Estado cuenta con la facultad de condicionar acciones antijurídicas

⁸⁹⁴ HARZER, “La independencia y su significación para la teoría de la pena”, *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000, p. 36.

⁸⁹⁵ HARZER, “La independencia y su significación para la teoría de la pena”, op. cit., p. 37.

⁸⁹⁶ HARZER, “La independencia y su significación para la teoría de la pena”, op. cit., p. 38.

⁸⁹⁷ Sobre el particular, véase SANCINETTI, Marcelo A., “Las teorías de la pena en el pensamiento penal contemporáneo”, *Revista Pensamiento Penal*, 2015.

mediante daños físicos (derecho de defensa)⁸⁹⁸, apartándose de cualquier postulado kantiano de equiparar el delito con el mal causado, sino colocándose más en el centro del contractualismo, pero en el sentido de que el sujeto consiente su pena al momento de la comisión del delito.

El individuo o se encuentra condicionado a la ley o a su actuar contrario a la ley, y en caso de optar por esta segunda opción, debe aceptar sus propias consecuencias, es decir consiente la imposición de su propia pena⁸⁹⁹, obviamente este razonamiento contractualista será duramente criticado porque el Estado no puede ser ni fuente ni fundamento para conocer la norma, según la cual el individuo deba actuar, esto es, el Estado actúa conforme a la regla de la razón, y no en centrarse en la voluntad privada de sus ciudadanos⁹⁰⁰, así como también se comenzó a atacar la idea del derecho de defensa (kantiano), porque al cometerse un delito ya no había nada que defender, pero si se concebía la defensa en sentido amplio, es decir, en la defensa del derecho, implicaba claramente que el delito era una amenaza al derecho y con sus propios efectos a futuro, por ello, la pena se ubicaba en un lugar de seguridad *post factum* para el porvenir, lo que dio pauta a los modelos policiales preventivos⁹⁰¹, guardando suma actualidad en la discusión actual sobre la teoría moral y jurídica para la imposición de una pena.

Para Fletcher “la inmoralidad, por tanto, no puede ofrecer una guía de lo que debe ser castigado para preservar el derecho”⁹⁰² y, para quien, será la bandera de una teoría liberal del

⁸⁹⁸ GRECO, Luís, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 25.

⁸⁹⁹ Para SEELMANN, Kurt, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 94, el pensamiento de Feuerbach ofrece una base distinta para la ejecución de la pena, que, en contraposición con el fundamento jurídico, la caracteriza como la necesidad política de la imposición efectiva del mal. Sin ejecución de la amenaza estaría vacía de tal forma que no podría intimidar lo suficiente. Esto define el efecto histórico de Feuerbach, mostrando la necesidad decreciente en el siglo XIX de recurrir a construcciones contractuales y, sobre todo, a teorías no utilitarias legitimantes de la pena.

⁹⁰⁰ SCANLON, Thomas, *Las dimensiones morales. Permisibilidad, significado y culpabilidad*, Avarigani, Madrid, 2013, p. 253, considera que el problema de cuándo las actitudes de una persona fueron elegidas por ella, o cayeron bajo su control, tendría al parecer suma importancia porque una actitud no es atribuible a una persona a menos tenga esa actitud caiga bajo el control de esa persona, en el sentido según el cual la actitud en cuestión es sensible a los juicios considerados del agente. No obstante, resulta equívoca, porque para que una actitud sea atribuida a una persona en el sentido exigido (moralmente) no resulta necesario que la actitud en cuestión esté bajo control en el sentido puramente psicológico según el cual esa actitud es sensible a los juicios considerados del agente. Sino que, cuando algo se me aparece como una razón, puedo decidir si eso que se me aparece normativamente coloreado es una razón. Elegir cuando hacer X o Y consiste en estar en una posición que me permite hacer una de las dos cosas al decidirlo de modo apropiado. Para Scanlon, nuestras elecciones sobre razones no funcionan en general de esta forma. Pero en realidad, si elegimos hacer A o B, lo importante será decidir y no propiamente elegir.

⁹⁰¹ Cfr. MACCORMICK, Neil, *H. L. A. Hart*, op. cit., p. 251.

⁹⁰² *Gramática del derecho penal*, op. cit, pp. 217 y 218.

castigo junto con Hart⁹⁰³, Feinberg⁹⁰⁴, Moore⁹⁰⁵, Alcácer Guirao⁹⁰⁶, Morris⁹⁰⁷, Nino⁹⁰⁸, quienes en su conjunto suman una bandera común de rechazo a políticas totalitarias, antifascistas, dictatoriales y el respeto a los derechos humanos de la persona mediante el principio de culpabilidad, responsabilidad y lesividad como límites punitivo.

Por ejemplo, Hart entiende “la idea de que puede castigarse a los transgresores de un código moral, no para prevenir el daño o el sufrimiento humano o incluso la repetición del delito, sino simplemente como un medio de expresión públicamente o manifestar enérgicamente una condena moral, es algo desagradablemente cercano al sacrificio humano como expresión de culto religioso”⁹⁰⁹, o bien, Duff enfatiza su interés por “la responsabilidad por acciones o estado de cosas perjudiciales”, y no propiamente “por actos que son buenos o correctos”. En cambio, su posición sobre la punibilidad que “conduce a la condena y al castigo penal, y su análogo moral de la sujeción a la culpa y la crítica, no en la punibilidad civil (ya sea moral o jurídica) que implica el pago de una compensación o que requiere que uno haga lo que prometió o a lo que se obligó contractualmente.” Por consiguiente, Duff habrá de impulsar su trabajo en “la responsabilidad y la punibilidad tal como resultan determinadas por los tribunales penales y por los agentes morales que elogian y critican su propia conducta y la de los demás”⁹¹⁰.

Otro de los bastiones de la legitimación de la pena contractualista, es mediante el razonamiento del “comportamiento autocontradictorio” del sujeto que comete un delito, y en particular por G. W. Hegel quien enfrenta la posición de Beccaria por considerar que suponiendo la legitimación de la pena basada en un contrato social histórico o hipotético se podrá aplicar la pena privativa de la libertad o hasta la propia pena capital no era algo autoevidente por el gran impacto que de ella tuviera sobre éste.

⁹⁰³ *Punishment and responsibility essays in the philosophy of law*, op. cit., pp. 5 y ss.

⁹⁰⁴ *Harm to Others. Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1990.

⁹⁰⁵ *Placing blame: a theory of criminal law*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 104-152.

⁹⁰⁶ *Los fines del derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, op. cit., básicamente, el apartado II del Capítulo Segundo.

⁹⁰⁷ “Persons and punishment”, 52, *Monist*, 1968, p. 545.

⁹⁰⁸ “Los límites a la aplicación de la moral a través del derecho penal”, op. cit., pp. 47-63.

⁹⁰⁹ *Derecho, libertad y moralidad*, Dykinson, Madrid, 2006.

⁹¹⁰ “Responsabilidad y punibilidad en derecho penal”, op. cit., p. 147.

Al respecto Hegel señaló: “Beccaria despojó al Estado de su derecho a la pena de muerte porque no se podía presumir que existiera la aprobación de los individuos de dejarse matar sino, más bien, todo lo contrario. El Estado no es ningún contrato, y el cuidado y la protección de la vida y de la propiedad de los individuos no es necesariamente su esencia. El Estado es, más bien, lo más elevado, y recaba para sí la vida y la propiedad, requiriendo también su sacrificio”⁹¹¹, esto es así, porque para Hegel el entendimiento del estado como sólo vínculo contractual con los ciudadanos es erróneo, por no ser un “puro conjunto de voluntades a merced del libre arbitrio de los sucesos acumulados dentro de su seno”⁹¹². Además, “ser un miembro del Estado se convierta en algo discrecional”,⁹¹³ porque para él “un conjunto es una generalidad con la forma de una contingencia, habiendo surgido a su vez del libre arbitrio”⁹¹⁴, en consecuencia, se propugna la posibilidad de no cumplir con el contrato, o bien, bajo consenso común las partes decidan salir del contrato que regía para ellos y decidan pactar por cuenta propia algo aun y cuando no sea razonable.

Esto da inicio a la discusión sobre la obligatoriedad individual que en términos hegelianos previstos en los §§ 97 y 100 de su *Filosofía del derecho*, como asesino, él establece la ley de que la vida no se debe respetar, por ello, se dicta él mismo su propia sentencia de muerte, porque el criminal es un ser racional, y al ser racional, la universalidad de la máxima que fundamenta su acto, el mismo criminal si dijera que esa misma máxima suya no se puede aplicar en su contra, caería entonces en una “autocontradicción”.

A partir de aquí, Hegel desarrolla su conceptualización del “reconocimiento” bajo un argumento de reciprocidad, en un modelo contractual al ser un requisito de persona y especialmente de autoconsciencia, de donde un hecho delictivo realmente lesiona la relación de reconocimiento, dadas las circunstancias la pena es un medio necesario e idóneo para el restablecimiento de la relación de reconocimiento, y si el delincuente se opone a la imposición de su pena, surge la contradicción, esto es la dialéctica, que en palabras de Ricoeur “al desorden que niega el orden responde la negación del desorden que restablece el orden”⁹¹⁵.

⁹¹¹ *Filosofía del derecho*, §100A.

⁹¹² *Filosofía del derecho*, §75A.

⁹¹³ *Filosofía del derecho*, §257A.

⁹¹⁴ *Filosofía del derecho*, §38A.

⁹¹⁵ *Lo justo*, Caparrós Editores, Madrid, 1999, p. 187.

En este orden de ideas, la pena es la respuesta ante el hecho entendido como una protesta contra la vigencia de la norma, y a su vez, contra la configuración de la sociedad. Jakobs identifica esta dialéctica “cuando la sociedad castiga, se niega modificar su configuración; se niega a concebir el hecho penal como un acto de evolutivo, como parte de sus posibilidades. Más bien, se mantiene firme en el *status quo*, en contra de la propuesta de cambio. De la misma forma que una persona rechaza una pretensión que no encaja con su forma de ser, confirmando de esta manera su carácter, la sociedad rechaza la pretensión de abandonar la expectativa defraudada, confirmando con ello su identidad”⁹¹⁶, pero rechaza claramente cualquier vinculación de consecuencias psico-sociales al concepto de pena o al propio hecho punible, porque Jakobs lo considera más como una defraudación de expectativas en sí misma que pertenece a la configuración social y no privada⁹¹⁷ contractual de las personas en una sociedad.

Siguiendo a Jakobs es fundamental para sus reglas de imputación y aplicación de la pena, especialmente en los deberes negativos de no lesionar, es identificada en tres proposiciones, “en la *primera* proposición se trata de la igualdad de las personas: todos pueden exigir la libertad de comportamiento que los demás reclaman cotidianamente. Esta proposición fundamenta el riesgo permitido o, dicho, al contrario, fundamenta que para que se tenga un comportamiento como ilícito, éste debe hallarse, como mínimo, más allá del riesgo permitido...La *segunda* proposición reza: los demás son, por su parte, personas responsables. El mundo con el que se topa el propio comportamiento es pues un mundo configurado responsablemente, lo cual significa que se puede confiar en su correcta configuración; por consiguiente, se habla de principio de confianza, o, si se es que el destinatario de la confianza es la propia víctima, de actuación a propio riesgo...En la *tercera* proposición se enuncia que la comunidad con otro siempre es tan sólo una comunidad limitada. Si el otro se comporta incorrectamente, sólo se puede reconducir la responsabilidad al primero si esa comunidad también abarca el comportamiento incorrecto; en caso contrario, queda excluida la responsabilidad del primero. Se trata de la llamada prohibición de regreso”⁹¹⁸.

⁹¹⁶ JAKOBS, Günther, “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, en Carlos Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, p. 180.

⁹¹⁷ “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, op. cit., p. 181.

⁹¹⁸ “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, op. cit., pp. 188-189.

3.2. El acuerdo moral del *ius puniendi* y ¿los derechos de las minorías?

El razonamiento elaborado anteriormente que es posible asumir el punto de vista de los agentes interesados en sí mismos que se relacionan entre sí, para obtener un beneficio mutuo y respaldar reflexivamente un sistema de prohibiciones criminales, su cumplimiento y la imposición del castigo, es cierto. Esta posición contractualista deviene de una inspiración kantiana, y se piensa que cuando contratamos para vivir juntos en términos morales o términos que nos unen como ciudadanos en una sociedad de buen orden, lo hacemos sobre la base de que otros también lo hacen, y que podemos estar razonablemente seguros de su cumplimiento con los términos del acuerdo. Para Gauthier la cooperación es la forma de interacción que exige concesiones y restricciones que cada persona puede preferir evitar. Una teoría contractual no contradice este enfoque por dejar abierta la posibilidad de satisfacer los deseos humanos, en realidad, las restricciones de moralidad sirven pues para regular las relaciones sociales que se manifiestan incapaces de autorregularse. Y limitan los intereses que se puedan tener por un ideal compartido de sociabilidad⁹¹⁹. Pero esta visión contractual no está exenta de conflictos entre los objetivos e intereses de las personas antes que una armonía natural⁹²⁰.

Por su parte, Coleman sostiene que el paradigma del mercado en la concepción del liberalismo es una teoría que sirve de fundamento a una familia de teorías políticas, jurídicas y morales para la justificación de las prácticas jurídicas y el uso de la autoridad coercitiva; para ello, en el contractualismo hobbesiano se trata de esquemas de cooperación racional diseñados para producir equilibrios eficientes, de ahí, propone un contractualismo de la elección racional cuyo fundamento es que una autoridad política justificada constituye un tipo particular de solución al problema de la falla del mercado⁹²¹. Así, la metodología contractualista del paradigma del mercado se deriva de los principios de racionalidad colectiva que exige agotar todos los beneficios del intercambio. En cambio, la racionalidad de concesión se encarga de distribuir dichos beneficios y la racionalidad individual requiere, a su vez, que la distribución y cargas de cooperación sean ejecutables⁹²².

⁹¹⁹ GAUTHIER, David, *La moral por acuerdo*, op. cit., p. 36.

⁹²⁰ GAUTHIER, David, *La moral por acuerdo*, op. cit., p. 37.

⁹²¹ COLEMAN, Jules L., *Riesgos y daños*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 27.

⁹²² COLEMAN, Jules L., *Riesgos y daños*, op. cit., p. 51.

Así, Kymlicka denuncia que el contrato social acepta esclavizar o matar a “algunas personas, pues si las diferencias personales son lo suficientemente grandes, el fuerte tendrá la capacidad de eliminar al débil o de tomar cualesquiera bienes producidos por éste, instituyendo así, algo similar al contrato de esclavitud”. No obstante, el mayor riesgo que advierte Kymlicka de aceptar una posición de esta naturaleza es que, “las diferencias personales *son* tan grandes para los seres humanos indefensos o defectuosos como los bebés o los que sufren una incapacidad congénita, que por ello quedan fuera del alcance de la moralidad”⁹²³.

En cambio, el contractualismo kantiano usa el contrato social para sustituir las nociones tradicionales de obligación y con ello, coloca la posición moral de manera inherente de las personas para oponer la desigualdad. En este sentido, Rawls⁹²⁴ considera que debe prevalecer “el deber de fomentar instituciones justas, un deber que no se deriva del consentimiento o del beneficio mutuo, sino que debemos a las personas en cuanto tales”. Y para ello, utiliza la idea de la posición original para establecer las condiciones de negociaciones desde una posición de igualdad, “la concepción de justicia que pretendo desarrollar puede formularse bajo la forma de dos principios. A saber: primero toda persona que participe en una práctica, o se vea afectada por ella, tiene igual derecho a la libertad más amplia que sea compatible con igual libertad para todos; y segundo, las desigualdades son arbitrarias mientras no sea razonable esperar que funcionarán en beneficio de todos y siempre que las posiciones y funciones a las que corresponden, o a partir de las cuales puede obtenerse, estén abiertas a todos. Estos principios expresan la justicia como un conjunto de tres ideas: libertad, igualdad y retribución por los servicios que contribuyan al bien común”⁹²⁵.

Por lo anterior, Rawls trata de justificar su fundamentación del concepto de persona, a partir del desarrollo de una política de la justicia que evite en lo posible problemas, como podría serlo la falta de distinción entre la identidad no-pública o moral de la persona y el de su identidad personal.

⁹²³ KYMLICKA, Will, “La tradición del contrato social”, Peter Singer, (ed), *Compendio de ética*, Alianza, Madrid, 2004, p. 272.

⁹²⁴ Sobre la posición contractualista de Rawls, véase, MATRAVERS, Matt, “Political theory and the criminal law”, R.A. Duff & Stuart P. Green, *Philosophical foundations of criminal law*, Oxford University Press, Great Britain, 2013, pp. 72-82.

⁹²⁵ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, op. cit, p. 7.

En este contexto, para Rawls el contractualismo kantiano, es un intento de manifestar verdades morales, aunque los partidarios de Hobbes rechazan la viabilidad de verdades morales. Porque estos aparentes valores no son tangibles o verificables, lo que en cierta manera es cierto para algunos kantianos quienes usan esta posición para comprender que hay distintos niveles de conocimiento y estos disponen diversas clases de objetividad.

No obstante, la pena considera necesario de mantener la cercanía de los miembros de una sociedad mediante el reconocimiento entre cada uno de ellos, no sólo como iguales en condiciones positivas (respetarse mutuamente), sino también en sus deberes negativos (no lesionar a los otros). Por ello, la función de la pena en este sentido contractual denota una limitante en las personas extranjeras o de grupos minoritarios porque solamente advierte los deberes generales marcados por la norma vigente, sin tomar en las condiciones personales del delincuente (culturales, ideológicos, etcétera).

En cierta forma, se vuelve intolerante para aceptar el reconocimiento de la diversidad cultural de sus miembros que componen esa sociedad, no solamente por medio del contrato social (deberes positivos y negativos), sino mediante de la necesidad de aceptar dicha diversidad en la identidad de las personas, y propiamente en la identidad de la sociedad plural, donde el recurso a la amenaza de la pena es indispensable para asegurar un mínimo de obediencia fáctica del Derecho-

Por lo anterior, un marco normativo vigente y legítimo de un Estado Democrático de Derecho deberá priorizar el reconocimiento racionalmente motivado de sus normas emitidas por un proceso legislativo y no anteponer toda clase de normas culturales contrarias u opuestas a los valores acordados por la mayoría.

4. Retribucionismo y los derechos de las minorías.

4.1. Panorama general sobre el retribucionismo y el perfeccionismo moral.

Silva Sánchez discrepa de esta línea expositiva de la pena porque “los aspectos garantísticos no sólo deben tenerse en cuenta en el momento de la imposición de una pena

concreta, sino que inciden directamente en la justificación del Derecho penal moderno”⁹²⁶. Esto es, por su determinación y desempeño de funciones garantistas, que evidentemente deberá considerar no sólo al momento de establecer la imposición de un castigo, sino también desde el momento de determinar la relevancia de un bien jurídico a proteger desde la óptica del Derecho Penal y la criminalización de aquellos comportamientos que merecen una pena. Para Silva Sánchez “el Derecho penal no se legitima sólo por el fundamento utilitarista, sino que es preciso que responda también a las exigencias garantistas. A esta idea responden, desde luego, en mayor o menor medida, las tradicionales tesis eclécticas, así como las concepciones estructuradas sobre la dicotomía de *fundamento y límites*”⁹²⁷.

En este contexto, Vilajosana sostiene una posible conciliación entre el retribucionismo y utilitarismo en la imposición de la pena, debido a la confusión identificada por Hart sobre la “retribución como objetivo general” y “la retribución en la distribución”, entre los cuales, si existe relación entre estos dos niveles, porque el sostener la retribución como finalidad general justificativa de la pena implica mantener la retribución en la distribución, en cambio, la relación inversa no se da⁹²⁸. De ahí, la aceptación para sostener una justificación general de la pena de carácter utilitarista, porque, además, Hart fue de la idea de entender la finalidad para justificar la práctica del castigo institucionalizado, porque a su entender, esta práctica genera consecuencias beneficiosas para la sociedad (por lo tanto, es una justificación utilitarista)⁹²⁹. Por ende, la consecución de esta finalidad general ha de estar condicionada o limitada por dos principios propios del retribucionismo; el primero, nadie debe ser castigado por un delito que no ha cometido, intentado o planeado. A este principio le denomina “el principio de la persona correcta”; y, en segundo lugar, nadie debe ser castigado por un delito que ha cometido sin *mens rea*, es decir sin intención o con la presencia de excusas⁹³⁰.

Aún y con este marco interpretativo integral del retribucionismo y utilitarismo mediante principios garantistas de la persona sancionado, sigue ausentándose el elemento base de nuestro objetivo, el reconocimiento de la diversidad cultural en la imposición de la pena. Por eso, debo

⁹²⁶ *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 210.

⁹²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 210.

⁹²⁸ VILAJOSANA, Josep M., *Las razones de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 157.

⁹²⁹ VILAJOSANA, Josep M., *Las razones de la pena*, op. cit., p. 157.

⁹³⁰ VILAJOSANA, Josep M., *Las razones de la pena*, op. cit., p. 158.

sostener que aún y con las recurrentes actualizaciones teóricas retributiva y utilitaria de la pena por diversos sectores doctrinarios y jurisprudenciales, la justificación de la pena desde estos dos marcos teóricos no son lo suficientemente adecuados para la debida valoración y tratamiento punitivo de los delitos culturalmente motivados. Ello es por la evidente falta de apertura, reconocimiento e inclusión a la diversidad cultural y más aún a la diversidad razones que llevan a los sujetos de grupos minoritarios en una determinado social distinta a comportarse de forma incorrecta con el resto de la mayoría por el simple hecho de que su conducta responde a su contexto cultural que no coincide con el resto de la sociedad.

Así las cosas, recurrir a un criterio utilitario o retributivo de la pena para estos casos, claramente, imposibilitan la función jurisdiccional de pronunciar un criterio más incluyente en el rubro de una democracia deliberativa que reconozca y comprenda la diversidad cultural al momento de emitir una sentencia sobre la comisión de un delito legalmente previsto por el legislados previo a su comportamiento, esto es, respetando “el principio de legalidad” como basamento de un Derecho Penal de corte liberal⁹³¹.

Aún y con estos insumos defensivos de la autonomía personal frente al perfeccionismo moral, se corre el riesgo que determinadas disposiciones de ésta última se terminen filtrando en disposiciones liberales, porque toda norma jurídica de cierta forma dice Parmigiani genera una influencia en la personalidad de las personas. En otras palabras, “modifican sus gustos y preferencias, aun aquellas que no se corresponden con acciones contrarias a las pautas de una moral intersubjetiva”⁹³².

Para Duff⁹³³ los ciudadanos se logran ver a sí mismos como los autores de sus leyes, porque el derecho al ser común expresa los valores definatorios como parte de una comunidad política, y antes de ser el derecho de la humanidad, es el derecho de los franceses, ingleses,

⁹³¹ Para mayores referencias de un derecho penal democrático, véase RAMSAY, Peter, “Democratic limits to preventive criminal law”, Andrew Ashworth, Lucia Zedner (Ed.), *Prevention and the limits of the criminal law*, Oxford University Press, New York, 2013, pp. 214-233; NINO, Carlos S., “Derecho penal y democracia”, pp. 13-23; HUSAK, Douglas, *Sobrecriminalización. Los límites al Derecho penal*, en particular, el capítulo III.

⁹³² PARMIGIANI, Matías, “Liberalismo, sanción y reproche: una revisión crítica del concepto de reproche en la teoría jurídico-penal de C. S. Nino”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 39, octubre, 2013, p. 52.

⁹³³ ¿Hacia una teoría del derecho penal?, Beade, Gustavo A. Martí, José Luis, *Discusiones sobre la filosofía del Derecho penal*, Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 2015, pp. 26-27

españoles, mexicanos, etcétera, y será cada uno el que determine, por ejemplo, cuando el delito de robo cometido en Francia por un colombiano deba ser sancionado por la justicia francesa, “toda comunidad política civilizada extiende a sus visitantes las mismas protecciones que a sus ciudadanos, y tiene las mismas expectativas, pero estas leyes son por y para sus ciudadanos y no para todas las personas”⁹³⁴.

Por ello, Duff sostiene que “el derecho penal debe ser el que los ciudadanos pueden imponerse unos a otros, de manera coherente con aquellos valores; por tanto, debe tratar a quienes se dirige, y sobre quienes se impone, con el respeto y la importancia que merecen por su calidad de ciudadanos”⁹³⁵, y no generarles desventajas por sus situaciones personales (étnicas, racionales, socioeconómicas, etcétera).

En este sentido, lo denuncia Milton Peralta⁹³⁶ cuando las agravantes de una pena a imponer son independientes a la gravedad misma del hecho cometido, violenta plenamente la autonomía personal por determinar estilos de vida o de pensar independientes al delito cometido en contra de otros, en cambio, lo correcto debe ser que los límites para determinar los máximos de una pena deberá ser fijada claramente y con precisión en la escala de máximo y mínimos, a fin de descartar cualquier vínculo del injusto y la culpabilidad por el hecho y no por su personalidad entre los motivos que agravan el hecho sólo con necesidades preventivas independientes.

Esta relación del perfeccionismo moral y la pena retributiva conlleva una difícil tarea de validar su intervención ante las libertades personales, toda vez que se corre el riesgo de ampliar los márgenes de moralidad impuestos por la mayoría y establecer una base subjetiva de responsabilidad penal. De manera especial, en contra de los grupos minoritarios o criminalizar solo por motivos de diversidad cultural, por ende, se debe verificar las razones por las que el Estado establece mecanismos punitivos de prevención mediante políticas retributivas⁹³⁷.

⁹³⁴ ¿Hacia una teoría del derecho penal?, op. cit., p. 27.

⁹³⁵ ¿Hacia una teoría del derecho penal?, p. 28; en sentido parecido, WALZER, Michael, *Esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

⁹³⁶ *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, op. cit., pp. 133-134.

⁹³⁷ Para ahondar sobre este punto, véase, *infra*, Capítulo Cuarto.

4.2. El perfeccionismo moral frente a la visión democrática de la pena.

Nino identifica el postulado central del perfeccionismo como “una misión legítima del Estado hacer que los individuos acepten y materialicen ideales válidos de virtud personal. Según este enfoque, el Estado no puede permanecer neutral frente a las concepciones de lo bueno en la vida y debe adoptar medidas educativas, punitivas, etc., que sean necesarias para que los individuos ajusten su vida a los verdaderos ideales de virtud y del bien”⁹³⁸. En cambio, García Ruíz y Pérez Chico exponen que “el perfeccionismo moral no tiene una definición sustantiva de bien. El bien perfeccionista no tiene que ser el bienestar personal, sino que incluso, a veces, estos pueden llegar a contraponerse; el perfeccionista moral puede ser un inconformista, un disidente, un insatisfecho... Sin embargo, el individuo perfeccionista no solo es, en ocasiones, alguien que no comparte los supuestos morales de una comunidad, sino también y sobre todo alguien que tiene un deber discursivo, debe hacerse inteligible para los demás, sometiendo a debate público su opción personal”⁹³⁹.

Los argumentos justificatorios de las teorías retributivas de la pena caen en una serie de postulados negativos por considerar a la retribución sinónimo de venganza, o inviabilidad práctica del castigo retributivo, así como inmoral ese castigo retribucionista en condiciones sociales reales, o bien, carece de valor justificatorio en sí mismo⁹⁴⁰. Esto desemboca una clara línea argumentativa enmarcada en la denominada tesis ecléctica de utilitarismo y garantismo como fundamento del Derecho Penal mediante Rawls⁹⁴¹, Hart⁹⁴² y Nino⁹⁴³ quienes defenderán a

⁹³⁸ *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, p. 413; el mismo, “Derecho penal y democracia”, p. 23. “un castigo no está justificado cuando esté orientado a prevenir la autodegradación de las personas antes que daños a terceros”.

⁹³⁹ “Perfeccionismo: una propuesta contemporánea”, *Perfeccionismo. Entre la ética política y la autonomía personal*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2014, p. 13.

⁹⁴⁰ Por tanto, el siglo XVIII fue artífice de conseguir una fundamentación de la legitimidad de la pena estatal mediante cuatro argumentos que a decir de SEELMANN, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, p. 86, son propiamente de orden contractualistas lo que permite ejercer al Estado en la sociedad a través de la amenaza de una pena, el derecho de defensa que le corresponde al individuo en su condición natural: i) el individuo se obligó, en caso de cometer un delito, a soportar el castigo, ii) es una afirmación de seguridad recíproca y condicionada para determinados derechos; iii) de modo que si alguien lesiona uno de esos derechos de otro, él mismo pierde esa facultad y iv) quien conociendo de la pena amenazada comete un delito, consiente de forma concluyente el castigo a través de este ilícito.

⁹⁴¹ “Dos conceptos de reglas”, Philippa Foot, *Teorías sobre la ética*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, pp. 210 y ss.; sobre este aspecto véase los comentarios de RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel, *Leyendo a Rawls*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 64-65.

⁹⁴² *Prolegomenon to the principles of punishment*, op. cit., p. 8

⁹⁴³ “La teoría consensual de la pena”, *Fundamentos de derecho penal*, op. cit., pp. 117-120.

la teoría de la pena (utilitaria) como *institución* para la aplicación de una pena a un individuo específico por determinadas conductas previamente sancionados por la norma. Pero si una persona por motivos culturales comete un delito porque su parámetro de bienestar personal difiere al de la mayoría debiera quedar libre de responsabilidad acorde con una versión del perfeccionismo, pero esto no pasa así. Un juez finalmente lo juzgará. Por lo que esta visión retributiva de la pena no es suficiente para solventar los delitos culturales.

4.3. Razones para la prevención mediante el retribucionismo.

Es indispensable marcar un inicio para diferenciar la teoría de la prevención general y los efectos de la prevención especial. En el caso de la prevención general su objetivo es intentar que la máxima utilidad sea viable para garantizar a la mayoría que no se guían acorde con las normas sociales–culturales sean sancionados. En cambio, la prevención especial habrá de ajustarse a la finalidad del mínimo sufrimiento necesario a imponer a la minoría de las personas formados por valores que quebrantan las normas prohibitivas vigentes.

Y para lograr mejor seguimiento de la discusión doctrinal sobre estas dos formas de prevención los hermanos Falcón y Tella⁹⁴⁴, realizan un esfuerzo para identificar las cuatro posibles combinaciones de estos dos marcos teóricos de la teoría de la prevención; i) “las doctrinas de la prevención general negativa o de la intimidación, asignan a la sanción penal la función de disuadir mediante el ejemplo o la amenaza de la pena”; ii) “las doctrinas de la *prevención general positiva* o de la *integración*, que asignan a la sanción penal la función positiva de reforzar la fidelidad de los asociados al orden constituido”⁹⁴⁵; iii) “las doctrinas de la *prevención especial negativa* o de la *incapacitación*, que asignan a la sanción la función negativa de eliminar o, de un modo u otro, neutralizar al reo”; y iv) “las doctrinas de la *prevención especial positiva* o de la *corrección*, que atribuyen a la sanción penal la función positiva de corregir al condenado”⁹⁴⁶.

⁹⁴⁴ FALCÓN Y TELLA, Ma. José, FALCÓN Y TELLA, Fernando, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 178.

⁹⁴⁵ *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar*, op. cit., p. 179.

⁹⁴⁶ *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar*, op. cit., p. 179.

A partir de este diagrama de la prevención logrado durante el siglo XX, como consecuencia del discurso filosófico político liberal posterior a la Segunda Guerra Mundial⁹⁴⁷, y claramente reflejados en los planteamientos político criminales de Roxin en su obra *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, donde plantea la justificación de la pena debe ser mediante el principio de culpabilidad rodeado de elementos valorativos que permitirían sacrificar en menor medida la libertad de los individuos al ser tarea del Estado la de mejorar las relaciones sociales, esto es, la libertad, la seguridad y el bienestar de los ciudadanos⁹⁴⁸.

Así, los fines de la imposición de una pena es impedir conductas criminales mediante a través de la incidencia en el criminal y en la conciencia jurídica de la propia comunidad. Esto es, la fidelidad, en tanto se mantenga en un grado justo el “principio de culpabilidad”, acorde con el rango de lo “merecido”. En este contexto, es lo que Roxin denominaba “prevención retributiva”⁹⁴⁹, y que a lo largo de toda su obra mantiene evolutivamente adaptada (por interpretación teleológica) al criterio de la necesidad de la pena, porque en caso de no ser así, “desde el punto de vista preventivo especial, ni desde el punto de vista preventivo general existe una necesidad de castigo, la pena carece de justificación teórica, no tiene ninguna legitimación social y no debe imponerse”⁹⁵⁰.

Esta posición puede actualizarse en Muñoz Conde “el Derecho penal de culpabilidad no es el Derecho penal retributivo que, ajeno a toda la finalidad preventiva, sólo tiene como objeto aparentemente el ejercicio del poder por el poder mismo o la realización de una justicia absoluta en la tierra. El Derecho Penal de culpabilidad...tiene como misión, si quiera, filosóficamente modesta, pero social y políticamente muy importante: brindar la mayor protección posible a los valores fundamentales de la sociedad con un mínimo costo de represión y de sacrificio de la

⁹⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 203, considera que históricamente, “se alude, concretamente, a la voluntad de contrarrestar los excesos utilitaristas que en Alemania se habían sufrido especialmente de manos del régimen nacional-socialista. Esto por el miedo de reaccionar contra los excesos sería atribuir al Derecho penal una función de realización absoluta de la justicia sobre el planeta”.

⁹⁴⁸ *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Reus S.A, Madrid, 1981, pp. 125-145.

⁹⁴⁹ *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, op. cit., p. 133-134. Sobre este aspecto, Roxin ha elaborado un razonamiento denominado «prevención retributiva» que funciona de límite a la «prevención intimidativa» que trata de imponer un castigo ejemplar. Así, la eficacia preventiva de la pena justa correspondiente a la culpabilidad realiza para el legislador la «misión del Derecho Penal como protector del ordenamiento jurídico y pacífico» y asegura la «necesaria equidad del castigo». En este sentido, “la prevención general no puede pretender un valor de empleo autónomo a la hora de determinar la magnitud de la pena. Por lo que se sigue que, si la pena es «ya adecuada a la culpabilidad», es suficiente *eo ipso* a las exigencias de la prevención retributiva”.

⁹⁵⁰ *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 61.

libertad individual”⁹⁵¹. De cierta forma, esta propuesta liberal del Derecho Penal acuñada en los años setenta, se debe esencialmente a los trabajos de Welzel para quien la protección de los valores ético-sociales deben ser el fin principal del Derecho Penal, sin embargo, la primera cuestión a considerar es que significa la noción “protección” de los valores subyacentes a las normas y por ellas se delinea todo el orden social para facilitar los contactos sociales entre los individuos.

Para identificar el objetivo de la protección en el pensamiento de Welzel, recorro a los estudios de Melendo Pardos quien muestra como aún y en el momento más comunitarista de Welzel pueden desvincularse los valores de acción de los bienes jurídicos. Por ello, resulta adecuado pensar que “el bien jurídico es el ojo de la aguja por el que tienen que pasar los valores de la acción”⁹⁵², porque sin bienes jurídicos no hay valores de acción. Así, el abandono de un comunitarismo extremo tal y como hizo Welzel, no supone, en modo alguno, desnaturalizar la función ético-social del Derecho penal⁹⁵³, por eso, la disposición al sacrificio, la fidelidad, la entrega, la valentía, etc., suponen que el fin para el que se realizan es valioso para el particular o la comunidad. Sin embargo, puntualiza Melendo Pardos que para Welzel el valor ético mismo no se encuentra en los fines (valores de bienes) sino en los actos que se realizan para aquellos fines, y para ello, el valor ético siguiendo a Kant, no se encuentra en el resultado alcanzado por la acción, esto es, no depende de su carácter de mero medio para esos fines, sino que se lo presta la actitud que los sustenta, y esto aplicado al Derecho Penal su orientación central es el valor de acto y no el del estado de cosas⁹⁵⁴.

⁹⁵¹ “Introducción” a *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, op. cit., p. 35.

⁹⁵² MELENDO PARDOS, Mariano, “Valores de la acción y bienes jurídicos. Algunas observaciones a la interpretación mayoritaria de la función ético-social del Derecho penal en Welzel”, *RDPC*, 3ª Época, No. 2, 2009, pp. 72.

⁹⁵³ “Valores de la acción y bienes jurídicos. Algunas observaciones a la interpretación mayoritaria de la función ético-social del Derecho penal en Welzel”, op. cit., pp. 72-74.

⁹⁵⁴ Es importante destacar de estos detalles valorativos en Welzel, expresados por Melendo Pardos en el sentido, de que, a pesar de tener una gran carga axiológica para la preservación de los bienes jurídicos pensados para la culpabilidad, también es cierto que lo hace, pero en el sentido exculpante, por ejemplo, los valores de la acción y bienes jurídicos. De esto siguen algunas observaciones a la interpretación mayoritaria de la función ético-social del Derecho Penal en Welzel. Por eso, MELENDO PARDOS, Mariano, “Valores de la acción y bienes jurídicos. Algunas observaciones a la interpretación mayoritaria de la función ético-social del Derecho penal en Welzel”, op. cit., p. 75, considera que pudo haber una etapa en que la relación con los valores de acto era tenida en cuenta en la culpabilidad por WELZEL. No en sentido fundamentador de la culpabilidad, sino en sentido exculpante.

Es importante destacar que, a partir de estas consideraciones éticas sociales de los bienes jurídicos a proteger a través de una amenaza de pena, la prevención general positiva y negativa serán entendidas como formas de intimidación que, a decir de Neumann/Schroth⁹⁵⁵ la teoría de “la prevención general positiva tiende cuanto menos a localizar el cometido de la pena en un distinto y superior nivel al de la teoría de la prevención de intimidación”. Esta posición tiene su razón, “porque la estabilización de la norma a través de la sanción de conductas desviadas no es únicamente un medio de evitación de hechos punibles, sino que aparece como funcional para el fin más amplio de la estabilización de la sociedad como tal”. Por ello, la teoría de la intimidación se ajusta al enjuicimiento de una efectiva imposición de la pena, únicamente, “desde el punto de vista de la posible limitación de la criminalidad, para la teoría de la prevención general positiva de la pena tiene, más allá de la profilaxis de la criminalidad, una condición más amplia, positiva: la estabilización de normas sirve, no sólo por medio de la limitación de los márgenes de la criminalidad, a la integración y con ello a la estabilización de la sociedad”.

Por tanto, la postura dominante denota que el Derecho Penal es en esencia derecho público, y la pena es el ejercicio del *ius puniendi* estatal⁹⁵⁶. Aquí radica la base identificatoria del perfeccionismo. Lo que toca ahora analizar son las razones para la imposición de una pena como medida preventiva mediante razones consecuencialistas y deontológicas ante la comisión de delitos culturales.

4.3.1. Razones consecuencialistas de la pena y sus descontentos.

El siglo XXI es una mezcla de nacionalidades, etnias, religiones y razas. En todos los países, los grupos siempre son dominantes política y culturalmente. Por lo general, pero no siempre, son económicamente dominantes. Algunos grupos minoritarios en todos los países están en desventaja social y económicamente. Lo que los pone en un lugar vulnerables de estigmatización por ser diferentes, y tiene mayor susceptibilidad de involucrarse en delitos como víctimas, delincuentes, sospechosos, condenados y prisioneros y las consecuencias de esas diferencias se ven exacerbadas por los estereotipos y el trato diferenciado.

⁹⁵⁵ Citados por ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Los fines del derecho penal. Liberalismo, comunitarismo en la justificación de la pena*, op. cit., pp. 21 y 22.

⁹⁵⁶ Por todos véase FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, B de f, Buenos Aires, 2007, pp. 46-51.

Para Rawls el castigo es necesario pero el principal problema que afronta esta institución es al momento de su fundamentación. En su análisis Rawls advierte que la función del juez corresponde a una posición distributiva del castigo, en cambio el legislador a una visión utilitaria. Cada uno tiene distintos deberes y sus razones son incambiables e inconmensurables. Esta visión distributiva/utilitaria del castigo en Rawls tendrá altas probabilidades de imponerse de manera injusta para aquellos miembros que pertenecen a una cultura diferente del lugar donde se encuentran como extranjeros, migrantes, o indígenas.

Una visión consecuencialista de la pena frente a la diversidad cultural es uno de los mayores descontentos que afrontará la discusión de los fines retributivos, y para ello, se analizará el devenir tradicional de esta posición a partir de Feuerbach para quien “El uso de la lengua habrá de darnos en mano el concepto de la cosa. La pregunta acerca de si ese concepto tiene una realidad jurídica, de si hay un derecho a infligir un mal semejante, es una cuestión diferente cuya respuesta es completamente independiente de aquélla”⁹⁵⁷, de ahí que la pena para este autor sea entendida como *malum passionis ob malum actionis*, porque al “ser un mal sensorial infligido por el Estado por haber cometido una lesión del derecho, que está conminado de antemano en una ley penal”⁹⁵⁸, preservando este postulado la tradición iusnaturalismo racional de Hugo Grocio, pasando por el postulado kantiano para mantener una estructura material de su teoría en armonía a la adecuación de los fines y justificación de la pena (con un claro matiz consecuencialista en las acciones de las personas por ser fines en sí mismas)⁹⁵⁹.

Por ello, determinar la imposición del castigo a un individuo por la realización de una conducta prohibida por la norma jurídica penal (delito) habría de ser planteada mediante

⁹⁵⁷ Citado por GRECO, Luís, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 205.

⁹⁵⁸ GRECO, Luís, Luís, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 205.

⁹⁵⁹ RICOEUR, Paul, *Si mismo como otro*, Siglo XXI, México, 1996, p. 286, explica siguiendo la visión kantiana, no existe en esto ninguna oposición, “en la medida en que la humanidad designa la dignidad en cuanto aquello por lo que las personas son respetables, a pesar de su pluralidad. Por eso, la posibilidad de un conflicto surge desde el momento en que la alteridad de las personas, inherente a la idea misma de pluralidad humana, aparece, en ciertas circunstancias notables, imposible de coordinar con la universalidad de las reglas que subyacen a la idea de humanidad”. Por tanto, el respeto tiende a dividirse hacia la ley y las personas. Así, Ricoeur propone que la sabiduría práctica estará en condiciones de otorgar la prioridad al respeto de las personas.

premisas deontológicas, o bien, a partir de deducciones consecuencialistas⁹⁶⁰, deberá ser analizada en el campo de la “meta-ética”⁹⁶¹, orientada a determinar su propia naturaleza de los parámetros de evaluación ética, o como la denomina Mañalich R “la ideología de la pena estatal”⁹⁶², quien realiza un análisis performativo del postulado retributivo de Beling justificativo mediante un artefacto ideológico como una herramienta de producción para evitar crímenes a futuro mediante “los modelos de un derecho de la retribución” y un derecho de la prevención”⁹⁶³. Esto para asegurar la importancia de la autoridad estatal, en tanto, sea ejercido su coacción punitiva en una idea ética de mantener los sentimientos de respeto, cuya conexión es causal y cierto modo externa, en cambio, la intervención punitiva su conexión performativa es más de índole interna⁹⁶⁴. Por ende, la autoridad no logra reafirmar la norma quebrantada por el sujeto mediante el efecto perlocutivo de la punición “simbólicamente mediada”; más bien que “se deja reconstruir como la marca de su específica *fuera ilocutiva*, la cual se encuentra implícitamente codificada en la específica instancia de irrogación de un mal que es ideológicamente interpretada como reacción retributivamente merecida”⁹⁶⁵. Así, Mañalich R. propugna “un modelo consecuencialista de Derecho Penal retributivo”, con claro alejamiento al método deontológico kantiano de la pena.

⁹⁶⁰ Al respecto, ORTIZ DE URBINA, Iñigo, “Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)”, Mir Puig/Corcoy Bidasolo (eds.), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 392 y ss.,

⁹⁶¹ Un análisis general del consecuencialismo moderno, véase el trabajo colectivo editado por FRANCISCO LARA, Pedro Francés, *Ética sin dogmas. Racionalidad, consecuencias y bienestar en el utilitarismo contemporáneo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004; CARRASCO BARRANCO, Matilde, *Consecuencias, agencia y moralidad*, Comares, Granada, 2001; CARRASCO BARRAZA, María Alejandra, *Consecuencialismo. Por qué no*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1999; PETTIT, Philip, “Consecuencialismo”, op. cit., pp. 323-337; FARREL, Martín Diego, *Ética en las relaciones internas e internacionales*, op. cit., apartados 2 y 3.

⁹⁶² Para MAÑALICH R., Juan Pablo, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling”, *InDret* 2/2015, pp. 5-6. El debate entre retribucionistas y prevencionistas se identifica en el “territorio del consecuencialismo como un espacio meta-ético cohabitado, con igual legitimidad, por las dos posiciones en disputa”. Por lo que tal confrontación ideológica ante las “teorías retribucionistas de la justicia de la pena y teorías prevencionistas de la finalidad de la pena” dejaría de presentarse. Además, tiene la ventaja de que “el retribucionismo y el prevencionismo se vuelven más fácilmente conmensurables en tanto programas alternativos” de una “ética de la pena estatal”. Así, “el eslogan de la ética de la pena estatal” podrá funcionar como herramienta “para identificar las preguntas y los problemas en referencia a cuya respuesta y solución” tendrá que limitarse a la pugna “entre las teorías de la retribución y la prevención”. Por consiguiente, “lo importante no es, meramente, que la discusión acerca de la legitimidad de la punición estatal sea una disputa ideológica, sino más bien que el objeto de la disputa puede ser presentado como consistente en la querrela de si el concepto mismo de pena tiene como referente un artefacto ideológico”.

⁹⁶³ MAÑALICH R., Juan Pablo, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling”, op. cit., p. 18.

⁹⁶⁴ MAÑALICH R., Juan Pablo, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling”, op. cit., p. 19.

⁹⁶⁵ MAÑALICH R., Juan Pablo, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling”, op. cit., pp. 19-20.

Resulta oportuno ir exponiendo los presupuestos filosóficos del concepto de pena kantiano a fin de identificar sus presupuestos normativos que serán contrapuestos con los fines y justificación retributivos de la pena. Para esto Pérez de la Fuente de manera clara refiere que en Kant el concepto de autonomía incluye una característica esencial y distintiva de su teoría ética: “el imperativo categórico”. Así, la autonomía se opone al concepto de heteronomía, en el entendido de buscar principios fuera del sujeto en fuentes extremas⁹⁶⁶. De ahí, que Kant plantee “el principio de autonomía como el único principio de la moral puesto que lo vincula directamente con el imperativo categórico”. Y por tanto, “la vinculación de la autonomía al imperativo categórico kantiano tiene como resultado un cierto procedimentalismo que excluye poder *actuar porque quiero alguna cosa*, sino más bien en su formación *debo obrar de este modo al margen absolutamente de lo que yo quiera*”⁹⁶⁷, con lo cual, se comprende el contenido del principio de legalidad, toda vez que la conminación en la ley es necesaria porque sólo así pueden alcanzarse efectos intimidatorios óptimos, ideal enfatizado por von Liszt con la finalidad de la pena⁹⁶⁸ y posteriormente en Beccaria⁹⁶⁹, para quienes el ideal de la justicia penal es la existencia común de tales intereses o mediante la sujeción completa del poder punitivo que más tarde será impulsada por Kant.

La teoría retributiva de la pena ha desempeñado un papel históricamente importante para justificar la imposición del castigo, desde la propia escritura de la Biblia en Éxodo 21, Versículos 24 y siguientes del Nuevo Testamento⁹⁷⁰, se refleja esta posición de la venganza privada que sea

⁹⁶⁶ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *La polémica liberal comunitarista. Paisajes después de la batalla*, op. cit., p. 48.

⁹⁶⁷ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *La polémica liberal comunitarista. Paisajes después de la batalla*, op. cit., p. 49.

⁹⁶⁸ Manuel DE RIVACOBÁ, prólogo al libro de von Liszt *La idea del fin en derecho penal*, p. 12, refiere a la que con la figura de von Liszt se quedan en el pasado las proyecciones en el Derecho Penal de una filosofía idealista, así como del hegelianismo. Esto en referencia de la jurisprudencia de los conceptos con Karl Binding, para modificar el rumbo construido por la influyente presencia en ese momento histórico de la jurisprudencia de los intereses. Posteriormente, dará lugar en desenvolvimientos progresivos “a la jurisprudencia teleológica” y “la de los valores”.

⁹⁶⁹ *De los delitos y de las penas*, Porrúa, México.

⁹⁷⁰ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, op. cit., pp. 1 y 2, quien considera al factor religioso invariablemente presente en la base originaria de las instituciones sociales básicas, y en especial con la pena estatal. Por eso, la tendencia crítica a esta visión religiosa serían las posiciones racionalistas de la pena que tuvieron un auge consecuencialista o teleológica orientada a fines. Solo así, se entendía que la pena o bien intimidaba “o bien tenía fines preventivo-especiales diversos tanto de carácter positivo (pena curativa o medicinal)”, como negativa “intimidación o inocuización”. Por su parte, AGÜERO, Alejandro, *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 133-145, quien hace alusión al orden teológico-religioso en que se encontraba inmerso las características de la cultura penal castellano-indiana, particularmente en Córdoba del Tucumán.

equitativa con el daño ocasionado o, mejor dicho, debe ser retribuido dicho comportamiento contrario a las buenas costumbres o a la propia ley escrita, para dar paso al periodo de la Ilustración donde la mayor productividad discursiva se dio para explicar su imposición⁹⁷¹.

Pero no es sino hasta el pensamiento kantiano que se logra argumentar racionalmente en su obra *Metafísica de las costumbres* de 1797, especialmente, en la segunda parte “*Del derecho de castigo y de indulto*”, donde centra el derecho del soberano en poder afectar dolorosamente al súbdito en tanto transgresión de la ley⁹⁷², lo cual genera una nueva perspectiva idealista o normativa (axiológica), intentando despojar cualquier rastro del utilitarismo o preventivos con posiciones puramente instrumentales de la pena⁹⁷³, porque según Kant es necesario imponer la pena a quien haya delinquido y no por el grado de utilidad que representa tener para sí mismo o ante los demás ciudadanos. Por eso, habrá de sostener una teoría contraria o crítica a la que pregonaba en su momento, en aras de posicionar una línea retributiva entre la pena y el delito cometido para lograr el justo merecido⁹⁷⁴, y por ningún motivo o razón deba entenderse que el hombre es un fin en sí mismo y que no puede ser utilizado para otros fines⁹⁷⁵, tal y como lo identifica con la fórmula “obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca sólo como un medio”.

Para ello era menester tomar en cuenta el contexto histórico (del idealismo alemán) en el que su pensamiento era desarrollado en sociedad y para Kant el hombre se debía ver asimismo

⁹⁷¹ Las personalidades más destacables fueron Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Locke, Pufendorf, Grocio, y Bentham. Sobre este periodo véanse, esencialmente, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El derecho penal de la monarquía absoluta*, Tecnos, Madrid, 1969; PRIETO SANCHÍS, Luis, “La filosofía penal de la Ilustración”, Francisco Javier Ansuátegui Roig (Coords.), *Historia de los derechos fundamentales, Vol. 2, Tomo 2*, Dykinson, Madrid, 1998; el mismo, “La filosofía penal de la Ilustración española”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam, Volumen I*, Ediciones de la Universidad Castilla La Mancha/Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

⁹⁷² Para BETEGON, Jerónimo, *La justificación del castigo*, op. cit., p. 21, existe un elemento fundamental en este postulado kantiano para la imposición de la pena.

⁹⁷³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, op. cit., p. 17, alude a la tradición kantiana es crítica ante las teorías utilitaristas de Beccaria, mediante los comentarios de Voltaire a su obra, que intentaron eliminar “la pena de muerte argumentando que el condenado podía prestar todavía servicios útiles a la sociedad “como: i) trabajos forzados, ii) experimentos médicos, iii) colonización de nuevos territorios “a cambio de librarse de la pena de muerte”. En cambio Kant, de acuerdo con Feijoo Sánchez, sostuvo que “no existe motivo alguno que pueda evitar que se establezca la justicia, y renunciar a imponer una pena al culpable de un delito es renunciar a la justicia”. En este sentido, igualmente, PUGSLEY, Robert A. “A Retributivist Argument Against Capital Punishment”, *Hofstra Law Review*, Volume 9, Issue 5, Article 7, 1981, pp. 1501 y ss.

⁹⁷⁴ Aunque este postulado haya el más duramente criticado, también es cierto que se volvió el centro de discusión de los máximos representantes del retributivismo contemporáneo, tal y como se verá más adelante.

⁹⁷⁵ Véase SEELMANN, Kurt, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, op. cit., en particular todo el capítulo v.

como parte del mundo sensible (*homo phaenomenon*), y para quien existen leyes que le son ajenas y de las cuales él mismo no es su legislador, por ello destaca Zaczek “al verse como un ser inteligible (*homo noumenon*), esto es, como el hombre que actúa superando los estímulos de la naturaleza, hablaremos de una “autonomía”, en tanto que el hombre o ser racional ha sido el legislador de la misma y esa ley (moral) no le es *ajena*”⁹⁷⁶.

Pero si partimos de las razones consecuencialistas para la justificación de la pena, todos aquellos delitos correspondientes por la diversidad cultural, se estará a la máxima que la ley no tiene en cuenta los *motivos* sino solamente la *intención* de realizar un acto específico, y como ha sido analizado los delitos culturalmente motivados, responde al factor cultural que es el detonante para la realización de su conducta.

Por tanto, las razones consecuencialistas en la ley penal, permitirán al juez declarar la culpabilidad del sujeto que cometió un delito, en tanto no reconozca el hecho cometido fue por buenos motivos o suficientes para aceptar su comportamiento motivado por su origen, étnico, cultural o religioso. Posición que es la que mayormente sostiene los criterios jurisprudenciales para mantener la responsabilidad penal en los delitos culturalmente motivados, situación que aun así será analizada nuevamente más adelante en la actividad judicial⁹⁷⁷.

4.3.2. Razones deontológicas de la pena sin identidad cultural.

Las razones deontológicas de la pena retributiva para la prevención de la comisión de delitos en sociedad, desempeña un rol fundamental en el ámbito del merecimiento de pena, donde el juicio de imputación y valoración de conductas establece la relación de la lesividad de la acción y los intereses últimos (bienes jurídicos) que está llamado a proteger el Derecho Penal⁹⁷⁸.

⁹⁷⁶ ZACZIK Reiner, *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 35 y 36.

⁹⁷⁷ Véase, para mayor detenimiento, *infra*, Capítulo Quinto.

⁹⁷⁸ Al respecto, MELENDO PARDOS, Mariano, “Valores de la acción y bienes jurídicos. Algunas observaciones a la interpretación mayoritaria de la función ético-social del Derecho penal en Welzel”, op. cit, pp. 66-67, refiere a la carencia de lo que exige la protección de bienes jurídicos. Lo cual incluye para todas las teorías de la pena o para el propio Derecho Penal. Si esta afirmación no tiene un sustento empírico, dice Melendo Pardos, no deja de ser más que la contraposición entre lo que se cree que se sancionaría una teoría u otra, para quienes emiten su opinión.

El origen deviene de las normas de conducta, por ser el mecanismo directivo de conductas, como apunta Alcácer Guirao “será esa norma la que establecerá el contenido del deber y los límites de restricción de la libertad de actuar del ciudadano, confluyendo en ella principios garantísticos de naturaleza deontológica -singularmente: principio de lesividad y principio de culpabilidad en sentido amplio”⁹⁷⁹, lo cual permite delimitar los presupuestos de la responsabilidad penal de una prohibición paternalista inidónea contraria a la autonomía personal⁹⁸⁰.

Para Cahill la teoría retributiva si “no dice nada sobre cómo hacer retribución real, es incompleto como una teoría de la justicia o del derecho penal. Una defensa de la retribución como un principio moral no es lo mismo que un modelo de justicia retributiva...las instituciones jurídicas reales deben ir sobre la tarea de imponer el castigo que merece moralmente en abstracto. Tal teoría proporciona una filosofía moral pero no un sistema jurídico”⁹⁸¹, esto claramente denota importantes problemas no sólo teóricos (morales) sino también prácticos para la imposición de una pena, por ende, “el proyecto de establecer un sistema coherente y con principios para hacer retribución real parece que tienen un valor significativo”⁹⁸².

El razonamiento propio de la pena retributiva, deontológicamente, se aplica bajo el postulado de actuar correctamente, en tanto las personas no hagan cosas que, antes de hacerlas, puedan estimarse malas. Esto es así, porque previamente son consideradas de esa forma mediante normas o leyes con claras reivindicaciones deontológicas, prohibiciones, limitaciones, mandatos, reglas, con la finalidad de conseguir una abstención por realizar malos comportamientos, a pesar de que puedan prever su rechazo a realizarlos les generará evidentemente un alto costo de daño, o aún más complicado menor bien. Por eso, la autonomía personal tiene una clara afectación frente al pretendido cumplimiento del deber generado por una norma (jurídico-penal), frente a la amenaza de una pena, porque al realizar el juicio de

⁹⁷⁹ ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber? *Apuntes sobre un concepto material del delito*, op. cit., p. 126; igualmente, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

⁹⁸⁰ Para valorar la idoneidad y necesidad de una medida paternalista, véase, Alemany, Macario, *El paternalismo jurídico*, op. cit., pp. 400-403.

⁹⁸¹ “Retributive Justice in the Real World”, *Washington University Law Review*, Volume 85, Issue 4, 2007, p. 821. En este sentido, Douglas Husak, Holistic Retributivism, 88 CAL. L. REV. 991, 996 2000; SCANLON, Thomas, “La moral individual y la moral de las instituciones”, *ESTUDIOS PÚBLICOS*, 134, otoño, 2014, pp. 85-108.

⁹⁸² CAHILL, Michael T., “Retributive Justice in the Real World”, op. cit., p. 822.

desvalor de dicha conducta se atribuye a esa persona su responsabilidad y, por ende, se valida el merecimiento de una pena por las normas de sanción previamente establecidas por la autoridad estatal. Sin embargo, resulta tendencioso este esquema deontológico de la pena porque el deber de respetar la norma secundaria dirigida a los ciudadanos de una sociedad responde a determinados valores previamente acordados, pero ello no significa que deban ser obedecidos frente a las convicciones morales distintas de la minoría.

Por su parte, Pérez Barberá destaca el alto grado de contenido kantiano que conforma el postulado deontológico de la pena justificativo pero únicamente como un “*acto particular, no para la pena como institución*”. Pues el merecimiento, como elemento normativo de la retribución, tiene como referencia, obviamente, sólo al comportamiento defectuoso concreto del autor del delito”. En este sentido, explica que “frente a la sociedad *y frente a la víctima*, la justificación de la pena tiene que considerar la cuestión de su utilidad para todos. En este último caso se trata, por tanto, de una justificación *consecuencialista*, que en ese contexto tendrá en cuenta, principalmente, razones preventivas”⁹⁸³, pero la búsqueda de una justificación de carácter deontológica retributiva de la pena habrá de ser entendida como un acto personal que antecede a su institucionalización, en tanto “*Como acto particular, la pena podrá estar deontológicamente justificada a través del principio retributivo en la medida en que como institución también esté justificada deontológicamente*”⁹⁸⁴.

Este esquema deontológico retributivo de la pena cumple el mejor marco justificativo de su imposición en el marco de los derechos del imputado y fines del Derecho Penal en una sociedad democrática que dispone la obligación de proteger determinados bienes jurídicos. Aunque sigue denotando una clara desventaja frente al principio de autonomía personal al limitar arbitrariamente la diversidad culturales que hoy coexisten en las sociedades, por ejemplo, las normas emitidas por los legisladores están hechas y elaboradas para determinadas obligaciones

⁹⁸³ “Problemas y expectativas de las teorías de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, *InDret*, 4, octubre, 2014, pp. 8-9.

⁹⁸⁴ Al respecto, PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Problemas y expectativas de las teorías de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, op. cit., p. 14, de ahí su crítica al postulado consecuencialista moral de la pena, p. 15, identifica la importancia que cobra una justificación de la pena como institución tiene que fundamentarse para imponer la condición más “dolorosa de todas esas posibles respuestas institucionales”. Para esto, Pérez Barberá recurre a “Rawls y Hart quienes son de la convicción de que era suficiente que la justificación de la pena como práctica o como institución fuera consecuencialista. Sobre todo porque entendían que esa justificación debía realizarse únicamente en relación con la sociedad, pero esto representa un error. Por tanto, la sociedad requiere y necesita una justificación consecuencialista de la pena como institución, pero esta pena como institución debe ser justificada también frente al autor del delito también deontológicamente”.

de las personas que conforman al grupo social de ese territorio, pero no considera a las personas de grupos minoritarios que por razones de lengua o cultura, no tienen posibilidad de conocer dichas prohibiciones, o más allá de conocer, entender las obligaciones que derivan de ellas, toda vez que no son parte de su quehacer cotidiano.

4.4. ¿La Función retributiva de la pena genera efectos negativos a los derechos de las minorías?

Anteriormente, ha sido expuesto el panorama crítico sobre la función retributiva de la pena y los efectos negativos que conllevan al campo de la diversidad cultural, por lo que ahora resta aludir si la culpabilidad es una condición necesaria y *suficiente* de la pena como lo propone Moore⁹⁸⁵, o el caso de Zaibert que defiende la idea que ni es necesario o suficiente sino exclusivamente que exista *una buena razón* para ello⁹⁸⁶. En cambio, Nino⁹⁸⁷ quien difiere de los postulados tradicionales retributivos de la pena por considerar al retribucionismo “incompatible con una concepción liberal de la sociedad, esto es así porque el mal que se retribuye no puede ser, si es que queremos preservar algo de la intuición inicial, un mero mal objetivo; debe ser un mal del cual alguien pueda ser reprochado. Justo la única ventaja aparente del retribucionismo sobre otras concepciones es la de mantener esta conexión entre pena y reprochabilidad, de modo de excluir la punición del inocente, del inimputable, del que actúa excusablemente, etc. Sin embargo, creo que la reprochabilidad está intrínsecamente asociada con la valoración del carácter moral del agente y, por ende, con la homologación de ideales de virtud personal”⁹⁸⁸.

Bajo este escenario polémico sobre la función de la pena retributiva ante el comportamiento contrario a las normas jurídico penales de personas pertenecientes a grupos minoritarios motivados por sus factores culturales, el reproche tendrá “fundamentalmente un aspecto descriptivo que consiste en hacer referencia al hecho de que la acción es manifestación de un rasgo disvalioso del carácter del agente y en determinado caso solo atenderá ciertos ideales

⁹⁸⁵ MOORE, Michael, *Placing Blame: A theory of the criminal law*, op. cit., p. 88.

⁹⁸⁶ ZAIBERT, Albert, *Punishment and retribution*, Routledge, London, 2006, pp. 5-6.

⁹⁸⁷ NINO, Carlos Santiago, “La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”, *Fundamentos de derecho penal*, Gedisa, Buenos Aires, 2008, p. 37.

⁹⁸⁸ NINO, Carlos Santiago, “La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”, op. cit., p. 38.

de virtud personal⁹⁸⁹, pero si ese comportamiento motivado por la cultura a la que está adscrito y el daño no atañe a bienes jurídicos de carácter personal, cabe la posibilidad de aplicar retributivamente los fines de la pena mediante una perspectiva más amplia de la política criminal y categorías dogmáticas como la adecuación o principio de autorresponsabilidad el sujeto puede ser excluido de responsabilidad a nivel de tipicidad. Con ello, se lograría salvaguardar mediáticamente el principio de autonomía personal y de manera inmediata el derecho a la identidad cultural⁹⁹⁰.

Finalmente, para los casos que se cometa un delito culturalmente motivado a víctimas, particularmente mujeres, la mejor vía para su tratamiento punitivo es mediante el criterio retributivo de la pena combinándola con la prevención general positiva.

Esta combinación puede ofrecer una teoría mixta susceptible de atención por un juez en el ejercicio de su discrecionalidad judicial para resolver delitos culturales, por ejemplo, la mutilación genital femenina, homicidios por honor, bigamia⁹⁹¹. Y para eso, es necesario implementar un escenario compatible del ejercicio del *ius puniendi* retributivo y una base político-liberal neutral del Estado para afrontar los problemas y daños que representan para los órganos judiciales la imposición de una pena ante la diversidad cultural respetuoso de los derechos de las minorías, sin generar un ambiente de impunidad, sobre todo ante la violencia de género⁹⁹².

5. El liberalismo neutral frente al ejercicio de la pena.

Uno de los más prominentes pensadores que han elaborado un marco teórico reflexivo sobre el papel del liberalismo neutral en el derecho ha sido Martín Farrel, para quien la neutralidad es “obrar de un modo tal que no se beneficie a ninguna concepción particular del bien, así como tampoco a ningún individuo en virtud de su presunta superioridad intrínseca. Si es el Estado el que debe comportarse de una manera neutral, él no debe ni beneficiar ni perjudicar la concreción de los planes de vida de sus ciudadanos en virtud del contenido de esos planes de

⁹⁸⁹ NINO, Carlos Santiago, “La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”, op. cit., p. 38.

⁹⁹⁰ Al respecto, véase *infra*, Capítulo Sexto, apartados 3, 4 y 5.

⁹⁹¹ Sobre el particular, véase *infra*, Capítulo Quinto, apartados 6 y 7.

⁹⁹² Para mayor detenimiento, véase *infra*, Capítulo Sexto, apartado 4.

vida...el Estado neutral no sólo debe abstenerse de beneficiar o de perjudicar la *concreción* de los planes de vida de sus ciudadanos, sino que también debe abstenerse de toda parcialidad respecto de su *elaboración*”,⁹⁹³ tal y como sucedería, por ejemplo si el Estado promueve una política electoral para seguir beneficiando al partido político que está en el poder, ese Estado no sería neutral, ya que no facilita a sus ciudadanos decidir de manera libre a sus representantes para el día de la votación electoral.

Lo mismo sucede cuando el Estado no hace nada por sus ciudadanos, por ejemplo, erradicar el hambre, esto es, un Estado liberal neutral deberá conducirse, de tal manera que todos sus ciudadanos dispongan de las mismas perspectivas para la realización de sus propios planes de vida, lo cual no significa que “el Estado actúe *igualmente* respecto de todos sus ciudadanos, dándoles a cada uno de ellos la misma cantidad anual de dinero, por ejemplo, sin tener en cuenta su diferente situación económica. Se trata, por el contrario, de que el Estado actúe *desigualmente* respecto de sus ciudadanos, de acuerdo a su distinta situación económica, de modo de acrecentar la probabilidad de que los individuos peor situados puedan llevar a cabo su plan de vida”.⁹⁹⁴

En este sentido, Farrel sostiene que el liberalismo neutral funciona “como un metavalor” o bien “como un principio regulador de valores subjetivos”, sin encontrarse al nivel que los propios valores subjetivos, es decir, sólo indica cómo debe uno tratar a esos valores,⁹⁹⁵ porque al no haber valores objetivos, debemos ser neutrales respecto de los valores subjetivos, pero esto no significa que en sí misma, la neutralidad sea buena, ya que ningún plan de vida llega a ser buena, por eso el metavalor indica que seamos neutrales respecto de ellos. “El Estado liberal de la neutralidad no propicia ningún plan de vida que se caracterice como típicamente liberal; es liberal, justamente, porque no promueve un tipo específico de plan de vida”,⁹⁹⁶ y quien tiene mayor obligación de conducirse neutral, es el legislador.

Ahora bien, Michael S. Moore confecciona un arsenal teórico del principio de retribución desde la perspectiva de la neutralidad metáética enmarcada en una posición moral que refleja la estructura del derecho penal anglosajón, en el entendido de que causar el daño no es suficiente

⁹⁹³ FARREL, Martín, *El derecho liberal*, op. cit., p. 15.

⁹⁹⁴ FARREL, Martín, *El derecho liberal*, op. cit., p. 16.

⁹⁹⁵ FARREL, Martín, *El derecho liberal*, op. cit., pp. 19 y 20.

⁹⁹⁶ FARREL, Martín, *El derecho liberal*, op. cit., p. 20.

ni necesario para la responsabilidad moral⁹⁹⁷. Para ello, sostiene que el consecuencialismo es un principio general y verdadero de la racionalidad práctica, así como también un principio moral⁹⁹⁸, que permite aceptar la sanción de un sujeto por el delito que haya cometido con una concepción retribucionista de la función de la pena, en tanto el merecimiento constituya una razón suficiente para la sanción impuesta⁹⁹⁹.

El rasgo distintivo de una teoría moral consecuencialista, para Kindhäuser es mantener “la idea de que el carácter moralmente correcto de una acción, una práctica, etcétera, es función exclusiva de la bondad de las consecuencias que ella produce, en tanto la bondad de carácter está provista de valor intrínseco”¹⁰⁰⁰. A partir de esto, las acciones dice Mackie “no vendrán guiadas simplemente por lo que desea, sino también, hasta cierto punto, por el empeño puesto en realizar a cierto nivel aquello que considera bueno”¹⁰⁰¹. En consecuencia, resulta viable una justificación retributiva de la pena sustentada en un postulado metaético consecuencialista. Esto es así, porque la exigencia de la pena retributiva “es la maximización de la punición de aquellos que lo merecen y con ello, sería neutral frente a la dicotomía deontología-teleología en la indagación metaética”; en palabras de Mañalich R. “la estrategia de Moore consiste en justificar el principio de retribución a modo de una inferencia inductiva a partir de principios más concreto y juicios morales particulares... así como identificando algún principio más general del cual el principio de retribución pudiera ser inferido deductivamente”¹⁰⁰². En este punto, se estaría en condiciones de aceptar un principio general de merecimiento, “puesto que el mismo no presupone que lo merecido sea necesariamente un reproche por un acto incorrecto; el principio de merecimiento

⁹⁹⁷ Una posible interpretación histórica de los conceptos “suficiente” y “necesarios”, en Moore están identificados en el pensamiento de Hart.

⁹⁹⁸ *Causalidad y responsabilidad. Un ensayo sobre derecho, moral y metafísica*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 86.

⁹⁹⁹ MOORE, Michael S., *Placing Blame*, op. cit., pp. 155-158.

¹⁰⁰⁰ Para KINDHÄUSER, Urs, “Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal”, Urs Kindhäuser/Juan Pablo Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2011, p. 5, para el autor, “lo jurídicamente correcto, en atención a la semántica de la palabra bueno, puede ser evaluado” en los siguientes niveles: i) “se trata del significado instrumental de bueno, de lo que es bueno para algo. Las condiciones de lo bueno son aquí indiferentes frente al fin en cuestión; uno habla de racionalidad de fines”; ii) “en un nivel de legitimación se tematiza la bondad del fin mismo”, y iii) “desde una perspectiva socio-pragmática, la norma tiene que ser, en tal medida, buena en el sentido de buena para alguien. Si esta noción de bondad se interpreta sobre la base del utilitarismo, ella puede ser referida a la utilidad total o a la utilidad promedio de los miembros de la sociedad”.

¹⁰⁰¹ MACKIE, J. L., *Ética. La invención de lo bueno y malo*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 171.

¹⁰⁰² MAÑALICH, Juan Pablo, “La pena como retribución. Primera parte: la retribución como teoría de la pena”, op. cit., p. 65.

también está implicado en la atribución de mérito por actos correctos”¹⁰⁰³. Una vez llegado a este punto, la relación identificada del principio de merecimiento y el retribucionismo, se entenderá que el merecimiento es condición suficiente y necesaria “para la legitimidad de la imposición de la pena”, y para Mañalich R., el concepto de suficiente debe entenderse “como posibles razones para la punición”, esto es, “el merecimiento es suficiente” para su justificación¹⁰⁰⁴.

Por otro lado, Mañalich recurre a las aportaciones de Andrew von Hirsch, quien defiende la “relación entre la irrogación del mal y la expresión de reproche” como parte de su teoría de la pena. Hirsch sostiene que es “si la irrogación de un mal ha de reconocerse como un elemento independiente, su justificación tiene que basarse en una razón distinta. Lo único que podría justificar la irrogación del mal en que se materializa la pena, sería la prevención de delitos futuros”¹⁰⁰⁵, en tanto sea neutralizada por el componente expresivo-retributivo subsistente, que a decir del propio Mañalich “garantiza que el comportamiento que da lugar a la punición sea un comportamiento censurable del cual el sujeto es responsable”¹⁰⁰⁶.

Las reflexiones de Urbina Gimeno que la justificación de la pena “para determinar la culpabilidad de una persona” es mediante parámetros de necesidad preventiva, pero lo más relevante fue el impulso del merecimiento (culpabilidad merecida), porque “se entiende que el merecimiento fundamenta la responsabilidad y que es una condición necesaria de la pena. En esta estructura de justificación...una vez se agota el recorrido del merecimiento las razones consecuencialistas no pueden por sí mismas fundamentar la responsabilidad y, por tanto, decaído el merecimiento, cesa la responsabilidad”¹⁰⁰⁷; en todo caso, habrá que contrastar si el merecimiento de culpabilidad es compatible con los delitos culturalmente motivados,

¹⁰⁰³ MAÑALICH, Juan Pablo, “La pena como retribución. Primera parte: la retribución como teoría de la pena”, p. 66.

¹⁰⁰⁴ MAÑALICH, Juan Pablo, “La pena como retribución. Primera parte: la retribución como teoría de la pena”, op. cit., p. 67.

¹⁰⁰⁵ MAÑALICH, Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena”, Urs Kindhäuser/Juan Pablo Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, p. 57.

¹⁰⁰⁶ MAÑALICH, Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena”, op. cit., p. 57.

¹⁰⁰⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental”, Raúl Carnevali (Coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2017, p. 431.

Es importante no dejar a un lado que el factor de neutralidad en las sociedades multiculturales es incentivado mediante el “criterio de razonabilidad” entendido como un “criterio de corrección de justicia política”, esto acorde a Rawls o Barry. Para Garzón Valdés la neutralidad es en el “sentido de que sus miembros están dispuestos a renunciar a la imposición de sus concepciones de lo bueno a fin de lograr una paz razonable”¹⁰⁰⁸. Esto permitirá esperar que “los acuerdos sociales puedan ser razonablemente aceptados por personas libres e iguales”¹⁰⁰⁹. Para ello, procede revisar si la autonomía personal resulta compatible con los ideales de un Derecho Penal de orden liberal e igualitario en el campo de las sociedades pluriculturales.

5.1. La autonomía personal y su compatibilidad con un Derecho Penal pluricultural.

En este apartado el principio rector del liberalismo y Derecho Penal es la autonomía personal. Este principio ha sido defendido arduamente por Carlos Santiago Nino, para quien constituye el basamento de su “concepción liberal de la sociedad”. Así, Nino sostiene una concepción constructivista metaética, con la cual, intenta justificar y defenderse de las objeciones que el comunitarismo dirige a la noción de autonomía¹⁰¹⁰, al considerar un perjuicio al “subjetivismo y egocentrismo” que ha generado “la autorrealización individual como fin en sí mismo. En su lugar, sostienen un concepto de “autenticidad, virtud y bien común”, subyaciendo un “contenido socialmente constitutivo de la moralidad”. En palabras de Nino “A fines de los años setenta y en los del ochenta se desarrolló todo un movimiento que enfrenta el enfoque constructivista kantiano, y a menudo sus implicaciones liberales, con las habituales acusaciones de pervertir la ética por la formulación de reglas universales legalísticas que sustraen a los hombres de sus vínculos y circunstancias locales, concibiéndose como egos descontextualizados, cuya historia, deseos y proyectos son irrelevantes y que existen independientemente los unos de los otros y de la comunidad en la que está insertos. Las virtudes han de preferirse a los principios

¹⁰⁰⁸ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?”, María Julia Bertomeu, Rodolfo Gaeta, Gabriela Vidiella (Comps.), *Universalismo y multiculturalismo*, Eudeba, Buenos Aires, 2000, pp. 194 y 195.

¹⁰⁰⁹ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?”, op. cit., p. 195.

¹⁰¹⁰ Para PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *La polémica liberal comunitarista. Paisajes después de la batalla*, op. cit., p. 47. “la autonomía individual es un concepto” fundamental “en la teoría liberal”. Porque sostiene “que el sujeto es el principio y el fin de la moralidad, que las normas morales tienen como sujeto creador y como objeto al sujeto individual”. Esto es, “se contraponen a la idea de que la moralidad se impone externamente al sujeto”.

universales; los ideales de una vida buena a las obligaciones morales, los compromisos personales a la imparcialidad hacia nuestros semejantes como tales”¹⁰¹¹.

Estos elementos son orientadores a la respuesta kantiana para el contexto cultural de occidente, en el sentido que ese discurso de los comunitaristas reflejados en “términos de comunidad, patriotismo, vínculos locales y compromisos personales”. Por eso, a decir del propio Nino “el liberalismo kantiano contra el cual esta nueva ola reacciona, fue, y es a su vez, una reacción contra aquel enfoque de la moralidad”¹⁰¹².

En este sentido, Nino detecta la ofensiva del comunitarismo a partir de que Charles Taylor en su libro *Hegel*, desentraña el error kantiano ético al ser comprendida la vida moral como equivalente a la libertad¹⁰¹³, pero en un sentido completamente radical de auto-determinación por la “voluntad moral”, es decir, la “autonomía”¹⁰¹⁴.

Este será el punto en el que Hegel advierta la ruptura entre el ideal kantiano de la autonomía moral y la aspiración a la unidad expresiva, ya que “El conflicto con Kant estaba implícito desde el momento en que Hegel rechazó aceptar la separación entre moralidad e inclinación, lo que era central en la posición de Kant”¹⁰¹⁵, pero esta serie de argumentos expuestos por Taylor mediante Hegel en contra de Kant¹⁰¹⁶, son identificados por Nino en el

¹⁰¹¹ NINO, Carlos, “La Constitución como convención”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 6, Mayo-Agosto, Madrid, 1989, p. 129.

¹⁰¹² NINO, Carlos, “La Constitución como convención”, op. cit., p. 130.

¹⁰¹³ Al respecto, NINO, Carlos, “La Constitución como convención”, op. cit., pp. 130 y 131, atento a la crítica de Hegel a Kant relativa a su concepto de la razón puramente formal no podía dar contenido a la obligación moral. Esto debido a que “era incompatible con la de que el único contenido válido de la obligación moral está dado por la *Sittlichkeit* de la sociedad circundante a la que pertenecemos”. Por ello, “la moral sigue siendo para Kant individual, y porque ella no tomó en consideración que los individuos son parte de una realidad más amplia”. En cambio, para Hegel, dice Nino, “la moralidad alcanza su completitud en una comunidad, la libertad se realiza cuando la sociedad satisface las demandas de la razón”.

¹⁰¹⁴ TAYLOR, Charles *Hegel*, Anthropos/Universidad Iberoamericana/Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona, 2010, p. 28, es de la idea que Kant ve la vida moral como una lucha permanente. Dado que el hombre como ser natural debe ser dependiente de la naturaleza, y dado que tiene deseos e inclinaciones debido a que depende de la naturaleza, no puede esperarse que éstos encajen con las demandas de moralidad que tienen una fuente diferente en la razón pura.

¹⁰¹⁵ TAYLOR, Charles *Hegel*, op. cit., p. 51.

¹⁰¹⁶ En este sentido, TAYLOR, Charles *Hegel*, op. cit., p. 165, considera que Kant insiste que la voluntad moral ha de ser determinada sólo por sí misma. Esto es, para Kant lo que hace a una máxima de acción moralmente obligatoria no tiene nada que ver con su contenido sustantivo, sino sólo con su forma. Cuando tiene la forma de la universalidad, y por tanto refleja la voluntad racional, es obligatoria. Para esto, Taylor reconoce en Hegel una argumentación que identifica en el criterio formal kantiano una falla a la hora de producir cualquier resultado determinado. Por ello, la posición de Hegel, sobre la razón está ligada a la estructura ontológica de las cosas, y ésta

sentido de la “completa realización de la libertad requiere una sociedad porque ésta es la mínima realidad humana autosuficiente; nuestra más alta y más completa existencia moral es la que podemos lograr como miembros de una comunidad. Hegel rechaza la idea iluminista utilitaria de que el Estado sólo tiene una función instrumental: servir a los fines de los individuos”¹⁰¹⁷. A partir de esto, el posicionamiento de Taylor se conforma bajo la creencia de que la identidad de los individuos necesita de una comunidad por tener una pertenencia a la misma, y esto será logrado mediante el “lenguaje compartido y su esquema conceptual subyacente”, tal y como lo expone Taylor quien recurre a Hegel para tales críticas al liberalismo, “aquí vemos, más bien, que la noción de los fines y medios cede el paso a la imagen de un ser vivo. El Estado o la comunidad tiene una vida más grande; sus partes están vinculadas como las partes de un organismo. Así, el individuo no está al servicio de un fin separado de él, más bien está sirviendo a un fin más grande que constituye el fundamento de su identidad, ya que él solamente es el individuo que es dentro de esta vida más grande. Hemos ido más allá de la oposición auto-finalidad/otra finalidad”¹⁰¹⁸.

Por otro lado, el propio Taylor explica que un lenguaje, y el conjunto de distinciones que están en la base de nuestra experiencia e interpretación, es algo que solamente puede creer y ser sostenido por una comunidad de rasgos culturales, aunque piensa que el caso de los emigrantes es distinto, porque “no pueden vivir plenamente su cultura, y siempre son forzados a adoptar algo de los estilos de la nueva sociedad a la que se encuentran. La vida del lenguaje y la cultura es una cuyo *locus* es mayor que la del individuo. Sucede en la comunidad. El individuo posee esta cultura, y por consiguiente su identidad, en la participación de esta vida más grande”¹⁰¹⁹.

Cuando digo que un lenguaje y las distinciones relacionadas puede ser sostenido solamente por una comunidad, no estoy pensando el lenguaje sólo como un medio de comunicación, de tal modo que nuestra experiencia pudiera ser enteramente privada, y sólo necesitará un medio público para ser comunicada de uno a otro. Más bien el hecho es que nuestra experiencia es lo que es, es configurada en parte, por el modo en que la interpretamos, y esto

ha de proveer la guía que se necesita para definir nuestra acción moral. Pero para Kant, la razón es distinta de la naturaleza de las cosas, justo como la voluntad moral lo es de la naturaleza. Es así puramente formal, y justo por esta razón no puede proveer ninguna guía sustantiva.

¹⁰¹⁷ NINO, Carlos, “La Constitución como convención”, op. cit., p. 131

¹⁰¹⁸ TAYLOR, Charles *Hegel*, op. cit., p. 328.

¹⁰¹⁹ TAYLOR, Charles *Hegel*, op. cit., p. 329.

tiene mucho que ver con los términos que están a nuestra disposición en nuestra cultura... De esta manera, la cultura que vive nuestra sociedad configura nuestra experiencia privada. Así, no es una proposición extravagante decir que somos lo que somos en virtud de nuestra participación en la vida más grande de nuestra sociedad”¹⁰²⁰.

La renovada polémica entre el comunitarismo frente al liberalismo en los años ochenta y todavía principio de los noventa¹⁰²¹, marco un nuevo impulso a la justificación de la pena de un Estado acorde con estas dos posiciones teóricas. Por ejemplo, la función expresiva de la pena de Joel Feinberg¹⁰²² por entender que la “pena sería un dispositivo convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación, así como de juicios de desaprobación y reprobación, ya sea a nombre de la propia autoridad sancionadora o a nombre de aquellos en cuyo nombre la pena es impuesta”. En cambio, la pena como comunicación en la sociedad de Antony Duff, elaborada en el contexto de un sistema de justicia penal liberal acorde con los principios de autonomía y libertad¹⁰²³.

Asimismo, los *mediating principles* de Hirsch/Seelmann/Wohlens, correspondientes al principio de daño que funciona como eje central de la discusión sobre la criminalización y el papel de la tolerancia en un Estado de Derecho¹⁰²⁴. O la visión del garantismo penal de Luigi Ferrajoli con una reformulación filosófica y política de las ideologías penales. En general, la

¹⁰²⁰ TAYLOR, Charles *Hegel*, op. cit., p. 328 y 329.

¹⁰²¹ Para PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derecho de las minorías. Una aproximación in filosófica de las minorías*, op. cit., pp. 12-13, esta diversidad de posicionamientos comunitaristas responde más bien a que tras la etiqueta de “comunitarismo” se identifican “varios intentos de crítica a los postulados teóricos del liberalismo”. Durante la década de los 60, eran partidarios de Marx. En cambio, en los 80 “en las ideas de Aristóteles y Hegel”. Por ejemplo, en 1982, Michel Sandel publicó su obra *Liberalismo y los límites de la justicia*, en el que inicia todo el devenir crítico a la obra monumental de Rawls *Teoría de la justicia*. En cambio, refiere el caso de MacIntyre quien un año antes había publicado *Después de la virtud*, Sandel “acuña la etiqueta de comunitarista para su posición e inicia la campaña a favor de la corriente. Junto con Michael Walzer, Charles Taylor y algunos otros han formado lo que se ha venido en denominar comunitarismo filosófico”, generando un enorme debate académico en el campo sociológico por la línea comunitaria de Amitai Etzioni, Robert Bellah, Philip Selznick y Daniel Bell. Incluso, explica Pérez de la Fuente que “parte de las preocupaciones de los comunitaristas han trascendido como movimiento político que publica manifiestos” con una perspectiva política del presidente de Estados Unidos Bill Clinton y el Primer Ministro de Inglaterra Tony Blair.

¹⁰²² FEINBERG, Joel, “The expressive function of punishment”, Antony Duff y David Garland (ed.), *A reader on punishment*, Oxford University Press, New York, 1994, pp. 71-91

¹⁰²³ Principalmente, *Punishment, communication, and community*, op. cit., pp. 75-81.

¹⁰²⁴ HIRSCH, von Andrew, SLEEMANN, Kurt y WOHLERS, Wolfgang, “Introducción. ¿Qué son los «mediating principles»? Ricardo Robles Planas (ed. española), *Límites al Derecho penal. principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 55-161.

discusión renovada por la doctrina sobre los fines de la pena versa sobre la relación entre autonomía y responsabilidad que continuación se analiza desde una perspectiva pluricultural.

5.2. Los conflictos culturales. Un balance entre autonomía y responsabilidad penal.

En este apartado, se pretende realizar un ejercicio desde la libertad de voluntad, y su impacto sobre la confirmación con las propias voliciones¹⁰²⁵, a fin de establecer la responsabilidad como respuesta a la necesidad de preservar el equilibrio consecuencialista. Esto es, ser responsable es ser pasible de ser llamado a responder por algo por y ante alguien¹⁰²⁶. Determinado comportamiento que infrinja una norma penal no es por sí solo suficiente la determinación de causalidad¹⁰²⁷. En realidad, se requiere una categoría trascendente que permita defender la atribución de autonomía y por ende atribuir la responsabilidad personal.

La problemática inmersa en la relación entre autonomía y responsabilidad para justificar la imposición de una pena, corresponde al concepto de persona que tanto ha confrontado el comunitarismo frente a los liberales, por rechazar que la personalidad moral del individuo pueda venir satisfactoriamente definida sin referencia alguna a la relación de éste con el colectivo social del que forma parte¹⁰²⁸. Por ende, la concepción de persona desde la teoría comunitarista viene a poner de relieve datos acerca de la conducta humana y de la causalidad de sus acciones, que parecen incontrovertibles: elecciones, deseos, preferencias y fines individuales están necesariamente afectados por el referente social en que se desarrolla la vida¹⁰²⁹. O bien, “por ser capaz de evaluar e interpretar las acciones individuales, teniendo en cuenta los fines morales que como participante de una historia colectiva es capaz de identificar, incorporar y traducir, por tanto, la noción de persona es la noción de agente moral”¹⁰³⁰.

¹⁰²⁵ MAÑALICH, Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena”, op. cit., p. 62.

¹⁰²⁶ Así DUFF, Antony, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, op. cit., p. 98; PAWLIK, Michael, *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 84-94.

¹⁰²⁷ Al respecto, MOORE, Michael S., *Causalidad y responsabilidad. Un ensayo sobre derecho, moral y metafísica*, pp. 173 y ss.

¹⁰²⁸ Una explicación filosófica del concepto de delito y la idea de libertad desde una posición hegeliana, véase LESCH, Heiko Hartmut, *El concepto de delito. Ideas fundamentales de una revisión funcional*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 131-135.

¹⁰²⁹ BETEGON, Jeronimo, *La justificación del castigo*, op. cit., p. 269.

¹⁰³⁰ Así, ÁLVAREZ, Silvina, *La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 206.

Identificar el contenido de la identidad personal es fundamental para la justificación de la pena, por ello resulta de gran valía repasar la polémica conducida por Nino y Sandel para quien éste autor comunitarista pretende “atacar no es solamente una concepción moral sino el modo de derivarla, esto es una posición metaética, aquella que afirma que los principios de justicia son derivados independientemente de cualquier concepción de lo bueno, puesto que se los puede obtener sin acudir a la idea de que satisfacen algún fin, interés o meta individual o social”¹⁰³¹. Esto no permitiría que “los derechos deben apoyarse en los valores y preferencias que prevalecen en cualquier comunidad dada en cualquier tiempo dado”, de ahí que Sandel considere “la concepción de Rawls del sujeto moral elimina la posibilidad de que algún compromiso del sujeto llegue a ser tan profundo como para que sea necesario tomarlo en cuenta para comprenderse asimismo y definir su identidad. Elimina asimismo la posibilidad de que sean relevantes para la identidad del individuo consideraciones intersubjetivas e intrasubjetivas, puesto que esa identidad es definida independientemente de otros individuos y de la comunidad a la que pertenecen y de los cambios que la personalidad del individuo pueda experimentar a lo largo del tiempo”¹⁰³².

En este orden de ideas, Sandel entenderá “la justicia es una virtud que personifica la visión liberadora de la deontología y le permite desenvolverse. Incorpora esta visión al describir aquellos principios que el sujeto soberano construye mientras está situado anteriormente a la constitución de todo valor... Los ciudadanos gobernados por la justicia pueden entonces realizar el proyecto liberador de la deontología en forma tan completa como las circunstancias lo permiten”¹⁰³³.

Por otro lado, Nino repasa las aportaciones de MacIntyre quien modifica la concepción de una moralidad liberal por una moralidad del patriotismo, para quien ésta es la virtud por excelencia, porque sin ella, se perdería el “vínculo con una determinada comunidad” y no llegaría la persona a ser un agente moral, “esta explicación debe unificar los bienes de prácticas particulares en la que pudiéramos tomar parte en segmentos de nuestra vida a fin de evaluar una

¹⁰³¹ NINO, Carlos, “La Constitución como convención”, op. cit., p. 132.

¹⁰³² NINO, Carlos, “La Constitución como convención”, op. cit., pp. 133 y 134.

¹⁰³³ SANDEL, Michel, *El liberalismo y los límites de la justicia*, trad. María Luz Melon, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 220.

vida como un todo. Debemos entenderla, según MacIntyre, como una narración actuada. Sólo que la historia de mi vida está incluida en la historia de la comunidad de la cual derivó mi identidad. Esto significa que las tradiciones de nuestra comunidad son esenciales para definir lo que es bueno en nuestra vida”¹⁰³⁴; de ser esto cierto, la verdad del comunitarismo propuesto por Thibaut habrá de aceptarse sin reparos “el carácter sustantivo y contextual de las nociones morales y la forma en que esas nociones se han ido articulando históricamente en la constitución de la subjetividad y de las instituciones jurídicas y morales modernas”¹⁰³⁵.

Y, por último, el caso de Walzer se destaca su juzgamiento sobre la inmersión en las particularidades de una comunidad, en tanto sea “con sus propias tradiciones, convenciones y expectativas, como precondition necesaria para adoptar decisiones políticas”. En este sentido, la moralidad está basada “en algunos bienes básicos cuyo significado y alcance son definidos en cada comunidad. Cada clase de bienes tiene su propio principio de distribución. Por lo que defiende lo que llama una igualdad compleja, la cual se logra, no por aplicación de un principio de distribución a toda suerte de bienes –a la Rawls-, sino por la operación conjunta, en sus propias esferas, de todos los principios de distribución que son adecuados a los bienes que esa particular comunidad estima”¹⁰³⁶.

Así las cosas, emplear los principios de justicia en las sociedades para la determinación de las leyes penales y directrices para la individualización judicial de la pena, corresponde según Robinson sobre las condiciones bajo las cuales un comportamiento injusto debería ser excusado y sobre la gradación y la medición de la pena tendrían al menos que llamar la atención de quienes redactan las normas. En especial medida, “las intuiciones morales de la comunidad deberían ser un punto de partida valioso para los redactores, al que seguiría un proceso público de debate y análisis que también intentará educar e implicar a la comunidad”¹⁰³⁷. A pesar de este diagnóstico de Robinson, el mismo reconoce el grado de complejidad lograrlo, pero su objetivo de estudio radica en que a largo plazo, sea viable para el sistema de justicia penal obtener credibilidad moral ante la comunidad¹⁰³⁸. Así, lo importante es “que cualquier desviación de la distribución de

¹⁰³⁴ NINO, Carlos, “La Constitución como convención”, op. cit., pp. 137 y 138.

¹⁰³⁵ THIBAUT, Carlos, *Los límites de la comunidad*, op. cit., p. 148.

¹⁰³⁶ NINO, Carlos, “La Constitución como convención”, op. cit., p. 138.

¹⁰³⁷ ROBINSON, Paul H., *Principios distributivos del Derecho penal. a quién debe sancionarse y en qué medida*, op. cit., p. 229.

¹⁰³⁸ ROBINSON, Paul H., *Principios distributivos del Derecho penal. a quién debe sancionarse y en qué medida*, op. cit., p. 230.

responsabilidad basada en el merecimiento empírico puede socavar progresivamente la credibilidad moral del Derecho penal, lo que a su vez puede minar su capacidad de contribuir a la creación e interiorización de normas y para conseguir un mayor grado de cumplimiento a través de su autoridad moral¹⁰³⁹. Lo que resulta evidente una posición utilitarista en los costes del cálculo con el cual se determine la distribución de responsabilidad y pena para satisfacer los intereses de la sociedad podrá justificarse la imposición de una pena por el daño ocasionado contra un bien jurídico protegido por la norma jurídico penal; a decir de Urbina Gimeno “en el caso del Derecho penal...el Estado no permite la actuación y espera a ver si se produce el daño, sino que ya *ex ante* prohíbe la actuación y añade que, en caso de producirse, se impondrá una sanción¹⁰⁴⁰”.

Con estos elementos característicos de la investidura comunitarista, Nino intenta salvar al liberalismo kantiano mediante las siguientes características no definitorias, pero sí identificatorias de la discusión: a) condiciones mentales del agente “aquí debemos incluir las propiedades y proceso psíquicos del individuo que no constituyen parte de los deseos y creencias que determinan su acción particular, y que hacen que el individuo sea considerado un agente maduro y normal¹⁰⁴¹”; b) condiciones físicas del agente, que representan el apropiado funcionamiento del cuerpo del individuo de modo que pueda realizar la acción básica que subyace a cualquier descripción más compleja; c) acceso a artefactos o instrumentos que amplifican o suplen la capacidad mental y física del individuo; d) acceso a un entorno físico apropiado para la acción, lo cual corresponde con la presencia de bienes y procesos naturales que facilitan la acción y la ausencia de los que la obstaculizan; e) acceso a un contexto de interacción en el que se den las acciones y abstenciones de los demás que facilitan la acción en cuestión; f) acceso a prácticas sociales que facilitan la acción como las prácticas lingüísticas o las religiosas; y por último, g) acceso a un contexto institucional que permita y no obstaculice la acción, en tanto esté relacionado con el ejercicio de un derecho reconocido en un orden jurídico vigente¹⁰⁴².

¹⁰³⁹ ROBINSON, Paul H., *Principios distributivos del Derecho penal. a quién debe sancionarse y en qué medida*, op. cit., p. 232.

¹⁰⁴⁰ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “La economía como herramienta en la evaluación legislativa: análisis de costes, coste-eficacia y coste-beneficio”, Adán Nieto Martín (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 96.

¹⁰⁴¹ NINO, Carlos, “Liberalismo conservador: ¿Liberal o conservador?”, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, (Coord.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 18.

¹⁰⁴² NINO, Carlos, “Liberalismo conservador: ¿Liberal o conservador?”, op. cit., p. 19.

En este sentido, Alcácer Guirao centrado en las características ético-político del concepto de persona sostiene una atinada visión de la razón reflexiva del liberalismo permite interiorizar al sujeto la orientación de su vida moral, porque la persona adquiere un lugar previo a sus propios fines. Por el contrario, serán los fines morales los que determinen a la persona, o bien los que la conforman de manera axiológica. Por tanto, no será la voluntad de las personas “la que constituye la sociedad, sino que es la comunidad la que otorga la identidad a los individuos, así como el camino que marca el sentido de sus vidas”¹⁰⁴³.

Con estos insumos indicativos de las bondades del liberalismo político frente al comunitarismo está la defensa o mejor aún, el mantenimiento de la autonomía y dignidad personal en una sociedad pluralista, donde conviven personas con una gran diversidad de lenguas, creencias religiosas, prácticas culturales, etcétera; y el Estado debe preservar, incentivar y respetar dichas características distintivas. Esto es, la dignidad o la autonomía no deben supeditarse o funcionalizarse para fomentar bienes colectivos de la comunidad. Porque a decir de Alcácer Guirao “no sólo los límites a la legitimación de los efectos que sobre la colectividad persigue la pena, sino también la cuestión relativa a la *distribución* de la pena, a la medida de punición necesaria para esa protección de bienes jurídicos y a sus límites materiales”¹⁰⁴⁴.

Por tanto, Nino sostiene lo siguiente “el liberalismo kantiano no implica que la gente debe vivir fuera de las comunidades; obviamente, debería seguirse lo opuesto de algunos principios liberales que toman en cuenta los deseos o intereses actuales de los hombres. Lo que quizás implique la estructura del razonamiento que conduce a esos principios es que no deberíamos considerar como una diferencia básica relevante el hecho de pertenecer a esta o aquella comunidad”¹⁰⁴⁵. Esto implica para Nino que el comunitarismo no dispone condiciones para infromarse de una la “sociedad liberal desaliente la creación de comunidades”. Pero sí puede lamentar siguiendo el liberalismo, donde tales comunidades deban ser consensuadas. Aquí Nino considera necesario preservar la pertenencia a una sociedad y la concepción de una persona. Con esto, la voluntad que defiende el liberalismo es fundamental para la integración de

¹⁰⁴³ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Los fines del derecho penal. liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, op. cit., p. 153.

¹⁰⁴⁴ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Los fines del derecho penal. liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, op. cit., p. 188. Por su parte, NINO, Carlos, “La Constitución como convención”, op. cit., pp. 158-161, presenta su posición ética para responder a las críticas comunitaristas.

¹⁰⁴⁵ NINO, Carlos, “La Constitución como convención”, op. cit., pp. 167-168.

todos. Aunque el propio Nino no rechaza realmente que, al encontrarnos parte de cada sociedad, “sin que se nos haya preguntado primero si estábamos de acuerdo con ello y que en muchos otros casos nuestra pertenencia responda a factores no enteramente voluntarios. La idea normativa de que las comunidades deben ser consensuales implica que las oportunidades para optar salir de la comunidad deben ser maximizadas”¹⁰⁴⁶. El ejemplo que pone es el de una educación liberal a los niños de comunidades, o legitimando el divorcio.

Concluye su estudio Nino en defensa del liberalismo kantiano en su modalidad ético constructivista al afirmar “en contra de los comunitaristas, que los rasgos universales y abstracto del kantianismo están incorporados a la estructura subyacente de la práctica dominante del discurso moral” que comúnmente se comparte, aún y con los propios comunitaristas. Sobre todo cuando “discuten cuestiones sustantivas de moralidad social”, lo que conduce irremediamente a los principios del liberalismo, entendido “el discurso moral” como “una práctica liberal”, pero solo en “el aspecto interno de las instituciones liberales en aras de superar conflictos y facilitar la cooperación”, destacándose su mayor anhelo de que “lo único que pueden hacer los liberales es desea que los no liberales continúen compartiendo con ellos los mismos presupuestos básicos en la discusión de cuestiones morales”¹⁰⁴⁷.

Por lo anterior, la tendencia político liberal de un Estado conduce a evitar deformaciones de los valores morales en la imposición de una sanción por la culpabilidad de una persona que desconoce de estos por razones culturales distintas; en este caso, resulta necesario aplicar los presupuestos constitucionales reconocidos a favor de cualquier persona (*pro homine*), como son justicia, igualdad y dignidad, en tanto al concepto de persona se le otorgue un contenido normativo porque al estar asumidos en una participación de la “práctica del discurso moral” será correcto sostener una culpabilidad (material) jurídico penal construida sobre la capacidad de autodeterminación como reconocimiento social o intersubjetivo. Esto para Feijoo Sánchez “resulta asumible afirmar que la responsabilidad jurídico individual surge cuando el Derecho le reconoce algo al individuo que le pertenece y que le pertenece sólo a él (se defina como se defina dicho individuo)”, de ahí que cuando el titular de un juzgado de ejecución de penas que conozca de un caso por psicopatía debiera a pegarse a los criterios de proporcionalidad al imponer la pena

¹⁰⁴⁶ NINO, Carlos, “La Constitución como convención”, op. cit., pp. 192-193.

¹⁰⁴⁷ NINO, Carlos, “La Constitución como convención”, op. cit., pp. 196.

o medida de seguridad, pero con una estándar de garantía constitucional (justicia, igualdad y dignidad), lo cual daría mayor contenido normativo a la culpabilidad del hecho cometido por el sujeto que conocía del mensaje de la norma y decide aun así, realizar su conducta ilícita¹⁰⁴⁸. Aunque este ejemplo es distante de la problemática de los delitos culturales, la analogía de un caso por psicopatía a los motivados culturalmente es el trato digno que en ambos casos habrá de mantener en todo momento al procesado.

6. La viabilidad de la justicia restaurativa ante los delitos culturalmente motivados.

La implementación de la justicia restaurativa en el marco del Derecho Penal Internacional fue implementada para complementar los efectos de la pena impuesta a los criminales por hechos de gran envergadura como son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o de guerra dirigidos en contra de un sector de la población, motivados por el odio, la discriminación, la intolerancia se asesinaran a miles de personas, violaciones masivas contra mujeres y niñas, usaran a niños como soldados en los conflictos armados.

Pero la mayor dificultad que representaron estos conflictos bélicos para preservar la paz, ha sido por la contribución de la propia sociedad a la ejecución de estos crímenes. Por eso, se tuvo que recurrir a implementar una política criminal que lograra mediar, solventar o solucionar las diferencias entre las víctimas o sus familiares y las familias de los agresores o de los propios responsables quienes llegarían a salir libres de prisión en pocos años, por su colaboración ante los tribunales (por confesar su participación, aportar datos de otros responsables, mostrar un verdadero arrepentimiento, justificar su conducta por amenaza de muerte a su persona o su familia, entre otros supuestos).

Por eso, los tribunales internacionales de Ruanda y Ex Yugoslavia permitieron la participación de la sociedad con un amplio y diferente componente de condicionamientos culturales, garantizándoles al mismo tiempo la protección de los derechos inherentes a las

¹⁰⁴⁸ FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, op. cit, en particular, capítulo XI; el mismo, “Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias”, en Bernardo Feijoo Sánchez (Ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 241-251.

víctimas y los delincuentes¹⁰⁴⁹ y más aún con las medidas adoptadas por la Corte Penal Internacional ante África por crímenes motivados culturalmente¹⁰⁵⁰.

En este sentido, las Naciones Unidas ha indicado que “la justicia restaurativa es un proceso para resolver el problema de la delincuencia enfocándose en la compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delincuentes responsables de sus acciones y también, a menudo, involucrando a la comunidad en la resolución del conflicto”¹⁰⁵¹.

Además, este organismo internacional enfatiza que “los procesos de justicia restaurativa pueden adaptarse a varios contextos culturales y a las necesidades de comunidades diferentes”¹⁰⁵². Mediante estos procesos, “a menudo transforma las relaciones entre la

¹⁰⁴⁹ Entre otros, consúltese, AMBOS, Kai, “Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional” *Derecho y procesal penal internacional. Ensayos críticos*, Fontamara, México, 2008, p. 81, “un tribunal internacional establecido exclusivamente en razón de un conflicto específico se encontraría en mejores condiciones de enfrentar los delitos cometidos en dicho conflicto que un tribunal nacional, por cuanto este último –en virtud de una eventual identificación política, cultural o religiosa de sus integrantes– podría estar, incluso directamente involucrado en dicho conflicto”; CLARK, Janine Natalya, “The impact question: The ICTY and the restoration an maintenance of peace”, Bert Swart, Alexander Zahar, Göran Sluiter, (Ed.), *The legacy of the international criminal tribunal for the former Yugoslavia*, Oxford, New York, 2011, p. 55, sostiene que mediante un trabajo de campo exhaustivo y datos de entrevistas cualitativas, se prueba un modelo para mostrar el impacto del TPIY tuvo basado en tres criterios clave: percepciones, reconocimiento/negación y relaciones interétnicas. Todo ello, medido en función de cada uno de estos factores, encuentra poca evidencia de que el TPIY ha contribuido a la restauración y el mantenimiento de la paz, y más específicamente a la reconciliación en Bosnia-Herzegovina, pero al mismo tiempo reconoce la importancia del esfuerzo de un enfoque ascendente centrado en los más afectados por crímenes de guerra y, la necesidad de cuestionar si hasta qué punto es realista esperar que el TPIY contribuya a la restauración y el mantenimiento de la paz en sociedades complejas posteriores al conflicto.

¹⁰⁵⁰ MAXINE CLARKE, Kamari, *Fictions of justice. The international criminal court and the challenge of legal pluralism in Sub-Saharan Africa*, Cambridge University Press, New York, 2009, en particular el capítulo 4; de manera general sobre el papel de la justicia restaurativa en los trabajos del tribunal penal internacional, GIL GANDÍA, Carlos, *La reparación de las víctimas de crímenes internacionales y la Corte Penal Internacional*, Aranzadi, Pamplona, 2020, especialmente, capítulo III; LOYO CABEZUDO, Joana, *Estudio de la justicia transicional desde el prisma del Estatuto de la Corte Penal Internacional especial referencia a las cuestiones de admisibilidad*, Aranzadi, Pamplona, 2020, en particular, capítulos II y IV.

¹⁰⁵¹ Organización de las Naciones Unidas, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Nueva York, 2006, consultado el 2 de junio de 2020 y disponible en la red, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf, p. 6; sobre los diversos instrumentos emitidos por este organismo internacional como preámbulos a la conformación de los programas de justicia restaurativa, GORDILLO SANTANA, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 86, 251-253.

¹⁰⁵² Para conocer una visión general del ámbito de su aplicación, véase, SOLETO, Helena y Ana Carrascosa (Dirs.), *Justicia restaurativa una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, *Justicia restaurativa y transicional en España y Chile claves para dignificar víctimas y perpetradores*, Comares. Granada, 2017; CUÉLLAR VÁZQUEZ, Angélica, *La justicia alternativa Una mirada sociológica a la justicia restaurativa*, Tirant lo Blanch, México, 2019, pp. 25-51; VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Justicia restaurativa desde la criminología mapas para un viaje inicial*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 18 y ss; GIMÉNEZ-SALINAS, Esther, “El concepto restaurativo como principio en la resolución de conflictos”, De La Cuesta, José Luis, *Justicia restaurativa y terapéutica hacia innovadores modelos de justicia*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, pp.61-73.

comunidad y el sistema de justicia como un todo”¹⁰⁵³. Por ejemplo, no busca solamente solventar los derechos de la víctima mediante reparación del daño y perjuicios, sino también brindarle oportunidad de conocer y entender “la motivación del delincuente, conocer sus circunstancias y recibir, quizás, una petición de perdón”¹⁰⁵⁴. O bien, expresar las emociones, algún remordimiento sobre la ofensa, y de ser posible restaurar la relación víctima-delincuente¹⁰⁵⁵. Incluso proteger tanto el interés de “la comunidad (dirigido a lograr la rehabilitación del ofensor, a prevenir la reincidencia y a reducir los costos de la justicia penal) y el del imputado (podrá obtener beneficios penales y le serán respetadas las garantías constitucionales)”¹⁰⁵⁶.

En palabras de Gil Gil “la víctima ha penetrado todo el sistema penal exigiendo mayor consideración y derechos, lo que se ha visto potenciado por la función como grupos de presión que ejercen ciertas asociaciones de víctimas y por el hecho de que los partidos políticos se han percatado rápidamente del atractivo electoralista que supone la posición a favor de las víctimas”¹⁰⁵⁷, lo que representa un nuevo escenario de considerar “la satisfacción de la víctima como posible fin de la pena”.

Este paradigma alternativo al ejercicio exclusivamente del poder punitivo en sus diferentes vertientes (retribucionismo¹⁰⁵⁸, prevención general y prevención especial), cobra relevancia para considerar la viabilidad de la justicia restaurativa para aquellos escenarios delictivos motivados por razones culturales; sin embargo, no acaba por asentarse plenamente en

¹⁰⁵³ Organización de las Naciones Unidas, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, op. cit., p. 6.

¹⁰⁵⁴ Así, MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Mediación, reparación y conciliación en Derecho Penal*, Comares, Granada, 2007, pp. 18 y 19.

¹⁰⁵⁵ SOTELO MUÑOZ, Helena, “La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional”, Pedro M Garcíandía González y Helena Sotelo Muñoz (Dirs.), *Sobre la mediación pena (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)*, Universidad de la Rioja/Aranzadi, Madrid, 2012, p. 46.

¹⁰⁵⁶ PERULERO GARCÍA, Diana, “Hacia un modelo de justicia restaurativa: la mediación penal”, Pedro M Garcíandía González y Helena Sotelo Muñoz (Dirs.), *Sobre la mediación pena (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)*, Universidad de la Rioja/Aranzadi, Madrid, 2012, pp. 74 y 75.

¹⁰⁵⁷ GIL GIL, Alicia, “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, *InDret*, 4/2016, p. 5.

¹⁰⁵⁸ Sobre la relación entre justicia restaurativa y retribución, DUFF, Antony “Restoration and Retribution”, *Restorative Justice and Criminal Justice Competing or Reconcilable Paradigms?*, Andrew Von Hirsch, Julian V. Roberts, Anthony Bottoms (ed.), Hart Publishing, Portland, 2003, p. 43, considera que los teóricos restauradores disponen de una razón a su favor porque insisten en que las respuestas al criminalidad debe buscarse mediante la “restauración”. En cambio, la advertencia sobre los retributivistas es que disponen de otra razón al argumentar que debemos tratar de hacer que los delincuentes sufran los castigos que merecen. Aunque ambos lados de la controversia se equivocan al suponer que estos objetivos son “incompatibles. La restauración no solo es compatible con la retribución: requiere retribución”, ya que el tipo de restauración que el crimen hace necesaria puede ser lograda solo a través del castigo retributivo.

todos los sistemas jurídicos de occidente debido al escaso debate entre Derecho Penal, pena, justicia reparatora y mediación y, por suma, ante el fenómeno de los delitos realizados por razones culturales.

Siguiendo la línea trazada por De la Cuesta Aguado, sobre las aportaciones de la mediación y las teorías defensoras de la justicia reparatora como pilares de la democratización del sistema penal al “reclamar el retorno a los intereses y necesidades de las personas implicadas y el sometimiento a límites derivados de la racionalidad y utilidad social al *Ius Puniendi* en su faceta de derecho a imponer la pena”¹⁰⁵⁹. Esta tendencia, ha resultado viable para aquellos casos resueltos en la jurisdicción de los tribunales internacionales penales, aún y cuando adicionalmente a la imposición de una pena impuesta a los responsables por crímenes internacionales, se considera necesario implementar un programa de justicia restaurativa, a fin de solventar cualquier evento criminal futuro y a su vez preservar la paz social de los todos los miembros que integran esa sociedad¹⁰⁶⁰.

Esta perspectiva político criminal de la reparación para el Derecho Penal Internacional queda plenamente justificada por el principio de subsidiariedad, por el cual representa una herramienta autónoma para la consecución de los fines penales evitando la pena o atenuándola no sólo al momento de legislar determinado tipo penal, sino también recurrible al momento de la decisión judicial sobre la concreta reacción penal¹⁰⁶¹.

Pero pensar la aplicabilidad de una justicia restaurativa para los delitos culturalmente motivados en las jurisdicciones estatales lo considero inaplicable, porque solo es para delitos no

¹⁰⁵⁹ Este debate para DE LA CUESTA AGUADO, Paz Ma., “Fines de la pena y justicia reparatora”, Pedro M Garcíandía González y Helena Sotelo Muñoz (Dir.), *Sobre la mediación pena (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)*, Universidad de la Rioja/ Aranzadi, Madrid, 2012, p. 143.

¹⁰⁶⁰ Para ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, Griley, Lima, 2007, pp. 79 y 80, en el ámbito de la prevención general positiva es viable una mayor variación, en tres distintos efectos: i) “el efecto de aprendizaje que alcanza el Derecho penal poniendo a la vista, de manera ilustrada, las reglas sociales básicas, cuya violación no puede aceptarse”; ii) “el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el Derecho se ha impuesto”; y iii) “el efecto de pacificación, que se produce cuando un quebrantamiento criminal del Derecho es resuelto mediante la intervención estatal y se establece la paz jurídica”.

¹⁰⁶¹ PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, p. 242, además sostiene la autora que “el principio de subsidiariedad tiende a legitimar la posibilidad de renunciar a la pena en la medida en que se vieran satisfechas las necesidades preventivas a través de la realización de una prestación positiva orientada a la superación de las consecuencias del delito, pese a la existencia de la amenaza abstracta de la pena”.

graves; es para lograr la conciliación víctima-delincuente y es para incentivar su aceptación de responsabilidad por el delito cometido. En cambio, las características ya identificadas en los delitos culturales: i) desconocimiento de la prohibición de una conducta habitualmente realizada en su lugar de origen por motivos culturales; ii) falta de comprensión de la ilicitud sobre su comportamiento culturalmente motivado; iii) ausencia de voluntad de la víctima para denunciar la agresión por considerarla parte de su costumbre; y iv) no exista una víctima propiamente ante un delito de esta naturaleza, son algunos insumos para advertir la incompatibilidad con los fines que la justicia restaurativa.

El rol de los fiscales, jueces o mediadores en este sistema no tendrían condiciones adecuadas para resolver el conflicto cultural, por ejemplo, en una pareja extranjera (delitos de honor), por practicar a una menor la ablación femenina (delito de mutilación genital femenina), verter en el río cenizas (delitos contra el medio ambiente), usar el *sjj* al momento de conducir la motocicleta (delitos contra la seguridad vial), un matrimonio extranjero donde la mujer es menor de edad (delito de corrupción de menores), celebrar un acto religioso con alguna sustancia prohibida (delito contra la salud pública).

Asimismo, la justicia restaurativa posiciona a la sociedad civil de un rol fundamental para asegurar la seguridad de las víctimas a fin de reducir las posibilidades de una revictimización por parte de su agresor. En cambio, los delitos culturalmente motivados donde el agresor y la víctima son extranjeros o pertenecen a un grupo indígena con costumbres totalmente diferentes de la comunidad a la que han llegado, podrán tener esa empatía, tolerancia o comprensión de esas prácticas culturales desconocidas o incomprensidas propias del pluralismo cultural. En cualquier caso, explica Kimlicka “si el problema real no estriba en la disposición de los inmigrantes a la integración, sino más bien en la reacción contra el multiculturalismo de inmigración que surge entre los ciudadanos naturales, entonces el problema que se deberá abordar es el de las actitudes de la mayoría y no el de las legítimas demandas de los inmigrantes”¹⁰⁶². En cambio, Habermas considera que “tales experiencias empiezan siendo elaboradas privadamente, es decir, interpretadas en el horizonte de una biografía que queda tejida con las demás biografías en los contextos de mundos de la vida comunes”. Si bien admite la posibilidad de que ese

¹⁰⁶² KIMLICKA, Will, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, op. cit., pp. 207 y 208.

entendimiento intersubjetivo entre amigos, vecinos, colegas de trabajo, conocidos, predominantemente en la práctica de la comunicación cotidiana se logre mantener también en la comunicación con extraños¹⁰⁶³, pero, aun así, trabar comunicaciones entre miembros de una sociedad con culturas totalmente distintas se vuelve un bucle reflexivo por tener que reelaborar las propias nociones¹⁰⁶⁴.

En este sentido, otro de los objetivos de darle impulso a la participación de la sociedad civil al proceso de justicia restaurativa corresponde a los trabajos o servicios voluntarios a la comunidad como contenido posible de los acuerdos de la reparación, lo que daría significado y realidad reparadora al aspecto colectivo de la infracción penal¹⁰⁶⁵. Esto sería en cierta forma pensable para intentar evitar la reincidencia, así como incentivar la inserción de las personas quienes por razones culturales en el contexto del sistema de acogida. Y con esto, se evitaría insistir en los modelos preventivos generales y especiales de la pena¹⁰⁶⁶. Pero sigue generando problemas el papel pedagógico de la justicia restauradora en un autor cultural¹⁰⁶⁷, a quien se le ha impuesto trabajos a favor de la comunidad, bajo el entendido que esta medida no penal es lograr que cambie su comportamiento acorde con los parámetros morales de la sociedad¹⁰⁶⁸ en la que se encuentra inserto¹⁰⁶⁹, pero si es un extranjero o indígena que por razones de sus costumbres fue reprochado ese comportamiento cultural, de que servirá obligarlo a brindar un servicio a la

¹⁰⁶³ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., p. 446.

¹⁰⁶⁴ Así, JULLIEN, François, *De lo universal, de lo uniforme, de lo común y del diálogo entre las culturas*, Siruela, Madrid, 2010, p. 230.

¹⁰⁶⁵ EXTEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Justicia restaurativa y fines del derecho penal”, Margarita Martínez Escamilla y María Pilar Sánchez Álvarez (Coords.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2011, p. 51.

¹⁰⁶⁶ En este sentido, MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivado. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 266.

¹⁰⁶⁷ Donde los valores que se busca destacar en los juicios restaurativos son para RAMÓN MARTÍN, Aitiana, “La expulsión sustitutiva de extranjeros condenados a penas privativas de libertad”, Juan José Nicolás Guardiola (Dir.), *Teorías criminológicas. Criminología, Derecho Penal y Derecho Humanos*, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 235, “hacer que sobresalgan valores como el diálogo, el perdón, la reparación y la paz, entre otros, en lugar de la culpa y la pena, cediendo espacio para la comunidad, directa o indirectamente implicada, en pos de restaurar los vínculos personales y sociales rotos por el acto delictivo y, de este modo, robustecer la seguridad ciudadana”.

¹⁰⁶⁸ En sentido contrario, PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2012, disponible en la red, p. 125, considera que “el hecho de reconocer el hecho delictivo, pedir perdón o disculpas a la persona víctima, y repararla, no supone que la persona infractora deba asumir unos valores basados en contenidos moralizantes”.

¹⁰⁶⁹ Para GORDILLO SANTANA, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, op. cit., p. 71, la reparación se vincula con el concepto de justicia negociada, toda vez que “la mayor parte de los casos la aplicación de programas de mediación genera una reducción de costes y de medios significativos”.

comunidad a cambio de reducir su pena y en su caso evitar ir a prisión, si su conducta realizada es lo normal, habitual y permitido en su lugar de origen.

Este último problema puede valorarse acorde con la dicotomía entre eficacia de la reparación y las necesidades de prevención general positiva para abordar el delito culturalmente motivado.

Martínez Escamilla propone allanar su análisis al entender la mediación reparadora como herramienta coadyuvante a la protección de bienes jurídicos, esto es, ante la confrontación y la imposición autoritaria de la pena, se busca en su lugar el diálogo¹⁰⁷⁰, porque existen muchos conflictos que no debieran ser administrados por el Derecho Penal; y no cabe explicación lógica por qué una vez puesta en marcha la maquinaria penal, ésta sigue hacia adelante con independencia de que haya desaparecido el interés de las partes¹⁰⁷¹. Pérez Sanzberro sostiene que la relación entre la pena y la reparación-conciliación encuentra un campo sostenible para los fines del Derecho Penal en la prevención general positiva de pacificación, toda vez que la prevención general negativa satisface algunos casos con la conminación abstracta de la pena y con la efectiva persecución judicial sin que sea siempre necesario el cumplimiento efectivo de la pena; en cambio, los efectos de la prevención especial no requieren ese cumplimiento. Por consiguiente, la reparación-conciliación representa un *aliud* respecto a las atenuantes genéricas u otros elementos que inciden en la valoración de la gravedad del hecho o la responsabilidad del autor, por lo que debe ponderarse de forma independiente, pues no forma parte del presupuesto de la infracción penal que permite establecer el grado de culpabilidad¹⁰⁷². Estas reflexiones de Pérez Sanzberro le llevan a elaborar un análisis detallado sobre las condiciones para regular

¹⁰⁷⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?”, Carlos García Valdés, et. al., (coords.), *Estudios penales Libro Homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig. Tomo I*, Edisofer s.l., Madrid, 2010, p. 492.

¹⁰⁷¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?”, op. cit., p. 495.

¹⁰⁷² PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura a una nueva vía?*, op. cit., p. 408.

determinadas reglas específicas de atenuación de la pena¹⁰⁷³, para la suspensión de la pena¹⁰⁷⁴, el archivo del procedimiento¹⁰⁷⁵ y, finalmente, la renuncia a la pena¹⁰⁷⁶.

7. ¿Es el abolicionismo la solución a los delitos culturalmente motivados?

El camino natural de la crítica a seguir sobre los fundamentos de la pena (retributiva, prevención especial, prevención general, etcétera), después de la justicia restaurativa es la posición abolicionista, la cual, a decir Baratta ha denunciado “la inflación excesiva de normas que padece el sistema punitivo y su mínima eficacia, pues deja impune la mayoría de los delitos cometidos. Se propugna, por tanto, tipificar sólo delitos que tengan una trascendencia dañina para la sociedad, suprimiendo de los códigos penales las conductas y los conflictos que puedan ser resueltos por otras áreas del derecho, abriendo la vía a la conciliación para su solución”¹⁰⁷⁷.

La tendencia abolicionista busca reducir la violencia del sistema penal, reducir su intervención, y como aspiración utópica suprimirlo¹⁰⁷⁸. Asimismo, desde el abolicionismo se suele elaborar críticas que no coinciden en una “realidad ontológica” del delito¹⁰⁷⁹, porque el

¹⁰⁷³ PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura a una nueva vía?*, op. cit., pp. 410-415.

¹⁰⁷⁴ PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura a una nueva vía?*, op. cit., pp. 415 y 416.

¹⁰⁷⁵ PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura a una nueva vía?*, op. cit., pp. 417 y 418.

¹⁰⁷⁶ PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura a una nueva vía?*, op. cit., pp. 413-415.

¹⁰⁷⁷ BARATTA, Alexander, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI Editores, México, 1986, pp. 26 y ss.; por su parte, ZAFFARONI, Raúl, *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 112, sostiene lo paradójico que el saber penal en su origen crítico buscó ponerle límites al ejercicio del poder punitivo, pero con el positivismo se vuelve al discurso policial de la Inquisición con otra vestimenta. Con ello, dice Zaffaroni se deja de lado el retribucionismo y la metáfora del contrato, para volver al discurso de la defensa y de la necesidad de la coerción directa; igualmente, véase la obra coordinada por RIVERA BEIRAS, Iñaki BERGALLI, Roberto Louk Hulsman: *¿Qué queda de los abolicionismos?*, Anthropos Barcelona, 2012. En esta misma línea CARLÉS, Roberto Manuel, “La perspectiva abolicionista como método del pensamiento penal crítico”, Fernando Pérez Álvarez (Ed.), *Serta In memoriam Louk Hulsman*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2016, pp. 685 y 686, para Carlés el abolicionismo tiene dos sentidos: i) en sentido restringido, corresponde a cualquier de los abolicionismos específicos que se han debatido en materia penal entre los que se ubican la abolición de la pena de muerte y de la prisión perpetua hasta la despenalización de las drogas o del aborto. Estos abolicionismos se concretizan en la renuncia por parte del Estado a reprimir ciertas conductas o a emplear determinadas formas de castigo; ii) en un sentido amplio, el abolicionismo penal atañe al conjunto de perspectivas que cuestiona la totalidad del sistema penal. Esto es, lo constituye como «el» problema a resolver, y le opone la única solución o alternativa posible: su abolición.

¹⁰⁷⁸ HERNÁNDEZ, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pp. 66 y ss.

¹⁰⁷⁹ CARLÉS, Roberto Manuel, “La perspectiva abolicionista como método del pensamiento penal crítico”, op. cit., p. 695, la visión del autor metodológica para relacionar la problemática del abolicionismo en el pensamiento penal

sistema penal funciona siguiendo a González Sánchez¹⁰⁸⁰ “con un lenguaje ajeno a las partes implicadas en las situaciones conflictivas, que se apropia del conflicto y lo hace suyo, dejando a la víctima como espectadora e ignorando la realidad social del procesado, al cual se le atribuye una culpa y una responsabilidad”, toda vez que es difícilmente “demostrable ya que se basa en el libre albedrío”¹⁰⁸¹. Por consiguiente, se ha propuesto diversas alternativas manejadas “por el abolicionismo penal, entre otras, la Justicia Comunitaria” y la propia Justicia Civil Compensatoria¹⁰⁸².

Estas medidas alternativas al *ius puniendi*¹⁰⁸³ están inmersas en el denominado programa de un minimalismo penal¹⁰⁸⁴ que sugiere la implementación de una política criminal tendiente a incluir la “reducción a corto plazo del Derecho Penal” mediante la descriminalización con “reformas sociales estructurales y la abolición de la cárcel”, en la real posibilidad de reducir “la violencia punitiva mediante garantías sustanciales y procesales”, que en su conjunto sería identificable con la “ley del más débil, orientada hacia la tutela de sus derechos” contra las violaciones arbitrarias del más fuerte¹⁰⁸⁵. Por otro, “la necesidad de que el Derecho Penal cumpla determinadas funciones simbólicas que construyan la memoria colectiva sobre lo socialmente inaceptable, funcionando como alerta social”¹⁰⁸⁶, particularmente, en los sistemas penales

crítico le permite advertir que éste no sólo niega la realidad ontológica del delito, con lo que suprime el objeto de estudio de la criminología clásica, sino que además propone, en el nivel de la práctica, la abolición del sistema penal. Esto implicaría en su momento que también desapareciera de la escena la respuesta estatal a la conducta considerada delictiva. Por tanto, eliminadas las normas, el discurso y las prácticas punitivas estatales, caería con ellos el propio saber criminológico.

¹⁰⁸⁰ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Ignacio, “Abolicionismo, cárceles e inseguridad ciudadana. crítica, alternativas y tendencias”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3a Época, no 1, 2009, p. 298.

¹⁰⁸¹ Al respecto, ya en su momento lo explico GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios penales*, tecnos, Madrid, 2006, p.

¹⁰⁸² Al respecto, véase, MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio, *La abolición del sistema penal: inconvenientes en Latinoamérica*. Temis, Bogotá, 1990, p. 67.

¹⁰⁸³ Desde una visión crítica al abolicionismo, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Del «derecho penal liberal» al «derecho penal del enemigo””, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n.º 14, 2004, pp. 92-96.

¹⁰⁸⁴ Como principales promotores es FERRAJOLI, Luigi, “El derecho penal mínimo”, en *Escritos sobre derecho penal. nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, pp. 115 y ss; BARATTA, Alexander, “Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, en *Doctrina Penal*, Año 10, No., 37-40, Buenos Aires, 1987, pp. 623 y ss.; ZAFFARONI, Raúl, *En busca de las penas perdidas*, EDIAR, Buenos Aires, 1998.

¹⁰⁸⁵ En este sentido, FERRAJOLI, Luigi, “El derecho penal mínimo”, op. cit., p. 138, plantea la idea de una vez asignado al Derecho Penal el fin prioritario de “minimizar las lesiones o maximizar la tutela a los derechos de los desviados se evitan así las autojustificaciones apriorísticas de modelos de Derecho Penal máximo y se aceptan únicamente las justificaciones a posteriori de modelos de Derecho Penal mínimo”.

¹⁰⁸⁶ Así GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Marta, “El derecho penal desde una evaluación crítica”, *RECPC*, 10-11, 2008, pp. 9 y 10.

latinoamericanos donde el abolicionismo cobra especial atención¹⁰⁸⁷ por los discursos legitimadores de la pena que operan en contra de algunas minorías, pobreza, homosexuales y en particular étnicas¹⁰⁸⁸.

Baratta defendió el principio de respeto por las autonomías culturales, en lo referente a la relación entre los conflictos culturales y la criminalidad, han permitido al paradigma etiológico de la criminología identificar un problema de gran importancia que debe ser estudiado en el horizonte de “la reacción social, se trata de elaborar una visión realista y crítica del sistema penal, teniendo en cuenta el hecho de que éste es una parte del proceso general de colonización del mundo de vida de grupos sociales diferentes” por el propio sistema. Si bien existe “una diferente percepción de la realidad de las normas y de los valores sociales, parcialmente condicionada por parte de los grupos dominantes y de su cultura hegemónica”¹⁰⁸⁹.

En este sentido, Kymlicka identifica las mejores prácticas de Occidente para reconocer dos formas de autonomía territorial tendientes a acomodar las minorías patrióticas; por un lado, “los pueblos indígenas del Nuevo Mundo (Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda y Australia) y del norte de Europa (los groelandeses en Dinamarca y los sami en Escandinavia). En todos estos países, en especial desde la década de 1970, se ha producido un giro hacia el reconocimiento de algún tipo de autogobierno indígena sobre (lo que pueda) de su territorio tradicional. Esto se refleja en un amplio conjunto de demandas territoriales aceptadas y de acuerdos de autogobierno, y, en algunos casos, en un cierto grado de pluralismo jurídico (por ejemplo, el reconocimiento de las leyes consuetudinarias)”¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁷ ANIYAR DE CASTRO, Lolita, “El abolicionismo en marcha: nuevos modelos de control. Participación ciudadana y policía comunitaria. El caso de América Latina”, Fernando Pérez Álvarez (Ed.), *Serta In memoriam Louk Hulsman*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2016, pp. 597-607

¹⁰⁸⁸ Para ÁVILA, Keymer, “¿Abolicionismo penal latinoamericano?”, Fernando Pérez Álvarez (Ed.), *Serta In memoriam Louk Hulsman*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2016, p. 611, la grave situación de los sistemas penales latinoamericanos corresponde a las formas políticas del populismo por su acercamiento a una resistencia al eurocentrismo, colonialismo y neoliberalismo durante la última década en la región. Por ejemplo, los procesos que se han iniciado en “Venezuela (1998), Brasil (2002), Argentina (2003), Uruguay (2004), Bolivia (2005)”, así como Nicaragua y Ecuador (2006) y por último Paraguay (2008), con sus respectivos detalles, virtudes y carencias. Estos casos tienden no solo ser un referente material, sino también ideológico, deslegitimador. Esto es, una especie de centro para la construcción de nuevas racionalidades no eurocéntricas, y en lo que atañe a los saberes jurídico-penales, nuevas racionalidades de control menos punitivas y más libertarias.

¹⁰⁸⁹ BARATTA, Alexander, *Criminología y sistema penal. compilación in memoriam*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2004, p. 315.

¹⁰⁹⁰ KYMLICKA, Will, *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, Paidós, Barcelona, 2009, p. 119; en el mismo sentido, TURTON, David y GONZÁLEZ, Julia, *Identidades culturales y minorías étnicas en*

En Estados Unidos tiende a identificarse esta práctica de reconocimiento en los juicios penales mediante la figura del jurado, proyectan en un plano cultural o etnológico como lo explica Hendler “el establecimiento del jurado tendría el sentido de proteger a las capas sociales más débiles frente al poder gobernante, permitiéndoles restringir las atribuciones de este último y preservar sus propias pautas de comportamiento. Quiere decir entonces, en definitiva, que, si hay una funcionalidad especialmente importante para la participación ciudadana en el juzgamiento de los delitos más graves a través del mecanismo del juicio por jurados, ella está referida a la necesidad de asegurar la integridad del tribunal con quienes pertenecen al mismo entorno cultural que quienes tienen que ser juzgados”¹⁰⁹¹. Solo mediante el grado de integridad comunitaria adquiera esa función del jurado ante los distintos grupos que componen la sociedad, por tanto, la participación ciudadana que incluya migrantes o desniveles económicos y muchos otros factores en el enjuiciamiento penal y la del juicio por jurados es “resguardar la homogeneidad cultural de quienes imponen los castigos y quienes son castigados”¹⁰⁹².

En cambio, la tendencia en América Latina está centralizada en los pueblos indígenas, porque según Berraondo López intentan mantener sus “formas de vida y sus culturas en medio del avance imparable de la hegemonía cultural impuesta por el capitalismo y de, esa manera, ser ellos quienes tengan el control sobre su desarrollo y sobre sus vidas”. En cualquier caso, los rasgos distintos de los pueblos indígenas son cuatro: i) “prioridad en el tiempo, con respecto a la ocupación y uso de los territorios específicos; ii) la perpetuación voluntaria de las distinciones culturales, que hacen incluso de aspectos del lenguaje, de las organizaciones sociales y de los modos religiosos y espirituales modos de producción de leyes e instituciones; iii) auto identificación, así como también el reconocimiento de otros grupos o autoridades estatales de la

Europa, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001; BONILLA MALDONADO, Daniel, *La Constitución multicultural*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006; KAHN, Paul, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2001; ENGLE MERRY, Saly/GRIFFITHS, John/TAMANAH, Brian Z., *Pluralismo jurídico*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007.

¹⁰⁹¹ HENDLER, Edmundo, *El juicio por jurado. Significados, genealogías, incógnitas*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 13.

¹⁰⁹² HENDLER, Edmundo, *El juicio por jurado. Significados, genealogías, incógnitas*, op. cit. p. 13.

distinción del colectivo; y iv) una experiencia de subyugación, exclusión, desposesión o discriminación, persista o no en el presente”¹⁰⁹³.

A partir de este referente, los pueblos indígenas contemplan un sistema de sanciones propias a sus costumbres o “por normas establecidas por la misma comunidad reunida en asamblea, tales como multas, restricciones de privilegios o beneficios comunales, llamadas de atención, trabajos obligatorios, la destitución del cargo, el sometimiento del caso a las autoridades oficiales, expulsión de la comunidad”¹⁰⁹⁴. Con lo cual se confirma la existencia de sistemas coercitivos, por citar los casos en las comunidades “andinas de Ecuador, el Altiplano boliviano, en la selva amazónica, en los Valles de Cabagra, entre Costa Rica y Panamá”. Borja Jiménez expone la peculiaridad de la comunidad zápara de Balzaura, en plena Amazonía, entre Ecuador y Perú, “si se comete un delito en alguna de estas aldeas, podemos estar seguros de que jamás aparecerá una investigación oficial, de que no intervendrá el fiscal, ni los abogados de la acusación ni de la defensa, ni tampoco juez alguno”. Pero “el fuerte espíritu de la comunidad suele preservar las formas de vida tradicional, y para ello impone un orden que obliga a reaccionar frente a estas conductas que someten a grave riesgo la propia existencia del poblado”¹⁰⁹⁵.

En este mismo contexto, rechaza Cerezo Mir que una cultura determinada, aunque sea la europea occidental, se imponga por la fuerza a las demás. La necesaria integración, para consolidar la unidad nacional, debe hacerse, sin embargo, buscando la convergencia en el respeto de los derechos fundamentales¹⁰⁹⁶.

En cambio, en países de Medio Oriente o África que mantienen como parte de sus prácticas culturales la ablación del clítoris o circuncisión femenina, se considera susceptible de despenalizar algunos supuestos específicos de esta práctica ancestral. Por ejemplo, regular una

¹⁰⁹³ BERRAONDO LÓPEZ, Mikel, “Pueblos indígenas y derechos territoriales: entre el derecho consuetudinario y el derecho constitucional”, Emiliano Borja Jiménez (Coord.), *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 162 y 163.

¹⁰⁹⁴ Así, HURTADO POZO, José, “Derecho penal y diferencias culturales”, Emiliano Borja Jiménez (Coord.), *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 383.

¹⁰⁹⁵ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano “Sobre la existencia de principios básicos del Derecho Penal Indígena”, op. cit., pp. 275-276.

¹⁰⁹⁶ CEREZO MIR, José, “La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el código penal peruano”, Fernando Pérez Álvarez (Ed.), *Universitas vitae Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2007, p. 108.

disposición especial que contemple circunstancias justificativas de un hecho ilícito de lesiones, en concordancia con el ejercicio del derecho a la propia cultura y la integridad física. Además, también se piensa viable en “medidas extrapenales tanto de concienciación de los posibles riesgos a nivel general entre los grupos étnicos afectados como de información en concreto a quien solicite la intervención” de manera respetuosa con el consentimiento informado del titular¹⁰⁹⁷. Pero esta visión aún queda mucho camino por debatir si corresponda o no a un relativismo cultural susceptible de validar prácticas culturales por encargo legislativas contrarias a los derechos de igualdad y derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Al respecto, habrá de identificarse el incesto como otra conducta susceptible de despenalización por estar aún castigada por el Derecho Penal¹⁰⁹⁸; asimismo, reprochable como infracción cultural que ataca la moral sexual, así como la salud de la estirpe y la protección de la familia¹⁰⁹⁹. La idea es diferenciar siguiendo a Macías Caro aquellos casos donde las relaciones: i) “entre parientes por adopción, no comparten carga genética”; ii) “entre parientes del mismo sexo”; iii) “entre parientes de los que al menos uno es fisiológicamente incapaz de reproducirse”; y iv) “entre parientes consanguíneos habría que excluir los actos distintos al acceso carnal”, o bien, las relaciones donde se empleen medios anticonceptivos¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁷ En este sentido, MACÍAS CARO, Víctor Manuel, *Los «delitos culturales» a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales*, op. cit., p. 213. La propuesta de este autor radica en los siguientes requisitos mínimos: i) consentimiento informado de la titular o por representación según la “edad, de acuerdo con la regulación del consentimiento informado” en el sector médicosanitario; ii) “ejecución por parte de un médico cirujano con unos ciertos conocimientos especializados”; iii) “en un espacio cuya adecuación para realizar este tipo de intervenciones en condiciones de seguridad haya sido certificada previamente”; y iv) “en la manera más leve y reversible que sea posible dentro del respeto de las exigencias rituales”.

¹⁰⁹⁸ En este sentido, MACÍAS CARO, Víctor Manuel, *Los «delitos culturales» a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales*, op. cit., p. 146, refiere que el incesto está criminalizado en los siguientes países europeos: “Alemania (§173 CP alemán), Austria (§211 CP austríaco), Bulgaria (art. 154 CP búlgaro), la República Checa (§188 CP checo), Chipre (art. 147 CP chipriota), Eslovaquia (art. 217 CP eslovaco), Estonia (§144 CP estonio), Finlandia (art. 22.1 del Cap. XVIII CP finés), Grecia (art. 345 CP griego), Hungría (art. 203 CP húngaro), Irlanda (arts. 1 y 2 de la *Punishment of Incest Act* de 1908), Italia (art. 564 CP italiano), Polonia (art. 201 CP polaco), Reino Unido (arts. 64 y 65 de la *Sexual Offences Act* de 2003 para Inglaterra y Gales, arts. 68 y 69 de la *Sexual Offences (Northern Ireland) Order* de 2008 para Irlanda del Norte y arts. 1 y 2 de la *Criminal law (Consolidation) (Scotland) Act* de 1995 para Escocia), Rumanía (art. 22 CP rumano) y Suecia (Capítulo 6, Sección 6 CP sueco)”.

¹⁰⁹⁹ Para MACÍAS CARO, Víctor Manuel, *Los «delitos culturales» a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales*, op. cit., p. 154, “la antropología social y cultural denota que el matrimonio entre los miembros del mismo grupo doméstico está ampliamente prohibido en todas las sociedades humanas: las personas deben casarse fuera de su grupo y no dentro. Esto es, se prescribe la exogamia y se prohíbe la endogamia”.

¹¹⁰⁰ En este sentido, MACÍAS CARO, Víctor Manuel, *Los «delitos culturales» a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales*, op. cit., p. 163 y 164.

Por tanto, la visión abolicionista del Derecho Penal no podría justificarse en su totalidad debido al alto número de violaciones a los derechos fundamentales cometidos por miembros de una comunidad y, además, si los propios pueblos indígenas disponen de un sistema de castigos avalados por sus propios integrantes para preservar el orden. Sin embargo, el compromiso de este estudio está direccionado a verificar el impacto social que representan las teorías de la pena ante los conflictos culturales y la viabilidad del abolicionismo garantista de reducir gradualmente la prisión preventiva por un lado, y asegurar la menor discriminación que el Derecho Penal podría ejercer sobre la diversidad cultural mediante un minimalismo impulsado por Ferrajoli donde el “verdadero problema penal de nuestro tiempo es la crisis del derecho penal, o sea, de ese conjunto de formas y garantías que le distinguen” de otras formas “de control social más o menos” salvajes y disciplinarias. “Quizá lo que hoy es utopía no son las alternativas al derecho penal, sino el derecho penal mismo y sus garantías; no el abolicionismo, sino el garantismo, inevitablemente parcial e imperfecto”¹¹⁰¹.

8. Posición personal.

El análisis de las diversas posiciones justificativas de la pena (retribucionismo, utilitarismo, y contractualismo), han permitido diseccionar un escenario desfavorable para los grupos minoritarios que se encuentran en sociedades con factores culturales distintos al de ellos, lo que ha motivado a los Estados a justificar el ejercicio del *ius puniendi* desde una posición superior, arbitraria, o simplemente ajena a las condiciones culturales que han motivado al sujeto a cometer una conducta que para él no es prohibida en su lugar de origen.

Esta situación ha generado desde la perspectiva político criminal que la pena resulta ineficaz para su imposición ante casos de diversidad cultural, porque los efectos intimidatorios, preventivos o retributivos con los que se reprocha el comportamiento de una persona extranjera o indígena motivado culturalmente no logra sus objetivos.

La experiencia del derecho comparado muestra, por ejemplo, que, la previsión de normas represivas a la práctica de la mutilación genital femenina no ha logrado su eliminación ni

¹¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi, “El derecho penal mínimo”, *Escritos sobre derecho penal. Tomo 1. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, op. cit., p. 146.

contenida, sino que se ha mantenida en gran medida oculta y clandestina¹¹⁰². La estructura de este delito peculiar corresponde al momento de la valoración de la capacidad para delinquir del autor culturalmente motivado, entendida la capacidad en sus dos direcciones. Hacia el pasado en la actitud del sujeto hacia el hecho cometido y, hacia el futuro como una interpretación susceptible del autor a cometer nuevos delitos. Y para valorar que acepción deba elegirse – retributiva o utilitarista– deberá hacerse mediante la noción de delito culturalmente motivado defendido en este estudio, sustentada en el vínculo cercano entre cultura del individuo y cultura del grupo de referencia.

Además, existe otro punto de valoración al momento de imponer la pena por un delito culturalmente motivado, esto es, el reconocimiento del derecho a la cultura como derecho fundamental debe permitir al juzgador una lectura más oportuna de los alcances de la capacidad de delinquir del sujeto motivado por sus rasgos propios de su lugar de origen, tradición o costumbre, y donde la justicia restaurativa ha considerado para la implementación de los programas político criminal tendientes a reducir la pena o en su caso eliminarla en aras de resolver un mayor problema social donde se considera está el origen de los crímenes de gran envergadura como el genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra, pero que no logra solventar directamente en la fenomenología de los delitos culturalmente motivados.

El caso de la justicia restaurativa representa un bastión oportuno para atender, solventar y mediar en los conflictos culturales en una sociedad encontrada en una lucha ideológica de odio o discriminación sobre un sector de la población de un país y, para evitar una oleada de venganza social en un futuro por los hechos delictivos cometidos (genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra), los programas restaurativos cobran relevancia para restablecer el tejido social de las relaciones intersubjetivas tendientes a preservar la paz en esa sociedad afectada por estas ideologías discriminatorias.

¹¹⁰² Así, MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados*, op. cit., p. 79, sostiene que ante la carencia del rigor sistemático y la ausencia de valoraciones político-criminales, la normativa examinada es señalada también por la ausencia de atención al factor cultural. La razón para Maglie es porque no se deduce por la ausencia de atención al factor cultural, y además, no contiene ninguna disposición del articulado el significado histórico, cultural y religioso de la mutilación genital femenina. Por eso, el título de la norma “mutilaciones” corresponde únicamente al factor «primitivo» de la práctica, con un evidente contenido de escenarios truculentos de martirios y suplicios.

Pero por ningún motivo resulta viable propugnar un abolicionismo total del sistema penal, sino que se debe aprovechar todo el impulso generado por este movimiento garantista de un Derecho Penal mínimo, respetuoso de los derechos humanos y de la diversidad cultural en todas las sociedades multiculturales.

Por lo anterior, el factor cultural en sede jurisdiccional tiende a centralizar la atención en el argumento de la igualdad de las culturas, tal y como lo detecta Raz “muy a menudo, los juicios acerca de la inferioridad de otras culturas se basan en el perjuicio y la ignorancia, y en realidad muchas culturas simplemente no pueden ser comparadas en esos términos. Cada una de ellas es valiosa. Cada una de ellas puede ser mejorada de una manera consistente con su propio espíritu y dentro de sus propios recursos. Pero ninguna de ellas puede ser juzgada superior a las demás sino que estas ideas pueden justificarse solamente en una discusión acerca de los fundamentos de la ética”¹¹⁰³, y también propios de los fines del pena acorde con el recorrido de las posiciones analizadas con antelación, lo que permitirá ahora, estudiar la importancia del factor cultural en el siguiente capítulo, enfocado sobre el razonamiento judicial de la *cultural defense* inmerso en el contexto del pluralismo cultural y una política criminal *ad hoc* para los delitos culturalmente motivados.

¹¹⁰³ RAZ, Joseph, *Ética en el ámbito público*, op. cit., pp. 198-199.

CAPÍTULO QUINTO

LA DISCRECIÓN JUDICIAL EN LOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS.

I. Planteamiento.

El razonamiento judicial conduce a una resolución mediante la aplicación de una norma por unos hechos probados durante el proceso. Por ello, la actividad judicial es entendida como una función encargada de interpretar normas jurídicas y el insumo probatoria de enunciados sobre los hechos controvertidos. Pero el reto principal que afronta el Poder Judicial es aplicar el razonamiento judicial en aquellos casos de delitos culturalmente motivados donde los hechos juzgados son motivados por factores culturales distintos de los propios del sistema jurídico de acogida.

En este sentido, los juzgadores deben tener presente en todo momento en casos criminales cometidos por motivos culturales para la elaboración de su razonamiento judicial la interacción del derecho positivo, la diversidad cultural y el valor en las propias decisiones judiciales. Para eso, se requiere un mayor esfuerzo porque se necesita justificar la imposición de una pena. Y el problema que afronta el juzgador es determinar ¿qué fundamentación de la pena es la correcta (utilitaria, utilitaria-empírica, disuasiva, contractualista, retribucionista, preventiva)? o ¿imponer alguna medida de seguridad?, o ¿será viable la absolución para determinados casos?

Para afrontar estas cuestiones es oportuno recurrir al concepto de discrecionalidad que tiene un rol fundamental para el razonamiento judicial en los casos de delitos culturalmente

motivados. Para esto, se deberá analizar las oposiciones que encuentra en sede de la interpretación para valorar los comportamientos socialmente ante las normas jurídico-penales. Luego definir qué modelo judicial (multicultural, asimilacionista o tolerante) es el más adecuado para los delitos culturales.

Explorado el horizonte de la discrecionalidad en sede judicial resulta necesario ahondar en su estudio, pero ahora desde el escepticismo epistemológico para conocer ¿por qué no es factible reconocer los elementos culturales en el juego interpretativo de la norma aplicable al caso concreto?, o bien ¿por qué negar la posibilidad de evaluar, determinar o discernir desde una perspectiva pluricultural en la discrecionalidad de los jueces?

Una vez hecho este análisis preliminar, se procederá a valorar las influencias culturales sobre el ejercicio discrecional de los jueces para resolver un caso penal mediante el elemento de la inconmensurabilidad. Esto se considera oportuno para disipar las críticas hacia la subjetividad de la discrecionalidad que los jueces toman para resolver ante un conflicto de derechos fundamentales. Para este momento del estudio, se utilizará la versión débil de la discrecionalidad, por considerarse la más adecuada para la valoración de los delitos culturalmente motivados frente a la versión fuerte que tiende a denostar cierta arbitrariedad en estos comportamientos realizados por factores de diversidad cultural.

Por último, la propuesta de usar metodológicamente la discrecionalidad débil judicial permitirá centrar las bases para la conformación de un Derecho Penal pluricultural. Esta línea de estudio tiende a justificarse mediante la compatibilidad entre la concepción material del delito y el principio de parsimonia como referentes para el punto ejercicio del juez en la individualización de la pena por delitos motivados culturalmente. Así, se podrá centrar la atención el ejercicio de la discrecionalidad en el campo del principio de proporcionalidad para establecer los máximos y mínimos del castigo.

Solo de esta manera, se conseguirá estar en armonía y consonancia con el respeto a la autonomía personal en el marco del derecho humano de la autodeterminación regulado en un marco constitucional e internacional. Todo ello tendiente a conformar una política criminal en sede de un modelo judicial incluyente.

1. La función judicial en los delitos culturales. Problemas interpretativos.

Las actuaciones de los jueces en la resolución de conflictos tienden a pensarse que es exclusivamente mediante la aplicación de una norma correcta y su argumentación técnica utilizada para conceder legalidad y justificación a sus fallos¹¹⁰⁴. Pero poco se dice sobre el contexto metajurídico de valores éticos e ideológico político con los cuales robustece su interpretación de los hechos ventilados en su sentencia¹¹⁰⁵. Solo en casos excepcionales donde la conducta delictiva responde a condiciones culturales el juzgador tiende a externar abiertamente sus apreciaciones metajurídicas en el pronunciamiento judicial sobre esos comportamientos ajenos a su entorno y entendimiento cultural¹¹⁰⁶. La generalización de algunos principios de organización social, en ocasiones por síntesis de los concurrentes en esa sociedad y otras veces, por imposición cultural producto del monismo estatal o, la combinación de ambos constituye para los jueces la base mínima de valores para desconocer la validez de otras costumbres.

Por eso, el juzgador al momento de emitir un fallo por un delito culturalmente motivado debe averiguar el grado de comprensión del hecho prohibido por la norma jurídico penal en el

¹¹⁰⁴ Para RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho*, op. cit., pp. 213 y ss. Los sistemas jurídicos se caracterizan por su sentido orientador según una serie de tipos funcionales, tales como las funciones primarias: “controlar el comportamiento” y “reprimirlo”; “otorgar instrumentos para el desenvolvimiento de la interacción privada”; “regular la distribución social de bienes y servicios”; y “resolver disputas que están fuera de la normatividad positiva”, apareciendo las funciones secundarias que dependen de la condición que desempeñan las normas. Igualmente, AROCENA, Gustavo, “Reflexiones en torno a la función judicial”, *InDret*, 3/2009.

¹¹⁰⁵ Así, FERRAJOLI, Luigi, “Magistratura democrática y el ejercicio alternativo de la función judicial”, *Escritos sobre derecho penal. nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 28, quien refiere la posición generalizada entre “los estudiosos de la interpretación y de la argumentación jurídica que en cualquier ordenamiento el juez debe elegir siempre entre las diversas interpretaciones técnicas que admite la mayor parte de las normas que están llamados a aplicar”. Pero estas alternativas no habrán de facilitar conformarse “con criterios jurídicos habrán de darse necesariamente sobre la base de criterios que no son técnico-jurídicos, sino de carácter metajurídicos, de valor ético o ideológico o más genéricamente político”. En el mismo sentido, MALEM SEÑA, Jorge F., “Pueden las malas personas ser buenos jueces”, *DOXA*, No. 24, 2001, p. 400, considera que el juez se encuentra condicionado para aplicar “conceptos metajurídicos extraídos de su propio mundo de la cultura y de su peculiar experiencia”, para definirlos y hacerlos operativos cuando se encuentra resolviendo una controversia.

¹¹⁰⁶ APTEL, Cécile, “El tribunal penal internacional para Ruanda”, disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdl7t.htm>, apunta un claro ejemplo de esta situación excepcional fue durante los juicios del Tribunal Internacional Penal para Ruanda, donde los magistrados de primera instancia no eran de ese país, “Laïty Kama (Senegal), presidente, Yakov A. Ostrovsky (Rusia), vicepresidente, Lennart Aspegren (Suecia), Tafazzal Hossain Khan (Bangladesh), Navanethem Pillay (Sudáfrica) y William Hussein Sekule (Tanzania)”; al igual que los magistrados de apelación Antonio Cassese (Italia), Li Haopei (China), Gabrielle Kirk McDonald (Estados Unidos), Sir Ninian Stephen (Australia), Lal Chand Vohrah (Malasia). Quienes establecieron precedentes condenatorios a los acusados por crímenes internacionales motivados por razones culturales y de odio, salvo algunos casos decidieron absolver. Para mayor detenimiento sobre los casos resueltos por este tribunal internacional, consúltese, TORRES PÉREZ, María y BOU FRANCH, Valentín, *La contribución del Tribunal Internacional para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, tiran lo Blanch, Valencia, 2004.

sujeto activo¹¹⁰⁷ y valorar al mismo tiempo, sus condiciones culturales que le motivaron a realizar el comportamiento delictivo¹¹⁰⁸. Evidentemente, estos dos elementos deberán considerarse como un piso mínimo para evitar algún desequilibrio en sus garantías al debido proceso¹¹⁰⁹ frente a los derechos de la víctima¹¹¹⁰. Por ejemplo, después de más de una década desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el 1 de julio de 2002, existe un mejor balance de cómo los derechos de participación otorgados a las víctimas en la práctica y jurisprudencia de la corte se han conciliado con los derechos fundamentales otorgados al acusado bajo el estatuto: dichos puntos de tensión se han identificado en las tres fases del proceso examinado (pre-instrucción, juicio y apelación), con la salvedad del artículo 68 (3) del estatuto y las reglas 89-92 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, para que la participación de las víctimas no sea perjudicial o incompatible con los derechos del imputado y a un juicio justo e imparcial identificado como una preocupación constante en las decisiones del tribunal, independientemente de la etapa del proceso en consideración¹¹¹¹.

¹¹⁰⁷ Cabe aclarar que el objetivo de analizar la función judicial no corresponde con la problemática de las jurisdicciones de las poblaciones nativas o indígenas, entendidas como derecho consuetudinario o autonomía comunitaria, sino solamente a la jurisdicción oficial de un Estado, para ello, recomiendo los estudios realizados por HURTADO POZO, José, “Derecho penal y diferencias culturales: el caso peruano”, Borja Jiménez, Emiliano (Coord.), *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, op. cit., pp. 373-387; BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

¹¹⁰⁸ Para GALIANA SAURA, Ángeles, *La ley: entre la razón y la experimentación*, op. cit., pp. 185 y s, una persona que acepta una norma presupone que conoce su contenido prescriptivo. Esto habrá de constituirse en una razón para comportarse de una manera específica. En cambio, las actitudes, la aceptación puede manifestarse en: i) una disposición a la acción; ii) una actitud crítica respecto a la desviación de la pauta prescrita; iii) admitir como justificada crítica por la desviación; y, iv) el uso del lenguaje normativo para evaluar una pauta de comportamiento. No obstante, Galiana Saura aclara la situación donde la realización de una acción suele mostrar diversos grados de intensidad, acorde a las razones del sujeto para aceptar las normas. Por ello, se puede distinguir, en el momento de evaluar la eficacia del Derecho respecto al grado de cumplimiento u obediencia: i) las razones para aceptar una norma, y ii) el hecho de que la aceptación de una norma constituya una razón del sujeto para actuar.

¹¹⁰⁹ Entre otros, QUISPE REMÓN, Florabel, *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo de actuación que protege derechos de pueblos indígenas, Año, 12, No. 142, Abril, México, 2013; ARIZA COLMENAREJO, María Jesús, *Traducción, interpretación e información para la tutela Judicial efectiva en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; GUZMÁN FLUJA, Vicente Carlos, FLORES PRADA, Ignacio (Dirs.), *Justicia penal y derecho de defensa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; ROHAN, Colleen, ZYBERI (eds.), *Defense perspective on international criminal justice*, Cambridge, United Kingdom, 2017.

¹¹¹⁰ Sobre el particular, véanse, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal*, Comares, Granada, 2006; HOYOS SANCHO, Montserrat, *El ejercicio de la acción penal por las víctimas. Un estudio comparado*, Aranzadi, Pamplona, 2018; GUERRERO PALOMARES, Salvador, La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional, Aranzadi, Pamplona, 2015; BONACKER, Thorsten, SAFFERLING, Christoph (eds.), *Victims of international crimes: an interdisciplinary discourse*, Springer, The Hague, 2013.

¹¹¹¹ ANYAH, Morris A., “Balancing rights of the accused with rights of victims before the International Criminal Court”, op. cit., p. 107; igualmente, VASILIEV, Sergie, “Victim participation revisited. What the ICC is learning about itself”, op. cit., 1133-1202; JARVIS, Michelle, “An emerging gender perspective on international crimes”, Gideon Boas & William A Schabas, *International criminal law developments in the case law of the ICTY*, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 163-191.

Para lograr este equilibrio, el juez tiene que justificar la *ratio* de su decisión a favor o en contra del comportamiento cultural del sujeto activo mediante sus facultades de discrecionalidad que debe sobreponerse a la obediencia del precedente, en tanto, se preserven sus razones (*rationale*) fundamentales¹¹¹². Esto es, distinguir entre sus razones culturales originarias y las razones de su comportamiento prohibido para arribar a su resolución¹¹¹³.

Para esto, se debe ponderar la carga normativa que protege a las minorías nacionales de discriminaciones a la forma de educación, uso del lenguaje, la vestimenta, la alimentación, (esto es, su identidad cultural), y por otro, valorar armónicamente con el derecho interno las disposiciones que protegen determinado bien jurídico de los miembros de su comunidad¹¹¹⁴, en palabras de Robinson, “para que una infracción desencadene la estigmatización, el Derecho debe haberse ganado la reputación de representar correctamente, desde el punto de vista de la comunidad, cuáles son las vulneraciones que merecen condena moral. Las reglas de responsabilidad y punición que se apartan de las intuiciones sobre la justicia compartidas por la comunidad van minando esa reputación”¹¹¹⁵. Por ejemplo, el caso del “Tribunal Especial para Sierra Leona sentenció a tres procesados por el crimen de matrimonio forzado, acorde con el estándar de la modalidad de “otros actos inhumanos”. Lo relevante de esta sentencia condenatoria fue que el crimen de matrimonio forzado no estaba previsto en el Estatuto del

¹¹¹² Desde la perspectiva de RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho*, op. cit., pp. 237 y 238, los jueces son libres de inventar una *ratio* y atribuirle al tribunal original con sus propias limitaciones. Estas concepciones místicas hacen posible la tesis moderada de *distinguir: distinguir* es mostrar que la *ratio* no se aplica al presente caso, argumento hecho posible por el arte mágico de interpretar la *ratio*.

¹¹¹³ Para ESCUDERO ALDAY, Rafael, “Tensiones conceptuales en el liberalismo y en el multiculturalismo”, op. cit., p. 47, la posición multicultural toma en cuenta lo indispensable que es construir un Derecho Penal que garantice la compatibilidad de las distintas identidades culturales con el resto de los principios constitucionales. Por ejemplo, i) el principio de igualdad ante la ley, ii) la función de la pena o castigo cumple en el seno de tales sistemas constitucionales.

¹¹¹⁴ A decir de SERRANO TÁRRAGA, Ma. Dolores, “Diversidad cultural y ordenamiento jurídico penal: El delito de mutilación genital femenina en el Código Penal español”, Ma. Teresa Regueiro García y Salvador Pérez Álvarez (Dirs.), *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 396, el liberalismo clásico negaba los derechos de las minorías por considerarlos innecesarios y menosprecio el principio de igualdad de los derechos. En cambio, el liberalismo moderno propugna la tolerancia del pluralismo. Aunque reconoce la autora la existencia y permisibilidad en algunas culturas prácticas ofensivas a los derechos individuales. Por eso, hay una admisibilidad en el argumento de que no todas las culturas son iguales. Esto implica por consiguiente respetar las minorías culturales, en tanto, éstas respeten los derechos humanos básicos. Me parece que esta descripción de Serrano Tárraga es la base del conflicto cultural para el Derecho Penal que requiere profundizar en el alcance del ejercicio punitivo ante comportamientos culturales que no son compatibles con el sistema jurídico penal vigente.

¹¹¹⁵ ROBINSON, Paul, H., *Principios distributivos del Derecho penal. a quién debe sancionarse y en qué medida*, op. cit. p. 200.

Tribunal, “por lo que se recurrió a una interpretación extensiva del concepto “otros actos inhumanos”, la que hizo posible la inclusión del matrimonio forzado como crimen contra la humanidad”¹¹¹⁶.

Ahora bien, el Derecho Penal en la práctica tiende a ser excluir los derechos de la ciudadanía en contra de aquellos a quienes se ejerce el *ius puniendi*. O como denuncia Gargarella el Derecho Penal también excluye desde su retórica política, porque “el castigo penal es algo que nosotros, los ciudadanos cumplidores con la ley, les imponemos a ellos, los otros peligrosos de quienes debemos estar protegidos”¹¹¹⁷.

La inmigración es uno de los focos que alumbra la preocupación sobre la conformación de un Derecho Penal excluyente, de usar esta herramienta punitiva para propiciar la discriminación, al ser el inmigrante no sólo paradigma de lo diferente, sino también ciudadano de segunda en cuanto a su estatuto jurídico y a los medios para hacer efectos los derechos que le han sido reconocidos. Este escenario dificulta el combate al fenómeno criminal que va desde la “promoción, favorecimiento o facilitación” del tráfico de personas, así como inmigración clandestina¹¹¹⁸.

De no preservar esta visión pluralista de los miembros de la sociedad se podría, por un lado, generar la discriminación o estigmatización sobre grupos minoritarios o personas indígenas que infringen la norma jurídica por motivos culturales¹¹¹⁹. Por otro lado, una sobrecriminalización tendiente a considerar factores que no guardan relación con el contenido de la ley penal¹¹²⁰, sino solo consideraciones sociales o geográficas, como la raza, la lengua,

¹¹¹⁶ El caso es citado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Carolina, *La dimensión de género en los tribunales penales internacionales*, op. cit., p. 52.

¹¹¹⁷ GARGARELLA, Roberto, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable de la comunidad*, op. cit., 25.

¹¹¹⁸ Para mayor detenimiento de la problemática penal de la inmigración, consúltense, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP.*, Atelier, Barcelona, 2007; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004.

¹¹¹⁹ Al respecto, BRAITHWAITE, John, PETTTT, Philip, *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, op. cit., pp. 32 y 33, quienes sostienen que, para lograr una teoría de la justicia penal integral, debe proporcionar un conjunto de respuestas completo, coherente a las preguntas fundamentales que se elaboren en una sociedad multicultural conforme a una estrategia sistemática. Sobre todo, de aquellas presiones que los políticos, policía, fiscales someten a los jueces.

¹¹²⁰ Así, IPOHORSKI LENKIEWICZ, José M., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al Derecho Penal”, op. cit., p. 338, tiende esta sobrecriminalización deben señalarse dos riesgos: i) que no se amplíe innecesariamente la nómina de aquellos delitos susceptibles de encuadrar en esa categoría, y ii) que no se vulneren

costumbre y el lugar de donde uno vive (justicia geográfica¹¹²¹). Y, finalmente, conformar una doctrina judicial subjetivista tendiente a discriminar los comportamientos que sean distintos a los suyos acorde a los valores o principios regulados en el ordenamiento jurídico vigente. Por ello, es fundamental analizar el ámbito interpretativo de la cultura en el Derecho Penal.

1.1. La interpretación de la cultura en el Derecho Penal.

El juzgador desempeña un papel importante para lograr una interpretación de la cultura en un caso concreto acorde con los parámetros constitucionales y procesales. Esto representa un esfuerzo no solamente intelectual (razonamiento legal)¹¹²² sino también valorativo (cultural) para determinar el comportamiento del sujeto que infringió la norma penal fue producto o no de sus costumbres¹¹²³. Ello es así, porque el sistema penal no es exclusivamente un aparato institucional de control social que se agota en las normas que establecen las conductas reprobables como infracciones penales, las penas con las que han de ser castigadas y los órganos competentes para juzgar a las personas a las que se acusa de ser responsables de la realización de aquéllas y los procedimientos que se han aplicado para ello. En realidad, el sistema penal es un aparato ideológico de reproducción de todos los elementos en su totalidad¹¹²⁴.

nociones propias del debido proceso establecidas y consolidadas en diferentes comunidades que conforman el sistema de protección internacional.

¹¹²¹ En este sentido, HUSAK, Douglas, *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*, op. cit., p. 71, expone el ejemplo que ningún fiscal razonable aspira a condenar al mayor número de personas o a imponer las penas más severas que la ley permite. La razón que atañe a esta circunstancia deviene a la interminable lista de leyes penales que los fiscales no tienen mayor alternativa que decidir qué delitos vale la pena perseguir y cuáles no. Esta advertencia de Husak tiende a coincidir con el principio de oportunidad en sentido amplio. Ahora bien, los factores que contribuyen a seleccionar las leyes aplicables por los fiscales y las sentencias que ellos buscarán a través de las negociaciones de pena incluyen: i) las preferencias de los electores, ii) costumbres del tribunal, iii) la reputación del fiscal como negociador duro o moderado, y iv) su propia visión acerca de cuál es la pena adecuada para el delito en cuestión. Con lo cual, dice Husak serán aplicables conforme caso a caso.

¹¹²² Para un acercamiento a las razones que un juez usa para decidir sobre un caso, véase, VIGO, Rodolfo L., *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 135-139, a) teórica, b) instrumental o pragmática, c) irracionalismo o voluntarismo, d) teórica y voluntad, e) práctica procedimental, f) práctica sustancial (iusnaturalismo racionalista) y h) práctica procedimental y sustancial.

¹¹²³ En el mismo sentido, SANTAMARÍA LAMBAS, Fernando, “La multiculturalidad-interculturalidad y el derecho penal español: presente y futuro”, op. cit., p. 251, para quien la culpabilidad, debido al carácter estrictamente personal de la culpa, el tratamiento debe ser personalizado caso por caso, para que el juez sea quien determine su grado de responsabilidad.

¹¹²⁴ Al respecto, FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Globalización y derecho”, op. cit., p. 70, considera que el sistema penal se nutre en función de los valores que predominan en la sociedad que las normas penales intentan organizar. Por eso, su determinación efectiva corresponde a los sectores sociales hegemónicos, pero esto entraña el peligro de intentar exclusivamente proteger sus propios intereses por una doble vía: i) penalizando energicamente aquellos actos que los comprometen; y ii) considerando penalmente irrelevantes otros que contribuyen a consolidarlos”. Por su parte, BORJA JÍMENEZ, Emiliano, “El fundamento intercultural del Derecho Penal”, op.

El valor de la cultura se preserva aún y cuando los pueblos han sufrido históricamente la negación de sus derechos lingüísticos, simbólicos, religiosos o espirituales, costumbres o tradiciones, formas de organización, cosmovisiones, así como normas de convivencia, heredados por sus ancestros, lo que constituye la base de su patrimonio cultural¹¹²⁵. El Convenio 169 de la OIT de 1989 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes promueve el goce pleno de los derechos humanos y libertades fundamentales sin obstáculos ni discriminación. En la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Étnicas o Religiosas o Lingüísticas de 1992, se refiere al término minoría tomando como base la “identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística”. En el marco del Consejo de Europa, el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales de 1995 incorpora de manera pragmática los derechos reconocidos a las minorías. Y de igual forma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos amplió el alcance del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, para incluir mayores grupos vulnerables. Por su parte, la Declaración de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas de 2007, en su artículo 3 prevé el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas”.

Ante este escenario internacional de los derechos de las minorías gran parte de los países latinoamericanos han modificado sus constituciones para reconocer el derecho a la cultura como marco general a las demandas indígenas¹¹²⁶. Este nuevo paradigma constitucional de reconocimiento a la diversidad cultural permite mostrar los cambios y compromisos solidarios con los grupos minoritarios, ante un desarme teórico del etnocentrismo occidental, los mitos acerca de la inconmensurabilidad de las culturas, el monólogo que no reconoce la alteridad que nos propone un cierto eurocentrismo monoculturalista¹¹²⁷. Lo que representa un claro obstáculo

cit., p. 299, sostiene que el respectivo ordenamiento punitivo deberá respetar “unos mínimos en el marco del reconocimiento” y tutelar: i) “los derechos humanos”, ii) “el acatamiento de los fundamentos de las reglas básicas del debido proceso, legalidad de los delitos y de las penas”, y iii) ha de entenderse legítima la formulación que se realice, atendiendo a su tradición jurídica e idiosincrasia cultural, de sus categorías, principios e instituciones.

¹¹²⁵ Para mayor detenimiento en estos conocimientos y prácticas, véase, CUNNINGHAM, Mirna, “La diversidad cultural y los pueblos indígenas”, op. cit., pp. 46-50.

¹¹²⁶ Al respecto, GONZÁLEZ BRIZUELA, Florencia, “La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: hacia nuevas formas de reconocimiento”, op. cit., p. 145, refiere a los Estados que modificaron su constitución: i) Guatemala en 1985, ii) Nicaragua en 1987, iii) Brasil en 1988, iv) Colombia en 1991, v) Paraguay en 1992, vi) Perú en 1993, vii) Argentina en 1994, viii) Bolivia en 1995 y 2009, ix) Venezuela en 1999, x) Ecuador en 1995, 1998 y 2008, xi) México en 2001 y xii) Panamá en 2004.

¹¹²⁷ En este sentido, OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel, *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos. Fundamentos, contextos formativos y normas de derecho internacional*, op. cit., pp. 98 y 99, rechaza un modelo de estas características

para la ejecución de una oportuna justicia etnocultural por encontrar un debilitamiento en el argumento de la igualdad. Para Kymlicka las demandas de determinados derechos específicos en “función del grupo no son otra cosa que el intento de un grupo de dominar y oprimir a otro”¹¹²⁸. En otros casos, “la expansión del paradigma epistemológico occidental ha supuesto la colonialidad del saber y del ser, haciendo creer que sólo existe una forma posible de conocer el mundo a partir de una racionalidad, lengua y cultura determinada, lo que ha terminado por normalizar la idea según la cual, pensar desde otras categorías cognitivas, lenguas o saberes diferentes es imposible si la tradición cultural no se acomoda a las pautas dominantes del saber occidental”¹¹²⁹.

Por lo anterior, se necesita realizar un estudio de los criterios de interpretación más influyentes para resolver un conflicto de derechos de índole cultural. Esto es, la interpretación de los valores sociales en la normatividad jurídico-penal y sobre la asignación de sentido lingüístico al caso desde el propio marco constitucional.

1.1.1. Interpretación de los valores sociales en las normas jurídico-penales.

A decir de Ferrajoli, se requiere de una jurisprudencia alternativa alejada de improvisaciones personales, sino mediante una maduración política del juez “mediante una radical transformación de sus modelos de comportamiento y hábitos mentales y culturales”. Ello permitirá que el juzgador “se abra al exterior, superando la clausura corporativa y castal del propio rol” que la cultura dominante le ha impuesto, pueda romper ese falso aislamiento “y se instale dentro de las dinámicas sociales por la vía de un compromiso político vivido, no idealista” y moralmente como empeño puramente individual y subjetivo. Sólo así, permitirá al juez liberarse de los condicionamientos ideológicos y culturales de su mundo burgués, superar su

porque el slogan disfrazado de universalismo e individualismo robinsoniano basado en la presunta legitimidad de la persecución del autointerés que ha caracterizado el discurso sobre los derechos humanos. En cambio, Oliva Martínez defiende una posición más acorde: i) por la desactivación de los multiculturalismos étnicos, ii) del particularismo obsesivo como forma de afrontar las contingencias y situaciones sociales, iii) de las ideologías identitarias-exclusivistas, tan propias de nuestro tiempo, y iv) de la absolutización de las diferencias presente en el relativismo extremo.

¹¹²⁸ KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, op. cit., p. 153.

¹¹²⁹ GARZÓN LÓPEZ, Pedro, *Ciudadanía indígena. Del multiculturalismo a la colonialidad del poder*, op.cit., pp. 275 y 276; de manera particular sobre el problema de la alteridad, véase, PÉREZ DE LA FUENTE, “Presentación sobre alteridad”, *Ius Fvgit*, 22, 2019, pp. 9-13.

tradicional horizonte técnico-jurídico, identificar bajo los aspectos técnicos todos los contenidos y los nexos políticos inherentes a su función¹¹³⁰.

Para facilitar esta directriz de cambio cultural institucional, Bacigalupo advierte que el punto de inicio para la concatenación de las “cadenas argumentales” se requiere una decisión del intérprete no solamente con “la reunión de las normas jurídicas que componen el objeto de estudio, sino la selección de los principios de los que se entiende deducible el derecho vigente”. Esto es, “las cadenas argumentales que culminan en la aplicación de una disposición legal a un suceso determinado no parte o, si se quiere, no comienzan en la ley positiva, sino en una serie de axiomas en los que se considera que la ley positiva reconoce su fundamento”¹¹³¹. Pero si a esto se le agrega un factor humano denominado “sentimiento de justicia” o “sentimiento de equidad” de las ciencias del comportamiento, que a decir de Rodríguez Horcajo refleja la tendencia de los sujetos a rechazar, a desaprobado, las conductas de los demás cuando estas responden a un patrón de comportamiento injusto, normalmente medido en términos de equidad. Esto es, los seres humanos consideramos un comportamiento como reprochable si con él se nos trata de manera desigualitaria con respecto a un igual que nosotros¹¹³². Aunque en los casos juzgados por delitos culturales no logra tener este mismo efecto de que los sujetos quieran o no comportarse de manera igualitaria, porque lo que rechazan no es que se les trate de manera desigualitaria, sino que en origen no comprenden porque se les ha juzgado si su comportamiento es parte de su costumbre o de la propia cultura donde son originarios.

Por lo anterior, Jiménez Villarejo considera que los jueces no pueden en sus resoluciones ser valoradas desde una perspectiva técnico-jurídica, sino también desde otros puntos de vista, tales como: i) el de su coherencia con los valores socialmente vigente, ii) el de su oportunidad, iii) el de su utilidad para contribuir al equilibrio constitucional y iv) la pacificación de los conflictos¹¹³³.

¹¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi, “Magistratura democrática y el ejercicio alternativo de la función judicial”, op. cit. p. 40.

¹¹³¹ BACIGALUPO, Enrique, *Delito y punibilidad*, op. cit., p. 25.

¹¹³² RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, op. cit., p. 96.

¹¹³³ JIMÉNEZ VILLAREJO, José, “Jueces, magistrados y ciudadanos”, op. cit., p. 1369; en el mismo sentido, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Iustel, Madrid, 2005, p. 15, quien alude al poder que ejerce el Derecho Público, “racionalizar el ejercicio del poder y tratar de hacerlo compatible con la libertad de todos y cada uno asegurando así la paz colectiva es, en mi opinión, la meta próxima del Derecho”; por su parte MEINI, Iván, “Sobre la interpretación del Derecho Penal”, De la Cuesta Aguado, Paz, Ma., et. al., (Coods.), *Liber*

Por ello, el derecho, para Kahn, es como una parte de la cultura y no propiamente su consecuencia, porque este otorga un horizonte de perspectivas dentro del cual nos encontramos, esto es, “un mundo de significados que a la vez heredamos y construimos la cultura, y el derecho como parte de esta, articula las narrativas mediante las cuales respondemos a preguntas clave para nuestra existencia, como ¿quiénes somos? ¿qué hacemos? ¿qué debemos hacer? y ¿qué hemos vivido?”¹¹³⁴. Además, sostiene Kahn que el “análisis cultural del derecho describe y analiza no solo categorías más generales que construye el derecho –sujeto, tiempo y espacio–: también describe y examina categorías jurídicas que, como la persuasión y la interpretación, atraviesan las instituciones, los principios y las reglas jurídicos particulares”¹¹³⁵, a partir de esto, se propone la base metodológica para *Construir el caso*, que representa un ejercicio de derecho comparado para “entender el significado que tienen los jueces y la jurisprudencia en la cultura estadounidense mediante su diferenciación con la cultura jurídica civilista”¹¹³⁶.

Esto mismo acontece con los juicios donde el inculpado es un extranjero o indígena que no habla la lengua de la autoridad que lo somete al proceso y que requiere de un intérprete para expresar y recibir información en su lengua reflejo de su cultura como dice Papaux que el Poder Judicial no constituye un elemento separado del entorno lingüístico y cultural. Por ello, “el Estado tiene el deber de resolver los problemas relacionados con la presencia de más de una lengua o de más de una variedad lingüística que pudiera crear tensiones que desembocaran en otros conflictos étnicos, económicos, religiosos, culturales o políticos”, como son identificados en Suiza, Bélgica o España donde las lenguas oficiales para todo el país están claramente “definidas, pero el uso de cada una o de algunas es restringido en una porción del territorio nacional en aplicación del principio de territorialidad”¹¹³⁷.

Amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan Ma. Terradillos Basoco, Tirant, Blanch, Valencia, 2018, p. 167, refiere que la convivencia pacífica propuesta por el Derecho Penal no debe encontrarse supeditada a la habilidad lingüística con la que el legislador redacta los textos legales. Más bien, debe encontrar un escenario susceptible de racionalidad de las normas que son incorporadas a los códigos penales.

¹¹³⁴ KAHN, Paul W., *Construir el caso. El arte de la jurisprudencia*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2017, p. 20.

¹¹³⁵ KAHN, Paul W., *Construir el caso. El arte de la jurisprudencia*, op. cit., p. 22; ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 90, argumenta en este mismo orden que el significado es necesariamente acontextual, porque hay ciertos aspectos del contexto que son presupuestos por los hablantes de un determinado lenguaje acorde a sus factores temporales y culturalmente contingentes.

¹¹³⁶ KAHN, Paul W., *Construir el caso. El arte de la jurisprudencia*, op. cit., p. 23.

¹¹³⁷ PAPAUX Alexandre, “Teoría y práctica de los órganos judiciales plurilingües en Suiza. Lenguas judiciales y conocimientos lingüísticos requeridos por el juez”, Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga (Dir.), *La administración de justicia*

1.1.2. Interpretación del comportamiento social y la asignación de sentido.

Siguiendo esta lectura del derecho y la cultura, la interpretación de un comportamiento social que a decir de Guastini es algo absolutamente distinto de “interpretar” un enunciado lingüístico, porque “la interpretación de la costumbre, así entendida, no consiste en adscribir significado a formulaciones normativas, sino en adscribir sentido a una praxis social (la existencia de) normas. Es decir, en conjeturar que ciertos sujetos se comportan de cierto modo (no por ser habitual, o por causalidad, o por cualquier otra razón, sino) en atención a una norma, que ellos creen existente y vinculante”¹¹³⁸.

Este elemento de sentido identificado por Guastini tiene empatía con lo elaborado por la doctrina jurídico penal relativo a la teoría de la acción como una expresión de sentido¹¹³⁹, elaborado con un esquema de interpretación social, siguiendo a Rueda Martín el sentido social de la acción es algo de lo que el legislador ya no puede disponer libremente mediante sus valoraciones que dan lugar a la formulación de los tipos legales. Para esto, se requieren dos factores para que una acción adquiera sentido: i) que “el sujeto con sus capacidades intelectuales debe haber aceptado el posible sentido que ofrecen los mencionados elementos objetivo-causales en el mundo físico”; y ii) que “el autor debe haber aprendido el sentido social del acto

en un estado plurilingüe, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 90, considera necesario diferenciar el derecho justiciable a: i) “expresarse en su lengua”, ii) “recibir información en su lengua o en una que comprenda”; y iii) “si es necesario con la ayuda de un intérprete, o la lengua del procedimiento que es la del juez se determina en general según el principio de territorialidad”. En esta misma obra, SCARCIGLIA, Roberto, “Teoría y praxis de la convivencia lingüística en el territorio de la jurisdicción de los tribunales en las regiones italianas bilingües. Referencia especial a la capacidad lingüística de jueces, fiscales, y personal al servicio de la administración de justicia”, p. 159, expone un caso resuelto por el Tribunal de Justicia de 1998, derivado de la Sentencia 24 de noviembre de 1998, Procedimientos penales c/Host Otto Bickel y Ulrich Franz, causa C-274/96, relacionado al principio de territorialidad, donde se afrontó el problema de la utilización por parte de un ciudadano de un Estado miembro en procedimientos penales, de lengua garantizada a minorías lingüísticas en ese territorio. Para ello, el tribunal de justicia ocupó un precedente análogo para utilizar la propia lengua en procedimientos ante jueces del estado de residencia en las mismas condiciones que rigen para los trabajadores ciudadanos de ese Estado. Así, el gobierno italiano sostuvo que las normas nacionales adoptadas para tutelar a una minoría oficialmente reconocida debían extenderse sólo a aquellas personas que pertenecían a la minoría, pero asentadas, residentes, en aquella parte del territorio.

¹¹³⁸ GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 2017.

¹¹³⁹ La expresión de sentido para los delitos culturalmente motivados será analizada con mayor detenimiento, *infra*, Capítulo Sexto.

exigiéndose que, con sus capacidades volitivas externas, haya dirigido en ese sentido la acción”¹¹⁴⁰.

Además, la expresión “asignación de sentido” para Silva Sánchez no representa un acto de arbitrariedad, porque esta asignación denota durante el proceso de interpretación no solamente una traducción del enunciado jurídico, “sino que posee una importante dimensión de atribución de sentido a algo que no lo tiene de modo plenamente definido”. Por consiguiente, el sentido accesible de un enunciado corresponderá al resultado de un primer intento de interpretación, que facilitará la formulación indicativa de “los usos sociales y/o los criterios gramaticales-normativos”, con los cuales se haga una “fijación (interpretativa) de un determinado campo de sentido posible para cada uno de los términos de un enunciado”. En realidad, establecen el límite máximo de posteriores operaciones interpretativas, con las cuales “pueden enmarcarse en el proceso de aplicación del enunciado jurídico-penal a un caso (lo que es común en la actividad judicial) o bien discurrir al margen del proceso de aplicación (lo usual en la actividad de los juristas académicos). Ello atribuye una singular trascendencia a los usos judiciales de los términos, así como a los usos dogmáticos de dichos términos”¹¹⁴¹.

En el caso de que un juez no forme parte de una comunidad lingüística homogénea, deberá elegir dentro del espacio de indeterminación, y por ello, adscribirá un significado ejecutado por “un acto lingüístico no asertivo, sino directivo, que no quedará justificado por referencia a hechos, sino a valores”. Por eso, la doctrina distingue entre actualización e interpretación o entre descubrimiento y adjudicación de sentido. En tanto, los casos fáciles el juzgador encuentra el significado, y en los casos difíciles lo fabrica con sus propias herramientas¹¹⁴². Pero ello requiere que el juez se apegue, por un lado, a los valores y principios constitucionales como el principio de legalidad, seguridad jurídica y proporcionalidad de la pena, con los cuales tiende a regular el marco interpretativo de la norma conforme a la propia

¹¹⁴⁰ RUEDA MARTÍN, María de los Ángeles, “La acción como expresión de sentido. Reflexiones en torno a la moderna teoría de la imputación objetiva”, Reyna Alfaro, Luis Miguel, (Coord.), *Derecho Penal y modernidad*, ARA Editores, Lima, 2010, p. 89.

¹¹⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Sobre la “interpretación teleológica del Derecho Penal”, Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (Eds.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 369 y s.

¹¹⁴² En este sentido, PRIETO SANCHÍS, Luis, *Interpretación y creación judicial del derecho*, Palestra, Lima, 2007, pp. 196 y 197.

constitución, cuando existen varias posibilidades de interpretación que conduzcan a su constitucionalidad o inconstitucionalidad,¹¹⁴³ generalmente, desde una lectura moral política incorporada en el corazón del Derecho Constitucional¹¹⁴⁴.

En este escenario constitucional Guastini propone no tratar sus disposiciones como expresivas reglas relativamente precisas, sino de principios de contenido altamente indeterminado porque: primero, los principios poseen una mágica virtud “nomopoiética” que son capaces de generar una innumerable cantidad de normas ulteriores inexpresas para lograr concretizarlas o actualizarlas; y segundo, los principios son un sentido fluidos y sujetos a excepciones mediante la ponderación de otros principios¹¹⁴⁵.

Para Nino generalmente hay dos posiciones para asignar un sentido: el primero, es de naturaleza subjetivista que consideran la intención del sujeto “del acto lingüístico, del autor del texto o de los participantes en la práctica”. Y el segundo, tiende a un aspecto objetivo que considera el “uso común y regular de las expresiones empleadas” en los actos lingüísticos, serapadamente que concuerdan o no con esas intenciones¹¹⁴⁶. Bajo este esquema Lora DelToro desarrolla su dilema del intencionalismo para afirmar que nada hay más allá del texto, y que éste es el que recoge la intención del edictor, o bien mantenerse fiel a la empresa de una búsqueda de intenciones, que permita concluir que lo que resulte de la misma es lo que en cualquier circunstancia ha de hacerse o debe aplicarse, aun siendo el caso que el intérprete constitucional

¹¹⁴³ Para KUHLEN, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 25, el método de interpretación conforme a la Constitución se distingue de la interpretación orientada a la Constitución. Esto es, “el mandato de la interpretación orientada a la Constitución exige tomar en consideración las previsiones jurídico constitucionales más importantes a la hora de elegir entre las diversas variantes interpretativas conforme a la Constitución. Por tanto, el mandato de interpretación conforme a la Constitución tiene la estructura de una *regla*, puesto que obliga estrictamente a rechazar las posibilidades interpretativas inconstitucionales a favor de las que son conforme a la Constitución”.

¹¹⁴⁴ Sobre este aspecto, GUASTINI, Ricardo, *Interpretación, Estado y Constitución*, ARA Editores, Lima, 2010, p. 162, sostiene que la sobreinterpretación de la Constitución evita que la carencia normativa en el propio marco constitucional sea lagunoso o evita las lagunas o de todas las formas elabora normas para colmarlas. Para ello, esta sobreinterpretación consta de dos aspectos: i) “rechazar la interpretación literal y del argumento *a contrario*”; y ii) “es la construcción de normas no-expresadas, idóneas para llenar lagunas allí donde no sean evitables”.

¹¹⁴⁵ GUASTINI, Ricardo, *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del derecho en el estado constitucional*, Palestra, Lima, 2018, p. 195.

¹¹⁴⁶ NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 82.

entienda que es erróneo¹¹⁴⁷. Así, el intencionalismo lo asume como la preferencia por un método interpretativo como una apuesta por la determinación de las condiciones de verdad de los enunciados interpretativos de las formulaciones lingüísticas constitucionales¹¹⁴⁸.

Por lo anterior, la idea de Dworkin que habrá de otorgarse esa autoridad a los jueces para interpretar los derechos y comprenderlos mediante un poder absoluto de imponer a la comunidad sus propias convicciones morales¹¹⁴⁹, porque en su trabajo cotidiano, tratan instintivamente a la Constitución como una expresión de exigencias morales abstractas que sólo pueden ser aplicadas a casos concretos a través de juicios morales frescos¹¹⁵⁰. Por ejemplo, una persona originaria de una cultura que acostumbra a practicar la “discriminación sistemática” a “las mujeres”, no suele cometer un error al señalar que esa discriminación no es considerada injusta. Según Dworkin, en estos casos su interpretación será correcta acorde con las prácticas de su comunidad, validada por su práctica jurídica, pero ésta será distinta cuando se encuentre fuera de su comunidad y con ello, los derechos y deberes de las personas son distintos¹¹⁵¹. Por lo que el problema no será relacionado a un relativismo, sino a un error que cometen en sus afirmaciones sustantivas las otras culturas sobre la concepción de justicia, en tanto supongamos que “la mejor justificación viable de los paradigmas de atribución y respuesta que compartimos justifica el rechazo de dichas afirmaciones”. Por ende, dice Dworkin, “debemos juzgar por nuestra cuenta qué justificación de esos paradigmas y estructuras compartidos es adecuada, y no lo será ninguna que apruebe la discriminación de género”¹¹⁵², o bien, la criminalización del

¹¹⁴⁷ LORA DELTORO, Pablo, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, op. cit., p. 272. En el mismo sentido, DENNINGER, Erhard, “Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural”, *Derecho constitucional para una sociedad multicultural*, Trotta, Madrid, 2007, p. 32.

¹¹⁴⁸ LORA DELTORO, Pablo, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, op. cit., p. 287. Sobre esta interpretación de enunciados lingüísticos constitucionales, MARMOR, Andrei, “Autoridades y personas”, *DOXA*, 17-18, 1995, pp. 303-330; RAZ, Joseph, *Entre autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 118-135.

¹¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald, *El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*, Palestra, Lima, 2019, p. 9.

¹¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald, *El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*, op. cit., p. 10.

¹¹⁵¹ DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014, p. 214.

¹¹⁵² DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, op. cit., p. 215. En contra de la posición a principios de moralidad política como fundamento para determinar cuál es el derecho válido consistente con el positivismo incluyente, WALUCHOW, Wilfrid J., *Positivismo jurídico incluyente*, op. cit, p. 208.

burkini¹¹⁵³, del matrimonio de un adulto con menores de edad¹¹⁵⁴, de la negación de los padres a la transfusión de sangre a sus hijos¹¹⁵⁵.

Este problema interpretativo de la cultura o costumbre para el Derecho Penal requiere de un mayor control constitucional de la ley de su interpretación, para que, en su caso, se advierta una norma inconstitucional, o su adecuada orientación conforme a la Constitución. Pero la cuestión está en determinar si las variantes interpretativas consideradas conformes al marco constitucional todavía son realmente una interpretación de la correspondiente norma, preservando así los fines del legislador o si, con la mera vestimenta interpretativa no se sustituye de facto tal decisión del legislador por una creación judicial de normas.¹¹⁵⁶ Para ello, tiene importancia revisar los modelos judiciales que interpretan los casos de delitos culturalmente motivados.

1.2. Modelos judiciales frente a los delitos culturales.

Una de las principales preocupaciones para Maglie es determinar qué modelo de Derecho Penal es capaz de garantizar un control judicial de los delitos culturalmente motivados que sea justo y eficiente¹¹⁵⁷. Los conflictos que pueden producirse como consecuencia de las contradicciones entre derechos pertenecientes a sistemas culturales diferentes es el reto para el siglo XXI, por prácticas como el matrimonio infantil, la mutilación genital femenina o ablación del clítoris, crímenes de honor y explotación infantil.

En este marco problemático, se dará continuidad al trabajo de la autora respecto a los tres modelos judiciales más representativos para la solución de estos delitos culturales; el

¹¹⁵³ CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, “El proceso de criminalización y de victimización de los desplazados sirios en Europa”, *Revista de Victimología*, No. 4, 2016, pp. 11-30.

¹¹⁵⁴ Entre otros, SALAT PAISAL, Marc, “Derecho penal y matrimonio forzado ¿es adecuada la actual política criminal?”, *Polít. Crim.* Vol. 15, N° 29, Julio, 2020, pp. 386-405; ESTUINAS VALVERDE, Patricia, “El delito de matrimonio forzado (art. 172 bus CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos”, *RECPC*, 20-32, 2018, pp. 6-9; IGAREDA GONZÁLEZ, Igareda, “Matrimonios forzados: ¿otra oportunidad para el derecho penal simbólico?”, *InDret*, 1/2015, pp. 7-9; GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel, *Matrimonio e inmigración. El control del consentimiento matrimonial en la reagrupación familiar*, Colex, Madrid, 2009.

¹¹⁵⁵ Al respecto, GIMBERNAT ORDEIG, Gimbernat, “El dilema penal de una religión”, *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 30-32; GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, op. cit., pp. 548-557.

¹¹⁵⁶ KUHLEN, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, pp. 36 y ss.

¹¹⁵⁷ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 165.

primero, es el modelo multicultural que orienta un mayor marco normativo de trato favorable a los inmigrantes en virtud de su pertenencia a un grupo étnico que normas penales más benévolas a los delincuentes culturales¹¹⁵⁸. El segundo corresponde al asimilacionista que considera no dispensable los motivos culturales, sino centra su atención únicamente en los hechos del caso juzgado. Y tercero, con un perfil tolerante que, por el contrario, al anterior, si valora caso por caso las circunstancias culturales que motivaron al autor a cometer el delito.

1.2.1. Modelo multicultural y la interpretación de la costumbre.

El modelo multicultural fuerte que da por descontada la superación de los conflictos y la feliz conclusión del choque entre culturas con el triunfo de la diferencia solo podrá ser realizado en una sociedad completamente abierta y, en su caso, radicalmente tolerante que aún no existe¹¹⁵⁹. La preocupación ante este fracaso tiene mayor énfasis en la tutela a las mujeres frente a los grupos que pertenecen, a pesar de las exigencias desde una perspectiva liberal y también en las sociedades multiculturales¹¹⁶⁰.

Para Guastini a diferencia de la interpretación jurídica, la interpretación de la costumbre es “muda”, porque produce normas sin la mediación de documentos normativos, o bien, genera normas desprovistas de disposiciones, normas no formuladas¹¹⁶¹. Por lo que esta distinta forma

¹¹⁵⁸ Así, SANZ MULAS, Nieves, *Delitos culturalmente motivados*, op. cit., p. 41; igualmente, BASILE, Fernando, “El derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en particular, las mutilaciones genitales femeninas”, García Valdés, et. al. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1865.

¹¹⁵⁹ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 165.

¹¹⁶⁰ FACCHI, Alessandra, “Derechos de las mujeres y derechos humanos: un camino entre igualdad y autonomía”, *Derecho y Libertades*, Número 25, Época II, junio, Madrid, 2011, p. 80.

¹¹⁶¹ Para mayor claridad de esta explicación, están las disposiciones del Convenio para Pueblos Indígenas de la OIT, entre los que cabe destacar:

Art. 8: 1. “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados debe tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”.

Art. 9: 1. “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 recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

de interpretar suele entenderse de las dos siguientes formas: en primer lugar, metonímica, entendiendo la interpretación no como costumbre, sino más bien, acorde a las recopilaciones de usos y costumbres (tal y como sucede con la “interpretación de las fuentes-actos”). Por tanto, la interpretación será entendida como una actividad de “adscripción de significado a textos formulados en una lengua”. Y en segundo lugar, la costumbre no es fuente de conocimiento como documentos que dan forma a las normas consuetudinaria, sino que tiene por objeto mismo, la fuente de producción llamada “costumbre”¹¹⁶².

Por consiguiente, Guastini entiende a la costumbre no como una norma, un texto o un documento, sino como un comportamiento social que requiere “reconstruir normas adscribiendo sentido a una práctica social”: en particular, constituye en inferir una praxis social de la existencia de normas. Así, “cabe hacer conjeturas respecto al sujeto que se conduce de cierto modo conforme a una norma que retienen existente o vinculante”¹¹⁶³. De ello, se advierte la importancia que una Constitución flexible o rígida, aunque incluya “una declaración de derechos y normas de principio o programáticas”. Esto es, la aplicación del marco constitucional en su integridad será “competencia exclusiva de los órganos constitucionales supremos”¹¹⁶⁴.

Igualmente, Celano considera vigente una costumbre cuando “varios individuos se conforman a una regularidad de comportamiento porque se espera que también los demás se conformen y por la misma razón”¹¹⁶⁵. Así, se logra comprender la parte interna de una práctica consuetudinaria, lo que permitirá el análisis de la formación espontánea de las reglas sociales elaboradas por la teoría de la interacción estratégica o problema de decisiones interdependientes (teoría del juego), donde una situación de elección que involucra a varios sujetos. Primero, el resultado de la elección de cada agente depende de lo que elijan hacer los otros agentes. Segundo, cada uno debe elegir qué hacer sobre la base de lo que se espera que los demás elijan hacer, sabiendo que cada uno de los demás involucrados se encuentra exactamente en la misma

Art. 10: “1. 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. 2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento”.

¹¹⁶² GUASTINI, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 27 y 28.

¹¹⁶³ GUASTINI, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, op. cit., p. 29; el mismo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, op. cit., p. 207.

¹¹⁶⁴ GUASTINI, Ricardo, *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, Raguel Ediciones, Lima, 2016, 136.

¹¹⁶⁵ CELANO, Bruno, *Dos estudios sobre la costumbre*, Fontamara, México, 2009, p. 35.

situación. Tercero, cada uno, en el intento de hacer una idea de lo que los demás harán, debe hacerse una idea de qué esperan los demás que él haga, lo que a su vez conlleva que cada uno deba hacerse una idea de lo que los demás esperan que él espera que ellos harán, y así sucesivamente. Y cuarto, en la deliberación, cada agente debe tratar de reiterar la deliberación de los otros agentes, lo que a su vez conlleva que ellos tratarán de reiterar el intento de los otros de reiterar la propia deliberación y así, sucesivamente¹¹⁶⁶.

Este modelo judicial multicultural para deliberar sobre estos casos culturales ha requerido basarse en las reglas sociales para decidir si el comportamiento realizado por sus factores culturales propios del sujeto constituye o no un delito. Aquí, cabe traer la crítica dirigida por Guastini a Hart sobre las reglas sociales y su teoría de la interpretación, porque la distinción que implanta en la teoría del derecho entre regla y regularidad no tiene nada de original. Y las reglas sociales es un concepto corriente de costumbre, porque en un “Estado moderno casi todas las reglas jurídicas vigentes son reglas no ya consuetudinarias, sino más bien puestas deliberadamente, promulgadas por una u otra autoridad normativa”¹¹⁶⁷. Además, la distinción de las reglas primarias y secundarias realizada por Hart es imprecisa dejando abierto más problemas de los que pretendió resolver¹¹⁶⁸.

Pero Guastini cambia su planteamiento crítico sobre la regla de reconocimiento hartiana, porque fue precisa la aclaración de que no se trata de una “(meta-)regla de conducta”, sino de un criterio o un conjunto de criterios de identificación del resto de las reglas del sistema, aunque ésta carezca de autonomía conceptual¹¹⁶⁹. Por ejemplo, Australia es una sociedad multicultural que reconoce el valor cultural y la diversidad social. Por lo que protege y promueve los valores liberales fundamentales, así como los derechos de las personas más que de las comunidades.

Esta estrategia consiste en no discriminar por razones de religión, raza o cultura, por lo que se creó la Agenda Nacional Multicultural de Australia en 1989. Reconociendo las dificultades de acomodar el trasfondo cultural para los casos penales, en particular para la defensa mediante la posición de la provocación, algunos han pedido la abolición total de la defensa. Tasmania ha

¹¹⁶⁶ CELANO, Bruno, *Dos estudios sobre la costumbre*, op. cit., pp. 36 y 37.

¹¹⁶⁷ GUASTINI, Ricardo, *Otras distinciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 241.

¹¹⁶⁸ GUASTINI, Ricardo, *Otras distinciones*, op. cit., p. 247.

¹¹⁶⁹ GUASTINI, Ricardo, *Otras distinciones*, op. cit., pp. 252-254.

adoptado recientemente este enfoque, influenciado en parte por la crítica feminista de que la defensa tiene un sesgo de género y está sujeta a abusos, y la creencia de que la presencia de la provocación debe considerarse simplemente en la fase de sentencia como un factor relevante para la mitigación de la pena. La consideración de raza y cultura en la construcción de estándares de responsabilidad legal es claramente controvertida¹¹⁷⁰ el sistema existente, por lo que la justicia restaurativa se ha convertido en una fuerza impulsora significativa para la reforma criminal en Australia, así como Canadá y Nueva Zelanda¹¹⁷¹, lo que ha permitido para casos fuera del contexto aborigen que la justicia restaurativa sea un insumo potencial para revelar el contexto cultural más amplio del delito y desarrollar castigos basados en un consenso entre el infractor y las comunidades afectadas sobre el castigo apropiado en un contexto particular¹¹⁷².

Así, la jurisprudencia en Australia se aleja del tradicional papel ideológico de los jueces que aplican los tradicionales silogismos que durante mucho tiempo predominaron en la teoría de la interpretación. En su lugar, la jurisprudencia australiana existente en materia de igualdad requeriría que el Derecho Penal respete la trascendencia de la cultura para determinar la responsabilidad y el castigo a imponer. Pero siempre previendo un escenario susceptible de imponer algunas restricciones a las normas y prácticas culturales que contravengan “los derechos de las mujeres y niñas” o las discriminen, “acorde a los estándares internacionales de derechos humanos”.

La diferencia esencial entre la jurisprudencia penal australiana y el resto de los países occidentales es la fundamentación de la pena para los delitos culturales, en tanto que ésta es tendiente a la justicia restaurativa, en el resto es retributiva y prevención general. Las cuales no solventan las exigencias de una justicia penal incluyente.

En otro contexto jurisprudencial, las Cortes francesas han valorado *pro reo* esta condición de conflicto normativo/cultural, en aquellos casos de inmigrantes autor de un hecho ilícito como la mutilación genital femenina motivado por la cultura ha sido absuelto o se le ha proporcionado

¹¹⁷⁰ BRONITT, Simon, “Vision of a multicultural criminal law: an Australian perspective”, Marie-Claire Foblets and Alison Dundes Renteln (eds.), *Multicultural jurisprudence. Comparative perspectives on the cultural defense*, Hart Publishing/Oñati International Series in Law and Society, Portland, 2009, p. 126.

¹¹⁷¹ BRONITT, Simon, “Vision of a multicultural criminal law: an Australian perspective”, op. cit., p. 139.

¹¹⁷² BRONITT, Simon, “Vision of a multicultural criminal law: an Australian perspective”, op. cit., p. 142.

un trato sancionatorio benévolo, con el argumento de excluir el elemento subjetivo, el reconocimiento de eximentes o atenuantes, o la autorización de la suspensión condicional de la pena¹¹⁷³.

En cambio, el caso de la jurisdicción inglesa dispone sentencias que admiten *pro reo* la situación de estos conflictos. Por ejemplo, un caso en el que un padre y los dos tíos (uno de ellos armado), los tres musulmanes, habían secuestrado durante veinticuatro horas a la hija/sobrino para intentar persuadirla de finalizar su relación con un joven no musulmán. La sentencia determinó sólo una especie de absolución condicional con la duración de tres años¹¹⁷⁴.

Estos casos denotan cierto avance en reconocer la diversidad cultural ante los conflictos con las normas estatales de acogida, ante comportamientos de inmigrantes motivados por condiciones culturales que contravienen las reglas sociales de la mayoría. Lo que representa un avance limitado pero importante de incorporar al análisis jurídico penal elementos de una cultura que contextualiza los motivos o intenciones del sujeto para cometer ese delito.

1.2.2. Modelo asimilacionista y la interpretación normativa.

El segundo modelo es el asimilacionista que tiene tintes indiferente o insensible a la diversidad cultural y tiende a ser hiperpunitivista al grado de discriminar por ese factor que lo hace distinto al de la mayoría¹¹⁷⁵. Esto es, se busca una justicia “ciega”, pues parte de pensar que el Derecho Penal debe centrarse en los hechos y no en las personas bajo una óptica neutral y objetivo¹¹⁷⁶.

El escenario legislativo es el lugar ideal para este modelo, porque se trata de una ausencia del todo coherente con la lógica de absoluta igualdad formal, de “aséptica neutralidad del Estado frente a las diferencias culturales”, en las que se inspira un modelo asimilacionista. Esto es, la elección de no atribuir, en los espacios públicos ninguna relevancia a la pertenencia del sujeto a

¹¹⁷³ Cfr. BASILE, Fabio, “El derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en particular, las mutilaciones genitales femeninas)”, op. cit., p. 1861.

¹¹⁷⁴ BASILE, Fabio, “El derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en particular, las mutilaciones genitales femeninas)”, op. cit., p. 1864.

¹¹⁷⁵ OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, op. cit., p. 14.

¹¹⁷⁶ SANZ MULAS, Nieves, *Delitos culturalmente motivados*, op. cit., p. 43.

grupos de inmigrantes con raíces culturales tan diferentes a las del Estado de acogida. Por lo que se mantiene inmovible en sus normas en el espacio público donde tiene cabida el Derecho Penal¹¹⁷⁷.

La principal razón de esta indiferencia corresponde a la noción tradicional de igualdad, porque permite a algunos individuos alcanzar objetivos y estilos de vida de la cultura dominante, pero al precio de la renuncia, al menos parcial, a la propia identidad personal y de grupo. Para Young “el ideal asimilacionista presupone que igualdad social significa tratar a todos en base a los mismos principios, reglas y criterios. La política de la diferencia sostiene que la igualdad en cuanto participación e inclusión de todos los grupos, puede requerir a veces un tratamiento diferenciado de los grupos oprimidos o desaventajados”¹¹⁷⁸. Por eso, se requiere evitar una actitud asimilatoria que ignore las diferencias de clases media, laica o de religión cristiana¹¹⁷⁹.

Italia es un caso de este modelo donde la monoculturalidad del tejido social se refleja en el Código Penal que no evidencia vestigio alguno de normas abiertas al reconocimiento de otras culturas étnicas. En la parte especial de tipos cualificados por causa de honor, derogados posteriormente en 1981, permitiría pensar en una apertura del sistema penal italiano a los valores que pudieran expresar las minorías étnicas. El concepto de honor, inmerso en la estructura de estos delitos, no hacía referencia a un grupo étnico, sino a cada individuo considerado como tal¹¹⁸⁰.

Por ejemplo, en 2002 la jurisdicción inglesa sentenció a un musulmán de origen paquistaní inmigrante en 1965, quien mató a su propia hija de 24 años de edad tras encontrar a su novio no musulmán en su habitación. El imputado alegó la eximente de la provocación pidiendo retirar la acusación por *murder a manslaughter*, en función de su estado depresivo sobrevenido tras la muerte de su esposa, así como de su profunda devoción religiosa y convicción cultural de que su hija debía casarse con un hombre elegido o aprobado por sus padres; además,

¹¹⁷⁷ BASILE, Fabio, “El derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en particular, las mutilaciones genitales femeninas)”, op. cit., p. 1861.

¹¹⁷⁸ YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Madrid, 2000, p. 198.

¹¹⁷⁹ FACCHI, Alessandra, “El pensamiento feminista sobre el derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”, *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho en Buenos Aires*, año 3, Número 6, primavera, Buenos Aires, 2005, p. 29.

¹¹⁸⁰ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., pp. 71 y 72.

el sexo fuera del matrimonio no era permitido. Llegado el momento de la sentencia por parte del jurado se determinó que no eran aceptables sus razones culturales para invocar alguna eximente y se le condenó a cadena perpetua por asesinato¹¹⁸¹.

En el mismo sentido, el caso del Tribunal de Arezzo de 27 de noviembre de 1997, donde el órgano jurisdiccional italiano determinó que un argelino de fe islámica es condenado por maltrato hacia la mujer. Según el Tribunal «a pesar de que la pertenencia a una cultura como la islámica, en la que las relaciones entre los individuos están prevalentemente regulados por la religión de acuerdo con valores en conflicto con los del Estado italiano, haga extremadamente difícil para el juez la investigación sobre el elemento subjetivo del delito, en el supuesto concreto, la integración del imputado desde hace mucho tiempo en la sociedad occidental y su tardía adhesión a la fe islámica excluyen la matriz cultural-religiosa de las conductas dominantes, violentas y opresivas realizadas y por tanto su relevancia en la valoración del elemento psicológico del delito»¹¹⁸².

Las razones que conforman un modelo asimilacionista para no reconocer en la sentencia penal elementos culturales están basadas con herramientas interpretativas de disposiciones constitucionales que permiten hacer una lectura contextual correcta y literal de índole originalista. Acorde a lo expresado por Scalia en un texto total, las palabras significan lo que comunicaron a las personas razonables en el tiempo en que fueron escritas. Aunque sin importar el texto que supuestamente interpretamos, se introducirán por contrabando nuevos derechos y si esto falla se incorporarán bajo la cláusula del debido proceso¹¹⁸³.

En cambio, la teoría de la interpretación de Hart resulta estar enfocada a los supuestos de casos difíciles que corresponden al ámbito de las reglas de reconocimiento. Pero sin algún insumo de discrecionalidad en la identificación de dichas reglas, solo es una interpretación en abstracto. Esto es, “un acto de conocimiento y no de decisión”. Aquí resulta oportuno recordar las tres concepciones de la interpretación que Hart denominó como *pesadilla*, *noble sueño* y *vigilia*

¹¹⁸¹ BASILE, Fabio, “El derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en particular, las mutilaciones genitales femeninas)”, op. cit., p. 1864.

¹¹⁸² MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., pp. 91 y 92.

¹¹⁸³ SCALIA, Antonin, *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*, Palestra, Lima, 2015, p. 106.

que han sido analizadas por Pérez de la Fuente¹¹⁸⁴ para identificar el bastión de esta discusión es determinar cuándo los jueces tienen discreción, en el entendido que “para Hart la discreción no se produce en los casos difíciles, sino en los casos donde el derecho está incompleto”¹¹⁸⁵.

Ahora bien, Guastini advierte una teoría cognoscitiva de la interpretación de Hart. Y si esto es así, el discurso de Hart es acorde con la tesis prescriptiva y no descriptiva de los textos jurídicos de conformidad a las reglas sintácticas y semánticas del idioma que corresponda¹¹⁸⁶. Si esto fuera correcto, el ejemplo que pone Guastini de la ambulancia que entra al parque donde está prohibido, será “un problema de identificación de la regla en abstracto”. Solo habrá que identificar si aplican o no excepciones al caso: Para todo x, si x es un vehículo, entonces el ingreso está prohibido. Y para la regla, el cambio sería: Para todo x, si x es un vehículo y no es una ambulancia, entonces el ingreso está prohibido. Así, se está ante dos distintas reglas y no así de distintos casos mediante la aplicación de una misma regla¹¹⁸⁷.

Siguiendo esta argumentación sobre la teoría de la interpretación literal de Hart, si bien, ha sido muy escasa su aplicación por los jueces, es importante pensar en los casos de los delitos culturalmente motivados el juzgador deberá interpretar la norma jurídica aplicable en su sentido literal, ante la ausencia de alguna otra norma vigente que avale o reconozca la costumbre del sujeto activo que cometió el delito. Esto significa que el juez solo tiene que valorar los hechos subsumidos en la norma jurídico penal que resulte imputable, sin alguna otra técnica interpretativa de las que menciona Guastini (“argumento *a contrariis*, argumento *a simili*, argumento teleológico” o “el argumento sistemático”), relacionada con la costumbre del inculcado para emitir una condena. Esto descartaría la viabilidad de aplicar un error de prohibición vencible o invencible a su favor. Por ejemplo, en un acto de ablación del clítoris sustentado en “el determinismo cultural y del pluralismo jurídico de tipo subjetivo”, es

¹¹⁸⁴ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Casos indígenas e interpretación judicial: de la teoría a la práctica”, Mayolo García García, Rodolfo Moreno Cruz (coords.), UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014, p. 202. En el caso de la pesadilla “los jueces crean derecho que aplican a los litigantes y no son imparciales y objetivos promulgadores del derecho existente; para el noble sueño es lo opuesto a la pesadilla, porque los jueces nunca crean derecho, solo buscan el derecho adecuado; y la vigilia se adhiere a una visión intermedia de las dos anteriores, donde los jueces a veces encuentran el derecho adecuado y, otras veces, crean derecho”.

¹¹⁸⁵ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Casos indígenas e interpretación judicial: de la teoría a la práctica”, op. cit., p. 203.

¹¹⁸⁶ GUASTINI, Ricardo, *Otras distinciones*, op. cit., p. 256

¹¹⁸⁷ GUASTINI, Ricardo, *Otras distinciones*, op. cit., p. 257

confrontado por “el argumento del universalismo y el de la igual dignidad” para rechazar una práctica cultural de esta naturaleza. Por tanto, la pena impuesta sería por “un delito contra la libertad sexual de las mujeres”¹¹⁸⁸.

Esta técnica de interpretación literal de la ley en un entorno cultural asimilacionista, en principio posiciona el destino de las normas jurídico-penales a todos los miembros de la colectividad de manera indiferenciados, y sus caracteres obligatorias, generales y abstractas, por el contrario, aplicadas en la práctica al caso concreto suelen establecer regulaciones “excepcionales en razón de las particularidades de sus destinatarios”, ya que tratar de forma igualitaria a seres desiguales no puede considerarse como la auténtica igualdad ante la ley. Por ejemplo, en la antijuridicidad de la conducta típica se encuentra animada por el criterio axiológico de que ha de tratarse lo igual como igual¹¹⁸⁹.

España, por ejemplo, la problemática de la ablación del clítoris en un contexto amplio representa el reto para eliminar la discriminación a las mujeres, a partir de compromisos internacionales contraídos que atrajo la promulgación y publicación de dos normativas aplicables: la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre que modifica el Código Penal para incorporar una nueva redacción en el art. 149, como tipo agravado de lesiones; así como la L.O. 3/2005, de 8 de julio para sancionar de manera extraterritorial esta práctica, agregando el apartado g) al art 23.4 de la LOPJ. Estas disposiciones de manera interna y externa al territorio español permiten criminalizar esta práctica cultural contraria a los derechos humanos de las mujeres. En palabras de Torres Fernández “no era por tanto una auténtica falta de tipos penales para atender la mutilación genital femenina la que justificó la reforma legal, pues era posible su castigo por medio de las figuras ya existentes de lesiones, sino el deseo de dotar de un mismo tratamiento legal agravado a las lesiones, que incapacitan para una vida sexual satisfactoria a las mujeres”¹¹⁹⁰. La cuestión que deja trazado la autora es si ¿debe existir previsto en la ley, las posibles causas de exclusión de responsabilidad penal para algunas variantes de estos comportamientos

¹¹⁸⁸ Sobre este argumento, PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, op. cit., p. 86.

¹¹⁸⁹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, op. cit., pp. 152 y 153.

¹¹⁹⁰ TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, op. cit., p. 11.

culturalmente motivados? o, ¿es suficiente la valoración de las condiciones culturales que motivaron al sujeto a realizar la conducta prohibida?

Las respuestas a estas cuestiones se advierten de difícil solución, por el complejo entramado político criminal que rodean a las posibles fundamentaciones dogmáticas de eximentes para graduar la responsabilidad por comportamientos criminales motivados por el factor cultural. Por lo que, en el caso de un modelo asimilacionista que ejerce un dominio sobre la técnica de interpretación normativa literal, corre el riesgo de no conseguir el acuerdo político ante estas discrepancias para incorporarlas al texto de las normas vigentes. Esto es, la doctrina y jurisprudencia “se muestran cautelosas frente al potencial descrédito del ordenamiento jurídico, que pudiera derivarse del uso generalizado al error en tales casos y se apela al rigor en la apreciación de sus elementos, en una tendencia a incorporar argumentos que limiten su operatividad cuando están en juego los bienes más directamente vinculados a la esencia del ser humano”¹¹⁹¹.

1.2.3. Modelo de la tolerancia y el valor de la diversidad.

El tercer modelo transitable en los conflictos multiétnicos es la vía de la tolerancia y del reconocimiento del valor de la diversidad¹¹⁹². En esta línea, Santamaría Lambás sostiene que el Derecho Penal puede ser sensible gradualmente, lo que permitiría su modificación al menos parcial para tener en cuenta el delito motivado culturalmente, por lo que propone una visión intercultural del Derecho Penal para estos delitos¹¹⁹³.

En situaciones de estas características, el juez no se encuentra con un contexto estructurado, coherente, claro y estable de nociones, valores, estándares y modelos, como un repertorio o catálogo, de los que extraer lo que debe considerar como cultura del sistema a la que debería referirse al decidir sobre un hecho culturalmente motivado. Por el contrario, el juzgador se haya en un terreno se encuentra inmerso en un terreno extraño, complejo y

¹¹⁹¹ TORRES FERNÁNDEZ, Ma. Elena, “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural”, op. cit., p. 441.

¹¹⁹² Al respecto, RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, op. cit., pp. 138 y ss.; HÖFFE, Otried, *Derecho intercultural*, op. cit., 134 y ss.; WALZER, Michele, *Tratado sobre la tolerancia*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 105 y ss.

¹¹⁹³ SANTAMARÍA LAMBAS, Fernando, “La multiculturalidad-interculturalidad y el derecho penal español: presente y futuro”, Adoración Castro Jover (Dir.), *Interculturalidad y derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 245 y 246.

diversificado en el que debe elegir los puntos de referencia que considera calificadores para la determinación de la cultura del sistema. Por eso, debe afrontar las diversas opciones interpretativas de manera precavido no solo de los propios prejuicios, sino al mismo tiempo de los prejuicios difundidos por su sociedad. Esto es, la cultura de su sociedad puede priorizar los valores negativos como discriminación a los inmigrantes, tendencias racistas, la negación a las libertades, odios religiosos. Por ello, el juez debe privilegiar los valores positivos inmersos en la base cultural de la sociedad a la que pertenece, consecuentes a los principios de libertad, igualdad y dignidad. Así, Maglie expone de forma tan enfática que en el caso particular del hecho culturalmente motivado es precisamente la motivación cultural la que constituye la peculiaridad más relevante del supuesto concreto, siendo esta motivación la que exige al juez la tarea de encontrar, dentro del sistema, los espacios de tolerancia que permitan mediar el conflicto entre culturas que está en el centro de la valoración del hecho¹¹⁹⁴.

La tarea no es sencilla para los juzgadores, porque desde una perspectiva liberal basada en la autonomía personal, restringe la capacidad de sus miembros para cuestionar y disentir de las prácticas tradicionales. Esto pone en riesgo de alinear “a esos grupos y de socavar su adhesión a las instituciones liberales”. En cambio, un pensamiento liberal sustentado en la doctrina de la tolerancia podrá ofrecer elementos confiables y más amplios a la legitimidad del gobierno.

Además, el recurso a la jurisdicción debe por ello ser asegurado a quien esté en posición de hacer valer un motivo cultural para el propio comportamiento y es el juez a quien le atañe esta tarea de decidir sobre la existencia y las consecuencias de la verificación de este motivo. La apertura hacia la *cultural evidence* requiere un exhausto ejercicio interpretativo político criminal ante los conflictos culturales. Por ejemplo, casos como el de Kimura quien se metió al mar junto con sus dos hijos para suicidarse por deshonor de su esposo, y reconociendo la práctica tradicional japonesa del suicidio de padres e hijos para lograr obtener en la sentencia una disminución de la pena.

A partir de esta propuesta liberal, la tolerancia deberá impulsar la exigencia a mantener la protección y salvaguarda de los grupos minoritarios, pero al mismo tiempo el Estado no

¹¹⁹⁴ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., pp. 172 y 173.

deberá brindar algún apoyo como suele suceder con el financiamiento público a las escuelas, a los programas para los derechos lingüísticos, o permitir el nuevo diseño de las fronteras políticas. Así, el papel del Estado tienda a la neutralidad y no intente imponer los valores de la mayoría. Esto es, el ejercicio de una ética de no interferencia recíproca.

Si bien, la tolerancia liberal tiende a permitir algunas restricciones internas, pero no las protecciones externas¹¹⁹⁵. Por eso, la tolerancia al constituirse como un ideal aplicable a la solución de conflictos culturales propios del pluralismo¹¹⁹⁶. En particular, los órganos jurisdiccionales que conozcan un delito culturalmente motivado tendrán que valorar todos estos elementos sociales y normativos en aras de justificar su razonamiento y para lograrlo correctamente considero necesario analizar el papel que desempeña la discrecionalidad judicial para su ejercicio práctico. Esto permitirá determinar el grado de valor interpretativo sobre la norma infringida por el sujeto condicionado culturalmente y para realizarlo oportunamente se deberán apoyar con el elemento discrecionalidad que se les ha concedido a la autoridad judicial para estar en condiciones de justificar en una sentencia excluyente de responsabilidad que responda a las cuestiones ¿por qué tolerar? y ¿hasta qué punto tolerar un comportamiento culturalmente motivado?¹¹⁹⁷.

2. El escepticismo epistemológico en la discrecionalidad judicial penal.

La posición escéptica del derecho tiende a estar interrelacionada con debate de la discrecionalidad¹¹⁹⁸. En particular, la escuela realista genovesa inaugurada por Giovanni Tarello¹¹⁹⁹, plantea desde una perspectiva escéptica entienden al derecho como un conjunto definido e identificable de normas jurídicas generales en la labor de los jueces¹²⁰⁰, más que en las

¹¹⁹⁵ Sobre esta posición liberal, KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, op. ci., p. 214.

¹¹⁹⁶ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derecho de las minorías. Una aproximación filosófica*, op. cit., p. 392.

¹¹⁹⁷ Esta cuestión será el objetivo de análisis, *infra*, Sexto Capítulo.

¹¹⁹⁸ Desde una perspectiva más general sobre el escepticismo en la Teoría del Derecho, consúltese, LEITER, Brian, “El problema de la demarcación en la teoría del derecho: una razón más en favor del escepticismo”, Ferrer, Jordi; Moreso, José Juan; Papayannis, Diego (eds). *Neutralidad y teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 223-278; el mismo, *Naturalismo y teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012, en particular, Primera Parte.

¹¹⁹⁹ TARELLO, Giovanni, *La interpretación de la ley*, Palestra, Lima, 2015.

¹²⁰⁰ DEI VECCHI, Diego, “Notas introductorias a la interpretación de la ley”, TARELLO, Giovanni, *La interpretación de la ley*, op. cit. pp. 19 y 20, describe el escenario que dio origen a esta escuela, aludiendo al planteamiento que en 1961 H.L.A. Hart iniciaba *El concepto del derecho*, preguntando ¿qué es el derecho?, y entre tantas

normas mismas¹²⁰¹. Esto es, “una vez concebida la ciencia del derecho como ciencia de predicciones, es fácil llegara concebir también la jurisprudencia conceptualista como ciencia de predicciones cuando se acepta la idea de que las acciones de los operadores jurídicos, y especialmente las de los órganos, están determinadas por las consideraciones inherentes al sistema jurídico que aparecen en las motivaciones”¹²⁰². Por ende, la ciencia jurídica se comprende como una ciencia completamente alejada de la ciencia normativa¹²⁰³, porque su objeto no está conformado por reglas jurídicas en un vacío proposicional, sino por un campo de la conducta judicial¹²⁰⁴.

En este escenario crítico del sistema jurídico, Ricardo Guastini es un representante de la escuela de Tarello que mayor impacto ha dirigido a la interpretación de textos normativos y aplicación de normas. Pero esta crítica tiende a conceder a los jueces una plena discrecionalidad para decidir sobre los casos que deben resolver. A partir de este punto, es factible identificar el concepto de norma como notoriamente ambiguo para Guastini por tres razones: i) “unas veces se usa norma para denotar los enunciados lingüísticos que se encuentran en el discurso de las fuentes formales”; ii) “otras veces se usa el mismo término para denotar el contenido de significado de tales enunciados”; y iii) “con frecuencia, se usa norma también para denotar indistintamente una cosa y la otra”¹²⁰⁵.

formulaciones y respuestas refería que el derecho es aquello que los jueces dicen que es. Ante esta convicción de Hart, propició tres sofisticadas expresiones identificatorias de la escuela realista: i) norteamericana (Llewellyn y Frank); ii) escandinava (Hägerstrom); y genovés (Tarello). Y a partir de este último autor se inicia en Génova “una escuela donde se formaron teóricos del derecho” como Silvana Castignore, Ricardo “Guastini, Paolo Comanducci, Pierluigi Chiassoni, Mauro Barberis y Giovanni Battista Ratti”.

¹²⁰¹ Sobre las referencias a la escuela realista genovés, consúltense, Jordi Ferrer Beltrán, Giovanni B. Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Marcial Pons, Madrid, 2011; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, “Realismo jurídico y conceptos dogmáticos”, *Revista de derecho Coquimbo*, vol. 25, No. 2, dic., 2018; el mismo, “Ciencia jurídica realista: modelos y justificación”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 2012; MARTÍ, José Luis, “El realismo jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia”, *ISONOMÍA*, No. 17, Octubre, 2002.

¹²⁰² TARELLO, Giovanni, *El realismo jurídico americano*, Palestra, Lima, 2017, p. 155.

¹²⁰³ TARELLO, Giovanni, “La semántica del néustico. Observaciones sobre la «parte descriptiva» de los enunciados prescriptivos”, Jordi Ferrer Beltrán, Giovanni B. Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, op. cit., p. 15, “el problema específico que traigo a colación es el de si, y, eventualmente, de qué modo, la función prescriptiva de un enunciado incide sobre la exacta determinación de los comportamientos a los cuales el enunciado hace referencia, o si la referencia semántica del enunciado o una parte del enunciado muta al cambiar la función (prescriptiva o informativa) del enunciado mismo”.

¹²⁰⁴ TARELLO, Giovanni, *El realismo jurídico americano*, op. cit., p. 157.

¹²⁰⁵ GUASTINI, Ricardo, “Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico”, Jordi Ferrer Beltrán, Giovanni B. Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, op. cit., pp. 81 y 82.

Guastini denomina disposición a todo enunciado normativo contenido en una fuente de derecho. En cambio, a la norma la entiende no como al enunciado en sí, sino a su contenido de significado. Así, la operación intelectual que conduce del enunciado al significado no es otra cosa que la interpretación¹²⁰⁶.

Para Guastini el realismo jurídico conjuga tres tesis íntimamente relacionadas entre sí: i) tesis ontológica; ii) tesis metodológica; y iii) tesis epistemológica. Para la tesis ontológica el derecho sería no ya un conjunto de cosas abstractas sino un conjunto de hechos, en particular, hechos sociales de un determinado tipo¹²⁰⁷. En el caso de la metodológica es una teoría escéptica sobre la interpretación, porque es una actividad no cognitiva sino “decisoria”¹²⁰⁸. En cambio, la tesis epistemológica requiere combinar la tesis descriptiva relativa a la doctrina o dogmática y la tesis prescriptiva relativa al conocimiento científico del derecho. Esto es, sobre cómo debería desarrollarse la ciencia jurídica propiamente dicha¹²⁰⁹.

Siguiendo esta clasificación Comanducci identifica cierto sector negando la especificidad de los enunciados prescriptivos (cognitivismo ético), y quienes afirman acerca de los enunciados prescriptivos no tienen ninguna referencia (primer positivo lógico), la filosofía analítica del derecho ha afirmado que los enunciados prescriptivos tienen la misma referencia de los enunciados cognoscitivos, pero diferente función¹²¹⁰.

Comanducci advierte además una distinción entre una parte referencial de un enunciado prescriptivo, que se refiere a un hecho, un evento o un estado de cosas (frástico), con la característica de neutral que puede ser común también a enunciados cognoscitivos; y al mismo tiempo, a una parte referencial, modal (néustico), que determina la función del enunciado¹²¹¹. El enunciado néustico indica si el hecho, el evento o el estado de cosas está pensando como

¹²⁰⁶ GUASTINI, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, op. cit., pp. 77 y 78.

¹²⁰⁷ GUASTINI, Ricardo, “El realismo jurídico redefinido”, Álvaro Nuñez Vaquero (ed.), *Modelando la ciencia jurídica*, Palestra, Lima, 2013, p. 96.

¹²⁰⁸ GUASTINI, Ricardo, “El realismo jurídico redefinido”, op. cit., p. 89.

¹²⁰⁹ GUASTINI, Ricardo, “El realismo jurídico redefinido”, op. cit., p. 106.

¹²¹⁰ COMANDUCCI, Paolo, “La interpretación jurídica”, Jordi Ferrer Beltrán, Giovanni B. Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 54.

¹²¹¹ Al respecto, véase, TARELLO, Giovanni, “La semántica del néustico. Observaciones sobre la «parte descriptiva» de los enunciados prescriptivos”, op. cit., pp. 20-23.

existente, probable o posible (néustico cognoscitivo), o como debido, prohibido o permitido (néustico prescriptivo)¹²¹².

En este sentido, Barberis explica que la reformulación de Guastini al modelo de Tarello en los términos de la teoría de Kelsen sobre el marco interpretativo¹²¹³ produce el siguiente esquema: “el enunciado legislativo, lejos de no expresar nunca «algún», expresa siempre muchos (al menos dos) significados: un marco de significado entre los cuales el intérprete escoge. Entonces, el derecho no sólo es producto de los jueces y del legislador; este último produce disposiciones, o sea enunciados ya dotados de un marco de significados, mientras el juez y, más en general, el jurista, produce normas, eligiendo dentro del marco de significados establecidos por el legislador”¹²¹⁴.

Esta descripción general del realismo genovés clarifica el escenario complejo en el que la interpretación de una norma representa un ejercicio de significados que el juzgador deberá aplicar al momento de elegir la norma correcta para resolver un caso, y más para aquellos casos de conflictos culturales. Lo que explica, a su vez, que los jueces al desconocer la cultura de la persona que ha infringido la norma jurídico penal motivado por sus factores específicos de sus costumbres no sean considerados para justificar su conducta contraria a la norma vigente.

Ahora bien, para entender la falta de reconocimiento de elementos culturales en las decisiones judiciales de los países occidentales al momento de interpretar una norma jurídico penal, tiende a enmarcarse desde una perspectiva escéptica, heredada por el positivismo jurídico al negar la posibilidad de evaluar, determinar o discernir en aspectos de corrección o de justicia en la toma de esta discrecionalidad¹²¹⁵. Donini sostiene que en el último decenio en Italia han aumentado las posturas escépticas frente a la corriente constitucionalista del Derecho Penal, en

¹²¹² COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 96 y 97.

¹²¹³ Sobre la posición de Kelsen en el realismo, consúltese, CHIASSONI, Pierluigi, *Desencanto para abogados realistas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 165-210.

¹²¹⁴ BARBERIS, Mauro, “Un poco de realismo sobre el realismo «genovés»”, Jordi Ferrer Beltrán, Giovanni B. Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 206.

¹²¹⁵ En este sentido, MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 53. “las explicaciones escépticas no logran establecer criterios lo suficientemente fuertes para articular adecuadamente la racionalidad de las decisiones constitucionales”.

su mayoría dominantes al entender que la Constitución pueda o deba tener un valor "fundante" para el Derecho Penal, en vez de representar un mero "límite" negativo, lo que llevo a un problema mayor relacionado con su fundamentación racional y política, ¿Eran tesis políticamente aceptables?, ¿o no? ¿Eran tesis técnicamente posibles? ¿o no? ¿Y en qué medida? Ésta es la pregunta decisiva¹²¹⁶.

A partir de estas consideraciones, el escepticismo epistemológico en la discrecionalidad de los jueces alude al acceso racionalmente de la realidad, en tanto sea posible o no, y si tal acceder es o no objetivo a las posibilidades de manifestar su verdad o corrección. Estas razones o explicaciones podrían requerir de otras explicaciones posteriores para lograr delimitar o comprender más a fondo, para plantear "el «defecto» o la «alternativa» para razonar adecuadamente los casos constitucionales¹²¹⁷.

El argumento de corrección consiste por un lado, que tanto las normas jurídicas y las decisiones judiciales aisladas necesariamente formulan una pretensión de corrección; por otro, se concentra en las consecuencias de la no formulación y de la no satisfacción de esta pretensión¹²¹⁸, piénsese en la concepción sustancial de la colectividad, integrada en torno a las convicciones morales concretamente dadas y su manifestación inmediata en el Estado que tienden la dependencia de los intereses y garantías del individuo a las necesidades de perpetuación de la comunidad ética. Asimismo, existe una notable confusión entre Derecho y moral desde una juridificación de la *Sittlichkeit* hegeliana, esto es, lo protegido no serán intereses esenciales y tangibles de los ciudadanos, sino el conjunto de valores morales presentes en una comunidad, independientemente del contenido y de su corrección, porque en ellos plasmarán la identidad de la comunidad ética. Además, si finalidad del Estado es la perpetuación y fortalecimiento de dichos valores morales, esta misión se realizará no mediante relaciones

¹²¹⁶ DONINI, Massimo, "Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana", *Revista Penal*, N° 8, 2001, p. 33; del mismo autor, *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Ara Editores. Lima, 2010; el mismo, *Poder judicial y ética pública la crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa*, Editorial B de f. Buenos Aires, 2015, en particular, *supra*, Capítulo III.

¹²¹⁷ MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, op. cit., p. 199.

¹²¹⁸ ALEXY, Robert, "La crítica de Bulgyin al argumento de la corrección", *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Aley/ Bulgyin sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 54; el mismo autor, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 66 y ss.

coercitivas externas, prohibiendo acciones, sino mediante relaciones internas, fortaleciendo actitudes¹²¹⁹.

Dworkin refiere que “si nuestras circunstancias económicas o de otro tipo explican por qué nos sentimos atraídos hacia convicciones morales que otras culturas con diferentes circunstancias rechazan”, será necesario diferenciar entre un “escepticismo interno con respecto a la moral es un juicio moral sustantivo de primer orden”. Esto es, para Dworkin se debe apelar a juicios morales más abstracto (emotivos o de actitud) basados en postulados morales, en aras de rechazar la verdad de algunos juicios más concretos o aplicados (hechos morales independientes de la mente). En cambio, un escepticismo externo “pretende apoyarse íntegramente en enunciados externos de segundo orden sobre la moral”¹²²⁰.

El ejemplo que plantea Dworkin es donde “la persona que piensa que no hay una respuesta correcta a la cuestión del aborto, porque los argumentos de un lado no son mejores que los de otro, puede llegar a suscribir en toda la concepción corriente de la moral y sostener que muchos otros juicios morales son francamente verdaderos o falsos”¹²²¹. En cambio, la discusión sobre este caso en la Corte Suprema fue de cinco a cuatro votos “si la Segunda Enmienda a la Constitución de Estados Unidos garantiza a los ciudadanos particulares el derecho a tener armas cortas en su casa”, a lo que muchos abogados se sumaron mediante argumentos a favor y en contra. Con estos dos ejemplos Dworkin muestra lo susceptible que sería pensar en hallar una sola respuesta correcta a los casos complejos. Por lo que su propuesta redundante en plantear una teoría de la interpretación que alcance un tenue equilibrio, donde el escepticismo ni la simplicidad podrán contribuir a ello.

En este sentido, la posición de Dworkin consiste en caracterizar a la interpretación como un fenómeno social, porque existen prácticas o tradiciones interpretativas a las que se pueden adherir en aras a la verdad, por el valor que aporta y tiene el deber de aportar¹²²². En términos analíticos Dworkin identifica tres etapas para la interpretación: i), cuando se individualiza la

¹²¹⁹ Así, ALCACER GUIRAO, Rafael, “Los fines del derecho penal. una aproximación desde la filosofía política”, *ADPCP*, Vol. LI, 1998, p. 399.

¹²²⁰ DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, op. cit., p. 50.

¹²²¹ DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, op. cit., p. 118.

¹²²² DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, op. cit., p.167.

interpretación de las prácticas sociales; ii) cuando se aplica diversos propósitos al “género o subgénero” identificables como pertinentes; y, iii) cuando se intenta reconocer la sobresaliente realización de ese “paquete de propósitos en alguna ocasión específica”¹²²³. No obstante, la comprensión del acuerdo exigido en cada paso a mantener en la práctica no queda completamente establecida con antelación. Por el contrario, será solamente descubierta “*ex post* cuánto y qué tipo de desacuerdo y acuerdo sigue siendo fructífera o se empantana en un arenal argumentativo”¹²²⁴.

Además, la idea de valor para Dworkin encuentra un sentido estratégico, “como una reconstrucción y no como un informe psicológico de su manera de pensar”, y con ello, se podría reconsiderar los supuestos sumergidos que razonablemente pueden atribuirse a los intérpretes, a fin de “explicar cómo respaldan o se oponen a afirmaciones interpretativas”. Por ejemplo, “el juicio de que una interpretación específica de un objeto o acontecimiento específico es la que mejor realiza el valor de una práctica siempre es, en consecuencia, una afirmación muy compleja, que aumenta, desde luego, su carácter intrínsecamente polémico”¹²²⁵. Además, piénsese en el caso de las caricaturas danesas que no fueron reeditadas por los medios de comunicación británicos, ante las protestas de una multitud de musulmanes causantes de una desolación violenta por todo el mundo. Esto para Dworkin fue correcto, porque “hubiera ocasionado mucho dolor entre un gran número de musulmanes británicos, porque les habrían dicho que la publicación pretendía mostrar desprecio por su religión”¹²²⁶.

Siguiendo este planteamiento dworkiniano del valor interpretativo hacia un objeto o acontecimiento, igualmente ocuparía su sitio en esta polémica la libertad de expresión e

¹²²³ DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, op. cit., p.167.

¹²²⁴ DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, op. cit., p.168. El propio autor detalla el proceso de estas tres etapas de la siguiente forma para determinar el valor de la interpretación: i) “el nivel de convergencia o divergencia que una comunidad interpretativa exhibe en esos varios juicios determina si la interpretación prospera dentro de ella o se disipa en la mera diferencia”; ii) “la convergencia requerida es más grande en la primera etapa. Si no hay acuerdo sustancial en torno de lo que se considera interpretación de carácter literario y no alguna otra forma de interpretación, no es posible ningún auténtico desacuerdo en la interpretación literaria”; y iii) “la convergencia es mayor en la segunda etapa que en la tercera: si los abogados no coincidieran en que la interpretación de una ley es un ejercicio político, no podría haber una interpretación estatutaria reconocible”.

¹²²⁵ DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, op. cit., p.169.

¹²²⁶ DWORKIN, Ronald, *Derechos, libertades y jueces*, Tirant lo Blanch, México, 2015, p. 149, afirma que “los lectores y espectadores que siguieron la historia a lo mejor hubieran preferido juzgar por sí mismos el impacto, el humor y la naturaleza ofensiva de las caricaturas y, por tanto, los medios podrían haber sentido alguna responsabilidad de ofrecer esa oportunidad. Pero el público no tiene el derecho a leer u observar lo que quieran sin importar el costo y, de cualquier manera, las caricaturas se encuentran fácilmente en internet”.

incitación al odio¹²²⁷, tratándose una discusión mediante los alcances emotivos de extrema aversión o extremo disgusto o aborrecimiento contenidos en cualquier expresión lingüística que pueda o no calificarse del odio mediante un desprecio intolerante al otro, como lo denomina Vives Antón “injurias absolutas”¹²²⁸, en el caso de Scanlon “desorden desmesurado”¹²²⁹, o siguiendo a Rosenfeld “asegurar un mínimo de civilidad en la palestra pública”¹²³⁰, o el propio Dworkin “resultaba ofensivo o peligroso”¹²³¹; en cambio, Fiss cree que el Estado no debe estructurar “su discurso público de una manera tal que favorezca una opinión sobre otra”¹²³².

Bajo estas directrices sobre la pugna de los límites a la libertad de expresión, Dworkin considera fácilmente separarse por la idea sobre la libertad de expresión, como cualquier otro derecho fundamental. Además, se dispone de sus propios límites, ante aquellas opiniones contrarias al “consenso moral o religioso” que habrán desvirtuado el derecho a ejercer su libertad de expresión. Esta restricción tiende a dejar un margen solo a la salvaguarda de las ideas, gustos o prejuicios compatibles con los que ejercen el poder¹²³³. Esta posición tiende a estar identificada con la visión de Rawls, para quien “las libertades básicas son la libertad política (el derecho a votar y a ser elegible para ocupar puestos públicos) y la libertad de expresión y de reunión; la libertad de conciencia y de pensamiento”. Según Dworkin el ejercicio de la libertad personal de

¹²²⁷ Entre otros, véanse, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, México, 2012, pp. 216-220; ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Cocinar cristos y quemar coranes. Identidad religiosa y derecho penal”, Fernando Miró Llinares (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 81-83; VALIENTE MARTÍNEZ, Francisco, *La democracia y el discurso del odio límites constitucionales a la libertad de expresión*, Dykinson, Madrid, 2020; GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Delitos de discriminación y discurso de odio punible nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Juruá Editorial, Oporto, 2019, en particular, capítulo segundo; MARTÍN RÍOS, Blanca, *La prevención y represión del discurso del odio hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, Aranzadi. Pamplona, 2019.

¹²²⁸ VIVES ANTÓN, Tomás, *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el derecho y la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 506 y 507, ocupa como referente a Post para comprender el alcance injurioso de determinadas palabras extremas, “Post lo expresa diciendo que toda condena de expresión de odio sea racional o contra el Rey, presenta una profunda dificultad conceptual; la de distinguir el odio extremo del desagrado o rechazo normal o, mejor, la probabilidad de que produzcan inmediatamente daños tales como violencia, intimidación o amenaza.

¹²²⁹ Para SCANLON, Thomas, “Teoría de la libertad de expresión”, Dworkin, Ronald (Comp.), *La filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 311, un derecho de esta naturaleza “respaldaría ciertamente una sana doctrina de la libertad de expresión, pero no es una condición *sine qua non* para ésta”. Por eso, la idea es mostrar que “la potestad de la administración de limitar la libertad del ciudadano en aras de evitar ciertos daños no incluye la de prevenirlos controlando las fuentes de información del pueblo para asegurar que conserve ciertas creencias”.

¹²³⁰ ROSENFELD, Michel, “El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo”, *Pensamiento Constitucional*, Año XI N. o /1, p. 198.

¹²³¹ DWORKIN, Ronald, *El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*, Palestra, Lima, 2019, p. 239.

¹²³² FISS, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, Fontamara, México, 1997, pp. 80 y 81.

¹²³³ DWORKIN, Ronald, “Foreword”, Ivan Hare y James Weinstein (comps), *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press, Great Britain, 2009, p. IX.

incluye, a su vez, la libertad frente a aquellas situaciones donde la opresión psicológica, la agresión física y el desmembramiento (integridad física) le ocasionan un daño; “el derecho a la propiedad personal” y la “libertad respecto al arresto” y la “detención arbitraria, tal y como está definido por el concepto de Estado de Derecho”¹²³⁴.

En este contexto, Dworkin diferencia el escepticismo de la incertidumbre, al ser esta una posición por defecto porque “si no tengo una convicción firme ni en uno ni en otro sentido, entonces tengo incertidumbre”¹²³⁵. Para evitar esta situación considera que “todo juez debe pensarse, al decidir un nuevo caso que se le presenta, como parte de una compleja empresa en cadena cuya historia está compuesta por esas innumerables decisiones, estructuras, convenciones y prácticas; su trabajo es el de prolongar esa historia hacia el futuro con lo que hace en el presente. *Debe* interpretar lo que ocurrió antes porque tiene la responsabilidad de llegar adelante la empresa de la que participa y no apartarse de ella tomando una nueva dirección propia”¹²³⁶, y a partir de esto, el juzgador deberá determinar, acorde con su entender, de que tratan las decisiones anteriores, cuáles fueron realmente, si se las toma en conjunto, el eje o tema de la práctica hasta ese momento¹²³⁷. Por lo que su propuesta interpretativa para Dworkin es atribuir una actitud al derecho constructiva¹²³⁸, “su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado. Es por último una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones. Esto es, de todas formas, lo que el derecho es para nosotros: para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos tener”¹²³⁹.

¹²³⁴ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 54.

¹²³⁵ DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, op. cit., p. 54.

¹²³⁶ DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, pp. 207 y 208.

¹²³⁷ DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 208.

¹²³⁸ Sobre este aspecto, véase, BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl, *Dworkin*, Ara Editores, Lima, 2010, pp. 212 y 213, para quien la importancia de su teoría del funcionamiento y del cambio de las prácticas sociales es la actitud interpretativa de quienes desarrollan como participantes sólo en ciertas circunstancias de su evolución. Esto es, la actitud interpretativa requiere la concurrencia de dos presupuestos básicos: i) la creencia de los participantes de que la práctica no sólo existe, sino que tiene un sentido o valor; y ii) la convicción de que las exigencias que se pueden derivar de la práctica dependen del sentido que se le asigne a la misma.

¹²³⁹ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, 2ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 290.

Por otro lado, Mir Puig ha propugnado un escenario continuo de preservar la conexión entre la concepción del Estado y la teoría del Derecho Penal, tanto en su parte más cercana a una política criminal estatal (teoría de la pena y demás consecuencias jurídicas), y por el otro a la dogmática jurídico-penal¹²⁴⁰. Pero esto requiere “reconocer abiertamente la vinculación axiológica expresada en la función de la pena y función del Estado”¹²⁴¹, siempre rechazando la transformación del Estado social en autoritario, deberá respetar una serie de límites que garanticen que la prevención (de la pena) se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos¹²⁴².

Para Mir Puig la “evolución *cultural* incluye el aumento preocupante de la *violencia* en la sociedad. Esto es especialmente evidente en los EE.UU, donde la violencia creciente de los delincuentes se corresponde con un Derecho penal igualmente violento, con penas de muerte cada vez más frecuentes, penas de prisión perpetuas, un número de reclusos extraordinariamente alto, prisiones duras”¹²⁴³. Por otro lado, advierte la deficiente capacidad del sistema económico capitalista frente a la violencia social para lograr completamente integrar a las importantes minorías étnicas¹²⁴⁴.

3. Las influencias de las valoraciones sociales en la discrecionalidad judicial penal.

La relación entre los valores sociales y el Derecho Penal debe analizarse acorde con Silva Sánchez desde tres puntos de vista: i) el influjo de los valores sociales sobre la conformación del Derecho Penal en el rubro de una sociedad establecida. Esto es, “en qué medida son valoraciones sociales las que determinan los bienes de protección o determinan el sistema de imputación de responsabilidad penal”¹²⁴⁵; ii) el influjo del Derecho Penal sobre dichas valoraciones sociales “pueda ejercer con la denominada “función primordial” o a través de los “efectos expresivos”

¹²⁴⁰ MIR PUIG, Santiago, *Estado pena y delito*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2006, p. XIII.

¹²⁴¹ MIR PUIG, Santiago, “Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho”, *Político criminal y reforma del derecho penal*, Temis, Bogotá, 1982, p. 67

¹²⁴² MIR PUIG, Santiago, “Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho”, op. cit., p. 78.

¹²⁴³ MIR PUIG, Santiago, *Estado pena y delito*, op. cit., pp. 10 y 11.

¹²⁴⁴ MIR PUIG, Santiago, *Estado pena y delito*, op. cit. p. 11.

¹²⁴⁵ Así, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *En busca del Derecho penal. esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2015, pp. 35 y 36.

una fuerza configuradora de costumbres los preceptos normativos”¹²⁴⁶; y iii) la conexión dada entre moral y Derecho Penal al atribuirles una equivalencia funcional: “ en cuanto más expresa e intensamente está configurada una determinada moral social, el Derecho Penal puede retroceder en la intensidad de su función de protección”¹²⁴⁷.

Esta intensidad sobre la protección de los valores sociales en sociedad ha sido dimensionada mediante recursos comunicativos atribuidos a la norma jurídico penal. Para ello, Jakobs defiende que, en toda sociedad los individuos o participantes “son representados comunicativamente como relevantes”. Esto significa que los individuos habrán de definirse “por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos *una norma*”¹²⁴⁸. En este contexto, la norma jurídica es la manifestación de una “expectativa de conducta institucionalizada” que no aseguran una conducta acorde a la norma jurídico penal. En cambio, las normas salvaguardan a quien confía en un comportamiento conforme a la norma. Así, para Jakobs el delito no es un fenómeno limitado a la relación entre “norma e infractor, sino como un fenómeno social en el que la víctima y la colectividad se ven afectadas”.

Ahora bien, para Jakobs el proceso comunicativo resulta ser un instrumento de gran importancia para determinar si existe, o no, una igualdad entre las personas al examinar la estabilidad normativa en sociedad y para proponer procedimientos racionales que sustenten consensos vinculantes¹²⁴⁹ entre los contactos que sostengan las personas como parte de sus correspondientes ámbitos de competencia. Esto atendiendo dos circunstancias: i) “el comportamiento debe estar regido por normas”; y ii) ha de resultar adecuado a la norma¹²⁵⁰.

¹²⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *En busca del Derecho penal. esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, op. cit., p. 36.

¹²⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *En busca del Derecho penal. esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, op. cit., p. 36.

¹²⁴⁸ JAKOBS, Günther, *Sociedad norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1998, p. 51.

¹²⁴⁹ Para HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Cátedra, Madrid, 1984, p. 479, “la teoría sociológica de la acción le importan no sólo las características formales de la acción social en general, sino aquellos mecanismos de coordinación de la acción que hacen posible la concatenación regular y estable de interacciones”. En cambio, JAKOBS, Günther, *Sociedad norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, op. cit., p. 26, defiende que una parte de las normas “viene dada por el mundo racional, dentro del cual se produce en la era moderna la comunicación que es común entendimiento sin necesitar una estabilización especial por la vía cognitiva”.

¹²⁵⁰ Así JAKOBS, Günther, *Sociedad norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, op. cit., p. 17. Por su parte BERUMEN CAMPOS, Arturo, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, Cárdenas Editores, 2000, p. 265, refiere que Habermas advierte el plan de acción comprende tres fases o elementos: i) la “interpretación

Esto lo pone de relieve la propia concepción de la norma como una “expectativa de conducta estabilizada contrafácticamente” que para el propio Jakobs “sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en ese sentido, una relación racional”¹²⁵¹. En este aspecto, el autor alemán sostiene que “una infracción normativa es, por tanto, una desautorización de la norma”, toda vez que da origen a un conflicto social, en tanto, se ponga en duda la norma como “modelo de orientación”.

Por su parte, Kindhäuser explica que “la racionalidad, requerida por la comunicación orientada al entendimiento no es de naturaleza instrumental”¹²⁵². Esto es, aquel que acepte argumentar exigencias de verdad o de valoración de forma discursiva, expresa ya con esto que la verdad y la valoración no se pueden encontrar por medio de engaño o de manipulaciones de las convicciones”¹²⁵³. En relación con esto crece el área de los ámbitos individuales libres, y estas libertades necesitan, en cuanto que ellas colisionan recíprocamente en el espacio social, de la coordinación social, dentro de la cual los participantes se entienden¹²⁵⁴.

No obstante, Gracia Martín difiere de este razonamiento comunicativo para centrarse en los fundamentos filosóficos y políticos de una efectiva “realización de la función preventiva de protección del orden social”, relacionado al sistema de las normas de determinación dirigidas a aquellos sujetos formados en el marco de las normas ético-sociales como base de su obrar “en el ámbito de las relaciones sociales”. Por ejemplo, “la formación de cada individuo de un sistema ético individual indispensable para la vigencia del orden ético social es, sin duda, una condición indispensable para que la vigencia del orden social esté garantizada y asegurada frente a él, si bien esto sólo será efectivo en el caso de que el sujeto acate y cumpla realmente su propia norma

común de la situación”, por parte de los participantes, ii) las alternativas de acción percibidas como posibles o existentes, a partir de la interpretación de la situación y, iii) la realización del plan de acción”.

¹²⁵¹ JAKOBS, Günther, *Sociedad norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, op. cit., pp. 17 y 18.

¹²⁵² Tal y como lo explica HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, op. cit., pp. 482-484 y 487. Por nuestra parte, considero que ciertamente la pena se mueve también en el nivel instrumental de la obligación jurídica, la que le asegura la autenticidad del derecho.

¹²⁵³ KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad”, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, op. cit., p. 88.

¹²⁵⁴ KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad”, op. cit., p. 89.

ético-individual de autodeterminación coincidente con el orden social”¹²⁵⁵. Esta visión ético social en las normas jurídico-penales significa que una conducta antijurídica consiste en la infracción de la norma ético-individual paralela a la ético-social. Además, la medida de la culpabilidad le da “el grado de correspondencia que exista entre las normas social e individual infringidas por el sujeto, en tanto, otorgue al contenido de dicha norma el carácter de una *obligación* que le impone su conciencia, orientará también su acción en el ámbito de relación social precisamente en el sentido del orden ético-social de la comunidad”. Pero no puede ser impuesto el orden ético-individual a ningún individuo, toda vez que se debe preservar su autonomía. En consecuencia, “la norma ético-individual de autodeterminación es fuente de deber, en este caso de un deber de la conciencia y así se sustenta una ética de la responsabilidad”¹²⁵⁶.

Por su parte, Alcácer Guirao advierte que desde una concepción liberal el Derecho Penal se establece una constante tensión dialéctica entre facticidad y validez, identificada entre una protección efectiva *frente a* potenciales delincuentes y el respeto a unos principios garantistas no instrumentalizables en aras de dicha protección, debe operar con un concepto de “persona de Derecho” en consonancia con la realidad fáctica, así como a los presupuestos valorativos. Esto es importante preservar, porque un modelo exclusivamente valorativo y excesivamente idealizado contradiría la realidad, “por lo que resultaría inviable respecto del fin de protección efectiva de la libertad de los ciudadanos, mientras que un modelo que sólo atendiera a lo empírico abandonaría la atención a las garantías individuales, orientándose exclusivamente hacia una maximización estratégica de la efectividad punitiva, y vulnerando, de igual forma, la libertad de los ciudadanos”¹²⁵⁷. Además, un Estado liberal y democrático solo puede imponer normas que resulten admisibles a los ciudadanos bajo criterios de diálogo y razonabilidad. Por tanto, deberá abstenerse siempre la autoridad de obrar sobre la base de que una concepción del bien es más valiosa que otra¹²⁵⁸.

¹²⁵⁵ GRACIA MARTÍN, Luis, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 122.

¹²⁵⁶ GRACIA MARTÍN, Luis, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, op. cit., p. 129

¹²⁵⁷ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Los fines del Derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, op. cit., p. 230.

¹²⁵⁸ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Los fines del Derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, op. cit., p. 163.

Existen en cambio otras posiciones sobre el alcance de las valoraciones sociales sobre el Derecho Penal menos normativas como la que propone Jakobs, es el caso de Roxin quien concede a la “prevención general un papel importante para la justificación de la pena porque pese a cierto escepticismo existen motivos preponderantes para aceptar que el Derecho penal contribuye de forma relevante a impedir hechos delictivos y a «reforzar la confianza de los ciudadanos en la existencia y en la prevalencia del Ordenamiento jurídico»¹²⁵⁹. Aunque “la dogmática penal tampoco puede perder el contacto con la realidad, sino que tienen que elaborar sus conceptos de tal modo que estén abiertos a nuevos conocimientos empíricos”¹²⁶⁰ y por supuesto que correspondan con la realidad de cada sociedad.

Frente a esto, Polaino Navarrete identifica una base estatal distinta para la graduación de los valores sociales en el marco del poder punitivo, en dos niveles: i) “en el *Estado intervencionista, paternalista o proteccionista* la tarea de tutela de los ciudadanos frente a injerencias lesivas ajenas es preocupación primaria o fundamental del Estado”; y ii) “en el *Estado liberal o de autorresponsabilidad del ciudadano*, por el contrario, se intenta proteger a los ciudadanos reconociéndoles la libertad de crear un ámbito de actividades de riesgos propios, dentro de ciertos límites, los límites del riesgo permitido”. Esto es, cada uno de los ciudadanos será “*responsable de su ámbito de organización* (competencia por organización), en ejercicio de su reconocida libertad”¹²⁶¹.

Esta diferenciación de Polaino Navarrete permite entender que en el primer nivel los ciudadanos carecen de un margen amplio de libertad y son tratados como menores de edad. Lo que podría relacionarse con aquellos Estados paternalistas que no reconocen a los indígenas como personas libres sino sometidas a la voluntad del gobernante. Lo cual resulta incompatible con un sistema democrático. En cambio, en el segundo nivel el traslado de la responsabilidad a cada ciudadano coincide con el ámbito de criminalización de los delitos culturalmente motivados.

Ahora bien, la visión ético-social de Polaino Navarrete para el Derecho Penal tiene grandes implicaciones las observaciones establecidas por Welzel quien propuso la necesidad de

¹²⁵⁹ ROXIN, Claus, *Claus Política criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad*, op. cit., p. 87.

¹²⁶⁰ ROXIN, Claus, *Claus Política criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad*, op. cit., p. 87.

¹²⁶¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, Porrúa, México, 2001, pp. 173 y 174.

asegurar un espíritu estable de fidelidad jurídica de los ciudadanos en relación con los bienes, tales como el honor, la probidad¹²⁶². En consecuencia, “estima que el derecho penal representa un “mínimo ético”, en tanto dicho derecho, al garantizar una serie de valores que son también espiritualmente reconocidos en sentido positivo en el plano de la moral, cumple de modo indirecto una función garantizadora o tutelar de valores morales”¹²⁶³.

El paso a seguir es determinar si estas elaboraciones doctrinarias ofrecen alguna certeza al juzgador que deberá resolver mediante el ejercicio de la discrecionalidad judicial conflictos culturales. Si seguimos la posición de Jakobs de una sociedad comunicativa el juez tendrá razones para imponer una sanción a un gitano por “un delito de amenazas contra su mujer” quien le denunció “por malos tratos”. Aun cuando su comportamiento fuera motivado por la ley gitana, que le permite tomar represalias por la denuncia presentada ante las autoridades contra la familia de la mujer maltratada. Porque los valores del juez son acordes con los regulados en la norma que prohíbe una amenaza, sin haber valorado de manera mínima que la conducta delictiva tuviera algún contenido étnico-cultural a tomar en consideración¹²⁶⁴. Es claro una visión asimilacionista identificada por el juzgador ante un delito culturalmente motivado.

En cambio, la posición de Alcácer Guirao tiende a establecer una base mínima de tolerancia para la determinación de la pena sobre conductas conflictivas que son manifestación de la diversidad cultural propias de las sociedades modernas. Por ejemplo, acorde con el multiculturalismo, no podrán resolverse adecuadamente estos conflictos mediante estándares de convivencia conforme al pensamiento clásico liberal. Porque una vez restringido los derechos fundamentales se está “imposibilitado de responder a las reivindicaciones de reconocimiento y protección de las diferencias culturales que reclaman las comunidades identitarias”¹²⁶⁵. En este

¹²⁶² Al respecto, ZACZYK, Reiner, *Aspectos de la fundamentación liberal en el derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 44, se plantea si el honor de la persona es parte de su existencia como persona de derecho, o si, de una cierta especie de sentimiento o sensación interna significativa. Por ello, la idea es averiguar si es específicamente la libertad la que se ve lesionada cuando, por ejemplo, a una persona se le llama mediante un nombre de un animal o cuando se le endilga falsamente la comisión de un delito, o como lo expone el autor: “¡asesino!”.

¹²⁶³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Naturaleza del deber jurídico y función ético-social del Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 32.

¹²⁶⁴ Al respecto, SANZ MULAS, Nieves, *Delitos culturalmente motivados*, op. cit., p. 74.

¹²⁶⁵ En este sentido, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Diversidad cultural, intolerancia y Derecho Penal”, *RECPC*, 18-11, 2016, p. 16, concentra su análisis en el discurso de odio y su restricción por el Derecho penal. Ello se lleva a discutir dos cuestiones: i) “si, de una parte, deben tolerarse discursos intolerantes de las minorías culturales como forma de proteger su identidad”; y ii) “si, puede fundamentarse la restricción penal de la libertad de expresión en

contexto, Alcácer Guirao recueda los casos con el uso del velo islámico, burka o burkini que mediante el uso de una ropa con fines religioso pretenden otorgar identidad al grupo¹²⁶⁶. Así, un juez que reconozca la diversidad cultural por motivos religiosos para el uso del burkini no estará de acuerdo en imponer una medida coercitiva, aún y cuando una autoridad estatal haya establecido la sanción por decreto. La razón del juzgador para resolver este conflicto entre la ideología del liberalismo y las exigencias propias del multiculturalismo corresponde para Alcácer Guirao con a identificar si las diferencias culturales identificadas conllevan a implementar particulares “políticas del reconocimiento” que permitan protegerlas y fomentarlas. Por el contrario, la convivencia multicultural deberá preservarse mediante la salvaguarda de los Derechos Humanos con independencia de su credo, etnia o nacionalidad¹²⁶⁷.

Ahora bien, recurrir a los mínimos éticos para idear un escenario propio en la discrecionalidad judicial de la pena ante delitos cometidos motivados culturalmente, no guarda relación alguna con el denominado Derecho Penal mínimo¹²⁶⁸ que a decir de Polaino Navarrete sería políticamente correcto, pero dogmáticamente vacío¹²⁶⁹. En especial, para afrontar los conflictos entre costumbres ocasionados por las conductas motivadas por factores de su cultura que contravienen la pretensión normativa de preservar la fidelidad a los valores establecidos en la sociedad donde se encuentran los extranjeros o grupos indígenas que no son parte del contexto

aras a proteger esa identidad cultural o como vehículo para fomentar el discurso de las minorías”. Por ejemplo, el caso más representativo para ello, es el “del *Imam de Fuengirola*, relativo a la publicación de un libro titulado *La mujer en el islam* donde la relación entre hombre y mujer, se daban indicaciones acerca de cómo debían propinarse los golpes por parte del primero para evitar causar daños muy graves. Estos hechos fueron declarados constitutivos de un delito de provocación a la violencia contra un grupo por razón de sexo (art. 510.1 CP), imponiéndose una pena de un año y tres meses de prisión”.

¹²⁶⁶ Si bien esta visión cultural no es aceptada de manera absoluta. Diversas posiciones feministas denuncian que su uso responde más por coacciones a la mujer musulmán ante la amenaza de un castigo de no acatar las tradiciones culturales de los hombres.

¹²⁶⁷ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Diversidad cultural, intolerancia y Derecho Penal”, op. cit., p. 14.

¹²⁶⁸ Una posición alternativa a la concepción del Derecho penal mínimo, es la visión más amplia de un Estado mínimo elaborada por PAREDES CASTAÑON, José Manuel “Teoría libertaria y política criminal”, Jesús María Silva Sánchez, et. al., (Coods.), *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Editorial B de f, Madrid, 2017, p. 185, para quien un Estado mínimo se caracteriza por constituir una agencia monopolista de protección y de supervisión de acuerdos: a diferencia de una sociedad anarquista, en el Estado mínimo “todos los miembros de la comunidad están obligados” a someter los acuerdos en que basan sus interacciones a la supervisión. O bien, todos los miembros de la comunidad se benefician de dicha protección y supervisión.

¹²⁶⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Naturaleza del deber jurídico y función ético-social del Derecho penal*, op. cit., p. 42. En este mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 300, considera necesario analizar si es “legítimo que el Derecho penal, además de determinar el comportamiento externo de los ciudadanos”, configure –como realmente lo hace– “su conciencia interna, produciendo fenómenos de adhesión y fidelidad”. Por eso, “debe estimarse en buena medida independiente de la efectividad de la norma. Esto es, de su real aplicación, por mucho que dicha aplicación pueda reforzar el aspecto configurador de las costumbres”.

axiológico que protege la norma jurídico penal. Ello, representa un reto para el juzgador de neutralizar tales comportamientos culturales frente a los fines de la pena acorde con las reflexiones de Silva Sánchez quien identifica ciertas conductas individuales claramente “anti-éticos aunque no estén penalmente tipificados”. En cambio otros comportamientos que, si estén reglamentados en los códigos penales, podrían entenderse como “neutrales desde una o varias perspectivas éticas”¹²⁷⁰.

3.1. El pluralismo y la inconmensurabilidad de los valores en sede judicial.

El concepto de cultura como ha sido descrito¹²⁷¹ advierte una indeterminación conceptual que marca la profundidad del problema sobre cada una de las posiciones desarrolladas por la doctrina sobre la relevancia moral de la identidad cultural. Para retomar esta problemática con mayor énfasis aproximativo a la relación del pluralismo y la inconmensurabilidad de los valores en sede del multiculturalismo, se hará mediante el estudio de Pérez de la Fuente, quien de manera muy precisa identifica los puntos filosófico-políticos torales en la diferenciación de una posición moral sobre enunciados empíricos de prácticas culturales, tendientes a un relativismo cultural donde dichas prácticas de las diversas sociedades se contraponen, (en tanto sean verificados los enunciados mediante un enunciado verdadero o falso). Y por otro lado, el relativismo moral difiere del anterior por entender cualitativamente que “todas las prácticas culturales de las diversas sociedades están justificadas y, por consiguiente, no existen valores, fuera de esas culturas para juzgar tales prácticas”¹²⁷².

A partir de esta diferenciación del relativismo cultural y moral, la polémica que atiende Pérez de la Fuente es la condición de igual valor de las culturas donde se encuentra inmersa la cuestión de su inconmensurabilidad que tiende a “confundir el punto de vista moral y el punto de vista cultural”, teniendo grandes repercusiones prácticas en la educación¹²⁷³.

¹²⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 303.

¹²⁷¹ Véase al respecto, *supra*, Capítulo Segundo, numeral 2.1.

¹²⁷² PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación iusfilosófica*, op. cit., p. 384.

¹²⁷³ Para PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación iusfilosófica*, p. 385, las críticas a los “programas de estudios de las universidades americanas son por su etnocentrismo y visión parcial de la realidad cultural humana”. En cambio, “la necesidad de reconocimiento de otras perspectivas y el seguimiento de otras evoluciones culturales que no sean la occidental parecen una reclamación para una educación que no sea tildada de etnocéntrica”.

En cambio, hay posiciones que defienden un valor mayor a una cultura sobre otra, como lo haría Sartori¹²⁷⁴ por considerar indispensable recurrir a criterios para valorar las culturas desde cánones de la civilización occidental. Este planteamiento de Sartori cabe contrastar las posiciones de Taylor¹²⁷⁵, Raz¹²⁷⁶, Oliva Martínez¹²⁷⁷ y del propio Pérez de la Fuente que defienden diferentes argumentos elaborados en direcciones distintas y en niveles diferentes. Pero las tres visiones son coexistentes en la base del liberalismo igualitario para sostener la “eliminación de las diferencias culturales de la esfera pública”¹²⁷⁸ conlleva a que “las culturas deban ser tratadas de manera igual por el Estado desde una política de la neutralidad”. Y otra cosa sería determinar “si esas culturas ponen en cuestión el catálogo de derechos y deberes en el que se basa el consenso de la esfera pública”. Para esto último propone Pérez de la Fuente realizar “una interpretación intercultural de los derechos”, toda vez que “en algunas ocasiones una vulneración grave del catálogo de derechos puede ser justificación para desvirtuar la presunción del igual valor de las culturas”¹²⁷⁹.

Para constatar los beneficios del liberalismo igualitario en sede de la inconmensurabilidad entre los puntos de vista culturales y morales, se usara un caso de derecho consuetudinario

¹²⁷⁴ En este sentido, PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación insfilosófica*, se enfoca a la obra de SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001.

¹²⁷⁵ Según TAYLOR, Charles, *Argumentos filosóficos*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 328, la idea es que los juicios de valor en que éstos aparentemente se basaron estaban de hecho corrompidos, desfigurados por la estrechez de miras, la insensibilidad o peor aún, el deseo de degradar a los excluidos.

¹²⁷⁶ Para RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, op. cit., p. 198, los juicios acerca de la inferioridad de otras culturas denotan en el prejuicio y en la ignorancia. En realidad, un número alto de culturas “no pueden ser comparadas en estos términos. Cada una de ellas es valiosa. Cada una de ellas puede ser mejorada de una manera consistente con su propio espíritu y dentro de sus propios recursos. Pero ninguna de ellas puede ser juzgada superior a las demás, sino que estas ideas pueden justificarse solamente sumergiéndose en una discusión acerca de los fundamentos de la ética”.

¹²⁷⁷ Al respecto, véase, OLIVA MARTÍNEZ, Daniel J., *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos. Fundamentos, contextos formativos y normas de derecho internacional*, Universidad Carlos III de Madrid/BOE, Madrid, 2012, pp. 228 y 229, para quien colocar a todas las culturas con un mismo valor, supone colocar a las culturas en un plano de igualdad y sobrepasando ya cualquier complejo colonialista de superioridad cultural. Esto permitirá contrastar a las culturas, enfrentarlas con espíritu crítico y rechazar activamente, sin temor a que se denuncie de intromisión cultural, en aquellas pautas culturales de un grupo desde la pertenencia a otro. Por otro lado, Oliva Martínez que equiparar a todas las culturas por igual facilita un diálogo sincero y sin imposiciones, crítico y auténtico, entre grupos culturales diferenciados y permite introducir un correctivo ético transcultural que produce un efecto relativizador sobre las expresiones más primitivas de la cultura de los pueblos indígenas para que sean excluyentes al tiempo que pueden favorecer un renovado discurso de crítica intracultural al interior de las comunidades.

¹²⁷⁸ Al respecto, TAYLOR, Charles, *Argumentos filosóficos*, op. cit., p. 337, sostiene que la esfera pública es “un espacio común donde los miembros de la sociedad encuentran, a través de una cierta variedad de medios de comunicación (impresos, electrónicos) y también en reuniones cara a cara, para discutir asuntos de interés común, y de este modo, ser capaces de formar una opinión común sobre ellos”.

¹²⁷⁹ *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, op. cit., pp. 383-392.

analizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación correspondiente al recurso de Amparo Directo en Revisión 5465/2014 de 26 de abril de 2017, y el Ministro Ponente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, integrante de la Primera Sala, propuso mediante Tesis 1a. CCCLII/2018 (10a.) emitir el criterio cuyo rubro “PERSONAS INDÍGENAS. CRITERIOS DE APLICABILIDAD DE LAS NORMAS DE DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA”, corresponde en advertir que conforme a la Constitución Mexicana no resultan aplicables las normas de derecho consuetudinario indígena que contravengan de manera directa los derechos humanos¹²⁸⁰ “que pertenecen al dominio del *ius cogens*”, por ejemplo, los actos de tortura, o bien, la desaparición forzada de personas, o la explotación o la misma esclavitud, así como la discriminación racial, étnica o religiosa¹²⁸¹.

En este sentido, continúa razonando el Ministro Gutiérrez Ortiz Mena que lo mismo acontece con las reglas que imposibiliten las vías de acceso a la justicia, pero que no obstruya la viabilidad de añadir “al contenido y alcance de estos derechos y al significado de estas conductas una interpretación culturalmente” incluyente¹²⁸². Y por lo que atañe al ámbito “de igualdad y no discriminación”, el recurso “de usos y costumbres” en grupos minoritarios, como las comunidades indígenas, no debe usarse como pretexto para aumentar la “opresión” su contra. Inclusive, para aquellos casos donde al interior de grupos originarios se generen exclusiones a otros miembros del grupo. Por ejemplo, como mujeres, niños y niñas, por motivos religiosos “o personas con discapacidad, entre otros”.

¹²⁸⁰ Al respecto, CABEDO MALLOL, Vicente, *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*, Icaria, Barcelona, 2012, p. 60, cita a González Galván para enfatizar los elementos descriptivos más importantes “del Derecho indígena” que son: “el órgano encargado de establecer” las reglas (en el caso mexicano, el Consejo de Ancianos); “las características” de las reglas indígenas; consuetudinariedad y oralidad; los valores indígenas que persiguen “el mantenimiento del equilibrio” ente “todas las fuerzas-energías existentes en la naturaleza”; y “los derechos humanos” indígenas que serían intersubjetivos, comunitarios o, si se prefiere, colectivos.

¹²⁸¹ Para FLORES DÉLEON, Erika, *Introducción al derecho cultural*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 41, acorde con “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas”. Por tanto, “las obligaciones de investigar y sancionar implican que las víctimas de violaciones de derechos humanos deben contar con procesos efectivos que esclarezcan la verdad sobre dichas violaciones, así como la persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, es decir, aplicar la consecuencia jurídico-normativa de la violación de una norma de derechos humanos”.

¹²⁸² Así, CASTRO JOVER, Adoración, “Interculturalidad y derecho en el ámbito regional y supranacional europeo”, *Interculturalidad y derecho*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 33, “los principios de tolerancia y diálogo intercultural aparecen, también en el artículo 6 del Convenio Marco para la Protección de las Minorías nacionales como herramientas que favorecen el respeto y la comprensión mutuas, en definitiva, contribuyen a la cohesión social”.

Esto lo ejemplifica la imperiosa necesidad de proteger y salvaguardar a las mujeres de la violencia en su contra. Además, la resolución incentiva a limitar el libre ejercicio cultural de aquellos grupos minoritarios que no pueden justificar dichas prácticas para violentar los derechos de las mujeres. Por ello, el grupo originario “no podrá escudarse en el pluralismo jurídico para legitimarlas”. Por ejemplo, el caso del matrimonio forzado donde se vulnera por costumbres el derecho a una mujer a elegir libremente a su esposo y a casarse, (deriva de su dignidad e igualdad como ser humano)¹²⁸³ cuando así lo decida, y no de manera comprometido. Esto acorde con lo dispuesto “por el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, al referir que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento”, misma que debe ser considerada por los órganos jurisdiccionales al momento de fundamentar un fallo.

Este conflicto de normas tendientes a sobreponerse las que protegen los derechos humanos, es importante mencionar el papel que desempeña en este campo de conflicto de normas, el concepto de inconmensurabilidad y para mejor comprensión de su aplicación en sede judicial, ha sido Pérez de la Fuente quien analiza desde el campo de la filosofía el conflicto de valores, en particular, a la dificultad que implica la aproximación de los jueces a los conceptos, porque “el problema radica en si la virtualidad explicativa de un determinado concepto se corresponde con un conjunto de casos significativo que justifique su uso por parte de una comunidad de referencia”¹²⁸⁴. Esto es necesario, “porque los juristas se aproximan a los valores por una necesidad práctica”, y más los jueces que tienen la obligación al momento de elegir los casos planteados para justificar sus decisiones legales ante los valores que algunas veces deben comparar lo incomparable.

¹²⁸³ Así, CUADRADO RUÍZ, Ma. Ángeles, “El delito de matrimonio forzado”, op. cit., p. 502.

¹²⁸⁴ PÉREZ DE LA FUENTE, “Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N°. 15, 2007, p. 1.

Esto es posible para Pérez de la Fuente en tanto se logre distinguir entre: i) “la estructura de los valores en abstracto; ii) la deliberación de los valores en el caso concreto”; iii) “la reconstrucción de los valores en la decisión final”. Aunque existen otras posiciones que no reconocen “mayores dificultades entre la estructura de los valores que utilizan y la justificación de sus decisiones”; pero la cuestión es “¿cómo se deciden los casos en los que existen valores inconmensurables?”¹²⁸⁵. Por un lado, el sentido fuerte consiste en que “la incomparabilidad de los valores analizados, se produce un fallo de la transitividad en la ordenación de preferencias”. Esto es, la aceptación metaética del irreductible pluralismo de valores; asimismo se produce la afirmación sobre los “límites de la racionalidad en la deliberación práctica”; y en el particularismo en sede de la justificación de la decisión¹²⁸⁶. Por otro lado, “el sentido débil de inconmensurabilidad atañe a la inexistencia de una métrica simple que sea común a los valores analizados; afirmar la importancia de la vaguedad del lenguaje en la deliberación práctica; relevancia de las distinciones cualitativas en la estructura de los valores; y la justificación de la decisión es fruto de la ponderación de los valores”¹²⁸⁷.

Entre la versión de la inconmensurabilidad fuerte y débil, Pérez de la Fuente defiende la primera en su versión del particularismo en la justificación de la decisión mediante un modelo aristotélico de deliberación basado en la prudencia¹²⁸⁸, “es posible que existan casos que si predomina un enfoque del reexamen continuo socrático la decisión y la justificación requiera un esfuerzo superior que modifique o amplíe algunas concepciones previas, entre las que se encuentra afirmar que existe un sentido fuerte de inconmensurabilidad de los valores”¹²⁸⁹.

Con estos breves apuntes sobre la función de la inconmensurabilidad y el pluralismo en sede judicial, la visión fuerte tiende a identificarse con el razonamiento del Ministro Gutiérrez Ortiz Mena para quien un tribunal jurisdiccional deberá pronunciarse sobre las circunstancias razonables¹²⁹⁰ “que algunos derechos pueden limitarse legítimamente cuando su pleno ejercicio

¹²⁸⁵ PÉREZ DE LA FUENTE, “Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos”, op. cit., p. 2.

¹²⁸⁶ Así, PÉREZ DE LA FUENTE, “Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos”, op. cit., p. 2.

¹²⁸⁷ Cfr., PÉREZ DE LA FUENTE, “Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos”, op. cit., p. 3.

¹²⁸⁸ PÉREZ DE LA FUENTE, “Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos”, op. cit., p. 11.

¹²⁸⁹ PÉREZ DE LA FUENTE, “Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos”, op. cit., p. 12.

¹²⁹⁰ Para PRIETO DE PEDRO, Jesús, *Cultura, culturas y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 50, sostiene que “la decisión jurídica, y muy en particular en el derecho constitucional, nunca puede

ponga en riesgo la existencia de la comunidad o la preservación de usos y costumbres que son esenciales para su sobrevivencia”. La base del razonamiento corresponde al control constitucional, donde resultaría admisible “ciertas afectaciones a los derechos cuando su propósito fundamental sea preservar las particularidades culturales de la comunidad –incluida su visión del derecho– por ejemplo, a la propiedad colectiva, a las prácticas religiosas, o el uso de lenguaje tradicional, entre otros”.

El Ministro ponente sostiene que la relación de conflictos de “las comunidades indígenas con otros miembros de la sociedad”, deberá establecerse la validez del daño causado al derecho fundamental o humano estudiado en sede judicial. Si ese derecho denota un propósito válido en toda sociedad multicultural, donde la medida resultará indispensable para la consolidación de la democracia, se deberá determinar si es oportuna para los propósitos deseados acorde con el principio proporcionalidad. En este sentido, lo que se pretende es no “desnaturalizar el derecho consuetudinario indígena”, o bien, “imponer limitaciones que impliquen el desconocimiento de la existencia de sociedades multiculturales”. Así, los órganos jurisdiccionales que deban resolver el caso tendrán que decidir tomando en cuenta: i) “la calidad de indígenas o no de las personas involucradas”; ii) “el sistema normativo debidamente documentado, vigencia y observancia general dentro del pueblo al que se autoadscribe la persona indígena”; iii) “la norma que resulte aplicable de acuerdo con los principios hermenéuticos contenidos en la Constitución”; y iv) “apego al régimen constitucional de protección, respeto y garantía de los derechos humanos”.

Este caso resuelto permite comprender ciertos límites al reconocimiento del derecho consuetudinario “frente a violaciones a los derechos humanos” generados de manera interna a su comunidad indígena o hacia afuera a otros miembros de la sociedad. Para ello, se recurre a identificar los objetivos legítimos de los derechos reconocidos en una sociedad multicultural y si tal derecho es proporcional acorde con la discrecionalidad del juzgador, sobre cada caso específico, tomar la decisión de fallar a favor o en contra en estricto apego a los Derechos Humanos establecidos en la Constitución.

ser racionalizada totalmente; pero ello sólo puede significar que de lo que se trata es de la racionalidad posible, no que sencillamente se pueda prescindir de una metodología constante”.

Adicionalmente, el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena emitió otra tesis jurisprudencial 1a. CCXCVIII/2018 (10a.), intitulada “PERSONAS INDÍGENAS. DERECHO APLICABLE CUANDO INTERVIENEN EN UN PROCESO JUDICIAL”, donde centra su atención en el “principio interpretativo *pro persona*” relacionado a las “normas de derecho consuetudinario indígena podrían resultar aplicables en casos concretos, incluso, tramitados en la jurisdicción del Estado central, cuando prevean la protección más amplia para cierto derecho”, acorde a la Constitución, y no así, “la contravengan y se respete la protección y garantía de los derechos humanos”.

Para ello, propone el Ministro Gutiérrez Ortiz Mena utilizar “un peritaje antropológico, o con cualquier otro medio lícito, para comprender la cultura de las personas, pueblos o comunidades involucrados; la forma en que se gobiernan; las normas que les rigen; las instituciones que les sustentan, los valores que suscriben, la lengua que hablan y el significado, para ellos, de las conductas y derechos materia del juicio respectivo”. En el trasfondo de esta argumentación antropológica en sede judicial, resulta valiosa porque a decir de Carrasco y Cesano, “la pericia antropológica puede orientar técnicamente al juez al aportar conocimientos sobre la cultura de un grupo, su manera de pensar y comunicar, describiendo la relación intergrupala y la fidelidad de sus miembros a ciertas normas o sistemas de vida. Y a partir de sus explicaciones densas decodificar los significados de una conducta o de un comportamiento que se encuentran encriptados por una cultura diferente a la hegemónica”¹²⁹¹.

Ahora bien, el Ministro advierte que los jueces disponen el deber de apearse al marco constitucional para proteger, respetar y garantizar los Derechos Humanos, a fin de fomentar una perspectiva de diálogo entre los dos sistemas normativos (consuetudinario y legislativo), para aceptar el rasgo multicultural que denota la sociedad mexicana. Por otro lado, se tiene que garantizar “el acceso a la justicia en condiciones de igualdad y autonomía de las personas, pueblos y comunidades indígenas, sin imponer arbitrariamente una visión determinada del mundo que atente contra la igualdad entre las culturas y la diversidad étnica”.

¹²⁹¹ CARRASCO, Morita y CESANO, José Daniel, *La pericia antropológica cultural y el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 30.

Esto mismo corresponde en el avance del reconocimiento a la diversidad en el marco de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Consejo de Europa y la normativa interna de la Unión Europea, tal y como lo señala Castro Jover, “la estructura del modelo se basa, de un lado, en compartir unos valores comunes que tienen raíz en el modelo liberal y que se concretan en una organización política democrática, un Estado de Derecho y un catálogo de derechos humanos, estos valores comunes deben ser consensuados, de otro lado, en el reconocimiento de la diferencia y todo ello mediante un diálogo intercultural”¹²⁹².

Ahora bien, el Ministro Gutiérrez Ortiz Mena sostiene que “las normas del derecho consuetudinario indígena estarán, en todo tiempo, sujetas, tal como el resto de las disposiciones que integran nuestro régimen jurídico, a examen constitucional, convencional y legal para decidir sobre su pertinencia y aplicabilidad en casos concretos, dentro del necesario diálogo intercultural para definir el significado y contenido de los derechos”. Además, la posición del Ministro anuncia que por sí mismo la presencia de una “norma de usos y costumbres” no conlleva *per se* su aceptación inmediatamente. Esto resulta importante resaltar, porque “es posible que el reconocimiento de ciertos usos y prácticas culturales de las personas, pueblos y comunidades indígenas afecte los derechos humanos de quienes componen la comunidad indígena o de quienes se relacionan con ella”.

En este sentido, el Ministro Gutiérrez Ortiz Mena detecta de manera acusosa que “los conflictos de normas y derechos” que surgen debido a la vigencia y aplicación “de una norma de derecho consuetudinario indígena” tendrán que solucionarse, caso por caso, a través de principios y métodos regulados a nivel constitucionalmente admisibles, siempre y cuando, éstos se encuentren dentro “de estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores, esto para lograr el consenso mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una, esto es, debe adoptarse una perspectiva intercultural”.

4. La discrecionalidad judicial en los delitos culturalmente motivados.

¹²⁹² CASTRO JOVER, Adoración, “Interculturalidad y derecho en el ámbito regional y supranacional europeo”, op. cit., 56.

Delimitar el estudio de la discreción judicial¹²⁹³ y la interpretación jurídica a los casos de diversidad cultural conducirá, en última instancia, a identificar cómo garantizar de modo plausible respuestas jurídicas que son objetivamente correctas sobre todo, para justificar la determinación judicial de la pena y proporcionalidad del hecho¹²⁹⁴ cometido por razones culturales, o bien, el reconocimiento, tolerancia y aceptación de tales comportamientos condicionados aún y quebrantando los fines de la norma jurídico penal suficientes para excluir la responsabilidad penal.

Pero antes de abordar esta problemática, la discreción es entendida como “*elección* entre alternativas abiertas”, consistentes en elegir por alcanzar el curso de una acción definitiva cuando queda constatable dos posibilidades reales cuando menos de acción recíprocamente excluyentes¹²⁹⁵. Entre las cuales el Derecho no proporciona razones que mejoren alguna sobre las otras¹²⁹⁶. O bien, con una sola posibilidad de acción en cuyo caso no habría ni asomo de discrecionalidad, pues ésta implica una opción, una preferencia. Y pensando en sus hipotéticos nexos con el mundo de la «justificación», tenemos que o bien una sola de las opciones reales es justificable (de una o de diversas maneras) o hay varias que lo son (de una o diversas maneras). De ahí que para anular una decisión haya de argumentarse que ésta no es justificable (ni entra entre las justificables ni, con más razón, es la única justificable) y, por ende, tampoco discrecional sino arbitraria¹²⁹⁷. Esto último tiene origen en la prestigiosa fórmula de Radbruch, quien detecto ante casos de “conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse en el sentido

¹²⁹³ Siguiendo a IGLESIA VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 21, el inconveniente de la necesidad técnica sobre la discreción judicial tiende a ser analizada en distintas “aproximaciones a los límites del Derecho en relación con la obligación judicial de fallar”.

¹²⁹⁴ El trabajo de DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1998, ha sido uno de los trabajos mejor elaborados en los últimos veinte años sobre la individualización de la pena. No obstante que el estudio no dispone de una orientación propia para pronunciarse sobre esta aplicación judicial de la pena sobre casos relacionados con delitos culturales, será utilizada en gran medida su potencial argumentativo para los objetivos de esta investigación.

¹²⁹⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 81, “si hay discrecionalidad significa que al juez las soluciones de los asuntos que decide no le vienen dadas y predeterminadas enteramente, al cien por cien, por el sistema jurídico, sino que éste, en medida mayor o menor, le deja espacios para (que) escoja entre alternativas diversas, pero compatibles todas con el sistema jurídico”.

¹²⁹⁶ ETCHEVERRY, Juan B., “Discrecionalidad judicial: de la justicia institucionalizada a la institucionalización de la justicia”, Cristina Hermida y José Antonio Santos (Coords.), *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los Diputados/Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015, p. 1298.

¹²⁹⁷ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 91 y 92.

de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto o arbitrariedad legal, deba ceder su lugar a la justicia¹²⁹⁸, o siguiendo a Alexy la extrema injusticia no es Derecho¹²⁹⁹.

Otra forma de concebir la discreción es como una potestad delegada a los jueces para cambiar y desplegar el Derecho positivo persiguiendo líneas determinadas por el mismo Derecho¹³⁰⁰. A decir de Ruiz Ruiz, un modo de equilibrar el poder delegado al juez deviene al estilo del razonamiento legal y la lógica de las decisiones judiciales modificadas a la implementada tradicionalmente por los tribunales mediante la conocida forma de decidir casos retrospectivamente. Esto es, se analizan casos pasados sin consideración de las consecuencias de sus decisiones, en cambio, en la actualidad se espera que los jueces realicen los objetivos fijados formalmente por la ley, mediante un análisis, de las diferentes soluciones, así como prever y evaluar sus consecuencias para la toma de sus decisiones con vista puesta en el futuro¹³⁰¹.

Sin embargo, Nino identifica en una sociedad democrática la disparidad de los jueces que al no ser electos como funcionarios para desempeñar cargo o comisión por el voto de los ciudadanos acorde con determinada posición ideológica, sino que son nombrados en algunos casos de manera “vitalicia por procedimientos ajenos al control directo de los ciudadanos”. Esto es problemático para Nino porque los jueces asumen “decisiones sobre la base de principios, puntos de vista valorativos, o concepciones ideológicas que no sean homologados por los poderes del Estado quienes disponen de representatividad democrática”¹³⁰².

¹²⁹⁸ RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2019, p. 62. Para mayor referencia a esta posición de Radbruch, por todos véase, PAULSON, Stanley L., *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch. Y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 101-117.

¹²⁹⁹ ALEXY, Robert, *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2005, p. 7-52. Sobre esta formular, consúltese la obra coordinada por Rodolfo L. Vigo *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch y Alexy*, Fontamara, México, 2008.

¹³⁰⁰ ETCHEVERRY, Juan B., “Discrecionalidad judicial: de la justicia institucionalizada a la institucionalización de la justicia”, op. cit. p. 1303. En el mismo sentido, ZAMBRANO, María del Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica una aproximación inusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2009, p. 63.

¹³⁰¹ RUIZ RUIZ, Ramón, *Discrecionalidad judicial, justicia constitucional y objeción contramayoritaria*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2016, p. 33.

¹³⁰² NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 11ª edición, Ariel, Barcelona, 2003, p. 433.

Por lo anterior, Nino sostiene que desde el ámbito de la política los jueces deben resolver acorde a las objetivos buscados por demás otros poderes del Estado. Por ejemplo, el poder legislativo al dictar las normas del sistema penal o civil pretenden lograr un consenso mediante un procedimiento de mediación para solventar más pronto los conflictos; o bien, la implementación de amnistías; o también, con herramientas de oportunidad para desaturar la carga en sede judicial. Por tanto, los juzgadores no pueden desconocer los “objetivos sociales” colectivos¹³⁰³.

Por su parte Raz explica que el alcance limitativo impuesto a la actividad creativa de los tribunales, permite comprender cómo es posible y razonable concederles tal discrecionalidad, a pesar de tener la obligación de atender los precedentes. Primero, porque una norma modificada puede justificarse en tanto se use un razonamiento parecido a aquél que justificó la norma original. Con ello, se permite advertir no solo las razones del fallo sino también, mostrará la relevancia de todas las condiciones operativas establecidas por la norma original¹³⁰⁴. Y segundo, es razonable interpretar la norma más bien en su contexto más que de forma abstracta como lo hace uno con una ley o reglamento. La facultad de distinguir refleja esta dependencia al contexto. La facultad de distinguir –dice Raz– refleja esta dependencia al contexto, por consiguiente, la *ratio* es obligatoria en sus razones fundamentales tal y como se aplica a su contexto original. Por tanto, los tribunales podrán modificar su aplicación a diferentes contextos, en tanto, se preserven estas razones¹³⁰⁵.

Ahora bien, la discreción en la actividad judicial, entendida como una prerrogativa soberana en la elección de una forma para interpretar la norma jurídica, conlleva límites impuestos sobre la discreción interpretativa de índole procesal (justa) y sustantiva (coherente, racional y consistente). En particular, la relación entre realizar una exégesis de la ley penal y principio de legalidad tiende a evitar la arbitrariedad estatal, pero al mismo tiempo emite racionalmente un criterio interpretativo acorde a los valores del Estado. Por ende, la literalidad de la ley no constituye un límite de la interpretación¹³⁰⁶, para atribuir la culpabilidad de una

¹³⁰³ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit. p. 436.

¹³⁰⁴ RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 236.

¹³⁰⁵ RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, op. cit., p. 237.

¹³⁰⁶ Para BARAK, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, p. 81, en esta etapa de la actividad interpretativa, el Juez debe aspirar

persona que cometió un delito motivado por razones culturales, sino también deberá ocuparse como lo sostiene Höffe por razones de justicia, también a ocuparse igualmente por la víctima¹³⁰⁷.

Sin embargo, en la actualidad los órganos jurisdiccionales no denotan una compatibilidad en la resolución de los casos por delitos culturalmente motivados, porque en estos casos la víctima puede ser revictimizada por su propia comunidad al hallar un juez culpable y encarcelado al sujeto de nacionalidad pakistaní, quien arribo a Estados Unidos con su esposa (menor de edad) y al ser una conducta prohibida por el régimen jurídico de los Norteamérica, la menor tuvo que ser repatriada a su país de origen y obligada a regresar a su comunidad, donde tal condición de sola de abandono es inaceptable, por lo que finalmente la destierran de su grupo originario¹³⁰⁸. En palabras de Solanes Corella “los casos puntuales de conflictos habrá que preguntarse cuál es el bien jurídico que se protege cuando se recurre a una norma penal para sancionar, por ejemplo, una práctica de mutilación genital, y cuál es el camino más adecuado para actuar en caso de conflicto. Advirtiendo la poca eficacia del recurso al derecho penal en esos supuestos, por la exclusión y los efectos sociales negativos que conlleva”¹³⁰⁹.

a la justicia. Esto es, una justicia para las partes que están ante la Corte acorde con todo el entramado del sistema jurídico. Sin duda, la justicia para Barak es uno de los valores centrales del sistema jurídico. Dentro de los límites de la discreción judicial, la justicia se convierte en un valor “residual” que puede decir casos duros. Igualmente, IGLESIA VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, op. cit., pp. 25 y 26, considera que un juez desempeña su rol institucional con: i) discreción, ii) con esmero y iii) prudencia. En estos casos, será un juez responsable, o mejor aún, un buen juez. O bien, como señala RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Principio de legalidad y arbitrio judicial”, *La vinculación del juez a la ley*, Universidad Autónoma de Madrid/BOE, Madrid, 1997, p. 296, el problema jurídico acontece cuando el juez está vinculado a la ley, porque esto puede negarle toda libertad de acción, o bien, puede negarle jurídicamente acceso a la equidad. Pero a largo plazo, esto es casi un imposible, porque la ley es menos poderosa, menos eficiente de lo que él mismo se atribuye cuando interpreta demasiado restrictivamente las normas que se lo permiten. En cambio, BASSO, Gonzalo J., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 27, sostiene que en el “campo de la aplicación del Derecho se reconocen importantes atribuciones valorativas de interpretación al juzgador”. No obstante, “no parece sencillo precisar en qué consisten dichas atribuciones, ni cuáles deben ser sus implicaciones concretas”. Por su parte, WALUCHOW, Wilfrid J., *Positivismo jurídico incluyente*, op. cit., p. 208, refiere que el derecho provee una guía incierta, o, incluso cuando se han identificado todos los hechos y aún existe un acuerdo sobre ellos. Con ello, aún y resuelto cuál es la legislación que les es aplicable, jueces y abogados razonables continuarán en desacuerdo sobre lo que el derecho requiere.

¹³⁰⁷ HÖFFE, Otfried, *Justicia. Una introducción filosófica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 103.

¹³⁰⁸ Para HÖFFE, Otfried, *Derecho intercultural*, Gedisa, Barcelona, 2008, pp. 135 y 136, Occidente ha creído volver a encontrar de nuevo en otras culturas aquellos elementos que tan orgulloso está de haber superado, en concreto instituciones jurídicas retrógradas.

¹³⁰⁹ SOLANES CORELLA, Ángeles, “Prácticas culturales, símbolos religiosos y espacio público: entre la prohibición, la anuencia y la no intervención legal”, en María José Añón Roig y Ángeles Solanes Corella (Eds), *Construyendo sociedades multiculturales. Espacio público y derechos*, PUV/Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 178.

Esta aparente incompatibilidad de tradiciones culturales entre estados para permitir o prohibir el matrimonio entre un adulto y una menor de edad muestra la complejidad¹³¹⁰ que afronta la labor judicial en su trabajo para resolver estos comportamientos delictivos culturalmente motivados, porque sería ingenuo sostener lo fácil que resultaría valorar estos hechos sociales o fácticos¹³¹¹, únicamente, con los conocimientos fácticos de los que dispone juez sin advertir las complicaciones epistemológicas. Acorde con Nino la determinación de las premisas fácticas del razonamiento de los jueces presenta agudas dificultades “el conocimiento de los hechos relevantes debe obtenerse a través de complicados sistemas de pruebas y presunciones que las más de las veces dejan a los jueces un amplio margen de apreciación personal, dando lugar en muchos casos a descripciones discordantes respecto de las conclusiones que se pretenden inferir de los mismos datos empíricos”¹³¹².

Esto se agrava aún más, ante el escenario político criminal del mundo occidental en las últimas décadas con un mayor endurecimiento de la legislación penal con poca flexibilidad ante los delitos culturalmente motivados. Por ejemplo, un musulmán que en la creencia religiosa pretende contraer más de dos matrimonios en Italia, sin incurrir en la sanción penal por bigamia. Ello, por razones confesionales espera recibir un trato favorable en comparación con el resto de los ciudadanos italianos¹³¹³. Lo que pone en cuestión este criterio de estricta interpretación de la ley penal, es la incorporación de juicios de racionalidad en el Derecho Penal directamente en el ámbito del desempeño judicial, donde los márgenes de valoración: i) como la gravedad del delito; y ii) como el margen de punibilidad impuesto. Esto es, “las tareas de *concretar* la gravedad del hecho delictivo perpetrado y de *determinar* la cuantía final *exacta* de castigo se contemplan como cometidos judiciales en todos los sistemas occidentales y también en el Derecho penal internacional”¹³¹⁴.

¹³¹⁰ Sigo el concepto de complejidad de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, p. 291, para quien, la connotación de “fácil” o “difícil” con la pretensión de poner de manifiesto que la operación (conjunto de operaciones) implicada(s) en la actividad jurisdiccionalmente el derecho presenta siempre un cierto grado de complejidad.

¹³¹¹ Para MORALES LUNA, Félix, F., *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli. Análisis del lenguaje normativo y positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 228, sostiene que el análisis de la tesis de las fuentes sociales en la discusión positivista, identifica a Scarpelli como un defensor de esta tesis, por entender que una norma es jurídica si producida mediante una serie de hechos sociales son verificables, permite identificar su elemento convencionalista, donde las deliberaciones y los procedimientos de producción o reconocimiento de normas constituirán un indispensable instrumento para distinguir lo que es el Derecho de aquello que no lo es o que debería serlo.

¹³¹² NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 296.

¹³¹³ BERNARDI, Alessandro, *Modeli penali e società multiculturale*, G. Giappichelli Editore-Torino, 2006, p. 43.

¹³¹⁴ Sobre el particular, BASSO, Gonzalo J., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, op. cit., p. 28.

Este escenario generado por la diversidad cultural representa un reto para los jueces en la toma de las decisiones ante casos delictivos realizados por motivos culturales. Para lograr evitar arbitrariedades en los fallos se tiene que analizar los alcances que la doctrina reconoce la discrecionalidad judicial, mediante dos posiciones generales: la discreción fuerte y la discreción débil. Estas dos versiones son claves para identificar cuál es la más conveniente y justa para solucionar los conflictos culturales y en particular los delitos culturalmente motivados.

4.1. El modelo fuerte de la discreción judicial en conflictos culturales.

Ronald Dworkin centro su esfuerzo por analizar el concepto de discreción en la visión positivista donde fue usado mediante el lenguaje común. Y en ese ámbito originario sostiene que el concepto de discreción es conveniente dentro de una sola clase de contexto¹³¹⁵. Esto es, en una autoridad determinada que debe tomar decisiones sujetas a una norma establecida. Pero este término se ve influenciado por las particularidades del contexto y en específico, por el cúmulo de información que conforma el contexto en el que se utiliza¹³¹⁶. Por lo que desde esta perspectiva Dworkin logra identificar un sentido fuerte al término discreción que guarda relación con el tratamiento de los principios¹³¹⁷. Esto “presupone la existencia de un ámbito en el que el derecho deja un margen de libertad al intérprete para determinar los estándares que guiarán su decisión no sujeta a estándares impuestos por otra autoridad”¹³¹⁸, pero si por estándares de racionalidad y justicia.

Así planteado esta aproximación conceptual de la discreción fuerte, su contexto de uso corresponde a algún rol institucional relacionado con la toma de decisiones, especialmente, en la aplicación del derecho¹³¹⁹ entendida como el uso “de normas jurídicas en la justificación de las decisiones judiciales”. De este modo, sólo en la providencia del rol judicial se podrán configurar

¹³¹⁵ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993, p. 83.

¹³¹⁶ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 84.

¹³¹⁷ Para DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 92, quien afirma que una norma determinada es obligatoria, suele referirse a que la norma cuenta con el apoyo afirmativo de principios que el tribunal no es libre de ignorar.

¹³¹⁸ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 87.

¹³¹⁹ Sobre las distintas formas de entender la aplicación del derecho, véase, ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 23-26.

los deberes de aplicar del derecho, para solucionar cualquier caso y fundamentar los fallos. Por lo tanto, si adquiere sentido referirse a una discreción fuerte¹³²⁰.

Pero la base para esta operatividad de la discreción fuerte corresponde a la obligación judicial, entendida esta como el deber general de fallar. Este deber de resolver no significa simplemente que el juez deba dar una respuesta a cada cuestión jurídica que conozca en un juicio; más bien, esta exigencia de emitir un fallo se ve autorizada mediante otro deber que constituye uno de los contenidos del rol judicial, consistente en la necesidad de motivar o justificar cualquier sentencia o resolución y con ello advertir cuando un juez actúa de manera arbitraria¹³²¹.

Esta forma de resolver los casos mediante la motivación como base de la discreción fuerte, responde a la idea de que la elección entre diferentes cursos de acción es calificada como una permisión, un poder o una facultad, piénsese en el caso de un extranjero que arriba al país y solicita asilo político por razones de persecución en su lugar de origen, así, el juez o la autoridad administrativa competente deberá valorar ese “temor fundado de persecución” ha sido considerado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, como “un elemento central de la definición de refugiado” instaurado por “el derecho internacional y que, en el derecho interno, se recogió en el artículo 13 de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político”. Así, su comprobación tiene dos vertientes, la subjetiva y la objetiva: i) la primera, como un estado de ánimo o interior de quien solicita el reconocimiento de la condición de refugiado; y, ii) la segunda, en referencia a que no basta ese estado anímico, “sino que éste debe encontrar concordancia o apoyo en la situación por la que atraviesa en su país de origen”, el deber de ponderarse¹³²². Con este ejercicio de interpretación de elementos, el juzgador o la autoridad administrativa facultada contarán con las razones para distinguir una de las distintas alternativas que impactan sobre su elección final a favor o no de otorgar el asilo solicitado.

¹³²⁰ IGLESIA VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, op. cit., p. 32.

¹³²¹ Para IGARTUA SALAVERRRÍA, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Palestra/Temis, Lima, 2009, p. 17. Por un lado, los jueces disponen de márgenes para su discrecionalidad, directamente previstos por la ley o indirectamente consentidos por ella. Por otro lado, “la exigencia de motivar camina en paralelo a la magnitud de la potestad discrecional; a mayor discrecionalidad más motivación, puesto que la necesidad de motivar es proporcional a las posibilidades de elegir (y de decidir)”. Por tanto, sin “márgenes de decisión, la motivación está de más”.

¹³²² Así lo sostuvo el Magistrado Eliel Enedino Fitta García, integrante del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Séptimo Circuito, al resolver el recurso de Amparo Directo 339/2018, emitió la Tesis: VII.1o.A.3 CS (10a.).

En este sentido Prieto Sanchís, identifica en este contexto de la discreción fuerte que el juez no carece de libertad de opción o de elección política, sino que es una exigencia impuesta por el sistema jurídico a conducirse de manera imparcial, porque el juez dirime conflictos entre pretensiones distintas y opera sobre un hecho determinado, y solo así, los hechos establecidos y probados del conflicto acorde con las normas aplicables, podrá absolver o condenar al acusado, y por tanto, la aplicación del derecho solo admite una respuesta única para cada caso¹³²³.

Ahora bien, la toma de decisión de un juez para resolver determinado caso concreto en conflicto, por ejemplo, entre personas pertenecientes a una misma sociedad, quienes difieren del interés colectivo (la atención sanitaria privada), pero hablan la misma lengua, conocen el alcance de la prohibición de las normas vigentes, exponen cada parte sus alegatos a favor y en contra de la atención sanitaria, seguramente la decisión de la autoridad para decidir entre las dos razones identificadas en el conflicto, corresponda a esa misma dinámica de valores reconocidos en la sociedad y con ellos establezca un criterio de ponderación o proporcionalidad para emitir su fallo. Pero distinto será analizar un conflicto por motivos culturales que responde a una distinta cosmovisión del mundo, a la falta de reconocimiento de determinados derechos consuetudinarios del sujeto perteneciente a un grupo minoritario, y que son todos ellos ajenos a la comprensión o entendimiento del juzgador.

En estos casos de conflictos por diversidad cultural Grimm¹³²⁴ sugiere una delimitación de los casos típicos para ponderar la ampliación del marco de libertad colectiva, con el objetivo de preservar la identidad de un colectivo o el ejercicio de una práctica religiosa y la afectación/amparo de los intereses particulares y asociados. Y los casos donde el derecho prohíbe una práctica obligatoria para un grupo étnico o religioso deberá distinguir entre aquellas prácticas propias de la identidad cultural o religiosa y aquellas prácticas excluyentes y opresivas dentro de los grupos; asimismo, tomarse en cuenta elementos como la voluntad del afectado, la minoría de edad o la afectación a terceros. Para ello, su propuesta de Grimm redundará a trasladar el proceso de participación en la elaboración de normas con perspectiva de diversidad cultural

¹³²³ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Palestra/Temis, Lima, 2007, p. 234.

¹³²⁴ GRIMM, Dieter, "Multiculturalismo y derechos fundamentales", Denninger E., y Grimm D., *Derecho Constitucional para una sociedad multicultural*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 63 y ss.

mediante cinco aspectos: i) delimitar la materia conforme al círculo de quienes han de tomar parte en el procedimiento; ii) la garantía de la posición subjetiva de los participantes; iii) la garantía sobre el flujo de información que transcurre en todas las direcciones; iv) la atención al factor tiempo y v) el hecho que sea posible una orientación estable hacia una decisión oportuna acorde a la materia y del bien común¹³²⁵.

Por su parte, Pérez de la Fuente identifica a la Regla de Oro para lograr el reconocimiento de la diferencia cultural en las sociedades, en particular, como una herramienta de la ética de la alteridad, a fin de comprender que el trato a los diferentes/otros se miden como parámetro con el trato que el agente daría para sí mismo¹³²⁶. Esto es, se pone en la “balanza las acciones de los demás y las acciones de uno mismo y se comprueba si existe equilibrio”. Para esto, soporta el análisis de la Regla de Oro con el estudio kantiano de Scanlon sobre la idea de la justificabilidad ante otros y del respeto del valor de éstos tienen que ser iguales, en tanto la vida o felicidad de cada persona «importa»¹³²⁷, hasta la idea de un sistema aceptable de principios generales para la acción¹³²⁸. Pero lo que no es posible establecer principios generales que nos exijan que, al decidir qué hacer, consideremos cómo se sentiría cada individuo o prever las reacciones de cada persona. Solamente –dice Scanlon– podemos considerar los casos más representativos, y atender las objeciones que una persona plantee mientras reconoce las fuerzas de las objeciones similares de otros: “los principios que satisfacen este test aún pueden ser muy exigentes, y van tan lejos en el reconocimiento de las reclamaciones de cada uno como es compatible con el reconocimiento similar de las reclamaciones de todos”¹³²⁹. Con este insumo de Scanlon, Pérez de la Fuente elabora una metodología propia de test para resolver casos interculturales controvertidos, los cuales redundan en tres criterios de la Regla de Oro: i) “*Test de la universalidad*, es un test que nosotros evaluamos si lo que se propone es aplicable a cada caso o situación similar relevantemente. Esto puede ser descrito como una evaluación de la consistencia de trato de forma relevante en casos similares de la misma forma que nosotros proponemos un caso o

¹³²⁵ GRIMM, Dieter, “Multiculturalismo y derechos fundamentales”, op. cit., p. 49.

¹³²⁶ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Un análisis sobre la regla de oro como un enfoque intercultural para la resolución de conflictos”, *Universitas*, N° 26, 2017, p. 85.

¹³²⁷ SCANLON, T.M., *Lo que nos debemos unos a otros ¿Qué significa ser moral?*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 221.

¹³²⁸ SCANLON, T.M., *Lo que nos debemos unos a otros ¿Qué significa ser moral?*, op. cit. p. 231, “Según el contractualismo, el alcance de la moralidad de lo correcto y lo incorrecto incluirá a los seres ante los cuales tenemos buenas razones para querer que nuestras acciones sean justificables”.

¹³²⁹ SCANLON, T.M., *Lo que nos debemos unos a otros ¿Qué significa ser moral?*, op. cit. p. 221.

situación particular”¹³³⁰; ii) *Test de la reversibilidad*, determina “si nosotros podemos sostener nuestro juicio si estamos situados en condición de ser juzgados, que presupone una evaluación de la aceptabilidad de una solución propuesta desde la perspectiva imaginaria de alguien afectado por ella”¹³³¹; y iii) “*Test de la publicidad*, es un test de reversibilidad extendida donde la perspectiva de cada afectado es tomada en consideración”¹³³².

En este sentido, resulta ilustrativo el *Caso Plyler v Doe* resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos, relacionado con los inmigrantes irregulares y que ha sido analizada por Fiss¹³³³ y Pérez de la Fuente¹³³⁴ quienes coinciden con el criterio de la Corte Suprema al identificar una violación al principio de no discriminación en una legislación de Texas que denegaba a los niños inmigrantes ilegales la admisión en las escuelas primaria y secundaria. Pero la regla será que todos los menores que hayan nacido en Estados Unidos, incluidos aquellos, cuyos padres estuvieran en situación de ilegalidad en dicho momento serán conforme a la Enmienda XIV, ciudadanos americanos, pero si los niños que nacen en territorio extranjero inmigran a los Estados Unidos de forma ilegal se les considerarán inmigrantes ilegales y es a ellos, que la normativa de Texas pretendía excluir de las escuelas¹³³⁵. Por lo que la Corte Suprema consideró que el principio de no discriminación promete equidad individual, no eficacia estatal, y con ello una pretendida creación de “subclase de analfabetos” y desde esta perspectiva garantista se encontró contrario la pretensión de crear estructuras de tipo de castas, así como grupos sociales y económicamente desfavorecidos, condenados a vivir al margen de la mayoría de la sociedad¹³³⁶.

Ahora bien, el paso para la identificación de herramientas que requiere un juez para afrontar los conflictos por diversidad cultural, exigen no solamente esta relación de imparcialidad y libre elección del juez para cumplir con la obligación judicial de emitir un fallo, sino que el

¹³³⁰ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Un análisis sobre la regla de oro como un enfoque intercultural para la resolución de conflictos”, op. cit. p. 82, nota al pie 64.

¹³³¹ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Un análisis sobre la regla de oro como un enfoque intercultural para la resolución de conflictos”, op. cit. p. 82, nota al pie 65.

¹³³² PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Un análisis sobre la regla de oro como un enfoque intercultural para la resolución de conflictos”, op. cit. p. 82, nota al pie 66.

¹³³³ FISS, Owen, *Una comunidad de iguales. La protección constitucional de los nuevos ciudadanos*, Fontamara, México, 2008, p. 29 y ss.

¹³³⁴ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Un análisis sobre la regla de oro como un enfoque intercultural para la resolución de conflictos”, op. cit. pp. 88-90.

¹³³⁵ FISS, Owen, *Una comunidad de iguales. La protección constitucional de los nuevos ciudadanos*, op. cit. p. 35.

¹³³⁶ FISS, Owen, *Una comunidad de iguales. La protección constitucional de los nuevos ciudadanos*, op. cit. p. 36.

derecho al expresarse de manera imprecisa, guardar silencio sobre el tratamiento multicultural de conflictos o, prescribir cursos de acción contradictorios entre “derechos fundamentales establecidos en la Constitución o instrumentos internacionales”. Para lograr la precisión de “las normas de derechos fundamentales sólo” es viable con la hermenéutica para obtener una determinada precomprensión. Para esto, se requiere una interpretación diferenciada respecto de las disposiciones legales (no sólo de manera explicativa), de tal manera que se les proporcione un contenido¹³³⁷.

Los derechos fundamentales son cada vez con mayor intensidad elementos básicos para asegurar la inclusión de los otros en nuestras sociedades pluralistas para lograr el esperado proceso de integración¹³³⁸; así, el juzgador podrá, por un lado, evitar cometer discriminación alguna al sujeto perteneciente a una minoría cultural y por otro, resguardar los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, buscando en todo momento indagar en la moral crítica¹³³⁹.

Esta referencia a la interpretación de los derechos fundamentales permite, a su vez, lograr emitir una regla diferente, propia para el grupo o la persona afectada por sus razones culturales o religiosas, con una visión inclusiva de la igualdad para promover un derecho a un tratamiento diferente a personas en situaciones diferentes, donde un derecho no ha sido reconocido en general en nuestros sistemas constitucionales en tanto afecta a la protección de otros derechos fundamentales y se deba asegurar la efectividad de éstos (como sucede con la doctrina del acomodamiento razonable)¹³⁴⁰, o bien, interpretar las normas de tal manera que sean acordes con la constitución (interpretación conforme)¹³⁴¹.

¹³³⁷ Así, BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 26.

¹³³⁸ Al respecto, ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, Jorge, “Sobre los límites de los derechos fundamentales en la Europa multicultural”, Ignacio Gutiérrez y Miguel Ángel Presno (eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, pp. 50 y 51.

¹³³⁹ En este sentido, BERNAL PULIDO, Carlos “Estudio introductorio”, en Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª, ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. LI, sostiene que los derechos fundamentales representan el intento de institucionalizar los derechos humanos en el derecho. En cambio, los derechos humanos son derechos morales.

¹³⁴⁰ Sobre esta doctrina véanse, ELÓSEGUI ITXASO, María, *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, Aranzadi, Pamplona, 2013; PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Reasonable accommodation based on religious beliefs or practices. A comparative perspective between the American, Canadian and European approaches”, *The Age of Human Rights Journal*, 10 (June 2018), pp. 85-118; NUSSBAUM, Martha, *La nueva intolerancia religiosa. Cómo superar la política del miedo en una época de inseguridad*, Paidós, Barcelona, 2013.

¹³⁴¹ Sobre el particular, KUHLEN, Lothar, *La interpretación conforme a la constitución de las leyes penales*, op. cit., en especial, capítulo I.

Sin embargo, Barry explica que “la adhesión a las reglas sólo es racional en la medida en que se puede contar con que fomente el bien tal y como lo concibe la gente. Aun cuando ese bien quede definido por una concepción laica e imparcial del bien o por una religión universal, sigue siendo verdad que hay que adherirse a las reglas sólo en la medida en que obrar así favorezca el bien definido de ese modo”¹³⁴². Así, pone el ejemplo, de los adeptos de una religión pueden en cualquier momento cuestionar el arreglo existente si alguna vez llegan a creer que el equilibrio de fuerzas se ha inclinado en su favor, de modo que puedan esperar razonablemente en un nuevo pacto, más ventajoso para sus intereses ideales¹³⁴³. Además, el caso del reconocimiento de derechos y libertades religiosas en Estados Unidos de América donde las perspectivas puritanas, evangélica, ilustrada y cívico-republicana contribuyeron de manera unánime al rechazo del anglicanismo como religión oficialmente establecida hasta la revolución norteamericana¹³⁴⁴. Bien o para mal, el Estado de bienestar y ahora el moderno Estado de la seguridad están muy presentes en prácticamente todos los ámbitos de la vida moderna, a través de una vasta red de leyes y reglamentos sobre educación, derechos sociales, prestaciones sociales, familia, cuidado de la infancia, asistencia sanitaria, edificación, urbanismo, trabajo, tributación y demás. En la moderna vida norteamericana ningún colectivo religioso puede ahora evitar algún tipo de enfrentamiento o de cooperación con el Estado¹³⁴⁵.

En este sentido, la doctrina del acomodamiento razonable al no tener aplicación a todos los casos de libertad religiosa, piénsese en los horarios laborales donde la Comisión Europea de Derechos Humanos no ha validado reconocer excepciones laborales para acomodar peticiones de trabajadores para ejercer su derecho a la libertad religiosa y en cambio, priorizan los derechos del empleador o los del Estado frente a los derechos de las personas¹³⁴⁶. Pensar en su aplicación

¹³⁴² BARRY, Brian, *La justicia como imparcialidad*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 66.

¹³⁴³ BARRY, Brian, *La justicia como imparcialidad*, op. cit., p. 67.

¹³⁴⁴ Así, WITTE JR., John, y NOCHILS, Joel A., *La libertad religiosa en Estados Unidos. Historia de un experimento constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 75.

¹³⁴⁵ WITTE JR., John, y NOCHILS, Joel A., *La libertad religiosa en Estados Unidos. Historia de un experimento constitucional*, op. cit., pp. 385 y 386.

¹³⁴⁶ Al respecto, ELÓSEGUI ITXASO, María, *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, op. cit., pp. 280-282, de manera distinta sucede con los acuerdos logrados entre ambas partes para compatibilizar los horarios laborales y el ejercicio de algunas obligaciones religiosas.

en los delitos culturalmente motivados resulta poco factible, salvo el caso del uso del burkini que será analizado en el siguiente capítulo como una posible excepción.

4.2. El modelo débil de la discreción judicial en los delitos culturalmente motivados.

Otra designación de la discreción judicial es la denominada débil, que da cuenta de las circunstancias en el que el derecho no otorga una resolución clara, por lo que se requiere de un conocimiento del lenguaje normativo para arribar a conocer la respuesta jurídica correcta¹³⁴⁷. O bien, se vincula por lo común a las dificultades para conocer qué es lo que jurídicamente, se debe hacer, cuando deben aplicarse estándares abstractos o imprecisos que pueden ser interpretados de diferentes formas¹³⁴⁸, en tanto surjan dificultades epistémicas para identificar la solución prevista; y en el caso la respuesta jurídica no es independiente de las convicciones de los agentes que lo interpretan, se deberá implementar una teoría o concepción general del derecho¹³⁴⁹.

Para Schauer existen casos donde la complejidad emana a partir de “los límites de aplicación de una regla regulativa”. Sobre todo, en aquellos casos de reglas jurisdiccionales: “decir “que no se admiten perros es una regla jurisdiccional parece extraño, aunque ella confiere potestad a quien ha de aplicarla para determinar qué es un perro”. Para ello, “en la mayoría de los casos esta determinación ya habrá sido hecha por la comunidad lingüística”. En cambio, cuando una regla –continúa diciendo Schauer– es elaborada de una manera distinta e impide la negativa de la “protección igualitaria de las leyes”, o “contratos, maquinaciones y conspiraciones que restrinjan el comercio”, o “conducta indigna de un caballero”, o “conducta antideportiva”, habrá de contener un referente jurisdiccional o de designación de potestades dominante “asociado con su aspecto regulativo, pues toda aplicación exige del decisor que lleve a cabo la determinación lingüística” y, en determinado caso social, de qué conducta “es igualitaria”, “restrictiva del comercio”, “indigna de un caballero” o “antideportiva”¹³⁵⁰. Y los casos de delitos cometidos por razones culturales son clara muestra de este ejercicio interpretativo para aplicar

¹³⁴⁷ GARRIDO GÓMEZ, Ma. Isabel, *La función de los jueces: contexto, actividades e instrumentos*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 66.

¹³⁴⁸ IGLESIA VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, op. cit., p. 63.

¹³⁴⁹ IGLESIA VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, op. cit., p. 123.

¹³⁵⁰ SCHAUER, Frederick., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 292.

las reglas jurisdiccionales, porque a decir de Iglesia Vila “la cuestión de si la existencia de una solución correcta es independiente de las capacidades epistémicas de los intérpretes, al igual que crea dificultades en la noción de discreción fuerte, también a la idea de discreción débil”¹³⁵¹.

Es sabido que la decisión discrecional débil no guarda comparación con las decisiones “rutinarias” o “mecánicas” que a decir de Aarnio son aquellos casos donde “una patrulla policial detiene a un conductor que ha violado el límite de velocidad y le impone una multa”, porque corresponde a la rutina normal del control de tráfico vehicular que se produce reiteradamente y por tanto, resulta un ejemplo de la “aplicación de una norma jurídica a un caso individual”. Lo mismo ocurre entre otras cosas, con la retención de impuestos en el pago de los salarios, o bien, la determinación de monto de una pensión, así como el otorgamiento de un pasaporte¹³⁵², porque en realidad no trasciende algún problema epistémico relevante para determinar la solución jurídica prevista.

En cambio, el rasgo distintivo de la discreción débil es la “presencia de una solución correcta cuya identificación requiere una dinámica interpretativa donde se ponen en prueba las capacidades intelectivas del intérprete”¹³⁵³. Esto es así, porque el derecho no está compuesto de algoritmos y por tanto, los requerimientos de uso del propio juicio son inevitables¹³⁵⁴. Más cuando se trata de casos de conflictos por diversidad cultural, en particular la “inmigración supone que existen nuevas dimensiones asociadas a la noción de pluralismo”, donde Shwder, Minow y Markus lo identifican con las prácticas disputadas en discusión incluyen la mutilación genital femenina, las relaciones sexuales entre padres e hijos, las convenciones con respecto a la selección de parejas matrimoniales y otras características del matrimonio y el divorcio, los requisitos de vestimenta religiosa para mujeres y niñas, la religión y la escolarización, la auto segregación por parte de grupos minoritarios y las defensas definitivas a cargos criminales¹³⁵⁵.

¹³⁵¹ IGLESIA VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, op. cit., p. 63.

¹³⁵² AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Palestra, Lima, 2016, p. 25.

¹³⁵³ Así, IGLESIA VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, op. cit., p. 64.

¹³⁵⁴ En este sentido, WALUCHOW, Wilfrid J., *Positivism jurídico incluyente*, op. cit., p. 210.

¹³⁵⁵ SHWDER, Richard, A., MINOW, Martha, and MARKUS, Hazel Rose, “Introduction”, *Engaging cultural differences. The multicultural challenge in liberal democracies*, Russell Sage Foundation, New York, 2004, pp. 2 y 3.

Por lo anterior, una dimensión adicional de complejidad a esta visión pluralista, es en el ámbito de la justicia penal internacional, donde involucra e impacta en las esferas reguladoras plurales en los diversos contextos socioculturales y políticos de la palabra moralmente pluralista, esto es, el pluralismo legal adquirió relevancia en relación con la globalización legal como una forma de explicar las consecuencias de la globalización del derecho y la naturaleza policéntrica de la regulación legal en una sociedad global.

En este sentido, el pluralismo legal siempre fue global: el encuentro entre las formas de derecho colonial e indígena fue una manifestación temprana de la globalización legal. En el entorno globalizado, los sistemas legales están abiertos a la influencia normativa externa y no son unidades cerradas¹³⁵⁶. Y si esta complejidad de sistema legal abierto se visualiza con el rol de la Corte Penal Internacional, donde se resuelven casos por crímenes internacionales que son ingresados “al procedimiento judicial como narraciones que se materializan en un tipo específico de dispositivo lingüístico: los enunciados fácticos”. Es por medio de la determinación de esas normas y de la comprobación de la verdad de estos enunciados que se justifica la aplicación del Derecho a casos concretos, y esa justificación se materializa en uno de los principales elementos de nuestros ordenamientos jurídicos: las decisiones judiciales¹³⁵⁷.

Estos apuntes explicativos de la discreción débil muestran su mejor aplicación para los casos de delitos culturalmente motivados frente a la versión de una discreción fuerte, porque en ésta, el juzgador debe reconocer de las dos posibles alternativas presentadas normativamente para tomar su decisión, será inmediatamente elegida la que se sobreponga a los valores culturales de la costumbre o marco regulatorio consuetudinario. Esto es, en los delitos cometidos por condiciones culturales que han lesionado algún bien jurídico tutelado contra la vida o integridad de la víctima, resulta imperiosamente aplicable la discreción fuerte. En cambio, la propuesta que se pretende construir desde la discreción débil, será reconocer al juez la facultad y no propiamente el deber de decidir a su arbitrio sobre delitos culturales que no afecten bienes

¹³⁵⁶ Así, SLIEDREGT, Elies and VASILIEV, Sergey, “Pluralism. A new framework for International Criminal Justice”, *Pluralism in international criminal law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014, p. 10.

¹³⁵⁷ En este sentido, véase el pionero trabajo de DEI VECCHI, Diego/Juan CUMIZ, *Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p.18.

jurídicos personales; porque la afirmación del deber de decidir solo atañe a la persona del juez a resolver el caso y solo eso.

En cambio, si se advierte al juez como autoridad facultada para resolver los delitos culturalmente motivados por considerarlos como casos controvertibles, se podrá estar en condiciones de reformar el derecho¹³⁵⁸ o aspirar cómo el derecho debería ser en una sociedad¹³⁵⁹ pluricultural, donde los derechos como mínimos morales son más agudos¹³⁶⁰. En caso de permitirse la implementación de algunas diferencias en los marcos sancionadores podrá tener lugar a la tendencia “de manifestaciones de rechazo hacia una cultura particular” como lo identifica Carnevalli Rodríguez “basta pensar en los peligros que pueden generarse frente a una absoluta igualdad cultural: manifestaciones de intolerancia frente a determinadas costumbres que no son compartidas por la mayoría”¹³⁶¹. Por ejemplo, el código penal español no da otra solución desde la perspectiva penal a los grupos étnicos, culturales o religiosos, cuando menos se queda escasa desde esa perspectiva de que la diversidad cultural recoja un trato diferenciado, esto es, su esencia radica en la diferencia respecto a otros y no en recibir el mismo trato¹³⁶². Diferente es la situación del código penal peruano y de su constitución que si ofrece un trato diferenciado por la comisión de un delito cometido por razones culturales¹³⁶³.

5. La función discrecional débil para un Derecho Penal pluricultural.

¹³⁵⁸ Así, SANTAMARÍA LAMBAS, Fernando, “La multiculturalidad-interculturalidad y el derecho penal español: presente y futuro”, op. cit., p. 246.

¹³⁵⁹ En este último sentido, NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, 5ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 151.

¹³⁶⁰ Al respecto, SOLANES CORELLA, Ángeles, “Prácticas culturales, símbolos religiosos y espacio público: entre la prohibición, la anuencia y la no intervención legal”, op. cit., pp. 146 y 147; en el mismo sentido, FORNET-BETANCOURT, Raúl, *Transformación intercultural de la filosofía*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001, pp. 196 y 197, para quien “el respeto y reconocimiento de las culturas tienen que ser vistos como una exigencia ética que apunta a fundar realmente las condiciones prácticas para que los sujetos de cualquier universo cultural puedan apropiarse, sin consecuencias discriminatorias”. En cambio, MORESO, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, 2ª ed. ampliada, Palestra, Lima, 2014, p. 202, explica su posición acorde al conocimiento de la realidad moral sería también parte de nuestro conocimiento jurídico; el mismo, *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 69-94.

¹³⁶¹ CARNEVALLI, RODRÍGUEZ, Raúl, “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, *Política Criminal*, No. 3, 2007, p. 9. Por su parte, SANTAMARÍA LAMBAS, Fernando, “La multiculturalidad-interculturalidad y el derecho penal español: presente y futuro”, op. cit., pp. 246 y 247, identifica que en realidad el tratamiento en el Código Penal Español de 1995, de la multiculturalidad queda reducido a los delitos contra la discriminación, junto con la agravante del art. 22.4 CP por los mismos motivos discriminatorios.

¹³⁶² Así, SANTAMARÍA LAMBAS, Fernando, “La multiculturalidad-interculturalidad y el derecho penal español: presente y futuro”, op. cit., p. 247.

¹³⁶³ Entre otros, véanse los trabajos compilados en la obra dirigida por HURTADO POZO, José, *Derecho penal y pluralidad cultural*, Fondo Editorial/Universidad de Friburgo Suiza, Lima, 2007.

A partir de estos insumos valorativos los jueces tienden a posicionarse a favor o en contra en los casos jurídico-penales, acorde al modelo moral reflejado en las normas vigentes de su sociedad; por lo que el trabajo interpretativo del juzgador para resolver los conflictos culturales en su mayoría ajenos a sus tradiciones y costumbres será más complejo, porque deberá recurrir a insumos etnológicos para justificar debidamente la “pena privativa de libertad” o la absolución. Para De Maglie la cuestión atiende a responder ¿cuál es el modelo de Derecho penal capaz de garantizar un control de los delitos culturalmente motivados que sea «justo» y eficiente?, ya que no es lo mismo una sociedad cerrada como la italiana¹³⁶⁴ sobre todo en las decisiones legislativas¹³⁶⁵, que aboga por una integración forzada de la diversidad cultural en la cultura del sistema de acogida¹³⁶⁶. En cambio, la tendencia es conformar un Derecho Penal acorde con los cimientos de una sociedad abierta, pero el reto es ¿a qué y hasta qué punto?¹³⁶⁷

El punto de partida para Maglie es el modelo multicultural fuerte con amplias dudas político criminales, al dar por descontada la superación de los conflictos y la feliz conclusión del choque entre culturas con el «triumfo» de la diferencia, “pero es un modelo entregado al futuro, que podrá ser realizado solo en una sociedad «totalmente» abierta y «radicalmente» tolerante, una sociedad que por ahora *no existe*, por lo que la construcción de la *cultural defense*, teorizada a mediados de los años 80 del pasado siglo, vive por ahora solo en el papel: se trata de un modelo discutido por los intelectuales, pero no tomado en consideración por los tribunales”¹³⁶⁸, a quienes por cierto, les pertenece la última palabra.

Así las cosas, parece más que justificado el escepticismo frente a la posible eficacia de una prohibición normativa (protectora de un determinado bien jurídico) ya sea de rango constitucional o de interpretación extensivo-analógica. Esta perspectiva para Fiandaca tiene identificación con los delitos de bagatela caracterizados por una insuficiente ofensividad no en la previsión legal abstracta, sino en algunas formas de manifestación concreta apreciados por el

¹³⁶⁴ En este sentido, FIANDACA, Giovanni, *El Derecho penal entre la ley y el juez*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 45.

¹³⁶⁵ Para ahondar en el modelo político criminal en base legislativo, MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados*, op. cit., pp. 122-131.

¹³⁶⁶ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados*, op. cit., p. 165.

¹³⁶⁷ Así, MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados*, op. cit., 165, lo pondera desde la posición de Karl Popper

¹³⁶⁸ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados*, op. cit., p. 166.

juez en sede interpretativo-aplicativo. Aunque a primera vista chocha irremediabilmente con el principio de obligatoriedad de la acción penal, encuentra en realidad justificación si se accede a una concepción realista de la obligatoriedad misma. Esto es entendido como una especie de temperamento de este principio, lo que le da espacio a la idea de una discrecionalidad judicial no arbitraria, pero «controlada» destinada a ser ejercitada por siempre sobre la base de indicios normativos legislativamente prefijados. Pero, además, “del tipo de irrelevancia previsto por el proyecto en cuestión hacen en todo caso referencia: a la exigüidad del daño o del peligro respecto al interés tutelado; a las modalidades de la conducta y a su ocasionalidad; valorada también en relación a la capacidad de delinquir; al grado de culpabilidad. Es en base a la valoración global de todos estos elementos que el juez estaría llamado a establecer si un determinado hecho, que formalmente constituiría delito, no alcance todavía en la hipótesis concreta una gravedad tal para justificar la punición”¹³⁶⁹. Lo que finalmente conduce a Fiandaca a defender la referencia cultural en la práctica mayoritaria que incluye al magistrado sensible sobre todo a las reivindicaciones de justicia sustancial y preocupado de las consecuencias políticas y sociales no sólo de las aplicaciones éticas de su proceder en el Derecho Penal se pone inevitablemente en constante tensión con el principio de legalidad. Y a partir del grado de esta tensión la medida de reequilibrio político-constitucional que en el futuro se logre alcanzar en el redefinir el rostro de la legalidad penal¹³⁷⁰.

Esto resulta fundamental para preservar la multiculturalidad de un Estado liberal, y evitar abusos de encarcelamiento, persecuciones o ataques a las minorías, como aconteció en la década de 1990, donde la movilización política étnica era ilegal, o solía ser objeto de acoso policial, lo que los llevo a mantener un perfil bajo, explica Kymlicka porque la policía, los tribunales y el ejército estaban claramente en manos del grupo dominante¹³⁷¹. Los estados poscomunistas no adoptarían los modelos occidentales, porque imperaban las restricciones a los derechos de las minorías. La decisión de la Unión Europea y de la OTAN de colocar los derechos de la minoría en un nivel de protección obligo a esos países a cumplir mediante una serie de incentivos y

¹³⁶⁹ FIANDACA, Giovanni, *El Derecho penal entre la ley y el juez*, op. cit., p. 41.

¹³⁷⁰ FIANDACA, Giovanni, *El Derecho penal entre la ley y el juez*, op. cit., p. 46. Asimismo, HASSEMER, Winfried, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 106, “la justificación del Derecho penal como medio para conseguir un mundo justo y una buena vida de las personas radica precisamente en la seguridad de que se puede disponer de estos procedimientos y garantías”.

¹³⁷¹ KYMLICKA, Will, *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, Paidós, Barcelona, 2009, p. 196.

sanciones, por ejemplo, permitir su inclusión a la Unión Europea. Esto dio pauta a la conformación de mecanismos internacionales encargados de supervisar el trato otorgado a las minorías y de formular recomendaciones acerca de los miembros necesarios para alcanzar los estándares europeos en materia de derechos de las minorías¹³⁷². Mientras existan herramientas sancionatorias y “técnicas institucionales de prevención” contrarias a “los derechos y libertades de los ciudadanos”, sin importar su cultura, raza, condición social, económica o política, éstos dice Ferrajoli “deberán estar siempre asistidos con todas las garantías del Estado de derecho”. En otras palabras, la justificación de un derecho penal mínimo para una sociedad multicultural requiere la “reducción cuantitativa de la intervención penal, de la más amplia extensión de sus vínculos y límites garantistas y de la rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitiva”¹³⁷³.

No debe olvidarse que en una sociedad multicultural la realidad es cambiante y fluida que impregna a todos los grupos e individuos que la componen, sin que pueda reducirse una estructura uniforme y estática donde predominan de forma unívoca unos valores sobre otros. Por eso, la diversidad cultural para Lorenzo Copello se convierte así en una característica de todos los seres humanos y no solo de algunos grupos, sustituyendo el “derecho a la diferencia” por el derecho a desarrollar la propia personalidad individual y grupal sin obstrucciones derivadas del imperio de valores impuestos por la fuerza del poder de unos pocos¹³⁷⁴.

La visión del Derecho Penal para Schünemann tiene que ser actual y justo, adecuado a la dimensión del daño social, bajo la salvaguarda del principio de igualdad. El juicio de lesividad social representa en gran parte una pregunta empírica que a través del denominado convenio normativo no se puede dominar, sino que sólo se puede completar¹³⁷⁵. Pero la conformación tan dispar de los sistemas de determinación legal relativa a la pena constituye una cuestión de *lege lata* susceptible de identificarse en tipologías en función de la forma en que se presenten y combinen factores relacionados con: i) la previsión en abstracto de “circunstancias modificativas de la

¹³⁷² KYMLICKA, Will, *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, op. cit., p. 209.

¹³⁷³ Así, FERRAJOLI, Luigi, “El derecho penal mínimo”, *Escritos sobre derecho penal. nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 147.

¹³⁷⁴ LAURENZO COPELLO, Patricia, “Introducción”, *Diversidad cultural, género y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 21 y 29.

¹³⁷⁵ SCHÜNEMANN, Bernd, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 68.

responsabilidad penal” y, en su caso, de la indicación del sentido en el que deba valorarse cada circunstancia –como agravante y/o atenuante–; ii) el tratamiento penológico que se asigne a la complicidad, a la tentativa, a la concurrencia de eximentes incompletas y a la existencia de error de prohibición; iii) la inclusión de reglas legales conducentes a la segmentación y delimitación del marco penal que resulte de legítima o de obligada utilización por parte del juzgador en el caso concreto; iv) la amplitud con que se elaboren los marcos penales asociados a cada tipo delictivo, y v) las reglas generales que se establezcan respecto a las “cuantías máximas y mínimas de cada clase de pena”, entre otros¹³⁷⁶.

Para Basso la determinación de la pena tiende a preservar un margen judicial factible de maniobrar a los órganos competentes en materia de *sentencing* a los efectos de configurar la clase y cuantificación de la pena a asignable al caso concreto. Su propuesta radica en defender una “teoría de la determinación judicial de la pena” acorde a la relación entre la tarea del legislador y la del juzgador en la configuración final de la sanción jurídico penal a imponer¹³⁷⁷.

Pero esta tendencia armonizadora de “individualización judicial de la pena” entre el legislador y el juzgador en una sociedad multicultural requiere un insumo adicional que promueva el balance garantizador para atender las peculiaridades culturales que motivaron la ejecución de la conducta prohibida frente a los fines de la pena¹³⁷⁸. Esto puede encontrarse en la concepción material del delito como un bastión oportuno para la discrecionalidad débil.

5.1. La concepción material del delito y la discrecionalidad débil.

La cuestión por el contenido material del delito responde a condiciones distintas a la definición formal¹³⁷⁹, pero pueden inferirse de la “función del Derecho Penal” en asegurar la

¹³⁷⁶ En este sentido, BASSO, Gonzalo J., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, op. cit., p. 56, nota al pie 5.

¹³⁷⁷ BASSO, Gonzalo J., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, op. cit., p. 80.

¹³⁷⁸ Así, por ejemplo, PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Minoría gitana, Derecho penal y teorías republicanas del castigo”, op. cit., p. 172.

¹³⁷⁹ En general, la definición formal del delito corresponde a la base de la dogmática jurídico-penal, en dividir el concepto de delito en las categorías sistemáticas injusto y culpabilidad para el estudio de un determinado comportamiento humano considerado un delito reglamentado en el Código Penal, por el cual se establecen las condiciones comunes para la incriminación penal de una persona, igualmente previstos en las leyes penales especiales.

protección de determinados bienes jurídicos valorados por el Estado para el óptimo desarrollo de los individuos y en general de la propia comunidad jurídica, bajo la amenaza de pena dirigida a aquellas conductas futuras previstas por el legislador.

No obstante, la función dogmática jurídico penal del juicio de valor, en la selectividad de bienes jurídicos no está restringida a su interpretación teleológica de los tipos correspondientes a la parte especial, sino también podrá utilizarse para la resolución de problemas de la parte general, en especial, al momento de graduar el injusto (con su juicio de valor) constituyente del bien jurídico. Por ejemplo, en un caso de colisión de deberes mediante un juicio de ponderación realizado en tres pasos: en primer lugar, establecer la diferencia entre bienes de primer orden correspondientes a la persona y bienes de segundo orden, de carácter reemplazables (el patrimonio), e irremplazables (la integridad moral). En segundo lugar, valorar la intensidad y medida de la lesión, daño o amenaza hacia el bien jurídico protegido. Y en tercer lugar, la ponderación mediante la noción de probabilidad. Por su parte, Coca Vila considera que la sospecha no está relacionada solo con el “sí” de la lesión, sino por lo general corresponderá a una duda relacionada con el impacto del daño previsible. “Así las cosas, resulta obligado tomar en consideración a la hora de ponderar los viene en juego, además de la concreta probabilidad de lesión efectiva del bien que se desea salvar, la probabilidad del éxito de la acción salvadora y la probabilidad –en su caso– de que el riesgo al que se someten los bienes de quien soporta la injerencia justificada se realice finalmente en un daño efectivo”¹³⁸⁰.

Por lo anterior, el valor específico del concepto de bien jurídico aporta para todos los niveles de la argumentación jurídico penal, desde la interpretación y determinación del Derecho Penal en el marco constitucional hasta la confirmación de su vigencia por mandato del legislador. Así, la definición más adecuada de bien jurídico es en el sentido de Otto, “una relación real determinada, descrita con más detalle en los tipos penales en particular, entre la persona y los valores concretos reconocidos por la comunidad jurídica –«unidades de función social»–, en la que el sujeto de derecho se desarrolla en su persona con la aprobación de la comunidad jurídica”¹³⁸¹.

¹³⁸⁰ COCA VILA, Ivó, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 334 y 335.

¹³⁸¹ OTTO, Harro, *Manual de derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 29.

No obstante, esta vía para construir una concepción material de delito con apoyo en la teoría personal del bien jurídico tiene que ver al momento de determinar los estados de cosas que por su carácter elemental y su importancia han de ser protegidos por el Derecho Penal, en tanto, se enlazan dos niveles de discurso, uno normativo-jurídico y por otro, social-objetivo¹³⁸².

A pesar de esto, los requisitos de merecimiento y necesidad de pena tienen a diluirse en la estructura del delito (injusto y culpable) de una concepción material del delito, por ello, se requiere como lo propone Frisch que los requisitos típicos del injusto penalmente relevantes y requisitos especiales de culpabilidad deberán añadirse posteriormente a los elementos positivos de merecimiento y necesidad de pena¹³⁸³. Además, la pena “es la reacción estatal más grave, a la que además es inherente un juicio de reproche ético-social”.

Así, Silva Sánchez refiere que una vez “siguiendo un criterio de racionalidad y de justicia” propuesto por Frisch, sólo serán delito aquellos hechos que denoten una gravedad para lograr justificar la pena; y así, obtener consecuencias prácticas favorables a su propuesta como que la eliminación del concepto material del delito para los casos de peligro abstracto (portación de un arma de fuego), “de las infracciones de autorizaciones, de los supuestos de insignificancia, de la imprudencia leve y de los delitos perseguibles a instancia de parte”¹³⁸⁴. Aunque reconozca el avance sistemático de Frisch “para la construcción de un concepto material del delito”, Silva Sánchez propone una vía alternativa que permita delinear “la frontera no entre penas y otras sanciones estatales, sino dentro de las propias penas”, entre las privativas de libertad y otras penas que adquieren una relevancia comunicativa y fáctica. A partir de estas características de la pena, el Derecho Penal tendiente a vincularse hasta el final a la lógica del merecimiento, no aceptando la contaminación por razones de necesidad (de pena), que en aquel modelo sólo

¹³⁸² Así, STERNBERG-LIEBEN, Detlev, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, p. 113; en el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *InDret* 2/2007, pp. 7 y 8; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena”, *InDret* 1/2007, p. 9.

¹³⁸³ FRISCH, Wolter, “Delito y sistema de delito”, Wolter Jünger/Georg Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 224-229.

¹³⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, Wolter Jünger/Georg Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 24 y 25.

desempeñarían el papel de limitar la imposición de una pena “ya” merecida en términos de proporcionalidad o justicia¹³⁸⁵.

En esta misma línea de racionalidad, se encuentra la posición del Magistrado Luna Castro integrante del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, quien en relación al Amparo Directo 5/2019, de 30 de mayo de 2019, emitió la tesis II.2o.P.84 P (10a.), relacionada con la individualización de la pena para los coimputados que participaron en la comisión de un delito, el juzgador deberá invariablemente analizar “el mayor o menor aporte conductual de cada uno, a fin de fijar el correspondiente grado de reproche y culpabilidad, bajo un esquema de racionalidad” que intente el respeto lógico al principio de proporcionalidad de las penas, entendido como un principio de limitación racional del *ius puniendi* en un Estado constitucional y democrático de derecho, y evitar así la discrecionalidad arbitraria y carente de justificación razonada.

Alcácer Guirao explica que el Tribunal Constitucional incorpora a la esfera del derecho a la legalidad a través de un razonamiento basado en el principio de proporcionalidad un insumo a ponderar directamente en la libertad del ciudadano, tanto en lo correspondiente a la garantía de tipicidad¹³⁸⁶, lo que permitiría que una fundamentación así sea justificada cuando sea más grave el delito y la consecuencia jurídica fortalezca la exigencia de taxatividad¹³⁸⁷, de tal forma “el tribunal ha venido considerando que la determinación de la pena conforma una cuestión de legalidad ordinaria, fiscalizable desde el más laxo control, propio de la tutela judicial efectiva, de la motivación exenta de irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente”. Por tanto, la medida de motivación constitucionalmente exigible corresponderá al “margen de arbitrio judicial” del que, cada caso goce el juzgador para imponer la pena acorde al delito realizado, en tanto, “en un sistema legal de determinación de la pena caracterizado por la estrecha vinculación del Juez a la

¹³⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, op. cit., p. 27.

¹³⁸⁶ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional”, Santiago Mir Puig y Joan J. Queralt Jiménez (Dirs.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 53 y 54.

¹³⁸⁷ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional”, op. cit., p. 56.

ley, el arbitrio judicial se encuentra fuertemente limitado y poco espacio queda para la motivación judicial (STC 196/2007)¹³⁸⁸.

Esta construcción material del delito como base garantista para la justificación de una pena mediante el principio de proporcionalidad en sus vertientes como control de constitucionalidad de las normas penales y como facultad discrecional al legislador para su aplicación¹³⁸⁹, permitiría al juzgador ante casos de delitos culturalmente motivados fortalecer las razones explicativas del fallo a favor o en contra del imputado. Pero no así, lograr una fundamentación justificativa para estos delitos culturales, en tanto no se aplique el principio de parsimonia como una herramienta susceptible de utilizar para la determinación de una pena.

5.2. El principio parsimonia como vía para la determinación de la pena por delitos culturales.

El principio parsimonia permitirá allanar la discusión sobre la determinación de la pena por delitos culturales realizados en sociedades profundamente divididas por costumbres o usos de grupos minoritarios.

La idea es reflexionar acerca del conflicto humano y la inflicción de daños en el ámbito “de los estereotipos criminales” para determinar que castigo deba imponerse ante conductas motivadas culturalmente.

Para esto se propone una teoría general de la justicia penal que entienda “a la parsimonia en el uso de la violencia estatal”, mediante un “control sistemático” de esa facultad exclusiva del Estado para imponer una pena a las personas reprochadas por las ofensas cometidas, a la par,

¹³⁸⁸ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional”, op. cit., p. 57.

¹³⁸⁹ Para BUNZEL, Michael, “La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información”, Wolter Jünger/Georg Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 158, en Alemania el Tribunal Constitucional refiere que la importancia del principio de proporcionalidad atañe “sobre todo de la circunstancia de que el legislador, a través de la utilización de sanciones penales y de su aplicación en el caso concreto, lleva a cabo un juicio de desvalor ético-social especialmente grave y, por tanto, el legislador se encuentra «obligado a ser especialmente reticente cuando decida llevar a cabo una intervención a través de una norma penal, esto es a través de la sanción más severa de las que dispone la comunidad estatal»”, con lo que denota los fines reconocidos, los medios aplicables para sancionar penalmente según su idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

de su reintegración a la comunidad para evitar la repetición, del reconocimiento, la reconciliación y la compensación a las víctimas. Y si este principio tiende a incluir el comportamiento de personas que han sido motivadas por sus identidades culturales contrario a los valores de la mayoría donde han sido acogidos.

La propuesta más consolidada ha sido por Braithwaite y Pettit quienes sostienen que la “teoría republicana se deriva de una actitud mucho más ambivalente respecto del control de la discrecionalidad en la acusación, donde incluso en los casos más graves, tiende a promoverse en mayor medida el dominio general sin llevarlos a juicio”. Esto es, el principio parsimonia representa la posibilidad de no presentar el caso a juicio, es una idea como dejarlo “en descanso”¹³⁹⁰. Esto ocurrió en su momento con el asunto de la Talidomida¹³⁹¹, que ocasiono daños graves a los salud de los consumidores y el laboratorio fabricante de esa sustancia fue absuelto por “homicidio involuntario en Alemania”, y después de 5 años de litigio se llegó a un acuerdo por varios millones de dólares como indemnización a los menores de edad que sufrieron los efectos por la sustancia.

Este caso para Braithwaite y Pettit representa oportunidad para diferenciar entre el retribucionista y el consecuencialista, siendo para el primero indudablemente continuar con el juicio, en cambio para el segundo, debía o no proseguirse dependía de un análisis minucioso de las implicaciones referentes al procedimiento. En este sentido, el público por un lado, se habrá de beneficiar con la prevención de hechos delictivos futuros. Y por otro lado, el impacto de los costos que supone para las víctimas y familiares continuar con todo el proceso penal¹³⁹². Así, la visión consecuencialista motivada por la parsimonia tiende a “reemplazar las pautas procesales que disponen el procedimiento de los delitos más graves por el extremo opuesto”. En otras

¹³⁹⁰ BRAITHWAITE, John y Phillip PETTIT, *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, p. 136.

¹³⁹¹ Sobre su análisis dogmático jurídico penal, véase principalmente, TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Cursos causales en derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 36, Fasc/Mes 2, 1983, Madrid, pp. 221-238; CANCIO MELIÁ, Manuel, “Caso Contergan”, Pablo Sánchez-Ortiz Gutiérrez, *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 207-222; INIGO CORROZA, Elena, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 96 y ss.

¹³⁹² En este sentido, BRAITHWAITE, John y Phillip PETTIT, *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, op.cit., p. 137, consideran en el contexto del consecuencialismo, aceptable “que el fiscal es quien tal vez esté en la mejor posición para ejercer la discrecionalidad de equilibrar esas consideraciones abrumadoras”. Esto es, los desastres de la talidomida “son expresiones extremas de un dilema que no es poco frecuente, uno que el consecuencialista puede responder pragmáticamente, pero no propiamente desde el retribucionista”.

palabras, no imponer pena alguna a los delitos leves o que la cuantía sea irrisoria para el Derecho Penal, o la pauta procesal de quien cometa un robo por primera vez no será procesado¹³⁹³. Por consiguiente, si el caso a favor de la parrmisionia continúa, la discrecionalidad en la acusación sin lugar a dudas será amplia. En otras palabras, devolver un delincuente a su comunidad es reconocer a esa “comunidad en la que ocurrió el delito el control sobre la búsqueda del mejor modo de ayudar al delincuente a resolver el problema que creó”¹³⁹⁴.

Para los autores la propuesta consecuencialista republicana de acuerdo al principio parsimonia “indica no llevar a juicio un caso a menos que se crea que se logrará un incremento general del dominio como resultado del proceso”. En cambio, la posición retribucionista indica siempre llevar a “juicio al delincuente culpable e impone la carga de justificar por qué no debería llevarse a cabo el enjuiciamiento sobre quien ponga en riesgo ese principio”¹³⁹⁵. Con ello, “la carga de la prueba republicana se encuentra sobre el agente que está a favor de enjuiciar”; y no así lo haría la carga retribucionista, sobre quien aboga por la clemencia¹³⁹⁶. Por tanto, “en un mundo en el que se recurra al castigo con parsimonia y en el que el encarcelamiento sea un último recurso, sería incluso más verdadera la aseveración de que el proceso penal es la mayor parte del castigo y además habría menos juicios”¹³⁹⁷.

Para Ortiz de Urbina Gimeno este criterio parsimonia para la determinación de la pena “indica que, entre dos teorías con el mismo contenido explicativo, ha de preferirse aquella que lo haga con menor uso de recursos conceptuales”¹³⁹⁸. Por su parte, Mañalich, sostiene que

¹³⁹³ BRAITHWAITE, John y Phillip PETTTT, *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, op.cit., p. 138.

¹³⁹⁴ BRAITHWAITE, John y Phillip PETTTT, *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, op.cit., p. 139.

¹³⁹⁵ Al respecto, BRAITHWAITE, John y Phillip PETTTT, *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, op.cit., p. 141, proponen para mitigar ese problema, aplicar: i) “la figura del arresto domiciliario y el alojamiento en instalaciones tipo hotel seguras durante la prisión preventiva”, ii) “el pago de una indemnización a aquellos acusados que son declarados inocentes”. Así, se estaría en posibilidades de otorgar “a los agentes de la justicia penal un incentivo para ser parsimoniosos al solicitar la prisión preventiva”. Además, “un incentivo para dar prioridad a los acusados que estén detenidos para que tengan un juicio rápido. Por tanto, la parsimonia podría mitigar los considerables costos que entraña tomar en serio los derechos del inocente en la etapa previa al juicio”.

¹³⁹⁶ BRAITHWAITE, John y Phillip PETTTT, *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, op.cit., p. 140.

¹³⁹⁷ BRAITHWAITE, John y Phillip PETTTT, *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, op.cit., p. 143.

¹³⁹⁸ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, “Martillos y clavos: una respuesta a “normas penales y conflicto de deberes”, de Juan Pablo Alonso”, *Revista Discusiones*, N° 9, p. 63.

cuántas hayan de ser las normas de comportamiento frente a las normas de sanción en cuestión, acorde con “arreglo al así llamado principio de parsimonia, la estrategia de individuación que se privilegie tendría que postular nada más que aquel conjunto de normas que sea mínimamente suficiente para la adecuada reconstrucción de ese mismo contexto regulativo”¹³⁹⁹. En cambio, para Basso “la determinación del castigo de conformidad con el principio de parsimonia –en tanto implique que se debe aplicar siempre la pena legal mínima– conduciría, en última instancia, a la equiparación de supuestos de gravedad divergente. Ello conduciría exigencias mínimas de igualdad en la distribución del castigo”¹⁴⁰⁰.

Lugar aparte corresponde señalar la propuesta de Morris para quien el principio de parsimonia pretende fungir como un recurso para elegir la sanción menos restrictiva o menos punitiva necesaria para lograr propósitos sociales definidos¹⁴⁰¹, esto es, el predominio de factores desvinculados del merecimiento para la concreción de la pena¹⁴⁰² a determinar en el caso concreto¹⁴⁰³. Por supuesto que esta idea tiende a justificar más un escenario de penas fijas que conceder terreno al margen de discrecionalidad del juzgador para imponer la sanción, pero aún

¹³⁹⁹ MAÑALICH R., Juan Pablo, “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N° 2, 2014, p. 52. Para mayor detenimiento sobre el autor “sobre la teoría de las normas en derecho penal”, véase, *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

¹⁴⁰⁰ BASSO, Gonzalo J., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, op. cit., p. 126.

¹⁴⁰¹ MORRIS, Norval, “The future of imprisonment: toward a punitive philosophy”, *Michigan Law Review*, Vol. 72, No. 6 (May, 1974), p. 1162.

¹⁴⁰² Siguiendo a SEELMANN, Kurt, “El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena”, Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 374, en su diagnóstico para diferenciar el grado de lesividad entre bien jurídico y *harm principle*, para justificar el merecimiento de una pena, sería en tanto que el principio de bien jurídico sobrepasa de forma inmanente el ámbito de las lesiones de derechos en sentido estricto a la hora de determinar lo punible. En este sentido, el *harm principle* todavía rivaliza con los supuestos de ofensa e, incluso, de protección de la moral y de paternalismo. Por tanto, la tradición orientada al *harm principle* no sólo cuestiona si y bajo qué presupuestos son merecedoras de pena las lesiones de derechos, sino también si puede imponerse una pena en virtud de alguna de las otras razones mencionadas.

¹⁴⁰³ Al respecto, véanse, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena en la estructura del delito”, J.M. Silva Sánchez (ed. española), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, pp. 117, explica que el merecimiento “de pena y/o necesidad de pena operan como principios materiales, pero a partir de ahí existen enfoques diversos acerca de cuáles son los elementos en cuestión”: i) “todos los elementos del delito y las condiciones de punibilidad, han de ser concebidos desde el punto de vista de los criterios de merecimiento y de necesidad de pena”; ii) “el merecimiento de la pena y los aspectos de los fines de la pena llegan hasta la culpabilidad, mientras que las especiales condiciones objetivas y subjetivas de punibilidad no tienen relación alguna con consideraciones político criminales sobre la pena, sino con intereses de política jurídica general”; en cambio, ROBINSON, Paul H., *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 47, sostiene que el merecimiento deontológico y el empírico entran en conflicto entre sí, allí donde la filosofía moral produce principios distributivos que colisionan con las intuiciones legales acerca de la justicia, por ejemplo en el contexto de la relevancia dada al daño.

y con esta deficiencia¹⁴⁰⁴, parece razonable su implementación como principio de valoración para mejor individualización de la pena en los delitos culturalmente motivados, en el entendido como una posición propia de la discrecional débil del juez tendiente a fomentar un Derecho Penal Intercultural acorde con las pautas constitucionales del principio de mínima intervención, proporcionalidad, igualdad y autonomía¹⁴⁰⁵.

5.3. Bases constitucionales para la imposición del castigo por la discrecionalidad débil.

En el apartado anterior, se ha dejado evidencia que el papel de la discrecionalidad débil en materia de delitos culturalmente motivados tiende a considerar sus elementos identitarios para la individualización de la pena. Por eso, el motivo que conduce nuevamente a retomar esta herramienta judicial es para ahondar en la problemática de los derechos en conflictos y la capacidad de autodeterminación.

En este contexto, Álvarez Medina sostiene “que la autonomía no es ni el único ni el más importante valor moral” para ponderar valores o derechos en conflictos¹⁴⁰⁶, sino se trata de una suerte de factor mediador que determinará la realización de otro valor. Por ejemplo, la libertad de expresión e intimidad y de estos se debe determinar cuál contribuye más para la realización de la autonomía de los agentes involucrados, en este caso sería la intimidad. Por tanto, corresponde realizar un juicio de comparación a la luz de la capacidad de autodeterminación¹⁴⁰⁷.

Para entender esta capacidad de autodeterminación Álvarez Medina explica que “las decisiones judiciales de diversos países europeos abordan el análisis de distintos tipos de prácticas culturales que tienen a las mujeres como protagonistas”, tal sería el uso del pañuelo musulmán,

¹⁴⁰⁴ Para BASSO, Gonzalo J., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, op. cit., p. 132, la “teoría de la pena exacta o puntual” no resultaría distinta a la teoría del margen de libertad. Ambas disponen concepciones retributivas y penas adecuadas a la culpabilidad correctas que deben ser *descubiertas*. Así, se pasaría por alto que de lo que en realidad se trata es de penas que deben ser el resultado de un proceso de *atribución* o *valoración* según normas jurídicas y no propiamente un proceso de identificación o de mera constatación. No obstante, Basso considera que el reconocimiento de dicho margen valorativo no debe conducir a la defensa de un arbitrio judicial excesivo, o bien, admitir factores ajenos al injusto culpable en la medición de la pena.

¹⁴⁰⁵ Para SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 259, los principios de “proporcionalidad, humanidad e igualdad son garantísticos materiales que expresan” el fin general “del Derecho Penal de garantía de los derechos individuales del delincuente”. Estos principios “poseen una base constitucional, si bien, evidentemente, en la norma fundamental no se dan directrices precisas acerca de su contenido”.

¹⁴⁰⁶ Al respecto, véase, *infra* Capítulo Primero, apartado. 3.2.

¹⁴⁰⁷ ÁLVAREZ MEDINA, Silvina, *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, op. cit., pp. 84 y 85.

entendido como el caso por antinomasia sobre el conflicto de derechos en sociedades multiculturales, es aquel donde se detectan valores más específicos social o culturalmente arraigados, relativo entre otros: i) “prácticas religiosas”, ii) “tradiciones culturales” o iii) “relaciones familiares”. Así, el valor universal de la libertad tiende a expresarse de manera particular en la libertad religiosa y con ello, habrá de reconocerse instancias más específicas de valor como la libertad de usar un pañuelo. Esta dinámica de valores tiende a jerarquizarse debido a los conflictos entre los derechos fundamentales a fin de establecer una solución a ellos. Pero reconoce Álvarez Medina que tal jerarquía no siempre tiende a lograrse y los valores serían ordenados de forma distinta acorde a las condiciones específicas de cada caso¹⁴⁰⁸. Esto lo muestra con un caso resuelto en 2003 el Tribunal Constitucional alemán, donde determinar prohibir “a una maestra de religión musulmana desempeñarse como profesora de escuela primaria usando un pañuelo en la cabeza”.

Al principio, el caso fue presentado ante el Tribunal Administrativo Federal por las partes, “como un conflicto entre el derecho de libertad religiosa de la demandante” frente al deber de neutralidad del Estado. Pero la decisión fue negada a la maestra su derecho de seguir ocupando su puesto de trabajo ante el argumento “de una jerarquía entre principios por la cual el derecho de la profesora actuar conforme a convicciones religiosas tiene una prioridad inferior al derecho en conflicto de los alumnos y padres a que no tengan lugar manifestaciones religiosas durante las clases”.

La razón de esta decisión adversa fue porque “los maestros están obligados a aceptar las restricciones que se derivan del trabajo, siendo una de ellas la relativa a la no manifestación de las propias convicciones religiosas”. En tanto, la finalidad sea lograr “un entorno de neutralidad religiosa”¹⁴⁰⁹.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional innovo al resolver la tensión suscitada entre este conflicto de normas, al reconocer no solo dos derechos fundamentales en pugna, sino seis principios que convergen en este caso y que debieron tomarse todos en cuenta: “libertad positiva de cultura de una maestra, deber de neutralidad religiosa e ideológica del estado, derecho de los

¹⁴⁰⁸ ÁLVAREZ MEDINA, Silvina, *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, op. cit. pp. 86 y 87.

¹⁴⁰⁹ ÁLVAREZ MEDINA, Silvina, *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, op. cit. pp. 87 y 88.

padres a la educación de sus hijos, libertad negativa de culto de los escolares, la tolerancia u el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública”¹⁴¹⁰.

A partir de todos estos principios el Tribunal Constitucional determinó que la medida impuesta por las autoridades escolares de apartar a la maestra de su función por razones religiosas es contraria a la protección constitucional, en especial, por identificar que no tiene base legal en el ordenamiento local y en su lugar debiera encontrarse una solución por la legislatura en aras de “encontrar un compromiso que sea razonablemente aceptable para todos”, atendiendo las particularidades de cada contexto social¹⁴¹¹.

Este caso para Álvarez Medina si bien corresponde a un ejercicio del principio de ponderación en un contexto del pluralismo de valores, es susceptible que alguien siempre pierda algo. En este sentido, “el conflicto entraña siempre la pérdida potencial de algo valioso y por ello parece especialmente importante la recomendación de adoptar un punto de vista de los destinatarios de la solución con vistas a tener una aproximación más acotada de las consecuencias que la solución puede tener para ellos y la mejor manera de respetar sus derechos parece ir ligada al respeto de su autonomía, lo que requiere un delicado y equilibrado análisis del contexto y las oportunidades que éste les brinda”¹⁴¹².

Lo mismo acontece con el conflicto para reconocer a “los pueblos indígenas el derecho a la autodeterminación” para preservar su modo de vida premoderno, en aquellas naciones donde la civilización común de la mayoría es distinta y con ello rechazan los derechos sustantivos a la autodeterminación, los cuales tienen a decir de Anaya dos niveles: i) en esta primera referencia se identifica la “autodeterminación constitutiva”, que dispone de estructuras políticas que serían instauradas por los procesos motivados por la voluntad de los pueblos que se gobiernan mediante dichas estructuras y ii) la de una “autodeterminación permanente”, lo “que

¹⁴¹⁰ ÁLVAREZ MEDINA, Silvina, *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, op. cit. p. 89.

¹⁴¹¹ ÁLVAREZ MEDINA, Silvina, *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, op. cit. p. 89.

¹⁴¹² ÁLVAREZ MEDINA, Silvina, *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, op. cit. p. 91. Cabe enunciar el distanciamiento liberal de Álvarez Medina y el comunitarismo a nivel de los deberes personales que nos incumben de FLETCHER, George P., *Gramática del Derecho penal*, op. cit. p. 237, quien comparte la idea de que “liberales creen que los individuos eligen su sociedad, y los comunitaristas mantienen que la sociedad define lo individual, o, por lo menos, que la pertenencia a la comunidad se confiere involuntariamente desde el momento del nacimiento o desde la temprana edad. Estos deberes no se eligen, se descubren como parte de nuestro reconocimiento de la identidad personal”.

significa que las instituciones de gobierno, con independencia del modo en que inicialmente se crearon, deberían ser tales que las personas que se rijan por ellas puedan vivir y desarrollarse libremente de forma” ininterrumpida¹⁴¹³.

La autodeterminación para Kymlicka como parte de una política multicultural liberal ha tenido consecuencias positivas en algunos casos, con ciertos logros modestos que caracteriza la mayor parte de la política social como ha sido con los derechos lingüísticos y a la autonomía territorial y a los derechos de autogobierno para los pueblos indígenas, o a los acomodos multiculturales para los inmigrantes. Pero se requiere de mayor apoyo en estas políticas, renovándolas, extendiéndolas y complementándolas con otras que aborden las normas restantes de desigualdad, y que aporten garantías frente a las presiones antiliberales¹⁴¹⁴.

Así, desde una perspectiva normativa, para Kymlicka, el derecho a la autodeterminación permite gozar de la cultura a las minorías nacionales de manera interna, esto “implica que tales grupos poseen una cultura compartida y específica que desean mantener”, mientras que en otros casos, “implica que poseen una identidad nacional compartida que desean promover a través del autogobierno”. Ahora bien, estos grupos no son homogéneos porque los miembros del grupo tienden a discrepar acerca de las tradiciones culturales que desean mantener y el grado en que desean preservar su especificidad cultural frente a la sociedad. Igualmente, se tiende a discrepar respecto a la naturaleza de su identidad nacional, o el tipo de autogobierno necesario para protegerla¹⁴¹⁵. Por tanto, Kymlicka tiene la impresión de que no existe un principio para privilegiar a las minorías que han adquirido o arrebatado la autonomía en algún momento pasado. El trato diferencial otorgado a las exigencias de la autonomía de las minorías sólo puede explicarse como una concesión a la *realpolitik*. Para Kymlicka si se mira a través de una visión prudencial, es mucho más peligroso abolir estructuras autonómicas preexistentes de minorías que han luchado por conseguir las que rechazar su concesión a otras que no han mostrado la misma disposición a emplear la violencia en su búsqueda de autonomía¹⁴¹⁶.

¹⁴¹³ ANAYA, S. James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 80-82.

¹⁴¹⁴ KYMLICKA, Will, *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, Paidós, Barcelona, 2009, p. 181.

¹⁴¹⁵ KYMLICKA, Will, *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, op. cit., pp. 252 y 253.

¹⁴¹⁶ KYMLICKA, Will, *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, op. cit., p. 256.

El análisis de la autonomía moral y cultural reflejada en el uso del pañuelo musulmán y las minorías tiende a clarificar que el principio de ponderación ejerce un papel básico para ponderar la diversidad de valores en el “ejercicio de la libertad de las personas” que entran en conflicto para solventar sus aspiraciones culturales propias o colectivas. Pero este principio de ponderación, no logra solventar los niveles de valoración que requiere los delitos culturalmente motivados, debido a que siempre habrá una jerarquía clara, definida y absoluta para proteger bienes fundamentales como la vida o integridad por encima que cualquier otro valor “cultural” diverso que afecte o menoscabe a estos.

Por lo anterior, la opción más viable para fortalecer la discrecionalidad débil del juzgador al momento de decidir el *quantum* de la pena por un delito culturalmente motivado, es optar por una concepción material del delito, a fin de que pueda preservar el equilibrio entre el libre desarrollo de la personalidad (autonomía personal) y el principio de proporcionalidad. Esto para mantener un equilibrio entre los derechos culturales de las minorías y los derechos fundamentales de la sociedad que reglamenta las directivas de conductas acorde con el universalismo de los derechos humanos.

6. La discrecionalidad judicial y valoración de la culpabilidad de acto (la autodeterminación por delitos culturales).

A lo largo del capítulo anterior, fueron analizadas las implicaciones legales del ejercicio del *ius puniendi* frente a comportamientos delictivos motivados culturalmente, dejando una estela adversa al reconocimiento y tolerancia de la diversidad cultural por quedar relegada a un segundo plano, ante la priorización de salvaguardar bienes jurídicos como la vida o integridad corporal considerados de mayor jerarquía.

Ahora corresponde enlazar este análisis punitivo y la figura del bien jurídico mediante el principio de proporcionalidad, para establecer los alcances negativos hacia el principio de autonomía personal en un contexto de conflictos culturales que permita robustecer el derecho a la autodeterminación y culpabilidad de acto.

El principio de culpabilidad atañe a la fórmula no hay pena sin reprochabilidad. Esto es, no hay delito sin libertad para decidir. Por ello, este principio presupone la autodeterminación de la voluntad humana, en palabras de Zaffaroni “cualquier concepción de lo humano sin capacidad de decisión elimina la responsabilidad; y con ella el concepto mismo de persona y, por consiguiente, el de ciudadano. En síntesis: responsabilidad y autodeterminación son conceptos inseparables”¹⁴¹⁷.

Este punto de partida es indispensable para garantizar que la discrecionalidad judicial deba apearse al principio de culpabilidad, en el sentido de reconocer que el derecho a la autodeterminación no es un concepto inverificable, o bien, el “indeterminismo no puede ser entendido antropológicamente de otro modo” que acorde a este derecho¹⁴¹⁸.

Porque de no respetarse el principio de culpabilidad en aquellas personas que cometen un delito culturalmente motivado, serían quebrantadas todas sus garantías constitucionales y procesales que salvaguardan una impartición de justicia imparcial. Piénsese el caso de un proceso penal en contra de un indígena tzotzil por un delito de matrimonio con menores de edad en México o el de un miembro de grupo étnico somalí de Kenya que vive en Estados Unidos por mutilación genital femenina, son juzgados por sus rasgos personales o culturales y no por el hecho. Esto sería opuesto a los mecanismos internacionales de Derechos Humanos y al marco constitucional de la diversidad cultural a considerar para determinar el hecho ilícito. Porque la culpabilidad de acto es la base del Derecho Penal democrático y no un Derecho Penal de autor.

Para Zaffaroni la autodeterminación de la persona no es solamente un simple dato legal y, a su vez, una experiencia. Por el contrario, representa “la base misma de la coexistencia social”. Por ello, “el derecho no puede menos que reconocer que la autodeterminación es de la esencia de la personalidad”. Esto se advierte como “consecuencia ineludible del concepto antropológico que presupone el derecho”. En tanto, “la antropología jurídica, o bien, concepto jurídico de lo humano; la ley internacional, la Constitución y la ley nacional presuponen autonomía personal

¹⁴¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, 2000, p. 672.

¹⁴¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 672.

de decisión”¹⁴¹⁹. Por su parte Cabezas Salmerón se plantea una cuestión fundamental para este devenir del juzgador en el momento de la valoración de la culpabilidad, ¿pueden los condicionamientos socio-culturales afectar suficientemente a la motivabilidad del sujeto? En este caso corresponde afirmar dicha relación para el Derecho Penal, aún en un supuesto de conceder atenuantes a la culpabilidad de una persona que haya cometido un delito culturalmente motivado¹⁴²⁰. Así Macías Caro expone los aspectos de la personalización que deben considerarse para la culpabilidad de un autor cultural:

- Primero: la exigencia de acreditar “una situación de motivabilidad mediante normas”. Es decir, “que se dé la posibilidad objetiva de motivación y que el autor de un delito cultural tenga capacidad personal para motivarse”. Además, “que la capacidad para motivarse sea normal en general y en el caso concreto, debiéndose personalizar la responsabilidad penal en función de la existencia de motivabilidad y del grado de normalidad”.
- Segundo: la valoración de su “responsabilidad penal en función de otros criterios no relativos a la motivabilidad, tales como la gravedad del hecho u otras circunstancias personales”.
- Tercero: “la personalización de la pena concreta que le debe ser impuesta en función de la necesidad, desde una perspectiva preventivo-especial de resocialización, de reducir la distancia entre los intereses tutelados por las normas penales y los valores culturales que han participado en la motivación del delito cultural”¹⁴²¹.

¹⁴¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pp. 673 y 674.

¹⁴²⁰ CABEZAS SALMERÓN, Jordi, *La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales. Puesta en evidencia y crítica de una omisión: la no consideración de los condicionantes socioculturales y económicos del injusticiable en la determinación de su culpabilidad*, Anthropos, Barcelona, 2014, p. 59. Sobre esto mismo, SANZ MULAS, *Delitos culturalmente motivados*, op. cit., 98, sostiene que para la doctrina mayoritaria es la culpabilidad la sede más idónea para valorar los conflictos culturales, “pues lo decisivo no es si el autor tiene capacidad de elección entre varias opciones de conducta, sino si es un sujeto motivable por la norma”.

¹⁴²¹ MACÍAS CARO, Víctor Manuel, *Los «delitos culturales» a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales*, op. cit., p. 218. Aunque su posición por una pena especial resocializadora como se ha mostrado no logra solventar el derecho a la identidad cultural, cobra importancia defender esta teoría de la pena, solo para reconocer el grado de cultura que existe en la motivación de la pena que ha infringido la norma jurídico-penal, o bien, para centrar el debate sobre el nivel de motivable que se encuentre el sujeto al momento de infringir la norma para determinar algún error o ausencia de dolo. Pero no para los fines propiamente de la resocialización por su base utilitaria de la pena. Para mayor detalle, véase, *supra*, Capítulo Cuarto, apartado 2.

Ahora bien, a este análisis le precede la discusión en la teoría de las normas (jurídico penal) frente a las normas culturales analizado previamente¹⁴²², denotó que no lograba solventar la justificación político criminal para imponer una pena (retributiva, consecuencialista, utilitarista, etcétera), ante los conflictos culturales propios de las sociedades pluralistas, en tanto que el papel de la ley penal de *ultima ratio* sea aplicada ante cuestiones auténticamente relevantes para reaccionar penalmente. Así, Robles Planas expone que las normas jurídicas son el presupuesto del Derecho Penal, pero su existencia “no es exclusivamente jurídico-positiva, sino jurídico racional”, ya que busca “recomponer racionalmente el Derecho Penal” propio de la existencia de “un mundo normativo” que jurídicamente prohíbe u obliga su respeto¹⁴²³.

Por ejemplo, en el caso de Pahn fueron juzgados sus amistades quienes por una omisión de auxilio ante situaciones religiosas lo ayudaron a llenarse de gasolina y prenderse fuego¹⁴²⁴, pero que finalmente el juzgador determinó concederles la libertad condicional debido al contexto religioso que mediaba en el suicidio de Pahn. Al respecto, es importante atender ante estos hechos que el ilícito por omisión del deber de auxilio o socorro en la doctrina continental basta acreditar la conducta omisiva del sujeto para que pueda imputarse la existencia de delito, sin tomar en cuenta los posibles resultados que se deriven de dicha omisión¹⁴²⁵.

La problemática que subsiste en este tipo de delito, atañe a determinar de manera indirecta la protección de la vida y de la salud, pero no se puede afirmar sea el valor tutelado

¹⁴²² Véase *infra*, Capítulo Cuatro, apartado 4.

¹⁴²³ En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, México, 2013, p. 47, considera, i) viable defender la imposibilidad de justificar racionalmente las leyes penales, a partir de una concepción escéptica en materia de ética normativa; ii) es posible sostener que, aun siendo posible la tarea de justificación resulta irrelevante. Ello puede hacerse si se parte de una concepción moral pragmatista. Y, por fin, es posible también mantener que la justificación de las leyes penales es posible y relevante, pero excesivamente costosa para resultar racional.

¹⁴²⁴ Al respecto, véase, *supra*, Capítulo Tercero, apartado 4.2.2.

¹⁴²⁵ A modo orientador, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 341; VARONA GÓMEZ, Daniel, *Derecho penal y solidaridad. Teoría y práctica del mandato penal de socorro*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 28 y 29; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “La omisión del deber de socorro”, Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats (Coords.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1670; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Derecho penal parte general*, Aranzadi, Thomson Reuters, 4ª ed., Pamplona, 2010, p. 390; BLANCO LOZANO, Carlos, *La omisión del deber de socorro en el Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 79; BUSTOS RUBIO, Miguel, *La tipicidad objetiva en el delito de omisión del deber de socorro personal*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, p. 22; CERESO MIR, José, *Curso de derecho penal español, parte general*. Vol. III. Teoría jurídica del delito, tecnos, Madrid, 2004, p. 255; ARÁUZO ULLOA, Manuel, *El delito de deber de omisión de socorro. Aspectos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 448 y ss.; KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 29-32.

directamente. Esto es, lo que se espera es la exigencia de colaborar con el que se encuentre en peligro (de manera solidaria), esperando que con su intervención impida o cuando menos disminuya la producción de un resultado lesivo más grave¹⁴²⁶.

No debe sorprender que este aspecto resulta legítimo imponer un castigo penal¹⁴²⁷, porque la figura del bien jurídico funciona como “mero catalizador de la discusión en torno a si pesan más los intereses en el actuar libre de prohibiciones o si son más relevante los intereses en la no perturbación del bien jurídico”¹⁴²⁸. Pero para esto, Robles Planas sugiere un punto de vista externo para analizar la cuestión material de dicha perturbación “que decante el juego argumental a favor de la libertad” o en su caso protección¹⁴²⁹.

Este recurso externo lo encuentra identificado en el ámbito iusfilosófico con la noción de autonomía por el cual permite reflexionar sobre el sentido de las prohibiciones y los mandatos normativos, sobre todo porque el “mundo de los bienes jurídicos” adquieren “una dimensión mucho más profunda”, en tanto se le relaciona con la autonomía¹⁴³⁰.

¹⁴²⁶ Para mayor detenimiento sobre la fundamentación filosófica del delito de omisión de socorro, VARONA GÓMEZ, Daniel, *Derecho penal y solidaridad. Teoría y práctica del mandato penal de socorro*, op. cit., capítulos III y IV, quien elabora la problemática utilitarista y retributiva de la pena para este comportamiento delictivo.

¹⁴²⁷ Así ROBLES PLANAS, Ricardo, “Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho Penal”, Andrew von Hirsch, Kurt Seelmann, Wolfgang Wohlers, *Límites al Derecho penal. principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 22 y 23. “

¹⁴²⁸ Al respecto, SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La libertad del Derecho penal. estudios sobre la doctrina de la imputación*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 39, aporta otras directrices que pueden complementar la posición de Robles Planas en el sentido de considerar a la persona con tres elementos distintivos, permanencia, practicidad y reflexividad para preservar el juicio de imputación, entendido como un juicio sobre los procesos que el agente despliega, que se consideran hechos, se valoran conforme a las pautas que los rigen y se atribuyen como reproche o mérito: la *imputatio facti*, la *applicatio legis ad factum* y la *imputatio iuris*, respectivamente. Lo que resulta aplicable a cualquier persona sin importar su origen, raza o identidad cultural, porque a partir de estos elementos se muestra “cómo la operación de atribución de responsabilidad que llamamos imputación presenta un orden interno coherente y revela un modo de proceder dotado de consistencia. La racionalidad de la persona (imputante e imputada) aporta motivos para explicar esa consistencia. Por encima de las concretas legislaciones nacionales, actuales y antiguas, no es aventurado pensar que la racionalidad humana supone una base común que se hace evidente en las reglas de imputación”, mismas que podrán ser aplicables a los hechos cometidos delictivamente motivados por factores culturales. Lo que ahora se intenta es indagar sobre los límites materiales que deben conformar a un Derecho Penal mínimo, que reconozca la diversidad cultural y no imponer una pena que traiga mayores afectaciones a su identidad cultural.

¹⁴²⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho Penal”, op. cit., p. 24; por su parte, PAREDES CASTAÑON, José Manuel, *La justificación de las leyes penales*, op. cit., pp. 94-99, expone el por qué debería poder el Estado intentar incidir sobre la estructura de la motivación de las acciones individuales y su respuesta es carácter consecuencialista.

¹⁴³⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho Penal”, op. cit., p. 25;

En este sentido, se pretende ahondar en este punto de vista externo mediante el prisma del principio de proporcionalidad y autonomía para establecer una plataforma sólida que contribuya al debate sobre la graduación del juzgador al momento de imponer una pena por un delito culturalmente motivado, acorde a los elementos adyacentes a la diversidad cultural que engloba.

6.1. El principio de parsimonia y la determinación de la culpabilidad por delitos culturales.

Para Greco los casos por delitos culturalmente motivados tienden a analizarse mediante una argumentación empírica aparente¹⁴³¹. Sobre todo, por su limitado alcance debido a “que la mayoría de los infractores” en Alemania que cometen delitos de honor son de origen turco. Por lo que el derecho turco es la base de la discusión en los tribunales alemanes, pero exclusivamente para aquellos casos con ciudadanos de ese país y no así puede extenderse para los casos de personas de otras nacionalidades. Por ejemplo, casos de griegos, italianos, chinos, iraní o paquistaní. Otro inconveniente de su perspectiva empírica es la imposibilidad para “determinar si las normas legales o sociales del país de origen deben ser determinantes”. La única alternativa viable para valorar y seleccionar lo empírico mediante argumentos normativos¹⁴³².

El primer argumento atañe a un ¿tratamiento desigual?, porque “la valoración de los motivos abyectos por medio de los conceptos de valor alemanes permite una aplicación uniforme del derecho”. En otro aspecto, se alude sobre el infractor negando el “punto de vista un ilegítimo por disponer un “privilegio al extranjero”. O también, corresponde visualizar a la víctima para formular el “temor de que determinados grupos de la población” resulten “degradados como víctimas de un menor derecho de protección”¹⁴³³.

¹⁴³¹ En sentido opuesto, CABEZAS SALMERÓN, Jordi, *La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales. Puesta en evidencia y crítica de una omisión: la no consideración de los condicionantes socioculturales y económicos del injusticiable en la determinación de su culpabilidad*, op. cit., p. 186, “la motivación por la norma y por tanto la culpabilidad no debe ser considerada un concepto normativo, sino que requiere el estudio empírico de la biografía individual”.

¹⁴³² GRECO, Luís, “Asesinatos por honor en el Derecho Penal Alemán”, María Elósegui Itxaso, *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2012, p. 238.

¹⁴³³ GRECO, Luís, “Asesinatos por honor en el Derecho Penal Alemán”, op. cit., p. 239. “Es de elogiar que el mandato del tratamiento igual como valoración normativa abierta supere la ceguera del empirismo. Pero el argumento no avanza mucho más, ya que calla absolutamente sobre el criterio con el que se tenga que determinar

El segundo argumento pertenece al mandato de la tolerancia que permite rechazar escenarios prepotentes e incluso etnocéntrico, porque se estigmatiza “por ley los conceptos de valor que contradicen frontalmente a los vigentes en Alemania no sólo como diferentes, sino como abyectos”. Esto resulta “especialmente reprobables y despreciables”¹⁴³⁴. Desde esta base ética, Greco niega la posibilidad de aceptar “con sensatez que las mutilaciones genitales y los matrimonios forzados, la obediencia femenina obligatoria ante el esposo y la autojusticia privada sean objetivamente tan buenas como las referidas prohibiciones”¹⁴³⁵. Por tanto, la tolerancia solo es viable sin premisas relativistas culturales¹⁴³⁶, porque su visión liberal del Estado solamente tiende a dirigir “sus pretensiones hacia el cumplimiento de estándares externos de comportamiento”. En cambio, da muestra de exigencias a las convicciones internas para preservar los valores existentes en las leyes estatales¹⁴³⁷. En realidad, su posición de Greco coincide con la tradición kantiana.

Por lo anterior, Greco sostiene la insuficiencia de los principios parsimoniosos en su totalidad por ser insuficiencia. Lo que propone es reflexionar sobre el contenido de los motivos abyectos o “motivos moralmente muy reprobables y casi despreciables”, y también de la culpabilidad y del injusto. Sobre todo, porque duda que los motivos abyectos sean interpretados realmente con referencia a la moralidad. Por ejemplo, un asesinato por motivos abyectos bajo amenaza de pena máxima vigente representa consiguientemente una culpabilidad alta. Y esta culpabilidad alta tiende a imaginarse como una culpabilidad “máxima independiente o simplemente como reflejo de un injusto máximo”¹⁴³⁸.

La posición de Greco sobre la culpabilidad deviene a la idea de Feuerbach del consentimiento al castigo. El “castigo se puede legitimar ante el castigado porque él mismo lo

la igualdad y la desigualdad. Porque solamente cuando exista este criterio se podrá diferenciar un *privilegium odiosum* de un tratamiento desigual justificado de los desiguales”.

¹⁴³⁴ GRECO, Luís, “Asesinatos por honor en el Derecho Penal Alemán”, op. cit., p. 240. El autor rechaza una posición del relativismo cultural.

¹⁴³⁵ GRECO, Luís, “Asesinatos por honor en el Derecho Penal Alemán”, op. cit., p. 240.

¹⁴³⁶ Sobre este punto, véase, *supra*, Capítulo Primero, apartado 2.2

¹⁴³⁷ GRECO, Luís, “Asesinatos por honor en el Derecho Penal Alemán”, op. cit., p. 241.

¹⁴³⁸ GRECO, Luís, “Asesinatos por honor en el Derecho Penal Alemán”, op. cit., p. 242.

ha buscado con la comisión del comportamiento punible¹⁴³⁹. Por ejemplo, el sujeto que comete un asesinato motivado por el honor “significa que su culpabilidad no se atenúa de ningún modo. Porque todo el mundo que permanece en un lugar foráneo deberá contar con que en ese lugar no se apliquen los criterios de su país de origen¹⁴⁴⁰. En consecuencia, no resulta necesario exigir al extranjero que haga “propios los valores de Alemania, o que se integre”. Sino únicamente, “se le exige que externamente cumpla las reglas del Estado” donde se encuentra radicado¹⁴⁴¹.

En consecuencia, la existencia de un asesinato por motivos abyectos solo será caso de culpabilidad máxima cuando también exista injusto máximo. Pero a partir de este nivel de análisis Greco ya no profundiza en la graduación del injusto para los delitos culturalmente motivados en sentido estricto. No obstante, sus razonamientos a nivel de culpabilidad por consentimiento tienden a encontrar dificultades para relacionar la falta de entendimiento de una persona indígena o paquistaní que no hablan plenamente el idioma del país de acogida y desconocen las implicaciones morales de la sociedad extraña a ellos, para entender que su conducta corresponde a un homicidio con todas las calificativas susceptibles de justificar una pena máxima.

Distinto resulta situar la propuesta de Greco para aquellas personas extranjeras o pertenecientes a grupos originarios que, si conocen el idioma oficial del Estado, y además, entienden que su comportamiento es reprochable por la ley, pero ante la presión cultural de su lugar de origen decide seguir con su comportamiento contrario y al cometer el homicidio su culpabilidad correspondería con la idea del consentimiento. Pero la graduación de la pena podría aminorarse por las circunstancias culturales que lo motivaron a realizar esta conducta criminal.

Frente a esta problemática de los crímenes de honor, Boldova Pasamar reconoce la gravedad de las cifras dadas por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre estos crímenes en el mundo, y destaca el esfuerzo de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativo a la Resolución de 30 de enero de 2003 (57/179) titulada «Hacia la erradicación de los

¹⁴³⁹ GRECO, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*, op. cit., pp. 373-397.

¹⁴⁴⁰ GRECO, Luis, “Asesinatos por honor en el Derecho Penal Alemán”, op. cit., p. 244.

¹⁴⁴¹ GRECO, Luis, “Asesinatos por honor en el Derecho Penal Alemán”, op. cit., p. 245, considera que el principio tiene, frente al resto de las posiciones, se advierte las más claras ventajas como: i) no instrumentaliza al castigado sino que le demuestra por qué “él mismo tiene culpa” de su castigo; y ii) “que mantiene distancia respecto del *forum internum* de los ciudadanos”.

delitos de honor cometidos contra la mujer», que insta a los Estados a una efectiva protección de las mujeres y a que estos crímenes no sean tolerados. Igualmente, la Unión Europea ha emitido la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (2010/C 285 E/07), en referencia expresa a los crímenes de honor y a las mutilaciones genitales, insta a los Estados “a que rechacen cualquier referencia a prácticas culturales tradicionales o religiosas como circunstancia atenuante de la responsabilidad del autor del delito”¹⁴⁴².

En este sentido, Boldova Pasamar se suma a la discusión generada por Greco sobre la agravante en Alemania o, más aún, calificativos de la conducta típica, porque desde los noventa para la jurisprudencia constituye un “móvil abyecto” matar para restablecer el honor personal y familiar acorde a una concepción cultural extraña y arcaica. Por ende, se considera al hecho constitutivo de un asesinato, y no de un mero homicidio, de acuerdo con el StGB¹⁴⁴³. Además, no parece adecuado emplear fórmulas vagas como la de motivos abyectos, porque resulta demasiado amplia y ambigua. Esto puede provocar un riesgo de moralización del Derecho Penal, por las implicaciones sobre los rasgos de la personalidad de egoísmo extremo de un Derecho penal de autor.

En cambio, se decanta por una posición más acotada por el legislador sobre los datos susceptibles de valoración y vinculara los elementos de la motivación, no ya con una determinada moral de una mayoría, sino con los valores cívicos constitucionales vigentes. Porque en este nivel son los únicos que pueden poner de manifiesto una mayor reprobabilidad jurídica de la motivación. Esto es, permitiría fundamentar la agravación de la pena basada en la motivación del autor de un delito acorde con la legalidad y no con la moralidad¹⁴⁴⁴.

Por tanto, Boldova Pasamar arriba a la conclusión de que no existe algún plus de injusto más grave que facilite realizar una valoración adicional e independiente del ya identificado por el

¹⁴⁴² BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Comentario a la ponencia del Dr. Luis Greco “Asesinatos por honor en el Derecho penal alemán”, p. 1, disponible en <https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/documentacion/asesinatos-por-honor-en-el-derecho-penal-aleman>

¹⁴⁴³ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Comentario a la ponencia del Dr. Luis Greco “Asesinatos por honor en el Derecho penal alemán”, p. 4.

¹⁴⁴⁴ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Comentario a la ponencia del Dr. Luis Greco “Asesinatos por honor en el Derecho penal alemán”, p. 6.

injusto mismo de matar. Pero si coincide con Greco que las muertes por honor pueden concurrir un injusto autónomo que habría que valorar como un añadido a lo injusto propio del homicidio que tiende a cometerse principalmente contra las mujeres¹⁴⁴⁵. Por ende, propone desvincular de la ley penal las motivaciones del autor con elementos puramente anímicos. En su lugar, deberán estar vinculadas las motivaciones por violaciones concretas y determinadas de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano¹⁴⁴⁶. Aún y cuando sean por razones culturales deberá prevalecer la culpabilidad del responsable por el daño ocasionado en contra de otra persona de su propia comunidad o grupo originario. La cuestión a discernir es la determinación de la pena que el juzgador habrá de imponer para estos conflictos culturales. Esto es, si los motivos expresados por el imputado son suficiente para atenuar la punibilidad o, por el contrario, sean considerados graves para imponer una pena alta o la máxima por el crimen cometido.

7. El sentido de la medición de la pena en los delitos culturalmente motivados.

El daño ocasionado a terceras personas realizadas por motivos culturales como acontece con los homicidios por honor, la mutilación genital femenina, el matrimonio con menores de edad, etcétera, producen indudablemente un quebranto de las normas jurídico penales de la sociedad regulada por la mayoría y ajena a sus tradiciones, costumbres, usos o factores culturales propios¹⁴⁴⁷. Por lo que la intervención punitiva del Estado no debe trascender al reproche de las conductas por factores meramente inmorales¹⁴⁴⁸, sino fundamentarse el castigo por un hecho

¹⁴⁴⁵ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Comentario a la ponencia del Dr. Luis Greco “Asesinatos por honor en el Derecho penal Alemán”, p. 8.

¹⁴⁴⁶ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Comentario a la ponencia del Dr. Luis Greco “Asesinatos por honor en el Derecho penal Alemán”, p. 9.

¹⁴⁴⁷ NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, op. cit., p. 202.

¹⁴⁴⁸ Este ha sido un tema por demás explorado por el autor, pero corresponde destacar que NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, op. cit., pp. 270 y 271, sostiene que el “tema de la relación entre derecho y moral tiene muchas y complejas variantes”. Por ende, “una de ellas, que constituye el punto central de la controversia entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, se refiere al problema de si para identificar y describir un sistema jurídico es necesario asumir una posición acerca de la justicia o adecuación axiológica de sus regulaciones”. En cambio, “otra variante concierne a la pregunta de si un sistema jurídico vigente identificado en forma valorativamente neutra tiene, por el solo hecho de su vigencia cualquiera que sea el contenido de sus normas, alguna justificación moral, al menos *prima facie*, que determine la existencia de un deber moral de los funcionarios y el público de aplicarlo y obedecerlo”. Ahora bien, Nino considera “otro aspecto del tema de la relación entre el derecho y moral, esto es, el de la posibilidad de distinguir conceptualmente el derecho positivo de la moral positiva y una norma jurídica de una pauta moral”. Por otro lado, Nino plantea el problema sociológico, de “determinar las influencias recíprocas entre el contenido de un orden jurídico y las ideas y pautas de carácter moral”. Ahora bien, sobre “el papel de las consideraciones morales en las decisiones judiciales, y, si es legítimo que los jueces recurran a reglas morales cuando el derecho es indeterminado respecto de la solución de un caso”.

ilícito que afecte algún bien jurídico constitucionalmente válido acorde a los estándares valorativos ya mencionados¹⁴⁴⁹.

Este factor de lesividad o daño a terceros es la exigencia constitucional para legitimar la aplicación de las normas penales, en virtud de la cual la intervención estatal punitiva se ha de limitar a las conductas socialmente dañosas, esto es, al merecimiento de protección penal. Para Soto Navarro, esto no significa aún que sea necesaria la intervención penal, porque pueden existir otros medios de reacción eficaces y menos gravosos que la pena, (protección subsidiaria), acorde con la visión del merecimiento de la pena que expresa una racionalidad conforme a valores y no así, con el juicio de necesidad de pena por obedecer a una racionalidad funcional o conforme a fines (costo-beneficio).

Así, la autora defiende acorde con los postulados kantianos de la autonomía, un principio de intervención mínima, porque la fragmentariedad es esencialmente un juicio de valor, mediante el cual se determina que estamos ante un bien jurídico fundamental y ante una forma de ataque al mismo intolerable para el orden social que no interviene en la esfera del desarrollo de la personalidad; mientras que la subsidiariedad al considerarlo un juicio utilitarista imposibilita recurrir a otras medidas más o igualmente eficaces que la pena, en especial para aquellos casos donde el delito culturalmente motivado no ha dañado un bien jurídico de índole personal. Así, el principio de proporcionalidad encuentra mejor fundamentación y acompañamiento a los principios de fragmentariedad y merecimiento de pena¹⁴⁵⁰ para la fenomenología de los delitos motivados por factores culturales, por ejemplo, h

Por ejemplo, las propuestas proporcionalistas orientadas a erradicar la discrecionalidad del juzgador y sustentadas en el principio de merecimiento igualitario, la teoría del *limiting retributivism* acorde con la posición de Morris tendiente a defender un modelo de aplicación desigualitaria del Derecho por parte del juzgador, donde realmente interesa es determinar si las dos operaciones valorativas sucesivas (identificar y constatar la pena desde aspectos retributivos y preventivos), proporcionan genuinas posibilidades de introducir mayor racionalidad,

¹⁴⁴⁹ Al respecto, véase, *infra*, Capítulo Segundo, apartado 5.2.

¹⁴⁵⁰ SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, pp. 61 y 62.

transparencia y control respecto al ejercicio del margen de libertad que efectúa el juzgador en la determinación de la pena. Por ello, al equipararse el marco legal con el de la culpabilidad, toda pena impuesta dentro del marco legal sería legítima y resultaría difícilmente cuestionable¹⁴⁵¹.

Para von Hirsch, Seelmann y Wohlers el principio de proporcionalidad puede contemplarse, por un lado, desde el punto de vista instrumental, en tanto, considerando la posibilidad y la magnitud del daño en caso de puesta en peligro comparado con el esfuerzo que tienen que desplegar los órganos del Estado para su prosecución y castigo. Pero, por otro lado, contra el riesgo pueden ponderarse también los costes humanos por parte del inculcado, sus intereses en la libertad y en una distribución justa de cargas. Esto es, considerar que el autor mediante el principio de proporcionalidad constituye una reformulación general¹⁴⁵². Aunque también está la posibilidad de cometer injusticias en las acusaciones basadas con motivaciones discriminatorias o en criterios injustificables, como lo expone Duff, por situaciones de raza, religión o semejantes, tendiente a identificarse en una cláusula de atribución por injusticia grave, persistente y sistemática en manos de la comunidad, por lo que “si omitimos tratar a una persona o un grupo con el respeto o la consideración mínimos que se les deben como ciudadanos, tal vez perdamos la posición moral desde la cual pedirles cuentas, juzgarlos o condenarlos por los agravios que cometan como ciudadanos”¹⁴⁵³.

¹⁴⁵¹ Sobre la posición de Norval Morris, BASSO, Gonzalo J., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, op. cit., pp. 100-105. Por su parte, DUFF, R. A., *Trial and punishments*, Cambridge University Press, New York, 1986, p. 235, sostiene que, Morris, por otro lado, una vez argumentó que “el castigo podría restaurar una serie de beneficios y cargas abstractas y establecidas por reglas, pero no podría restaurar esas estrechas relaciones definidas por sentimientos y actitudes que son esenciales para nuestra vida personal y social, y que hacer mal interrumpe”. Sin embargo, recientemente Morris ha elaborado una teoría paternalista del castigo que hace que la preocupación por el bienestar moral de los criminales y por sus relaciones con sus semejantes sea fundamental para su significado.

¹⁴⁵² VON HIRSCH, Andrew, SEELMANN, Kurt y WOHLERS, Wolfgang, “Introducción. ¿Qué son los «mediating principles»? op. cit., p. 59.

¹⁴⁵³ DUFF, Antony, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, op. cit., p.94. Sobre la legitimidad política del castigo del excluido social, a través de la ciudadanía deliberativa, véase el estudio de CIGÜELA SOLA, Javier, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, op. cit., pp. 174-237, en particular, p. 259, sostiene “que la idea básica para el derecho penal, en términos de legitimidad política, es que la respuesta al delito del excluido social resultará de la combinación del grado o tipo de injusticia perpetrada contra él por el Estado, así como del tipo de delito que haya cometido. Todo ello, cómo no, dentro del margen que cada Estado proporciona para el mantenimiento de la paz social y la reducción de la violencia”. De mi parte, denoto cierta apertura a lo irracional en términos de injusticia cuando Cigüela Sola señala al margen de cada Estado para mantener la paz social, debido a que muchas conductas motivadas culturalmente que no afectan a bienes personales, como la tala de árboles, la caza de especies en veda por grupos indígenas, o el consumo de estupefacientes por motivos religiosos, pueden ser sancionadas severamente solo por no comprender o compartir las creencias culturales diferentes de estos grupos minoritarios y vulnerables a la voluntad de la mayoría. Es aquí donde cabe aplicar como principio regulador a la propuesta de Cigüela Sola, la tolerancia para la definición justa o no del castigo.

Precisamente al subrayar la dimensión moral del castigo se abre la posibilidad a debatir su legitimidad incluso desde los planteamientos que sostienen teorías retributivas, piénsese la posición de Dworkin quien sostiene, para justificar la posibilidad de una menor responsabilidad, se debe además del filtro de la “capacidad”, corresponde aplicar un segundo filtro con razones morales o éticas que permitan evaluar la justicia de una declaración de responsabilidad¹⁴⁵⁴, y para mejor identificación de esta legitimidad del castigo corresponde hacerlo en la discusión de las normas morales y la capacidad de autodeterminación.

Así, el injusto presenta la capacidad de rendimiento especialmente en supuestos en los que se produce la afectación de intereses personales como los que acontecen con los comportamientos culturalmente motivados. Y se enaltece el grado de culpabilidad cuando su relevancia de las conductas socialmente lesivas contra intereses estrictamente valiosos (la vida, la libertad, etcétera)¹⁴⁵⁵. Por eso, los tribunales generalmente resuelven mediante sentencias condenatorias y con un grado de culpabilidad máxima, que se explicaría por razones de prevención general. Milton Peralta resalta idea, en el sentido de que la culpabilidad exige que el sujeto le haya sido posible conocer y motivarse de manera más o menos sencilla conforme a la norma y saber si tuvo la posibilidad de conocerla, comprenderla y seguirla, resultando indiferente su grado de apego a la misma¹⁴⁵⁶.

Por todo, el juzgador debe analizar como parte de la conducta de la persona que mato a su pareja por honor acorde con sus estándares culturales de su comunidad de origen, es si las cuestiones asociadas, en estricto sentido, al injusto culpable a enjuiciar deben vincularse a la construcción de escalas de “ordenación relativa de delitos y penas” acorde a su lesividad social. Y en consecuencia, mantener una relación con la categoría de proporcionalidad, para no transgredir el “derecho a la identidad personal” o bien, en determinado momento, al mismo derecho a la autodeterminación de los grupos minoritarios que se enmarcan en la doctrina de los delitos culturalmente motivados.

¹⁴⁵⁴ DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, op. cit., p. 311.

¹⁴⁵⁵ Distinto corresponderá su valoración en aquellos delitos culturalmente motivados que resultan insignificantes para el Derecho Penal. Esto será analizado *infra*, Capítulo Sexto.

¹⁴⁵⁶ MILTON PERALTA, José, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, op. cit., 43.

El ejercicio de la *cultural defense* es fundamental para mejor comprensión y entendimiento de los juzgadores que resuelven casos de personas que infringen la norma jurídico penal por factores culturales. Esto atendiendo la propuesta de excluir de responsabilidades aquellos casos de delitos culturalmente motivados sin víctimas a nivel de tipo mediante la teoría de la adecuación social y el principio de ofensividad.

8. ¿La atenuación de la pena o la previsión de una eximente cultural?

La doctrina ha identificado que las hipótesis de exclusión de la ilegalidad del "factor cultural", en su mayor o menor fortuna deriva esencialmente de la opción legislativa de adoptar políticas multiculturalistas o asimilacionistas. Bernardi piensa en las leyes que eximen expresa y exclusivamente a los indios *skeib* del usar el casco en motocicletas y en el lugar de trabajo. O bien, les permiten y más generalmente a los pertenecientes a minorías que están acostumbrados a portar armas de fuego por motivos religiosos o costumbres, nunca para desprenderse de sus tradicionales dagas¹⁴⁵⁷. Aunque advierte, por otro lado, que independientemente de las hipótesis antes mencionadas, lo único claro es que el procedimiento legal a través del cual atribuir o no relevancia delictiva a muchas conductas en uso entre las minorías étnico-religiosas será a menudo muy complejo¹⁴⁵⁸.

Al respecto, Nieves coincide que la simple pertenencia a una específica cultura tiende a provocar una pena diferente. Pero descubrir al "hombre real" que hay detrás de hecho ilícito, con sus condicionamientos socioculturales es la parte compleja y obligada para el juzgador¹⁴⁵⁹. Para ello, dispone de un amplio margen de decisión acorde con lo reglamentado por el art. 72¹⁴⁶⁰ en consonancia con el art. 66.1.6ª del CP¹⁴⁶¹, para determinar el grado de la pena a imponer. Esto es, la valoración sobre la gravedad del hecho tiende a enfocarse sobre el desvalor de la conducta

¹⁴⁵⁷ BERNARDI, Alessandro, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, op. cit., p. 73.

¹⁴⁵⁸ BERNARDI, Alessandro, *Modelli penali e società multiculturale*, op. cit., p. 48.

¹⁴⁵⁹ SANZ MULAS, Nieves, *Delitos culturalmente motivados*, op. cit., pp. 110 y 111.

¹⁴⁶⁰ "Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta"

¹⁴⁶¹ "Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito".

correspondiente a la infracción cometida, en su doble apreciación: i) de acto personal; y ii) de resultado lesivo de un determinado bien jurídico¹⁴⁶².

En la doctrina italiana, explica Basile, recurren los tribunales a la inconmensurabilidad de la pena distinguiendo dos tipos: i) inconmensurabilidad en sentido estricto que se refiere a la determinación del tipo y monto de la pena dentro del marco legal y que encuentra su disciplina esencialmente en los artículos 132 y sigs. c.p.; y ii) inconmensurabilidad en sentido amplio que abarca otros momentos (como el de la aplicación de circunstancias atenuantes o agravantes, de la aplicación de penas y medidas alternativas, etc.) en los que la potestad discrecional de la rectora contribuye a determinar la pena a ejecutar en la práctica¹⁴⁶³.

Basile da constancia que en la jurisprudencia italiana sobre los delitos de motivación cultural existe, como era de esperar, numerosos casos en los que el imputado ha invocado, *con diversos resultados*, el otorgamiento de atenuantes genéricos mediante el apalancamiento de la motivación cultural. Las atenuantes generales se concedieron en primer lugar el caso de los padres de origen eslavo condenados por el delito de malos tratos por haber obligado repetidamente a sus hijos a mendigar. Sin embargo, dado que el padre fue reincidente y no merecedor de la suspensión condicional de la pena, es probable que a los efectos del reconocimiento de los atenuantes genéricos, la constatación de la pertenencia, tanto de los imputados como de las víctimas, a una minoría étnica "en cuya cultura el uso de menores para la mendicidad no es contrario a los valores del grupo, sino que pertenece al grupo de sus tradiciones más antiguas"¹⁴⁶⁴. Igualmente, en el caso relativo a un padre marroquí que había matado a su pequeña hija para castigarla por su "rebelión" contra el código ético tradicional. Aquí el juez afirma, de hecho, reconocer al imputado con las atenuantes genéricas sólo "por su inexactitud y por las condiciones habituales de vida en el territorio nacional"¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁶² SANZ MULAS, Nieves, *Delitos culturalmente motivados*, op. cit., p. 111. En el mismo sentido, BASILE, Fabio, *Inmigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, op. cit., p. 424, para quien existe la posibilidad de tomar en consideración la 'motivación cultural', al determinar el monto de la pena a imponer al agente. Así, la determinación del castigo a infligir en la práctica se alcanza a través de un proceso complejo en el que la guía es la protagonista.

¹⁴⁶³ BASILE, Fabio, *Inmigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, op. cit., p. 424.

¹⁴⁶⁴ BASILE, Fabio, *Inmigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, op. cit., p. 457.

¹⁴⁶⁵ BASILE, Fabio, *Inmigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, op. cit., pp. 457 y 458.

Estas atenuantes descritas tienden a aplicarse “mediante las circunstancias genéricas mediante el reconocimiento de las eximentes incompletas de la ignorancia no inevitable de la ley penal, de los estados pasionales”, entre otros¹⁴⁶⁶. Los tribunales de España emplean con frecuencia los institutos atenuantes muy calificados y de las eximentes incompletas, por considerarse un instrumento apropiado de justicia material y en la mediación de la pena. No obstante, Obregón García explica que estas atenuantes no ameritan una específica consideración, pues no puede atribuírseles una sustantividad propia, debido a que su apreciación atañe al margen de discrecionalidad del juzgador¹⁴⁶⁷. La Discrecionalidad para Padilla Alba no debe confundirse con arbitrariedad. Por consiguiente, “la Propuesta de Anteproyecto de 1983 introduce en el art. 65 (actual 66) los términos razonándolo en la sentencia expresión que se ha mantenido en los distintos Proyectos de Código Penal”¹⁴⁶⁸. Así, a diferencia de lo que suceda cuando “concurran dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy calificada, la estimación de la eximente incompleta obliga al Tribunal a bajar la pena en uno o dos grados, con la particularidad de que la primera rebaja en un grado es siempre imperativa para el Tribunal”¹⁴⁶⁹.

Ahora bien, la carga de la prueba de las eximentes corresponde a la defensa probarla. Esto es así, siguiendo a Cuerda Riezu debido a dos razones. Primero a la traslación al proceso penal de la máxima, procedente del proceso civil de aportación de parte. Segundo “desde un punto de vista de la economía procesal” la presunción o suposición de que un hecho típico es normalmente también antijurídico y de que su autor es culpable simplifica las cosas. Porque en caso contrario, representaría un coste de tiempo y esfuerzo demostrar que al cometer el hecho el acusado no actuaba en alguna causa de justificación o inculpabilidad. Por tanto, resulta más práctico inferir que cualquiera de estas eximentes no son actualizables para este caso, excepto

¹⁴⁶⁶ Cfr. al respecto, BASILE, Fabio, *Inmigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, op. cit., pp. 444-460; BERNARDI, Alessandro, *Modelli penali e società multiculturale*, op. cit., p. 126, sostiene que esta graduación podría: i) referirse tanto a la falta intencional como a la culpa y ii) encontrar cauces regulatorios adecuados tanto en la circunstancia indebida de los «motivos para cometer un delito» de conformidad con el art. 133 segundo párrafo no. 1 del Código Penal. En cambio, en las circunstancias atenuantes generales a que se refiere el art. 62 bis c.p. y en la circunstancia de las «razones de particular valor moral y social» acorde al art. 62. .1 c.p.

¹⁴⁶⁷ OBREGÓN GARCÍA, Antonio, *La atenuación de la pena. sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Universidad Pontificia Comillas de Madrid/Dykinson, 1998, p. 278; igualmente, FLORES MENDOZA, Fátima, *El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2004, pp. 18-19 y 133-138.

¹⁴⁶⁸ PADILLA ALBA, Herminio Ramón, “Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena”, *ADPCP*, Tomo 48, Fasc/Mes 2, 1995, p. 514.

¹⁴⁶⁹ PADILLA ALBA, Herminio Ramón, “Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena”, op. cit., p. 506.

que se pruebe lo contrario¹⁴⁷⁰. Por ello, en el caso de los delitos culturalmente motivados siempre corresponde a la defensa explicar y justificar ante el juez o jurado mediante la *cultural defense*, que la motivación del inculpado atañe a los rasgos o particularidades culturales de su lugar de origen, a fin de lograr la reducción de la culpabilidad mediante una atenuante analógica al error de prohibición, cuando el sujeto desconoce que su conducta es típica y está sancionada penalmente¹⁴⁷¹.

En realidad, esta discusión de las eximentes incompletas en sede de los delitos culturales tiende a limitarse de manera compleja su reconcomiendo y menos aún, su aceptación en sede judicial por la inconmensurabilidad en sentido amplio de las atenuantes. Por tanto, en el siguiente y último capítulo se busca una alternativa más factible de conseguirse por la *cultural defense* en sede de la tipicidad y no como lo ha venido trabajando la doctrina y jurisprudencia a nivel de culpabilidad.

9. Comentarios finales.

El concepto material del delito proporciona una base legal para la imposición de una pena mediante que es regulada mediante el principio de proporcionalidad, a fin de que el juzgador ante la fenomenología de delitos culturalmente motivados emita razones explicativas en el fallo a favor o en contra del imputado. Pero como quedó mostrado, no cubre las expectativas de una fundamentación justificativa para estos delitos culturales. Por lo que proponer la implementación del principio de parsimonia ha sido para incentivar la imposición de una sanción menos restrictiva tendiente a incentivar fines sociales definidos y desvinculados del merecimiento de la pena en el caso concreto.

Para esto, la discrecionalidad del juzgador desempeña un rol importante para la valoración y determinación de la pena mediante un ejercicio interpretativo del conjunto de

¹⁴⁷⁰ CUERDA RIEZU, Antonio, “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?”, *InDret*, 2/2014, pp. 8 y 9.

¹⁴⁷¹ En este sentido, Jericó Ojer, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 576; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *El extranjero frente al Derecho Penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, op. cit., pp. 106-109

disposiciones legales, por así convenir a la libertad de elegir entre dos o más alternativas razonables y no solo mediante un juego argumentativo.

Estas razones dadas a partir de un conjunto de principios ético-normativos relacionados con el orbe social en el que el juzgador se encuentra inmerso es lo que da sustento y justificación para condenar o exculpar a una persona que haya cometido un delito. Pero no toda discrecionalidad resulta viable usar para resolver los casos criminales cometidos por factores culturales. Por ejemplo, la presencia de culpabilidad plena supondría la imputación total de injusto. En cambio, su exclusión parcial o absoluta conlleva a la atribución parcial de injusto o a la ausencia de responsabilidad penal.

Por tanto, la discrecional débil podría fomentar un Derecho Penal Intercultural acorde con las pautas constitucionales del principio de mínima intervención, proporcionalidad, igualdad y autonomía en sede de determinación de la pena. Este objetivo será desarrollo en el último capítulo.

CAPÍTULO SEXTO

LA ATIPICIDAD EN LOS DELITOS CULTURALMENE MOTIVADOS SIN VÍCTIMAS

1. Introducción

En el capítulo anterior se analizó la discrecionalidad judicial aplicada a los delitos culturalmente motivados cometidos contra bienes jurídicos de gran valía para el Derecho Penal como son la vida (homicidios por honor), la libertad personal (secuestro por usos y costumbres), la integridad física (mutilación genital femenina), el libre desarrollo de la personalidad (matrimonio o mendicidad con menores), entre otros. Lo que dio pauta a recurrir al modelo débil de la discrecionalidad judicial para fortalecer la tendencia de un Derecho Penal pluricultural.

Ahora corresponde analizar la viabilidad de un modelo de Derecho Penal mínimo para no criminalizar aquellas conductas delictivas motivadas culturalmente que no dañan un bien jurídico personal. Esta propuesta exculpatoria de los delitos culturales sin víctima, por ejemplo, aquellos cometidos contra el ambiente, seguridad vial, o consumo de drogas, podrían ser excluidos en sede de la tipicidad (conducta), sin tener que valorar los siguientes niveles de antijuridicidad (“desvalor de la acción y resultado”) y en especial, el de culpabilidad (grado de consciencia), cuando el comportamiento contravenga la norma jurídico penal por razones de usos o costumbres de su lugar de origen.

Para ello, se utilizará la teoría de la adecuación social y el principio de ofensividad para desarrollar un modelo de justicia penal incluyente donde el juzgador disponga, por un lado, de

herramientas como la *cultural defense* para el ejercicio de la discrecionalidad al momento que decida aplicar o no una excluyente de responsabilidad a nivel de tipicidad. Y, por otro lado, de manera complementaria el uso de los conceptos de neutralidad y daño para valorar la atipicidad de un comportamiento culturalmente motivado sin víctimas.

Por tanto, el objetivo es proponer una fundamentación ético-jurídico penal de una conducta atípica susceptible de contribuir a un Derecho Penal compatible con la diversidad de las sociedades actuales generadoras de conflictos culturales.

2. La teoría de la *Cultural defense*.

Las costumbres o las actitudes culturales pueden afectar la forma en que un testigo presta testimonio y, del mismo modo, la evaluación de la credibilidad de un testigo puede verse influida por la forma en que se comporta en el tribunal. Por ejemplo, testigos cuyos valores culturales no les permiten mirar directamente a un anciano, o en el caso de una mujer joven, llorar directamente a un hombre mayor. A menos que los abogados y los jueces comprendan y aprecien estas restricciones normativas culturales, pueden dar lugar a percepciones erróneas al evaluar la credibilidad¹⁴⁷².

La defensa cultural, es decir, las afirmaciones de que ciertos aspectos de los antecedentes culturales de un acusado deben ser tomados en cuenta por los tribunales al decidir sobre su culpabilidad o inocencia, se han planteado ante los tribunales nacionales en una variedad de jurisdicciones. Además, los tribunales nacionales también han tenido en cuenta el contexto cultural de las acciones del acusado en la etapa de sentencia¹⁴⁷³.

Si bien, la *cultural defense* es una fórmula no oficial, sino de una matriz puramente doctrinal; de hecho, por el momento no existe un reconocimiento oficial, en el sentido de que, de *iure condito*, no está prevista por ninguno de los fines de producción del derecho penal estadounidense

¹⁴⁷² DOHERTY, Teresa, "Foreword", Julie Fraser, Brianne McGonigle Leyh (ed.), *Intersections of law and culture at the International Criminal Court*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2020, p. xviii.

¹⁴⁷³ Al respecto, HIGGINS, Noelle, *Cultural defences at the International Criminal Court*, Routledge, New York, 2018, p. 1.

durante el proceso se expongan los factores culturales que resulten en beneficio del imputado por representar un caso aparentemente de una cultura minoritaria¹⁴⁷⁴.

Por ello, las sociedades pluralistas donde las étnicas minoritarias y grupos indígenas algunas veces solicitan al sistema legal que considere el factor cultural en los casos penales o civiles. Para Dundes Renteln la mayoría de los individuos, cuando escuchan por primera vez sobre la defensa cultural, la rechazan de inmediato por temor a que conduzca a la anarquía. Esto es, si cada persona pudiera exigir exenciones de la ley, entonces la ley sería impotente para mantener unida a la sociedad¹⁴⁷⁵.

La posición de Pérez de la Fuente quien fuera el primero en analizar los delitos culturalmente motivados en lengua castellana, propone hacerlo mediante “la aplicación del derecho sensible a la diferencia cultural”, posición que permitirá orientar oportunamente la interpretación de su estudio en sede judicial acorde con la defensa cultural (*cultural defense*), a fin de considerar “las circunstancias particulares de los casos que abocan a los jueces a realizar un ejercicio interpretativo que incorpora un componente cultural”¹⁴⁷⁶.

En este sentido, para identificar el escenario susceptible de relacionar los factores culturales en el Derecho Penal por parte de un juzgador, se recurre a la clasificación elaborada por Pérez de la Fuente de tres estrategias de la defensa cultural:

i) Razón cultural: “un demandado que es acusado de una específica intención de delito puede basarse en su cultura para proveer una explicación plausible –una razón cultural- para su conducta que puede refutar la inferencia que muchos de nosotros haríamos basados en nuestras tradiciones culturales americanas”¹⁴⁷⁷.

ii) “Tolerancia cultural: el acusado admite que cometió los actos alegados con la intención perjudicial requerida para hacer las acciones criminales en Estados Unidos. No obstante, sostiene que no debería ser considerado penalmente responsable en los Estados Unidos porque su cultura

¹⁴⁷⁴ Así, BASILE, Fabio, *Inmigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, op., cit., p. 266.

¹⁴⁷⁵ DUNDES RENTELN, Alison, *The cultural defense*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 5.

¹⁴⁷⁶ “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, p. 20.

¹⁴⁷⁷ “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, op. cit., p. 20

nativa tolera o condona el comportamiento ultrajante como una respuesta aceptable al comportamiento de la víctima”¹⁴⁷⁸.

iii) Requerimiento cultural: “la estrategia del requerimiento cultural se basa en un enfoque puramente interno de cultura”¹⁴⁷⁹.

Por su parte, Sanz Mulas refiere en reconocer la eximente en la categoría de las excusas (culpabilidad), pero con una modalidad específica, en un intento de afrontar el conflicto conforme al origen del problema. Esto a fin de no caer en una posición de autor del delito. A partir de esta referencia Sanz Mulas sigue el camino marcado por Broeck, quien sostuvo que la *cultural defense* traducida en términos de dogmática continental se intenta “contribuir a una teoría general sobre los delitos culturales y las causas de exención o atenuación culturales”¹⁴⁸⁰.

Aunque un ámbito de mayor discusión esta centralizada en la relación de la *cultural defense* y los fines de la pena. Por ejemplo, Maglie explica que en terreno de la prevención general no cumpliría sus fines ante la llegada a un país de migrantes que por factores culturales rechazarán a no adecuarse a los estándares morales y educativos de la mayoría. Ello, además, pondría un alto rango de incertidumbre para delimitar sobre lo que es lícito y lo que, por el contrario, es considerado delito por la ley. Por consiguiente, la *cultural defense* no solo no lograría prevenir el delito, sino que incluso llegaría a incentivarlo¹⁴⁸¹.

De igual manera, la prevención especial caería en las mismas condiciones que la prevención general para impedir la reincidencia del *cultural offender*. Esto ocasionaría recaer en el delito fácilmente ante la ausencia de un castigo o en presencia de una atenuante de la pena¹⁴⁸².

En este sentido, la discrecionalidad judicial débil brindaría mayor certeza para decidir el grado de culpabilidad y la pena a imponer para estos casos criminales. Ello, sin caer en la terminología de Dworkin de la respuesta correcta¹⁴⁸³, sino identificar las razones de la *cultural*

¹⁴⁷⁸ “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, op. cit., pp. 20 y 21.

¹⁴⁷⁹ “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, op. cit., p. 21

¹⁴⁸⁰ SANZ MULAS, Nieves, *Delitos culturalmente motivados*, op. cit., p. 49.

¹⁴⁸¹ En este sentido, MAGLIE, Cristina de, *Delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 163.

¹⁴⁸² MAGLIE, Cristina de, *Delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 163.

¹⁴⁸³ DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, pp. 159 y ss.

defense ante dos grupos sociales en conflicto: el sistema de acogida y los sistemas minoritarios situados en el mismo.

Por lo anterior, resulta indispensable reconducir el ejercicio jurisdiccional en esta dirección de la discrecionalidad débil, a fin de solventar los comentarios de Maglie sobre los costes que los grupos minoritarios tienen que pagar para garantizarse espacios en los que hacer valer su identidad son muy elevados “la cristalización de estereotipos negativos, los riesgos de disparidad de tratamiento, la barrera de la Rule 403, el artificio de la *cultural convergence*; son todos costes elevadísimos en el plano político criminal, excesivos respecto a los beneficios concedidos a cambio por el ordenamiento anfitrión. Y es por ello por lo que la doctrina más radical aboga por la introducción en el sistema de una *cultural defense*”¹⁴⁸⁴.

Estos modelos reconocidos en el análisis de los casos por delitos culturalmente motivados, corresponde a la diferencia entre el Derecho Penal continental que tiende a analizar la conducta en sí mismo (delitos culturales), la doctrina anglosajona focaliza el tratamiento del problema en la defensa del acusado, llamándolo *cultural defense*¹⁴⁸⁵.

Por ejemplo, en Australia, Nueva Zelanda y Canadá la principal participación o presencia que los pueblos indígenas han tenido en el sistema judicial penal tradicional han sido como acusados "negros". Los oficiales judiciales, abogados defensores, fiscales y otros representantes de agencias de justicia penal que a menudo están presentes en una sala de audiencias suelen ser

¹⁴⁸⁴ DE MAGLIE, Cristina, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 133.

¹⁴⁸⁵ Entre otros, véanse, PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, pp. 3 y 4; CISNEROS ÁVILA, Fátima, *Derecho penal y diversidad cultural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 243 y ss.; la misma, “Una aproximación a las políticas de gestión de la diversidad cultural”, Patricia Lorenzo Copello, Rafael Durán Muñoz (Coords.), *Diversidad cultural y género y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 84 y ss.; VAN BROECK, Jeroen, ‘Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)’, en *European Journal of Crime Criminal Law and Criminal Justice*, 9(1), 2001, p. 21; MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., especialmente, véase el capítulo cuarto; BASILE, Fabio, *Inmigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 325 y ss; el mismo, “El derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en particular, las mutilaciones genitales femeninas)”, op. cit., pp. 1857-1870; DUNDERS RENTELN, Alison, *The cultural defense*, op. cit., pp. 38y ss; BERNARDI, Alessandro, *Modelli penali e società multiculturale*, op. cit., pp. 59-61; el mismo, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, op. cit., en particular toda la sección IV; PAREKH, Bhiku, “Cultural defense and the criminal law”, Will Kymlicka, Claes Lernestedt and Matt Matravers, (eds.), *Criminal law & cultural diversity*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014, pp.104-118; SANZ MULAS, Nieves, *Delitos culturalmente motivados*, op. cit., pp. 48 y ss.

blancos y anglosajones¹⁴⁸⁶. Esta percepción ha cambiado porque ahora el acusado "negro" se enfrenta a veces a personas de su comunidad cuando se determinan o supervisan sus sentencias. Sobre todo, porque la sobrerrepresentación de los pueblos indígenas en el sistema de justicia penal y bajo custodia. Además, se ha pensado que el aporte y la participación de la comunidad harán que el proceso de un tribunal de justicia sea más significativo para el delincuente, lo que, a su vez, ayudará en última instancia a cambiar su comportamiento¹⁴⁸⁷.

No obstante, en Australia los tribunales no han utilizado la indigeneidad de una persona per se como factor atenuante en la sentencia, sino que han reconocido que los asuntos relevantes para la pertenencia de una persona a un grupo cultural particular pueden usarse para explicar las circunstancias de la sentencia delito y del infractor¹⁴⁸⁸.

En el caso *Wood in R v Fernando* (1992) 76 A Crim R 58 at 62-66¹⁴⁸⁹, se concluye en la sentencia entre otros argumentos que:

- Estos mismos principios de sentencia deben aplicarse en todos los casos, independientemente de la identidad de un delincuente en particular o su pertenencia a un grupo étnico o de otro tipo, pero eso no significa que los tribunales de sentencia deban ignorar aquellos hechos que existen solo por razón de pertenencia a tal grupo.
- La relevancia del aborigen de un delincuente no es necesariamente para mitigar el castigo, sino más bien para explicar o arrojar luz sobre el delito particular y las circunstancias del delincuente.
- Si bien la embriaguez no suele ser una excusa o un factor atenuante, cuando el abuso de alcohol por parte de la persona que está en proceso de condena refleja las circunstancias socioeconómicas y el entorno en el que ha crecido el delincuente, eso puede y debe tenerse en cuenta como un factor atenuante.

¹⁴⁸⁶ MARCHETTI, Elena, and WOWNIE, Riley, "Indigenous people and sentencing court in Australia, New Zealand, and Canada", Sandra M Bucerius, Michael Tonry, *The Oxford handbook of ethnicity, crime, and immigration*, Oxford University Press, New York 2014, p. 360.

¹⁴⁸⁷ MARCHETTI, Elena, and WOWNIE, Riley, "Indigenous people and sentencing court in Australia, New Zealand, and Canada", op. cit., p. 360.

¹⁴⁸⁸ MARCHETTI, Elena, and WOWNIE, Riley, "Indigenous people and sentencing court in Australia, New Zealand, and Canada", op. cit., p. 371.

¹⁴⁸⁹ MARCHETTI, Elena, and WOWNIE, Riley, "Indigenous people and sentencing court in Australia, New Zealand, and Canada", op. cit., p. 372.

En una diversidad de culturas como la que coexiste en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, puede existir el riesgo de estigmatizar a toda la nación sobre la base de las propias percepciones de una persona y la experiencia personal de alguien que interviene en los procesos de esta jurisdicción penal internacional. Por ejemplo, en una de las decisiones del Tribunal para la Antigua Yugoslavia, la Sala de Apelaciones se refirió al alegato de una defensa de la opinión de Lord Owen en la siguiente condición:

El abogado del acusado no puede suponer que estos testigos [testigos de la acusación de la ex Yugoslavia] están diciendo la verdad. El abogado de Brčanin citó a Lord Owen: “nunca antes en más de treinta años de vida pública he tenido que operar en tal clima de deshonra, propaganda y disimulo. Muchas de las personas con las que tuve que tratar en la ex Yugoslavia eran literalmente extraños a la verdad”¹⁴⁹⁰.

Finalmente, resta indicar que en casos donde el sistema de justicia penal recurre a la figura de la *cultural defense* es para considerar los hechos cometidos por un indígena o extranjero a su favor. Así como en los tribunales donde no son tomados en cuenta estos argumentos, pero sí para considerar las condiciones de haber cometido el delito por un indígena en los países anglosajones. En ambos sistemas penales se advierte un elemento en común, que el contexto cultural por el cual el sujeto cometió el crimen es considerado para determinar el grado de culpabilidad. Esto es lo que requiere analizar a continuación para comprender el alcance de la *cultural defense* en los delitos culturalmente motivados con víctimas en sede de la culpabilidad. Y a partir de ello, visualizar la diferencia de estos mismos delitos, pero sin víctimas y su viabilidad de excluirlos de responsabilidad a nivel de tipicidad.

2.1. La *cultural defense* en sede de la culpabilidad. Bases para el error de prohibición cultural.

La *cultural defense* tiene validez solo para aquellos casos donde el autor demuestre que el comportamiento ilícito ha sido realizado bajo el comprensible convencimiento de actuar de

¹⁴⁹⁰ La cita es tomada de TOCHILOVSKY, Vladimir, “Legal Systems and Cultures in the International Criminal Court: The Experience from the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, Horst Fischer, Claus Kreß, Sascha Rolf Lüder (eds.), *International and national prosecution of crimes under international law: current developments*, Berlin Verlag, Arno Spitz GmbH, 2001, pp. 17 y 18.

buena fe, basada en la herencia o tradición cultural, se otorgará la excluyente de responsabilidad a nivel de la culpabilidad¹⁴⁹¹. O bien, cuando se articula acorde a las creencias y prácticas de la comunidad a la que el individuo afirma pertenecer¹⁴⁹², así como también, describe una estrategia defensiva utilizada en el proceso penal¹⁴⁹³, basada en la pertenencia del acusado a una minoría cultural y dirigida a obtener la absolución o un trato sancionador más leve¹⁴⁹⁴.

La idea es definirlo para incluir todos los escenarios viables donde los factores culturales impacten la responsabilidad penal de las personas en los casos llevados ante los tribunales¹⁴⁹⁵. Para ello, se requiere que el sistema de justicia sea sensible a la diferencia étnico-cultural pero, esto no significa que deba ceder plenamente a la diversidad cultural. Sino que dependerá de la discrecionalidad judicial reducir al máximo criterios de inseguridad jurídica¹⁴⁹⁶, para no tratar a los otros como enemigos o inadaptados sometidos a un proceso penal a una pérdida sustancial de garantías, solo por el hecho de pertenecer a otra etnia, lengua, raza o religión¹⁴⁹⁷.

Para Bovino la visión antropológica corresponde a la posición metodológica de identificar los delitos culturalmente motivados como un error de prohibición, porque “el conflicto entre los elementos normativos estatales y las normas consuetudinarias de cultural sustancialmente distintas, es el error de prohibición culturalmente condicionado”¹⁴⁹⁸, es el que considera aplicable en estos casos. Por su parte, Zaffaroni ha defendido “el error de comprensión culturalmente condicionado”. Esta propuesta metodológica de Zaffaroni consiste en detectar “casos en los que el esfuerzo de comprensión de la norma se ve particularmente dificultado por su

¹⁴⁹¹ En este sentido, SIROKA, Damian W., “Differing cultures, differing culpabilities?: A sensible alternative: using cultural circumstances as a mitigating factor in senteng”, *Oshio State Law Journal*, Vol. 62, 2001, pp. 1699 y ss.; GOLDSTEIN, Taryn F., “Cultural conflicts in court: should the American Criminal Justice System formally recognize a cultural defence”, *Dick L. Rev.*, 1994, p. 143. MUÑOZ CONDE, Francisco, *El error en Derecho penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 77, “se aplicaba con todo su rigor el principio tradicional *error iuris non excusat*, el que llevaba a un malentendido de la relación entre vigencia objetiva de las normas jurídicas y conocimiento de las mismas por parte del ciudadano”.

¹⁴⁹² PAREKH, Bhiku, “Cultural defense and the criminal law”, p. 108.

¹⁴⁹³ Siguiendo a SANZ MULAS, Nieves, “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, op. cit., p. 17, en la medida en que una motivación cultural es lo suficientemente importante como para condicionar su conducta se materializa una *excuse*.

¹⁴⁹⁴ BASILE, Fabio, *Inmigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, p. 266.

¹⁴⁹⁵ HIGGINS, Noelle, *Culture defenses at the international criminal court*, op.c it., p. 9.

¹⁴⁹⁶ SANZ MULAS, Nieves, “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, op. cit., p. 18.

¹⁴⁹⁷ FERRE OLIVE, Juan Carlos, “Diversidad cultural y sistema penal”, op. cit., p. 35

¹⁴⁹⁸ BOVINO, Alberto, “Culpabilidad, cultura y error de prohibición”, *Revista de Derecho Themis*, No. 15, 1989, p. 31.

condicionamiento cultural”¹⁴⁹⁹. Por ejemplo, el caso de un antropólogo que reconoce en la cultura de “un esquimal constituye una injuria grave que un visitante rechace a su mujer, que él le ofrece después de haberla bañado” en orines¹⁵⁰⁰.

En este caso, lo que alude Zaffaroni es a la “conciencia de la antijuridicidad en el ámbito del error de prohibición” donde “se suele definir como el conocimiento por parte del autor” de la desvaloración que el derecho atribuye al hecho¹⁵⁰¹. Por lo que no resulta suficiente que el sujeto disponga de un conocimiento formal e inmediato de la norma, sino deberá entender que su conducta es contraria a derecho, y por eso habrá un castigo¹⁵⁰².

Para Ozaizola Nogales esta propuesta de Zaffaroni va más allá a la sola comprensión de la norma, sino a internalizar la norma, esto es, que el sujeto haya logrado “interiorizar los valores que fundamentan el injusto en un grado razonablemente exigible”. A esto le llama Zaffaroni, una “comprensión efectiva”. Y “dentro de este error de comprensión” está insertado “el error culturalmente condicionado”. Así, “cuando el sujeto conoce la norma, pero no logra interiorizarla por razones culturales, por regla no se le podrá reprochar su conducta”¹⁵⁰³.

¹⁴⁹⁹ ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de derecho penal, parte general, Tomo IV*, Buenos Aires, 1982, p. 196 y ss.; el mismo, ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal, parte general*, EDIAR, Buenos Aires, 2006., § 45 II.

¹⁵⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 549.

¹⁵⁰¹ Sobre este punto, COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel A., *Presupuestos del error sobre la prohibición*, EDERSA, Madrid, 1987, p. 69, describe dos escenarios susceptibles de interpretar en sede de una norma para el error de prohibición: i) si se considera la norma como un juicio objetivo de valoración, lo antijurídico será lo contrario a dicho juicio; y ii) si se considera como imperativo, lo antijurídico será lo contrario al mandato normativo, producto a su vez de una valoración anterior realizada en el proceso legislativo; FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisas normativas: un caso problemático*, Civitas, Madrid, 2009, p. 240, sostiene que el reproche de culpabilidad será graduado en función de las posibilidades de conocimiento del carácter antijurídico de la conducta del autor. Esto es, el reproche será mayor cuando el sujeto conocía positivamente la antijuridicidad. En cambio, aquellos casos donde desconocía la antijuridicidad, pero la misma resultaba cognoscible esforzando la conciencia, o recabando información, el reproche por la comisión del hecho sería menor; MELENDO PARDO, Mariano, *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Desafíos para la dogmática penal continental*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 109, quien retoma lo señalado por Armin Kaufmann sobre el error de prohibición, éste jamás será relevante por sí mismo, sólo porque y en cuanto, en caso de inevitabilidad, excluye la capacidad del sujeto de motivarse por el deber jurídico; MANSO PORTO, Teresa, *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 22, cuando existe una posibilidad de acceder a la expresión individual ajena se adquiere una gran relevancia en sede de la culpabilidad, en el que se trata de determinar si el sentido personal del hecho penal era el quebrantamiento del reconocimiento de las normas.

¹⁵⁰² En este sentido, OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, op. cit., p. 25. Para profundizar en los alcances del error de prohibición, véase, misma autora, *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007.

¹⁵⁰³ OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, op. cit., p. 25.

En cambio, Meini comparte la visión tradición del modelo latinoamericano de identificar los comportamientos culturales con la inimputabilidad. Ello siguiendo la interpretación del art. 15 Código Penal Peruano que no regula error alguno, sino un supuesto de inimputabilidad¹⁵⁰⁴. Esto responde a que “los únicos errores sobre la ilicitud penalmente relevantes son aquellos en lo que incurre el sujeto imputable”. Por eso, “para imputar responsabilidad penal”, solo debe acreditarse el conocimiento en el sujeto sobre la ilicitud de su conducta cuando, “previamente, ha tenido la capacidad de captar el sentido de lo ilícito y de comportarse de acuerdo con ello, es decir, cuando se trata de un imputable”¹⁵⁰⁵.

Por otro lado, un amplio sector doctrinal rechaza aplicar la causa de inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica para los casos de quienes cometen un delito motivados por factores culturales, porque “sería considerar la absurda teoría de que los indígenas son inimputables y por tanto peligrosos”¹⁵⁰⁶.

Sobre estos criterios de excluyentes de culpabilidad, difiere Olaizola Nogales porque acorde a lo supuestos del error de prohibición recogidos en el art. 14.3 del CP español, para aceptar su aplicación en los delitos culturalmente motivados. Para ello, compara el marco normativo español frente al argentino que incluye en “el art. 34, la falta de comprensión de la criminalidad del acto en tanto por razones mentales como por error”. O el caso peruano contempla en el art. 15 el error culturalmente condicionado. Por ende, no corresponde al Derecho Penal español aceptar en automático el error de prohibición en estos delitos culturales en los “supuestos en los que el sujeto conoce que la conducta que realiza está prohibida, pero no tiene interiorizada su valoración negativa”¹⁵⁰⁷. En cambio, si acepta la viabilidad de aplicar una atenuante analógica al error de prohibición, en tanto el sujeto, aunque conozca la norma no

¹⁵⁰⁴ MEINI, Iván, “Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, No. 60, 2007, p. 21.

¹⁵⁰⁵ MEINI, Iván, “Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal”, op. cit., p. 40.

¹⁵⁰⁶ Al respecto, véanse, CISNEROS ÁVILA, Fátima, *Derecho Penal y diversidad cultural. Bases para un diálogo intercultural*, op. cit., p. 265; JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, op. cit., p. 574; ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 738; OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, op. cit., p. 16; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *El extranjero ante el derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, op. cit., p. 71. MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 239.

¹⁵⁰⁷ OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, op. cit., p. 26.

pueda captar todo el sentido que de ella corresponda. Esto es, no pueda captar el desvalor de la conducta ni el fundamento de la prohibición¹⁵⁰⁸. Pero la preguntas que deja Carnevali Rodríguez son “¿hasta dónde una sociedad democrática puede tolerar comportamientos que colisionan con aquellos que esa misma sociedad ha reconocido como suyos?, ¿dónde se fija el límite? ¿Debe una sociedad democrática tolerar grupos pertenecientes a ciertas culturas que la amenazan?”¹⁵⁰⁹.

Frente estas cuestiones, los abogados que ejercen la garantía de defensa de las personas detenidas por delitos culturalmente motivados en la práctica recurren a “la *cultural defense* de uso limitado permitirían que la evidencia cultural sea utilizada, no como una defensa negativa o afirmativa *per se*, sino para probar el elemento *mens rea* de las defensas afirmativas o negativas tradicionales y para probar circunstancias atenuantes en la sentencia”¹⁵¹⁰, como se ha presentado en el caso Kog Moua, refugiado laosiano de veintiún años, imputado en 1985 por el delito de secuestro y violación en perjuicio de su novia Xen Xiong, de dieciocho años y también de origen laosiano, por haber practicado un matrimonio por raptó definida y manteniendo relaciones sexuales sin consentimiento, acorde como lo dicta el rito *zij poj niam*, como parte de la costumbre laosiana, donde la chica finge poner resistencia. Pero en este caso, la resistencia fue auténtica, por lo que denunció a Moua. Durante el proceso se arguye que el imputado de buena fe actuó, pensando que todo se desarrollaba según la antigua tradición *hmong* de su pueblo¹⁵¹¹, lo que denota una difícil situación para identificar si la protesta era real o ficticia.

En el juicio explica Vázquez González la participación de los peritos en antropología cultural permite conocer que a menudo “para las primeras generaciones de *hmong* llegados a los Estados Unidos, los procesos de violación celebrados contra los hombres de su comunidad fueron un verdadero *schok*”. Y en aquellos casos donde haya existido un mal entendido “en el cortejo, la responsabilidad es de la mujer por haber solicitado los avances del hombre”, esto ha generado a una visión del relativismo cultural en el desahogo de esta prueba pericial¹⁵¹².

¹⁵⁰⁸ OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, op. cit., p. 26.

¹⁵⁰⁹ CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, op. cit., p. 17.

¹⁵¹⁰ KIM, Nancy S., “The Cultural defense and the problem of cultural preemption: A framework for analysis”, *New Mexico Law Review*, Volume 27, 1997, p. 109.

¹⁵¹¹ KIM, Nancy S., “The Cultural defense and the problem of cultural preemption: A framework for analysis”, p. 101.

¹⁵¹² Para VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, op. cit., pp. 97 y 98, las mujeres son las grandes

Por lo anterior, el Tribunal que conoció este caso (conocido como *People vs. Moua*), aceptó la versión del imputado, por lo cual redujo la sentencia con base en la doctrina del error de hecho, a una condena de ciento veinte días de prisión y una pena multa de mil dólares, de los cuales novecientos fueron entregados a la víctima como indemnización¹⁵¹³.

Para Renteln defensora de la eximente por *cultural defense* elabora una diferenciación en la *cultural defense* para mejor comprensión de su alcance en un juicio penal. Por un lado, la *cultural defense cognitiva* aplica cuando el “bagaje cultural del autor le impide entender que su comportamiento integra un delito”. Y, por otro lado, la *cultural defense volitiva* es verificable cuando el autor es consciente del hecho de que sus acciones están prohibidas por la norma penal vigente en el estado donde se encuentra, y aun así, decide actuar por encontrarse determinado por la carga imperativa cultural de su lugar de origen¹⁵¹⁴.

La *cultural defense* tiene un ámbito de aplicación, siguiendo a Maglie para determinados sujetos y tipos de delitos cubiertos por la eximente, mediante una versión amplia que excluiría de responsabilidad del autor, aunque los factores culturales no serían relevantes en el caso de violaciones de bienes personalísimos e indisponibles como la vida, la integridad física, la libertad sexual y en general todos los bienes tutelados directa o indirectamente por tipos dirigidos a la tutela de los derechos humanos inviolables¹⁵¹⁵. Por otro lado, la versión restringida identificada solo por Renteln que aboga por un reconocimiento de una *partial excuse*, esto es, para atenuar la gravedad del delito. O bien, podría incidir en la fase del *sentencing* respecto a la individualización de la pena actuando como una circunstancia atenuante, sin abandonar la función retributiva de la pena¹⁵¹⁶.

perdedoras por aceptar la tesis relativista de las culturas, en la que se prioriza y privilegia las diferencias “étnicas y culturales sobre las diferencias de género”. Bajo “una serie de argumentos encaminados a la defensa de una serie de usos y costumbres tradicionales típicas de cada cultura”, son susceptibles de reconocimiento y protección, pero en realidad el propósito es perpetuar una serie de costumbres cuyo único *leit motiv* es mantener el estatus quo históricamente consolidado: la hegemonía “del varón y la sumisión de la mujer”.

¹⁵¹³ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 117.

¹⁵¹⁴ DUNDERS RENTELN, Alison, *The cultural defense*, pp. XX; la misma, “A Justification of the cultural defense as partial excuse”, *S. CAL. REV. L. & WOMEN'S STUD.*, 1993, pp. 439 y ss.

¹⁵¹⁵ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 144.

¹⁵¹⁶ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., pp. 146 y 147. Por su parte NIEVES SANZ, Mulas, *Delitos culturalmente motivados*, op. cit., p. 110-114.

Ahora bien, existe cierto rechazo a la *cultural defense* por evidenciar un conflicto con los fines de la pena, especialmente, con la teoría de la prevención general, porque la presencia de una causa de exclusión de la pena basada en el factor cultural incentivaría de hecho a los inmigrantes a no educarse en la moral jurídica del país de acogida. Por otro lado, acrecentaría la incertidumbre entre los miembros de los grupos étnicos minoritarios para diferenciar entre una conducta ilícita y aquella permitida por la norma. Así, la *cultural defense* estaría dificultando los fines preventivos, pero más aún, incentivando conductas delictivas¹⁵¹⁷.

Sobre esto último, permite comprender que la propuesta del presente apartado se deslinda de los delitos personalísimos enunciados por Maglie, por haber un reflejo de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria de reconocer esta función atenuante en la práctica de los delitos culturalmente motivados, pero no así existe gran abundamiento de excluir los comportamientos culturales en delitos que no afecta a los bienes personales.

Aunque la propia Maglie considera algunos hechos culturalmente motivos que deben ser analizados a nivel de tipo, bajo el principio de ofensividad, donde no habría coincidencia entre tipicidad y ofensa del interés tutelado, como sucede con el caso “durante una fiesta en el jardín de cada para celebrar el nacimiento de su primogénito varón, un refugiado afgano llama la atención de un vecino al besar las partes íntimas del recién nacido mientras lo muestra a sus amigos y parientes. Se le imputa un delito de actos sexuales con menores del art. 609 del Código Penal italiano”¹⁵¹⁸, existirá integración formal del tipo penal pero que, desde el punto de vista material, no son capaces de afectar el bien jurídico, lo que conduce a la exclusión de la punibilidad del hecho¹⁵¹⁹.

Es en esta última posición en la que corresponde analizar su aplicación de la *cultural defense* a nivel de tipicidad para aquellos delitos culturales sin víctimas y determinar si al mismo tiempo de justificarse la excluyente de conducta resulta armónico con los derechos a la identidad cultural y a una justicia imparcial no excluyente.

¹⁵¹⁷ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 163.

¹⁵¹⁸ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 193.

¹⁵¹⁹ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., pp. 194 y 195.

3. La *cultural defense* y su interpretación a nivel de tipicidad.

Llegados a este punto de la investigación, se ha mostrado que la mayoría de las jurisdicciones estatales no aceptan como excluyente de responsabilidad el argumento de la cultura ante delitos cometidos en contra de víctimas. Y es lo correcto, aunque haya un amplio margen doctrinal que debate esta indiferencia a la diferencia cultural o, propiamente, al derecho a la identidad cultural. Pero lo que no se discute dogmáticamente es la viabilidad de aplicar la teoría de la *cultural defense* en sede de tipicidad, para excluir de responsabilidad por atipicidad aquellos casos donde el sujeto que comete un crimen motivado por sus rasgos culturales sin que haya de por medio algún sujeto pasivo (persona).

La propuesta será adminicular las razones culturales y las razones justificatorias morales para excluir a nivel de tipicidad la conducta de un delito culturalmente motivado para aquellos casos donde no medie afectación alguna una víctima. Ello, bajo el razonamiento de la teoría de la adecuación y principio de tolerancia para conformar las bases de un Derecho Penal incluyente respetuoso y consecuente con el pluralismo cultural de las sociedades actuales.

Para ello, se requiere identificar la utilidad de la *cultural defense* como herramienta interpretativa de una conducta motivada por factores culturales que lesiona bienes jurídicos que no correspondan con los de las personas, sino exclusivamente para los bienes de carácter colectivo, por ejemplo, medio ambiente, seguridad vial. Así como aquellas conductas que por insignificancia para el Derecho Penal deban ser excluidas de responsabilidad no a nivel de culpabilidad sino de tipicidad, a fin de no demeritar la dignidad de las personas que por su diversidad cultural sean criminalizados.

Así, la teoría de la adecuación social en Derecho Penal desempeña elemento importante para fundamentar la atipicidad en sede judicial. Ello acompañado del razonamiento moral del principio de tolerancia positiva.

3.1. El principio de ofensividad para valorar los delitos culturales en sede de tipicidad.

Acorde a lo señalado que el Estado podrá ejercer el *ius puniendi* sobre aquellas conductas que contravengan la ley penal, aun cuando sean conductas motivadas culturalmente, por constituirse como un delito desde una concepción material con todos los condicionantes propios de los principios constitucionales, en particular, el principio de ofensividad o *ultima ratio*.

El principio de ofensividad dispone de un elemento valorativo de las normas penales que protegen diversos bienes o intereses reconocidos en relaciones intersubjetivas y evaluadas de manera positiva por el legislador para conformar el objeto de protección jurídicopenal. Y cuando ese valor o bien jurídico resulta claramente dañado, la intervención punitiva del Estado tiene sentido. Por lo que concebir *prima facie* el “carácter valorativo de la norma, no representa significa que de ella se excluye en automático la característica de la imperatividad (norma de determinación de conductas)”¹⁵²⁰. Sino que requiere la autoridad judicial en el ejercicio de sus facultades determinar: i) el daño ocasionado a un bien jurídico tutelado; ii) la *ultima ratio* del Derecho Penal ante otras instancias legales que disponga el Estado de protección; y iii) la proporcionalidad que deberá existir entre la necesidad de prevención y el *quantum* de pena a imponer.

Asimismo, el principio de ofensividad en la legislación penal ordinaria facilita identificar que comportamiento humano corresponde con la norma prohibitiva y posibilita la “adecuación social del tipo y las causas de justificación” permiten dar forma al injusto penal. Por ello, resulta fundamental no aceptar la criminalización de conductas que sean socialmente adecuadas a las normas jurídico-penales.

Ahora bien, para Ferrajoli este principio permite separar axiológicamente entre el derecho y la moral, y la finalidad del derecho no está en imponer la moral, porque en una “sociedad pluralista en la que conviven varias culturas y concepciones morales, se traduciría inevitablemente en la pretensión de imponer jurídicamente a todos, incluso a quienes no la comparten, la moral dominante”. Por consiguiente, es necesario que la ley limite la imposición de una sanción “únicamente frente a los comportamientos que en concreto sean ofensivos

¹⁵²⁰ Para mayor detenimiento, véase, *supra* Capítulo Segundo, apartado 4.2.

respecto a los otros, garantizando por lo demás una esfera intangible de libertad”¹⁵²¹. Para López Barja de Quiroga el principio de lesividad debe proteger bienes jurídicos, pero no todos ni frente a cualquier ataque, pues el Derecho Penal es subsidiario y fragmentario, de tal suerte que la protección debe responder a lo más esencial y ante ataques más intolerables; para lograr esta valoración excepcional se requiere de un programa político criminal¹⁵²², lo cual abono en decir un programa político criminal intercultural.

Para esto último resulta oportuno la reflexión de Fiandaca y Musco quienes afirman que la utilización de la sanción penal es legítima en la medida en que se revele como instrumento funcional a una tutela eficaz del bien jurídico y las indagaciones de tipo empírico son, generalmente, las únicas que pueden ofrecer datos probatorios sobre la efectiva “lesividad social” de los comportamientos que hay que incriminar y la eficacia real de los diversos instrumentos sancionatorios que pueden adoptarse¹⁵²³. Con los datos probatorios aportados por los peritos antropólogos¹⁵²⁴, podrán facilitar al juzgador decidir de manera discrecional si el grado de lesividad al bien jurídico de la víctima deviene a que el sujeto tuvo razones culturales para haber realizado un comportamiento prohibido por la norma penal en el país de acogida; y para ello, el juzgador deberá apoyarse en su razonamiento judicial con herramientas constitucionales como el principio de subsidiariedad para la toma de decisiones en casos difíciles como los delitos culturalmente motivados.

El principio de subsidiariedad constituye una especificación en el terreno del Derecho Penal del más general principio de proporcionalidad, toda vez que admite restrictivas de los derechos de los particulares solo en los casos de estricta necesidad (ponderación de derechos), cuando tales medidas resulten indispensables para la salvaguarda del bien común¹⁵²⁵.

¹⁵²¹ FERRAJOLI, Luigi, “El principio de lesividad como garantía penal”, *Nuevo Foro Penal*, No. 79, julio-diciembre, Medellín, 2012, p. 109.

¹⁵²² LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de derecho penal parte general*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2010, p. 169.

¹⁵²³ FIANDACA, Giovanni, Enzo MUSCO, *Derecho penal parte general*, temis, Bogotá, 2006, p. 56; en el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Derecho penal constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 111-113.

¹⁵²⁴ Al respecto, consúltese CESANO, José Daniel, *Los encuentros de la antropología con el saber jurídico penal*, op. cit., pp. 1 y ss.; el mismo, “El valor de la pericia antropológica en el proceso penal en los casos de delitos culturalmente motivados”, *La pericia antropológica cultural y el proceso penal. Aproximaciones a partir de un diálogo interdisciplinario*, hammurabi, Buenos Aires, 2017, pp. 47 -51.

¹⁵²⁵ FIANDACA, Giovanni, Enzo MUSCO, *Derecho penal parte general*, op. cit., pp. 56 y 57.

Siguiendo a Fiandaca el subprincipio de necesidad “trata de establecer si la medida enjuiciada, comparada con otros medios alternativos igualmente idóneos para alcanzar el mismo fin, resulta la más benigna (o menos lesiva) para los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa”¹⁵²⁶. Para ello, requiere desarrollarse en las siguientes etapas: i) ha de procederse a la búsqueda de medios alternativos; ii) a la comparación entre estos medios y la medida legislativa desde la perspectiva de su mayor idoneidad; iii) a la comparación de dichos medios bajo el prisma de su menor lesividad; y iv) determinar cuál de ellos resulta ser el más eficiente en relación con los demás¹⁵²⁷.

Ahora bien, la valoración sobre el medio más benigno o menos lesivo conlleva en los casos difíciles a una decisión irrefutable, consistente en la declaración de la necesidad, o no de la medida legislativa. Por el contrario, sobre los casos difíciles, por lo general, se da una apertura al dilema. Para Bernal Pulido, considera factible “emprender una ponderación *ad hoc*, a fin de establecer cuál de las perspectivas relevantes en la medida legislativa afecta menos al derecho fundamental y aquéllas en que así lo hace el medio alternativo, tiene más peso”. Pero esto tiene implicaciones, en tanto, “si la perspectiva en que el medio resulta más benigno, fuera la preponderante, la medida legislativa debería ser declarada inconstitucional por innecesaria”. En cambio, la explicación que oferta el autor es que “si la perspectiva de mayor importancia fuera aquélla en la que la medida del legislador se muestra como la más benigna” desde todos los puntos de vista, puede aplicarse la “presunción de constitucionalidad de la ley, y considerar que la medida del

¹⁵²⁶ Así, LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, op. cit., p. 433; igualmente, ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 526, “no se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales”; por su parte, BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 742, sostiene que en este cotejo se habrá de examinar si alguno de los recursos alternos logra solventar dos demandas por las siguientes dos razones: i) “si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última”; y ii) “si afecta negativamente al derecho fundamental en un grado menor”. Distinta es la posición de FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2008, p. 302, quien alude a la investigación de la paternidad en relación con el derecho a la intimidad y el derecho a la integridad física. En estos casos, el Tribunal Constitucional tiene declarado que las pruebas biológicas llevan la práctica de una intervención corporal, serán justificadas en tanto “sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos. Así, cuando la evidencia de la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos”. Este criterio también aplicado en México.

¹⁵²⁷ LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, op. cit., p. 434.

legislador es necesaria”. Esta solución para Bernal Pulido es la más preferible y respetuosa al principio democrático y por disminuir “la complejidad que las ponderaciones *ad hoc* introducirían en la estructura de la proporcionalidad en sentido estricto”¹⁵²⁸.

Esta solución que defiende Bernal Pulido tiende a robustecer la visión de una teoría de la justicia constitucional incluyente, porque desde un punto de vista analítico y normativo de un medio alternativo más benigno, es aplicable “si la norma o posición en que habría afectado, de haber sido adoptado por el legislador, tiene un significado o una fundamentalidad menor dentro del ámbito normativo del derecho fundamental”, que la norma o posición afectada por la medida legislativa cuya constitucionalidad se controla¹⁵²⁹. Por ejemplo, cuando un sujeto comete un homicidio por honor en contra de su esposa, motivado por razones culturales de su país de origen (caso Chen), el juzgador al momento de ponderar entre el derecho a la cultura y el derecho a la vida de la víctima no dispondrá de algún otro margen alternativo más benigno para excluir de responsabilidad por este crimen cultural y el ejercicio de ponderación no será necesario.

Evidentemente, este principio para Basile igualmente se diluye frente a los delitos culturalmente motivados que afectan gravemente los bienes jurídicos personales, como la integridad física de las mujeres lesionadas por sus parejas o familiares al practicarles la mutilación genital femenina. Por ejemplo, la jurisprudencia penal italiana, relativa a los malos tratos familiares (art. 572 CP), ha denegado *explícitamente* todo tipo de relevancia “*pro reo*” ante una situación de conflicto normativo/cultural en la que el inmigrante se encontraría en el momento de la comisión del delito¹⁵³⁰. O bien, para Cerezo Mir “me parece excesivo, en cualquier caso, el reconocimiento de eficacia *eximente* al error invencible sobre lo ilícito penal o sobre el injusto material en los supuestos en que se atente contra derechos fundamentales, como la vida, la integridad corporal, la libertad o la libertad sexual”¹⁵³¹. Igualmente se pronuncia Armaza Galdós

¹⁵²⁸ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 751.

¹⁵²⁹ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 752 y 753.

¹⁵³⁰ BASILE, Fabio, “El derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en particular, las mutilaciones genitales femeninas”, op. cit., p. 1868; el mismo, *Inmigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, op. cit., p. 267.

¹⁵³¹ CEREZO MIR, José, “La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el código penal peruano”, op. cit. p. 107, aunque más adelante, p. 108, el propio autor aceptaría una solución mediante el recurso de *lege ferenda*, al considerar que, “al sujeto que obra conforme a costumbres profundamente arraigadas en su comunidad o con arreglo a las pautas de su cultura no le era exigible la obediencia al Derecho o la exigibilidad estaba considerablemente disminuida”.

“tampoco es un supuesto de atipicidad el sacrificio humano que, en interés de la colectividad, se hace sobre un niño demente para ahuyentar las sequías que amenazan o se desencadenaron ya sobre la comunidad”¹⁵³².

Otra variable para valorar en sede judicial los delitos culturales, es la explicada por Pérez de la Fuente relativa a “la ponderación sobre la idoneidad de aplicar la defensa cultural”, para tomar en consideración los siguientes datos: i) el “bien jurídico ¿se corresponde con un derecho humano? ¿tiene que ver con la igual dignidad o la libertad sexual?”; ii) “daño a terceros ¿está claramente especificado el daño a terceros?”; iii) “grado de asimilación ¿en qué medida el individuo conoce -o está integrado- en la sociedad receptora?”; y iv) “reciprocidad ¿la acción es delito en la sociedad de origen?”¹⁵³³.

La respuesta que da Pérez de la Fuente a estas cuestiones tiene dos consecuencias, la primera sigue a las posiciones de Cerezo Mir y Basile para no aceptar como válido la *cultural defense* por el grado de afectación a los bienes jurídicos de las víctimas; pero no así para aquellas conductas motivadas culturalmente que no dañan bienes jurídicos a terceros de índole personal.

Esta segunda alternativa es la más viable para justificar la decisión judicial de atenuar o excluir de responsabilidad penal al sujeto imputado por la comisión de un delito que por el resultado producido no tiene significancia para el Derecho Penal (mínima intervención), piénsese en aquellos casos como la caza de especies en veda o protegidas, tala de árboles sin autorización, conducir una motocicleta sin casco por motivos religiosos o arrojar las cenizas al río por un hindú, consumir sustancias tóxicas para ceremonias religiosas, entre otros.

Ante estos casos de delitos culturales sin víctimas, habría condiciones para invocar la *cultural defense* en un juicio para explicar que el grado de lesividad o daño puede ser valorado conjuntamente al principio de necesidad. Para que el juzgador esté en condiciones de justificar la exculpación de la responsabilidad penal de estas conductas, aún y cuando exista un daño

¹⁵³² ARMAZA GALDÓS, Julio, “El condicionamiento cultural en el derecho penal peruano”, José Luis Díez Ripollés, et. al., *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 551.

¹⁵³³ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, op. cit., p. 34.

acreditado al medio ambiente, seguridad vial, salud pública, etcétera, por falta de un alto grado de lesividad e insignificancia del resultado para el Estado. Pero por la teoría de la adecuación social y el principio de ofensividad resultarían irrelevantes para el *ius puniendi*, mismo que será desarrollado mediante la constelación de casos aplicables para el no ejercicio de la acción penal a nivel de tipicidad.

4. La atipicidad de los delitos culturalmente motivados: neutralidad y daño.

La idea de mantener la neutralidad en los ordenamientos penales era indispensable para no caer en situaciones violatorias a las garantías de las personas por considerarse enemigos u extraños ante la administración e impartición de justicia. Para ello, el liberalismo neutral en el derecho se constituye como la base legal para no beneficiar alguna concepción particular del bien, así como tampoco de una presunta superioridad entre los miembros de una sociedad conformada por una diversidad cultural¹⁵³⁴. Piénsese en los siguientes ejemplos:

- 1) Algunos migrantes chinos pertenecientes al grupo étnico *han* fueron sorprendidos en Milán, en la calle Paolo Sarpi, mientras se entretienen con un juego de azar. Se les imputó el delito de los arts. 718-719 del Código Penal italiano¹⁵³⁵.
- 2) Kagar, “un refugiado afgano que vive en EEUU es sorprendido por una vecina mientras besaba el pene de su hijo de dieciocho meses. En la vivienda incluso había fotografías en las paredes del padre realizando esta práctica. En la cultura afgana este gesto se considera una manifestación de amor hacia el niño”¹⁵³⁶.
- 3) El uso de menores de edad para la mendicidad por parte de los gitanos *rom*, a pesar de la relación de los padres y niño sea estrecha, sus condiciones de pobreza y modo de vida como nómadas o migrantes permanentes, les ha situado en la necesidad de que los niños contribuyan al mantenimiento de la familia mediante estas prácticas¹⁵³⁷.

¹⁵³⁴ Para más referencias sobre el liberalismo neutral en Derecho Penal, véase *supra*, Capítulo Cuarto, apartado 4.

¹⁵³⁵ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 204.

¹⁵³⁶ OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, op. cit., p. 9; en el mismo sentido, PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar, “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, op. cit., pp. 29 y 30.

¹⁵³⁷ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., pp. 86-88; sobre esta problemática, SANZ MULAS, Nieves, *Delitos culturalmente motivados*, op. cit., pp. 71 y 72.

- 4) Amenazas producidas por Muharrem E, turco de nacionalidad, quien vivía en Alemania desde hace 34 años. Cuando su hija Fatma se enamoró del alemán Sascha, la familia no aceptó esta relación. A pesar de esta negativa la Fatma huyó de su casa para ir a vivir con Sascha quedando embarazada. Por lo que Muharrem y su otro hijo Mehmet amenazaron a Sascha con matarla si no se volvía con ellos. Pero al no ceder Sascha fue secuestrada por su padre y hermano. Al paso de una gasolinera e ir al baño logró escapar y tras amenazar Muharred a la cajera de la gasolinera, fue condenado a pena privativa de libertad de 3 años y 9 meses. Para Mehmet a 3 años 3 meses¹⁵³⁸.
- 5) Un ciudadano hindú fue atrapado “mientras tiraba basura en un río en los Países Bajos”. Según las normas vigentes en Holanda, esto era una manera de provocar contaminación. El acusado alegó a su favor que la basura eran simplemente las sobras quemadas de “madera y flores de una ceremonia para recordar a una persona” fallecida y que, según la costumbre hindú, necesitaba ser arrojado a un arroyo¹⁵³⁹.
- 6) Un indio seguidor del sijismo es sorprendido en un centro comercial de Cremona con un *kirpan*, el cuchillo ritual símbolo de pertenencia a su religión, colgando del cuello. A quien se le imputa el delito de portación de armas y objetos aptos para lesionar según el art. 4.II de la Ley de 18 de abril de 1975, núm. 110¹⁵⁴⁰.

Bajo este diverso escenario de prácticas culturales recogidas por diversos códigos penales, por considerar dañan bienes jurídicos fundamentales, atañe su discusión desde las categorías dogmáticas sobre conductas motivadas culturalmente para determinar si realmente el daño ocasionado resulta grave para la intervención punitiva del Estado o no. En palabras de Carnevali Rodríguez “el Derecho Penal es quizás el instrumento más sensible en su propósito de recoger los criterios axiológicos predominantes en una sociedad”. Por ejemplo, frente a las diversas creencias religiosas el Derecho Penal debe ser neutral respecto a los valores normativos, para poder respetar el principio de laicidad¹⁵⁴¹.

¹⁵³⁸ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *El extranjero frente al derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, op. cit., pp. 35 y 36.

¹⁵³⁹ VAN BROECK, Jeroen, “Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)”, op. cit., p. 4.

¹⁵⁴⁰ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 200.

¹⁵⁴¹ CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, op. cit., p. 2.

Esta discusión tiene su sede en el entramado procesal que durante el juicio se realiza en contra de una persona que ha cometido un delito motivado por sus condiciones culturales. Y para ello, como se ha explicado, la doctrina de la *cultural defense* juega un rol fundamental para el ejercicio de la garantía de defensa de los inculpados (extranjeros o indígenas). Sobre todo, si se considera que las normas penales y procesales son neutrales el ejercicio de la *cultural defense* es fundamental para contextualizar al juzgador de las circunstancias que le motivaron al sujeto a realizar el delito¹⁵⁴².

Ahora huelga trasladar esta discusión a la tipicidad mediante los principios de neutralidad y daño, para determinar si la propuesta de excluir de responsabilidad los delitos cometidos culturalmente sin víctima son viables en sede de la discrecionalidad judicial débil.

Si bien, la tipicidad aglutina una serie de consideraciones valorativas sobre la acción realizada, el concepto de acción, aunque siga siendo básico, cede relevancia de sentido a la tipicidad, y pasa a ser claramente un concepto incoloro¹⁵⁴³. Para Rueda Martín afirmar que una acción tenga sentido dependerá, en especial, de dos elementos: i) “el sujeto con sus capacidades intelectuales debe haber aceptado el posible sentido que ofrecen los mencionados elementos objetivo-causales en el mundo físico”; y ii) “el autor debe haber aprehendido el sentido ético-social del acto exigiéndose qué con sus capacidades volitivas externas, haya dirigido en ese sentido la acción”¹⁵⁴⁴. Ahora bien, “esto significa en determinado momento” que “la conducta humana alcanzará el sentido en la sociedad, en función de las expectativas sociales que crean fiel”.

¹⁵⁴² Al respecto, TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural”, op. cit., p. 418, refiere el caso de la aprobación del Código penal en su redacción se muestra culturalmente neutra, por no incorporar disposición alguna que tenga en cuenta, a manera particular, “la cultura del individuo como factor diferencial en el contenido de normas penales de la naturaleza que sean, ni incriminadoras de delitos, ni reguladoras de causas de exención o de atenuación de la responsabilidad penal”; igualmente, GIORDANO, Christian, “Las nociones de cultura y de derecho en antropología”, *Annuario de Derecho Penal*, 2010, p. 45, porque todo lo que se define como jurídico es entendido como culturalmente neutral, como exterior o disociado e incapaz de ser influenciado por la cultura.

¹⁵⁴³ En este sentido, SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito. La doctrina de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico penal contemporáneo*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2008, p. 365.

¹⁵⁴⁴ RUEDA MARTÍN, María de los Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 417.

Para Olaizola aunque “los sujetos han sido educados en una cultura y en unos valores diferentes”, y a pesar de conocer “que la conducta está prohibida, incluso prohibida penalmente, actúan porque no han tenido la posibilidad de comprender el desvalor o el daño que la infracción de esa norma supone”¹⁵⁴⁵. Sobre todo, para los casos donde la persona “llega a un país de acogida con una cultura” completamente distinta, podrá conocer la norma y sus posibles consecuencias de una manera pronta, pero eso no cumple los estándares necesarios para asimilar o comprender el contenido mismo y cambiar al mismo tiempo “su propia forma de entender el mundo”.

Es cierto que el requisito mínimo de la conducta para castigarse no corresponde con “la mínima vinculación negativa de la acción con el bien jurídico concretamente atacado, sino un determinado efecto de la conducta en el entorno social, donde se desarrolla: la acción”¹⁵⁴⁶. Por ende, “ha de ser susceptible de crear un estado de intranquilidad colectiva, alterando las condiciones de paz jurídica consistentes en la vigencia del ordenamiento jurídico, en la conciencia social y capaz, asimismo, de debilitar la vigencia, o bien de los valores ético-sociales plasmados en la norma jurídica-penal, que dan identidad y consolidan el organismo social, o bien, de las expectativas de confianza institucionalizadas en las normas, las cuales posibilitan la continuidad pacífica de los contactos sociales”.

Para Miró Llinares tal valoración de la concordancia del comportamiento realizado (imputado) con la descripción normativa del mandato o prohibición, huyendo de las bases ontológicas que tratan de atribuir un significado normativo a un hecho no desde el sentido de la norma sino desde el del propio hecho. Esto es, buscando en la propia norma su sentido, el significado que tiene el hecho, es lo que ha tratado de hacer la, quizás entonces mal llamada teoría de la imputación objetiva¹⁵⁴⁷.

Por otro lado, cuando se enuncian como criterios para la solución de las denominadas conductas neutrales el de la referencia de sentido delictiva, como el incremento del riesgo o el

¹⁵⁴⁵ OLAIZOLA, Inés, “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, op. cit., p. 24.

¹⁵⁴⁶ JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico-penal de acción*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 101, ha referido que el concepto de acción en la actualidad, se refiere de una parte del concepto de “injusto de un homicidio o el delito de daños, de lesiones o de un delito de peligro abstracto siempre necesario que concurra una acción, al menos en el ámbito de la comisión”.

¹⁵⁴⁷ *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Una aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 149.

principio de autorresponsabilidad, lo que se está haciendo es identificar las razones interpretativas, basadas en la función y sentido de la norma concreta en el marco del Estado de Derecho sobre de la valoración de una conducta conforme o disconforme con el mandato normativo¹⁵⁴⁸. Esto es lo que corresponde a la teoría de la imputación objetiva, asociar un determinado hecho a un concreto significado normativo. Ello, desde la búsqueda de todos los posibles casos y la generalización de reglas y criterios que los expliquen a todos racionalmente. Por tanto, ahí está su sentido y finalidad y esa debe ser su utilidad para permitir aclarar la interpretación, no para complicarla aún más¹⁵⁴⁹.

Este esfuerzo interpretativo axiológico deviene al largo camino discutido entre universalistas y particularistas sobre la consideración del igual valor de las culturas¹⁵⁵⁰. Por ejemplo, la visión liberal igualitario permite hacer una división clara entre “moral” y “cultura”. Cabe puntualizar que “la moral se compone de normas universales, imparciales y neutrales”, lo que no acontece con los multiculturalistas porque pueden considerar que existan “valores universales pero que cada cultura interpreta a su modo”. Por ello, tiende a sugerir hallar consensos transculturales mediante la vía del diálogo intercultural¹⁵⁵¹. Aunque la cuestión es definir como lo plantea Pérez de la Fuente si el Derecho Penal es reflejo de una cultura, o si la “legislación penal debería justificarse en valores distintos de la apelación al caso concreto del Derecho Penal fuera sensible a la diferencia cultural”¹⁵⁵².

Este planteamiento de Pérez de la Fuente responde en cierta medida a la discusión generada sobre el concepto de neutralidad y el principio de retribución que ha sido igualmente cuestionada por Moore, Mañalich o von Hirsch para quienes el merecimiento de la

¹⁵⁴⁸ MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Una aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, op. cit., p. 150.

¹⁵⁴⁹ MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Una aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, op. cit., p. 150.

¹⁵⁵⁰ Véase, *infra*, Capítulo Primero, apartado 2. Huelga enfatizar que el resultado de esta confrontación de índole moral fue proponer que las posiciones del universalismo y particularismo no tenían ser incompatibles. La idea era evitar factores de discriminación o xenofobia que conllevarán afectaciones irreparables al derecho a la identidad cultural (propia del particularismo).

¹⁵⁵¹ Así, PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación inusfilosófica*, op. cit., p. 86.

¹⁵⁵² PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, op. cit., p. 14.

pena para los delitos culturalmente motivados es compatible con el reproche de su culpabilidad¹⁵⁵³.

Para abordar nuevamente esta cuestión de la neutralidad en un Derecho Penal pluricultural, pero ahora en sede de la tipicidad, recurro como punto de partida a la posición de Velasco Arroyo para quien la neutralidad encuentra límites desde la no intromisión en los instrumentos estatales del constitucionalismo liberal cuando una determinada subcultura comunitaria trasciende la esfera de una privacidad no política y pretende ganar no ya sólo tolerancia, sino reconocimiento público¹⁵⁵⁴. A esto responde el nuevo concepto de tolerancia que reconoce el valor de la diversidad mediante la perspectiva pragmática de aceptar el “mal menor de la diversidad con el fin de evitar el mal mayor que implica la perpetuación de conflictos civiles”¹⁵⁵⁵. Por ello, Páramo Argüelles agrega que la neutralidad “presupone un conflicto entre dos o más partes, y también la existencia de una tercera parte cuya conducta es el referente de la existencia o no de una conducta neutral”¹⁵⁵⁶.

Por eso, el concepto normativo de tolerancia representa el mayor reto de los órganos jurisdiccionales para determinar si neutralidad y daño son efectivamente recursos explicativos de las actitudes tolerantes. O bien, resulta un obstáculo para la impartición y administración de justicia contra la impunidad de hechos cometidos dentro de una sociedad con un alto grado de diversidad cultural. Esta problemática queda enunciada en autores como González¹⁵⁵⁷,

¹⁵⁵³ Sobre esta polémica, véase *supra*, Capítulo Cuarto, apartado 4.

¹⁵⁵⁴ VELASCO ARROYO, Juan Carlos, “Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más de la tolerancia liberal”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 125, 2004, p. 189; el mismo autor, “Derechos de las minorías en una sociedad democrática multicultural”, *Derechos y Libertades. Revista del instituto Bartolomé de las Casas*, pp. 361-372; el mismo autor, “Derechos de las minorías y democracia liberal: un debate abierto”, *Revista de Estudios Políticos, (Nueva Época)*, núm., 109, julio-septiembre, 2000, pp. 201-220.

¹⁵⁵⁵ VELASCO ARROYO, Juan Carlos, “Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más de la tolerancia liberal”, *op. cit.*, p. 192.

¹⁵⁵⁶ PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, “Liberalismo, pluralismo y coacción”, *DOXA*, No. 11, 1992, p. 104.

¹⁵⁵⁷ GONZÁLEZ, Leonardo, “Tolerancia, autonomía y principio de daño”, *Praxis Filosófica*, núm. 41, julio-diciembre, 2015, pp. 143-163.

Seleme¹⁵⁵⁸, Lucas¹⁵⁵⁹, Walzer¹⁵⁶⁰, Rivera López¹⁵⁶¹, Scanlon¹⁵⁶², Forst¹⁵⁶³, Beade¹⁵⁶⁴, Frisch¹⁵⁶⁵, Julios Campuzano¹⁵⁶⁶, Farrel¹⁵⁶⁷, Kymlicka¹⁵⁶⁸, Thiebaut¹⁵⁶⁹, Borja Jiménez¹⁵⁷⁰, Parmigiani¹⁵⁷¹, Höffe¹⁵⁷², Comanducci¹⁵⁷³, Martínez de Pisón¹⁵⁷⁴, y el propio Pérez de la Fuente¹⁵⁷⁵.

Por lo anterior, la ruta más viable para concentrar todos estos esfuerzos por aclarar el alcance de la neutralidad y daño en la discusión sobre la viabilidad o no para que los jueces justifiquen en sus sentencias la excluyente por atipicidad, únicamente para los delitos culturalmente motivados sin víctima, se propone hacerlo mediante la teoría de la adecuación social como herramienta alternativa al principio de tolerancia.

¹⁵⁵⁸ SELEME, Hugo, O., *Neutralidad y justicia. En torno al liberalismo político de John Rawls*, Marcial Pons, Madrid, 2004, en particular los capítulos segundo y tercero.

¹⁵⁵⁹ LUCAS, Javier De, “¿Para dejar de hablar de la tolerancia?”, *Doxa*, No. 11, 1992, pp. 117-126.

¹⁵⁶⁰ WALZER, Michael, *Tratado sobre la tolerancia*, Paidós, Barcelona, 1998.

¹⁵⁶¹ RIVERA LÓPEZ, Eduardo, “Castigo penal, injusticia social y autoridad moral”, *Análisis Filosófico*, vol., XXXV, núm. 2, noviembre, 2015, pp.167-185.

¹⁵⁶² SCANLON, T. M., *The difficulty of tolerance. Essays in political philosophy*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2003, pp. 187-201.

¹⁵⁶³ FORST, Rainer, *Tolerance in conflict. Past and present*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2016, pp. 468-478, 502-516, 543-569.

¹⁵⁶⁴ BEADE, Gustavo A., “El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino”, *Isonomía*, No. 35, octubre, 2001, p. 161; el mismo autor, “Retribución, inculpación y perfeccionismo moral”, *Análisis Filosófico*, vol., XXXV, núm. 2, noviembre, 2015, pp. 227-240, sostiene que el principio de daño no es el reflejo de la autonomía, sino la autonomía es un presupuesto del daño.

¹⁵⁶⁵ FRISCH, Wolfgang, “¿La tolerancia como principio limitador del Derecho Penal?”, Andrew von Hirsch, Kurt Seelmann, Wolfgang Wohlers, (ed. alemana), Ricardo Robles Planas (ed. española), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012.

¹⁵⁶⁶ JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de, “Una aproximación a la neutralidad liberal”, *Derechos y Libertades. Revista del instituto Bartolomé de las Casas*, jul-dic., 1995, pp. 39-50.

¹⁵⁶⁷ FARREL, Martín Diego, “Neutralidad y relatividad agencial”, *Telos*, Vol., II, No. 1, junio, 1993, pp. 43-83; el mismo autor, “Algunas maneras de entender la neutralidad”, *Doxa*, 15-16, 1994, pp. 179-197; el mismo, “Para qué la tolerancia”, Rodolfo Vázquez (Comp.), *Tolerancia y pluralismo*, Ediciones Coyoacán, México, 2005, pp. 97-133.

¹⁵⁶⁸ KYMLICKA, Will, “Liberal individualism and liberal neutrality”, *Ethics*, Vol. 99, jul, 1989, pp. 883-905.

¹⁵⁶⁹ THIEBAUT, Carlos, *De la tolerancia*, La balsa de medusa/VISOR, Madrid, 1999, pp. 56-62.

¹⁵⁷⁰ BORJA JÍMENEZ, Emilio, “Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho Penal”, *ADPCP*, Vol. LI, 1998, pp. 205-244.

¹⁵⁷¹ PARMIGIANI, Matías, “Liberalismo, sanción y reproche: una revisión crítica del concepto de reproche en la teoría jurídico-penal de C. S. Nino”, op. cit., pp. 37-81.

¹⁵⁷² HÖFFE, Otfried, *Estudios sobre teoría del derecho y otros ensayos*, Fontamara, México, 1992, pp. 133 y ss.

¹⁵⁷³ COMANDUCCI, Paolo, “Sobre el problema de la tolerancia”, Rodolfo Vázquez (Comp.), *Tolerancia y pluralismo*, Ediciones Coyoacán, México, 2005, pp. 67-79.

¹⁵⁷⁴ MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, tecnos, Madrid, 2001, pp. 93-128.

¹⁵⁷⁵ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Minoría gitana, Derecho penal y teorías republicanas del castigo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 27, 2013, pp. 155-198; el mismo, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, op. cit., pp. 392-417.

4.1. La teoría de la adecuación social para un Derecho Penal pluricultural.

La teoría de la adecuación social tuvo su origen en Derecho Penal en 1939 por Hans Welzel¹⁵⁷⁶, al dotar a la tipicidad de un carácter social que hasta ese momento era tan opaco a la socialidad. Ni siquiera el propio M.E. Mayer con su teoría de las normas culturales argumentó que la normación de un hecho como delito era resultado de la antijuridicidad, lo que equivaldría al reconocimiento de su contrariedad cultural¹⁵⁷⁷. Pero Mayer estuvo interesado solo en la norma, cuya teoría ofrecía una visión general sobre la génesis y aplicación del Derecho Penal y no así para el hecho punible, parte importante de la norma, pero requerido de una teoría distinta en la que lo real debía transformarse conceptualmente. En cambio, con la propuesta de Welzel se advierte por primera vez un ensamblaje, si bien precario, entre sistema del hecho punible, realidad social y hermenéutica normativa¹⁵⁷⁸.

Valorar la adecuación social resulta necesario considerar adicionalmente sus primeros escritos publicados antes de 1945¹⁵⁷⁹, donde estableció las raíces en la construcción de una teoría del tipo. Por ejemplo, en 1939 «Causalidad y acción»¹⁵⁸⁰, estableció un basamento negativo de la imputación para los delitos dolosos, e igualmente para los delitos imprudentes, sustentado en la adecuación social¹⁵⁸¹. Luego en su manual determina que el «modelo»¹⁵⁸² de conducta prohibida será aquella que tenga un carácter antisocial, es decir, «inadecuada a la vida social ordenada»¹⁵⁸³.

¹⁵⁷⁶ “Estudios sobre el sistema de derecho penal”, *Estudios de derecho penal*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2007, pp. 11 y ss.

¹⁵⁷⁷ Al respecto, véase, *supra*, Capítulo Segundo, apartado 4.1.

¹⁵⁷⁸ ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1992, pp. 14 y 15.

¹⁵⁷⁹ Véase MÜSSIG, Bernd, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 20 y ss. Este autor, reseña el momento histórico en que Welzel establece un panorama bastante claro del ordenamiento material de los valores en las sociedades.

¹⁵⁸⁰ La traducción en español no fue sino hasta el año 1976 por Finzi, en Cuadernos de los Institutos, No. 126, Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, pp. 189-211. Existe otra traducción posterior por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, *Estudios de Derecho penal*. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 121-145, esta es la que será utilizada.

¹⁵⁸¹ Esta cuestión no es nueva, porque ha acompañado a la doctrina del delito imprudente desde sus orígenes. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio de «fin de protección de la norma de cuidado»*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 51-67, y 151-154.

¹⁵⁸² WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., Editorial Santiago de Chile, Santiago de Chile, 1970, p. 66. Evidentemente, antes de la aparición del manual Welzel publica una infinidad de artículos que contienen el progresivo avance de su pensamiento, sobre el particular recomendando la compilación de sus artículos en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, Argentina, 2004.

¹⁵⁸³ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte General*, op. cit., p. 66.

Bajo estas consideraciones histórico-evolutivas de la adecuación social en el pensamiento de Welzel¹⁵⁸⁴, se aprecian dos niveles: uno naturalístico y otro normativo. A la primera (infraestructura natural), se antepone la existencia una superestructura normativa, en particular, por la incorporación de la idea de sociabilidad a su método ontológico, para rechazar el esquema abstracto y formal del delito del siglo XIX de Franz von Liszt que era resultado del positivismo jurídico.

Welzel se dedicó a criticar la concepción causal-natural del bien jurídico. Para este autor, la causalidad e imputación de un tipo penal de homicidio, robo, o lesiones no son lo mismo. Por el contrario, son dos perspectivas diferentes: i) descriptivo; y ii) valorativo¹⁵⁸⁵. Esto es “una acción es típica, en el sentido de los delitos culposos, si su dirección real no corresponde al cuidado necesario en el tráfico y a una consecuencia de ello ha producido un resultado típico. Esta tipicidad es un indicio de la antijuridicidad; ésta se da sino concurría ninguna causa de justificación de la acción imprudente”¹⁵⁸⁶.

En este sentido, la función de los tipos será elaborar un modelo de conducta prohibida referidas a la vida social acorde al momento histórico del Derecho Penal. La idea es señalar las formas de comportamientos que se alejan gravemente de los órdenes históricos de la sociedad. Ello tiene importancia al momento de interpretar y comprender los tipos. Por ello, la idea de incluir un contenido social a la tipicidad permitió a Welzel entender que una conducta en cuanto no suponga un apartarse del orden social establecido en un determinado tiempo, resulta absolutamente adecuado la conducta. Porque su realización corresponde por completo inmerso al marco “del orden social, histórico, normal de la vida”. De esta forma no sería una acción típica de lesión, aunque con motivo de esta se genere una lesión de un bien jurídico¹⁵⁸⁷.

¹⁵⁸⁴ En relación al alcance original de la adecuación social en Welzel, véase por todos, el admirado trabajo de CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría de la acción e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, pp.13-16.

¹⁵⁸⁵ Fundamentalmente consúltese el artículo de WELZEL, Hans, “¿Un malentendido sin solución? (Acerca de la interpretación de la teoría finalista)”, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, op. cit., pp. 1-16.

¹⁵⁸⁶ “La doctrina de la acción finalista, hoy”, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, op. cit., p. 29.

¹⁵⁸⁷ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte General*, op. cit., pp. 83 y 83.

Por otro lado, el pensamiento de Welzel, considera una idea activa de la sociedad y no propiamente una concepción estática que meramente busca preservar un estado de cosas ya conseguido¹⁵⁸⁸. No obstante, en los tipos penales Welzel considera que “se hace patente la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho Penal: señalan las formas de conducta que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social”¹⁵⁸⁹. Por tanto, estas acciones acorde a su significado social no son injusto; siempre y cuando, las acciones ejecutadas sean con el cuidado debido.

Al respecto señala Jescheck, “los tipos penales sólo caracterizan por su materia de prohibición acciones que se apartan considerablemente del orden de la vida en comunidad conformado históricamente”¹⁵⁹⁰, luego el legislador, al estudiar los tipos, ha dejado fuera explícitamente del “ámbito de aplicación de las órdenes normativas” todas estas formas “de

¹⁵⁸⁸ SCHÜNEMANN, Bernd, “La teoría de la protección del bien jurídico como base del Derecho penal”, XXV *Jornadas Internacionales de Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 250, considera que el principio de protección del bien jurídico no puede asumir ese papel “dinámico-constructivo en el proceso de interpretación”, si se tratara de una categoría blanco, sin contenido, tal como por lo general se critica; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio de «fin de protección de la norma de cuidado»*, op. cit., p. 156, alude a que la teoría de la adecuación social no tiene porque resolver problemas “prácticos debido a su excesiva indefinición y a su carácter general”. Aunque sí reconoce Feijoo Sánchez que “es un principio programático cuyo desarrollo permite restringir el ámbito de los tipos que, como el homicidio o las lesiones, están concebidos formalmente con excesiva amplitud”; RUEDA MARTÍN, María de los Ángeles, “La teoría de la adecuación social”, Hans Joachim Hirsch, et. al. (Dir.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, pp. 531-539, retoma su análisis de la adecuación social mediante los casos que planteó Welzel tan distintos, por lo que no podrían ser considerados de una misma naturaleza, por lo que la autora hace un esfuerzo por identificarlos en tres rubros: i) de índole legislativo cuando ha tipificado un hecho, por ello, la adecuación social es considerado como un juicio por el cual se accede “a una valoración del comportamiento y constituye en realidad un criterio valorativo externo en el ámbito de la interpretación de sentido de los tipos. Este criterio hermenéutico tiene una naturaleza extrasistemática”, porque permite a través de él acceder “a valoraciones sociales de una acción que giran en torno a la utilidad social que tiene un comportamiento y que se plasma en una ponderación de intereses”, y lo más importante, esto sucede a nivel de tipicidad en aras de salvaguardar determinados bienes jurídicos que desempeñan una función en el marco de la vida social. Además, Rueda Martín sostiene que “la adecuación social implica una valoración sobre la estructura material de una acción por lo que opera sobre un concepto de acción en el que sus elementos estructurales no se encuentran escindidos si se parte de la estructura finalista de la acción. Cuando la teoría de la imputación objetiva trata de responder a la cuestión de en qué supuestos no se ha realizado el tipo de lo injusto pese a la concurrencia de todos los elementos estructurales que formalmente parecen subsumibles en aquél, ya no es en sentido estricto una teoría de la imputación objetiva sino un criterio de valoración de la conducta y de suceso vinculado a la misma”; ii) mediante el riesgo permitido el desvalor del estado de cosas que al ser imprevisible *ex ante* no es posible fundamentar el desvalor del resultado. Es importante enfatizar en este punto, que, aunque Rueda Martín considera que es inapropiado ubicarlo en el riesgo permitido por no estar “vinculados a circunstancias fácticas concretas, sino a situaciones en las que no existe un fundamento indiciario de provocar un curso causal lesivo” y, en consecuencia, se estaría ante una ausencia de dolo o de imprudencia y, por tanto, tampoco habría desvalor del resultado; y iii) aquellos casos donde las acciones no tienen “como finalidad el cumplimiento de una función socialmente valorada que implique la afectación de algún bien jurídico que sea consustancial a un orden condicionado socialmente”.

¹⁵⁸⁹ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte General*, op. cit., p. 66.

¹⁵⁹⁰ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte General*, op. cit., p. 227.

comportamiento, de manera que la concurrencia del resultado típico, con observancia del cuidado objetivamente debido, no le es imputado al autor, y ello con independencia de su actitud interna¹⁵⁹¹.

En este sentido, Polaino Navarrete considera que precisamente el daño o realización del peligro hacia el bien jurídico pone en acción los mecanismos penales adecuados para la prevención de futuros delitos, en tanto que, “el fundamento material legitimador de la intervención punitiva del Estado estriba en la necesidad socialmente sentida, y formalmente expresada a través de los representantes de la voluntad popular, de la protección de determinados bienes y valores que constituyen unidades de función social imprescindibles para la convivencia en sociedad, y cuyo reconocimiento jurídico-positivo les convierte en las categorías normativas de los bienes jurídicos, que son el objeto de protección de las normas penales¹⁵⁹²”.

El cambio de esta perspectiva tuvo serias repercusiones en el basamento de la teoría de los bienes jurídicos. Por ejemplo, para Welzel “sólo existen en cuanto cumplen una función en la vida social”, y al mismo tiempo histórica del Derecho Penal¹⁵⁹³. Esta idea conlleva a no proteger los bienes jurídicos de cualquier intervención lesiva, pues no todas ellas están prohibidas. Además, la adecuación social será una teoría respectivamente incierta, por tal motivo, deberá aducirse a ésta en última instancia, sin perder de vista, que la adecuación social corresponde exclusivamente a nivel de tipo y no de culpabilidad, para efecto de determinar, si la persona que realizó la acción u omitió realizarla responde penalmente. De ahí que se haya puesto de relieve la parte funcional de la adecuación social; esta deberá entonces, “quedar estéril sin la

¹⁵⁹¹ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte General*, op. cit., p. 228.

¹⁵⁹² *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, Porrúa, México, 2001, p. 287 y s.

¹⁵⁹³ WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ariel, Barcelona, 1964, p. 53. Asimismo, es necesario recordar, el comentario de Cerezo Mir, discípulo directo de Welzel en Bonn durante tres años (1956 a 1959), que realiza en la nota al pie 11, al traducir esta obra al español, respecto del cambio ideológico en Welzel de la adecuación social: “Welzel vuelve ahora a la concepción de la adecuación social como una causa de exclusión de la tipicidad que había mantenido ya en la 2ª edición de su Manual y en la primera edición de este libro”, pero Cerezo Mir considera congruente este cambio en Welzel, porque “al concebir la adecuación social como una causa de justificación, incurría en una contradicción con su concepto del tipo”. Esto es, “si la conducta socialmente adecuada está conforme con el orden ético-social normal, histórico, de la comunidad no puede ser al mismo tiempo típica o relevante para el Derecho Penal”. Por eso, continúa Cerezo Mir, “el tipo no es para Welzel una descripción desvalorizada, sino que selecciona las conductas que suponen una infracción grave, insoportable, del orden ético-social de la comunidad. Finalmente, se refiere que Welzel a partir de la 6ª edición de su Manual había introducido ya la rectificación de que la adecuación social es también importante para la interpretación de algunos caracteres de los tipos y sobre todo para la determinación del cuidado necesario en el tráfico vial”.

aceptación de un orden social pleno de sentido”. En este sentido, cada uno de los bienes jurídicos tiene que participar “activamente en la vida social”, lo que entraña definitivamente riesgos para la propia sociedad¹⁵⁹⁴.

De esto se advierte que la teoría de la imputación objetiva tiene su origen en la figura de la adecuación social¹⁵⁹⁵, en palabras de Gimbernat Ordeig “si hago equivalente imputación objetiva a tipicidad entonces, lógicamente, aquel concepto sobra porque no tiene sentido crear una nueva denominación que en su contenido coincida en todo con otra ya existente; y, sin embargo, seguiría faltando otro concepto: el destinado a abarcar –y a fundamentar por qué existen– acciones aparentemente típicas (en cuanto que reúnen todos los requisitos legales) que, sin embargo, no lo son”¹⁵⁹⁶. Pero esta hipótesis la pone entre corchetes Sacher al indicar que Welzel al formular expresiones como «valorativo-regulador» y lo socialmente «aceptable o adecuado», parecen poseer una relación con la normativización del tipo objetivo, “pero hasta cuán “normativo” era ese metanivel en los pensamientos de Welzel, y si, no obstante, se mantenía en un nivel intermedio en el marco de lo ontológico. Cuando se considera la oposición que mantenía Welzel frente al positivismo y a la teoría causal, pero ante todo frente al neokantismo y a la formación teleológica de los conceptos, se reconocen dos intereses o puntos centrales en Welzel en la ponderación entre el ser y el valor como objeto del Derecho: 1) por un lado, conforme a su concepción, la realidad física debería ser considerada vinculante para el Derecho, pero no entraría en consideración el ser en su totalidad como lo era para el positivismo, sino el espacio de actividad y vida humana en la comunidad como objeto de valoración; 2) por otro lado, esa realidad no podría ser cubierta al mismo tiempo por conceptos jurídicos, como sucedía en el sistema neokantiano”¹⁵⁹⁷. En lo que estoy de acuerdo con Mariana Sacher es que la concepción de sociedad de Welzel con la de Jakobs son dos totalmente distintas y sus criterios

¹⁵⁹⁴ Para profundizar en este punto, principalmente FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio de «fin de protección de la norma de cuidado»*, op. cit., pp. 51-66; REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1994, p. 87 y ss; RUEDA MARTÍN, María de los Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, op. cit., p. 244-251.

¹⁵⁹⁵ Sobre esta línea de investigación, véanse JAKOBS, Günther, “El concepto jurídico penal de acción”, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 101 y ss.; REYES ALVARADO, “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, *ADPCP*, 1992, pp. 933 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en derecho penal*, Madrid, 1995, p. 84, nota al pie 157; SANCINETTI, Marcelo A., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002 pp. 87 y ss.

¹⁵⁹⁶ Cfr. *EPenCr*. No. X, 1987, p. 178.

¹⁵⁹⁷ SACHER, Mariana, “¿Rasgos normativos en la teoría de la adecuación social de Welzel?”, Hans Joachim Hirsch, et. al. (Dir.), *Rubinzal-Culzoni Editores*, Buenos Aires, 2005, pp. 582 y s.

hermenéuticos con fines adversos, cuando el primero responde a ontológicos y el segundo a teleológicos.

Pero fue Engisch quien estudió el deber de cuidado en el ámbito vehicular como un problema de tipo, donde logra darse cuenta, al igual que otros partidarios de la «doctrina social de la acción» como “EB Schmidt, Maihofer, Oehler, que el tipo no consistía en un mero proceso causal, sino que era preciso tener en cuenta en el mismo la realidad y las valoraciones sociales”. Por lo que, “si la norma penal prohibía conductas, la materia de prohibición no podía ser la causación de un resultado, sino la conducta descuidado”¹⁵⁹⁸. Por tanto, se pretende “delimitar el alcance del tipo penal y concretar el deber general de cuidado”¹⁵⁹⁹.

Para Engisch el deber de cuidado tiene un límite para el cuidado necesario en el tránsito vehicular, por ejemplo, “el cuidado en el tráfico es, en este sentido, la omisión de aquellas acciones que ocasionan un resultado de forma no improbable, o bien el llevar a cabo aquellas acciones que en una situación en la que hay que esperar el resultado con una probabilidad segura, son apropiadas para evitarlo”¹⁶⁰⁰. Pero es importante considerar que el cuidado debido que propone Engisch hay que interpretarlo normativamente, “que sirve para seleccionar conductas que, a pesar de causar un resultado típico, no son penalmente relevante”. De lo contrario, si el Derecho Penal pretendiera evitar todos los peligros que se crearan para los bienes jurídicos, la vida en sociedad se pararía definitivamente, y seríamos simples espectadores. Por esa razón, entiende Welzel¹⁶⁰¹ “que el derecho lo que hace es escoger entre las distintas funciones en las

¹⁵⁹⁸ En este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio de «fin de protección de la norma de cuidado»*, op. cit., pp. 52 y 53, destaca que la contribución de Engisch fue esencialmente para quienes quieran defender el deber de cuidado no era como “un deber autónomo que defina sin más lo que es típico, sino que es un elemento fundamental para determinar si un comportamiento es subsumible en un tipo de resultado”. Para Feijoo Sánchez, Engisch comprendió la “desatención del deber de cuidado externo como un elemento del típico flexible que se adapta a la situación particular”.

¹⁵⁹⁹ DAZA GÓMEZ, Carlos, “Los tipos culposos ¿tipos abiertos? Algunas consideraciones sobre el “fin de protección de la norma” en la acreditación del delito culposo”, *Libro Homenaje a Claus Roxin, La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamerica, Tomo I*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, p. 133.

¹⁶⁰⁰ Cita tomada de FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio de «fin de protección de la norma de cuidado»*, op. cit., p. 54.

¹⁶⁰¹ Citado por MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, Eduardo Montealegre Lynett (Coord.), *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal Tomo II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 223.

que se muestra el bien jurídico para prohibir aquella que es incompatible con la existencia moralmente ordenada de la comunidad”¹⁶⁰².

Una de las críticas más decisivas contra la teoría de la adecuación social ha sido formulada por Hirsch¹⁶⁰³ (discípulo de Welzel), quien analiza concienzudamente los diversos casos planteados y resueltos por esta teoría, por lo que le permite afirmar que “en ninguno de ellos resulta necesaria, porque todos estos casos, pese a hallarse comprendidos en el tenor literal del tipo, no están abarcados por la *ratio legis* del precepto; y considera al riesgo permitido como una simple variante de la adecuación social, principalmente aplicable al ámbito de la imprudencia, que puede ser sustituido con ventaja por el criterio del cuidado exigible en el tráfico”.

Estas consideraciones resultan ser lógicas por quien ha seguido el camino de su maestro Welzel, y quien optó por menospreciar a esta teoría al reducirle su ámbito de aplicación y concediéndole un lugar secundario ante otras herramientas propias de la dogmática jurídico penal. En cambio, otros autores, destacaron su compleja “relación con el principio de legalidad”. Por otro lado, hay quienes condujeron sus críticas a la viabilidad de usar como referencia la aceptación social de la conducta¹⁶⁰⁴.

El que exista diversas opiniones respecto a la adecuación social generó la falta de claridad en su fundamentación teórica, lo que provocó que el concepto de adecuación social no funcionara en todo su esplendor. Tal vez por ello explica que la “conducta que fuera usual o corriente podía dejar de ser una conducta típica”. Piénsese así “la costumbre de conducir

¹⁶⁰² Sobre este particular es importante el trabajo POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho Penal”, José Luis Díez Ripollés, et. al., *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, tecnos, Madrid, 2002, p. 129 y s. Este autor concibe al Derecho penal y la Moral como ordenamientos plenamente diferenciables y diferenciados, con unos presupuestos, objetivo y un fin distintos en cada caso. Toda vez, que el ámbito de la norma penal que protege bienes jurídicos, funciona con total autonomía de “apreciación” en relación con los valores éticos y morales. Por lo que Polaino Navarrete, se torna crítico del «mínimo ético» como función del Derecho penal, y mucho menos como una “categoría de la naturaleza ontológica, sino sistemática y normativa, que pertenece a la esencia del sistema social”, p. 134.

¹⁶⁰³ Citado por GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 134 y s.

¹⁶⁰⁴ MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, op. cit., p. 226. Distinto, MELENDO PARDO, Mariano, “Valores de la acción y bienes jurídicos. Algunas observaciones a la interpretación mayoritaria de la función ético-social del Derecho penal en Welzel”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, No. 2, 2009, pp. 61-77; y RUEDA MARTÍN, María de los Ángeles, “La adecuación social y el delito de detenciones ilegales (Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1997. Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, No. 7, enero, 2001, pp. 443-474.

infringiendo el límite de velocidad podría llegar a verse como un caso de riesgo permitido. No obstante, eso era lo que pretendía evitar inicialmente Welzel cuando insistía en el carácter valorativo y normativo de la adecuación social¹⁶⁰⁵.

Lo determinante para Maraver Gómez son que las normas y valoraciones configuran el bien jurídico tutelado conforme al grado de su protección que dispone al momento histórico-social. Paralelamente niega la existencia de criterios previos de valoración. Por lo que, “la adecuación social puede resultar válida como criterio para la delimitación del tipo en toda clase de conductas¹⁶⁰⁶. De esta manera, deben considerarse reprochables aquellos comportamientos que defrauden las expectativas sociales¹⁶⁰⁷.

Ahora bien, lo que pretende demostrar la adecuación social es “la necesidad de interpretar las normas a partir de su relación con los valores jurídico-socialmente reconocidos” de una sociedad determinada en su momento histórico correspondiente¹⁶⁰⁸. Pero también es cierto determinar, que tipo de interpretación se debe realizar en las normas para la protección de bienes jurídicos «colectivos», a partir de su función social, toda vez que la estructura típica de estos, esta eclipsada por la ausencia de una previa depuración de los problemas de la materialidad de estos bienes jurídicos y su carácter lesionable.

Para Rueda Martín la atipicidad se puede fundamentar: en primer lugar, “no se daría el resultado típico de las lesiones corporales mediante una interpretación teleológica restrictiva”. Y en segundo lugar, “algunos autores niegan por vía de la interpretación teleológica la producción de un riesgo socialmente desaprobado. Igualmente se puede concluir la atipicidad desde el punto de vista del consentimiento del interesado, en virtud del cual el paciente se sometería de modo voluntario al tratamiento prescrito¹⁶⁰⁹.

¹⁶⁰⁵ MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, op. cit., p. 229.

¹⁶⁰⁶ MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, op. cit., p. 230. “En el ámbito del derecho penal, toda conducta no socialmente adecuada es una conducta penalmente típica porque la adecuación social pretende ser un criterio general de interpretación del tipo”.

¹⁶⁰⁷ Al respecto, REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., p. 90; MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, op. cit., p. 231.

¹⁶⁰⁸ Así, MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, op. cit., p. 232.

¹⁶⁰⁹ RUEDA MARTÍN, María de los Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, op. cit., p. 501

La solución que resulta más convincente para Rueda Martín es aquella en “las intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y con un resultado favorable, porque no existe desvalor del resultado si se alcanza el fin deseado (la curación del paciente), al estar subordinado el bien jurídico integridad corporal a la realización de una función como es salvar la vida de ese paciente o mejor su salud, y es, por tanto, consustancial esta afección de la integridad corporal al ejercicio de aquella actividad curativa”. En este contexto, afirma la autora que “el criterio de exclusión de la tipicidad de esta clase de comportamientos es un criterio valorativo extrasistemático, que se centra en un ámbito mucho más general como es el del desvalor del resultado, quedando éste excluido por la subordinación a un bien jurídico a la realización de la función social de otro bien jurídico de más rango que se materializa en la finalidad de la curación”¹⁶¹⁰. Y no así para los casos de la práctica cultural relacionada a la mutilación genital femenina.

Ahora bien, la sustentatividad de la adecuación social en los delitos culturalmente motivados podría encontrarse de manera análoga con el criterio sociológico interpretativo de los tipos penales, mediante las siguientes razones:

- “Las propias limitaciones del lenguaje legal hacen la descripción jurídico-formal pueda disentir de la norma social de la que se ha gestado”.
- “El devenir histórico comporta que los preceptos legales puedan quedar desfasados, sin que su recambio por el órgano legislativo pueda operarse con la debida celeridad”.
- “La adecuación social sería una fórmula extensible a los delitos de mera actividad”, como en los delitos contra la salud.
- La adecuación social satisface una “exigencia ínsita en el Estado social y democrático de Derecho, cual es la de evitar contradicciones entre las valoraciones jurídicas y las sociales”.

¹⁶¹⁰ RUEDA MARTÍN, María de los Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, op. cit., p. 502.

- La sociología criminal ha mostrado la disfuncionalidad de la penalización masiva, ante la cual la “adecuación social, como criterio reductor de otros métodos exegéticos, llevaría a resultados satisfactorios”¹⁶¹¹.

En este sentido Armaza Galdós explica sobre los alcances de la adecuación social, para aquellos casos elaborados por Welzel relacionados a la entrega de pequeños regalos a funcionarios públicos o al cartero en navidad; así como, la publicidad engañosa que faltando a la verdad sobre la real calidad del producto hace que muchos o pocos lo adquieran; algunos excesos producidos en las fiestas de carnaval; el apoderamiento de monedas dejadas por los turistas en las fuentes de algunas ciudades; o bien, la costumbre andina de hurtar un pequeño animal para realizar actos de curanderismo, tienden a ajustarse a esta teoría porque en realidad permite explicarnos esas conductas socialmente¹⁶¹².

Para ello huelga decir que la teoría de la adecuación social no es compatible con un método de interpretación teleológico acotado al ámbito intranormativo. Sino que deberá concurrir en su aplicación mediante un método sociológico de naturaleza extranormativa.

Esta diferencia expone Roldán Barbero se adapta a la precisión del doble carácter que la teoría del delito concede a los elementos normativos del tipo: i) valoración jurídica; y ii) valoración cultural¹⁶¹³. Ello en tanto se busque en primer lugar la interpretación intranormativa derivada de la interrelación jurídica, antes de analizar consideraciones de carácter social¹⁶¹⁴. En estas directrices Basile ofrece el estado jurisdiccional de los tribunales en Italia para admitir la adecuación social en el entendido de determinar “la importancia del bien jurídico y a la intensidad en su lesión o puesta en peligro”, al reconocer que en un cierto número de sentencias los jueces

¹⁶¹¹ ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, op. cit., pp. 113 y 114.

¹⁶¹² ARMAZA GALDÓS, Julio, “El condicionamiento cultural en el derecho penal peruano”, op. cit., p. 551.

¹⁶¹³ ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, op. cit., p. 153, “la corrección sociológica puede operar tanto sobre los tipos con elementos descriptivos o, al menos, escasamente valorativos, como sobre los que contienen elementos culturales”.

¹⁶¹⁴ ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, op. cit., p. 115.

“han excluido del hecho típico del delito del que se acusaba en cada caso al imputado tras haber enmarcado el caso concreto en su efectiva dimensión cultural”¹⁶¹⁵.

Para ello es indispensable complementar la teoría de la adecuación social mediante el principio de ofensividad para valorar adecuadamente en el marco de los límites punibles a los delitos culturalmente motivados característicos de las sociedades con una profunda diversidad cultural, incentivada por los permanentes flujos migratorios, o bien, por el reconocimiento a los distintos grupos indígenas de mismo territorio.

4.2. El principio de parsimonia y la adecuación como insumos para excluir por atipicidad los delitos culturalmente motivados.

La posición de Von Hirsch podría abonar desde el principio de proporcionalidad a rechazar la concepción optimizadora de la prevención como base del punto de anclaje y ofrecer una visión alternativa de una estrategia reduccionista que haga disminuir los niveles de penalidad de forma significativa, por considerar coherente con la concepción de la persona como agente moral¹⁶¹⁶.

Sobre este punto del agente moral, denota particular interés el esfuerzo de Raz para sentar las bases del principio de daño en el sentido de “condición mínima para la criminalización”, a partir de su teoría moral de tintes “aristotélicos en la que la autonomía personal desempeña el papel fundamentador y limitador de la intervención penal”. Esto ha sido viable para Raz porque existen las condiciones para “justificar la restricción de la autonomía de una persona por el bien de la mayor autonomía de los demás”. Por consiguiente, “para evitar daños, dado que esos interfieren con la autonomía, pero nunca se puede aceptar la coacción estatal por otros motivos por repugnantes o indeseables que estos resulten”.

¹⁶¹⁵ MACÍAS CARO, Víctor Manuel, *Los «delitos culturales» a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales*, op. cit., p. 192.

¹⁶¹⁶ VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid, 1998, p. 147. En esta misma línea comprensiva de los derechos humanos y su injerencia en el principio de proporcionalidad, BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Palestra Editores, Lima, 2017, pp. 191-197; el mismo, *Proportionate sentencing: exploring the principles*, Oxford University Press, 2005.

Así, en el caso de los delitos culturales la base constitucional es un referente invaluable para reconocimiento a la diversidad cultural y sus limitaciones para el ejercicio de sus derechos frente a las violaciones de otros derechos fundamentales y humanos que entren en conflictos por razones de costumbre, religión, etcétera. Y una vez, solventado los derechos de los grupos minoritarios en el análisis de casos por los órganos jurisdiccionales, procede a valorar el daño ocasionado por dicho comportamiento motivado culturalmente para establecer la determinación de la pena aplicable conforme a todas circunstancias advertidas durante el juicio.

De no seguirse estas reglas, se podría incentivar la “desaprobación y el resentimiento social contra personas que bajo ningún sistema moral lo merecen”, tal y como lo identifica Nino evidentemente malo, porque implicaría una manipulación de los destinatarios de tales reacciones, en tanto ellos no puedan responder con las reacciones paralelas, por ejemplo muestras de arrepentimiento o contrición. Al mismo tiempo, “implicaría una manipulación del resto de la comunidad en la medida en que sus miembros fueran impulsados a reaccionar en forma diferente de cómo lo harían si no estuvieran emocionalmente motivados por la asociación entre las medidas aplicadas y la reprochabilidad moral de sus destinatarios”. Todo esto para Nino implica, además, el riesgo de introducir un “elemento de irracionalidad en las relaciones interpersonales”, porque sería susceptible de sustentarse en creencias falsas, y esto ocasionaría confundir a la gente acerca de los parámetros para juzgar moralmente a otros¹⁶¹⁷. Distinto es la posición de Braithwaite y Pettit, “los juicios están en su mejor momento cuando el proceso es el castigo en el sentido de que el razonamiento moral del tribunal y el testimonio de la víctima llevan al delincuente al remordimiento, de modo que se garantiza tanto la reprobación como la reintegración. Incluso cuando el juicio no logra engendrar el castigo autoinfligido del remordimiento, debe exigirse al tribunal que respete el derecho del acusado a recibir una explicación razonada del motivo por el que es digno de reprobación”¹⁶¹⁸

¹⁶¹⁷ NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, 1ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 261; el mismo, “Los límites a la aplicación de la moral a través del derecho penal”, *Los escritos de Carlos Nino (vol. 3), Fundamentos de derecho penal*, Gedisa, Barcelona, 2008, p. 64, “sólo la circunstancia de que el acto en cuestión impida la elección o la materialización de planes de ida de personas distintas a la del agente enmarca al poder de penar ese acto dentro de la estructura de una sociedad liberal”.

¹⁶¹⁸ BRAITHWAITE, John y Phillip PETTIT, *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, op.cit., p. 144.

Una vez explorado los beneficios del principio parsimonia para el Derecho Penal pluricultural representa una vía viable para juzgar los casos de delitos culturalmente motivados donde exista un afectación o daño a la víctima en su salud o en la vida¹⁶¹⁹. En el sentido de que debe garantizarse ciertas prebendas procesales con motivo de la imputación que haga el fiscal para no afectar su dignidad o específicamente su identidad cultural durante el juicio. Por ejemplo, que esté arraigado con prisión provisional en su domicilio, en tanto que haya reconocido los motivos por los cuales cometió su conducta prohibida, pero que no entienda por qué se le acusa de algo que en su lugar de origen está permitido.

Distinto serán los casos de delitos culturales cometidos por un extranjero o indígena y no medie una víctima como tal, con motivo de la infracción a una norma penal, piénsese aquellos supuestos como los delitos contra la seguridad vial por usar un turbante y no así el casco exigido por el reglamento de tránsito, fumar o consumir estupefaciente o verter cenizas al río por motivos religiosos, tala de árboles sin permiso por la costumbre de su comunidad originaria.

En estos estos últimos casos, la visión del principio parsimonia no lograría obtener sus objetivos mediante un reconocimiento de remordimiento porque para la persona extranjera o indígena no ha cometido falta alguna acorde con su cosmovisión de vida originaria, sino que responde a lo que sus costumbres le dictan. Y menos aún, pensar en una resocialización, porque en realidad sería esperar que esta persona responsable de infringir una norma sin ocasionar una lesión a una víctima, renuncie a sus usos o costumbres y nunca más vuelva a conducirse conforme a sus deberes religiosos o sociales que le distinguen del resto de la comunidad en la que se encuentra; en otras palabras, renuncie a su identidad cultural.

Por lo anterior, lo que se requiere es complementar para estos últimos casos de delitos culturalmente motivados sin víctimas al principio parsimonia con el Derecho Penal abolicionista o mínimo tendiente a excluir de responsabilidad estas conductas bajo el principio de insignificancia o adecuación social. Para ello, se propone usar el principio de tolerancia en sede de la tipicidad para mejor identificación de una discrecionalidad débil de los órganos judiciales

¹⁶¹⁹ Al respecto, véase *supra*, Capítulo Quinto, apartado 5.2.

tendientes a lograr discernir de mejor forma la determinación de la pena acorde con un Derecho Penal pluricultural en sede constitucional.

Así, Rivera Llano explica que este deber de fundamentar desde los principios constitucionales corresponde en dos sentidos su análisis. Primero, deben explicitarse las reglas jurídicas que se aplican. Y segundo, las indicadas categorías lógicas, que pueden consistir en disposiciones legales o en normas de aplicabilidad o principios operativos como la atipicidad conglobante en cuanto límites del tipo penal, la adecuación social que viene a trazar “los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales”. Esto viene apoyado por la trascendencia social de la conducta sobre la que puede realizarse un juicio de valor, capaz de excluir la subsunción del caso a la regla legal aparentemente aplicable¹⁶²⁰.

4.3. Significación de la adecuación en el ámbito procesal penal.

Para Maglie los efectos político criminal en el control de los delitos culturalmente motivados no encuentra equilibrio real, ante las contradicciones y evidentes fisuras durante el proceso penal, lo que tendría un alto costo social para la *cultural evidence*. Por ejemplo, el caso Chen mandó el mensaje que es “normal” que un chino sea más agresivo e incontrolado que cualquier otro ciudadano no chino frente a la traición de la mujer¹⁶²¹. Y con ello, generar un efecto social de estigmatización de un grupo minoritario, producto de los objetivos perseguidos por los ideólogos del multiculturalismo, que propugnan por el reconocimiento de la identidad de las minorías¹⁶²².

En cambio, otra tendencia en valorar socialmente los costos de la *cultural evidence*, es mediante el papel de la adecuación social durante el proceso penal, tal y como lo ha trazado Roldán Barbero quien identifica tres caracterizaciones viables para su aplicación:

Primero: el solapamiento de cierta criminalidad no logra hacerse del conocimiento de los órganos del control formal (policía, fiscal, juez) porque la propia víctima la valora como nimia y

¹⁶²⁰ RIVERA LLANO, Abelardo, *Derecho penal posmoderno*, temis, Bogotá, 2005, p. 71.

¹⁶²¹ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 124.

¹⁶²² MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 125.

poco trascendente. Donde la adecuación social depura de manera no regulada los mecanismos de resignación ante el hecho delictivo.

Segundo: la tolerancia ante la delincuencia por parte de la policía, bajo criterios de selección y fragmentariedad. Sólo resulta aplicable en hechos graves.

Tercero: el ordenamiento procesal dispone consideraciones restrictivas para filtrar los delitos. Debido a que el legislador faculta al fiscal a interrumpir el proceso por actualizarse la escasa o nula relevancia social del hecho¹⁶²³.

Estos tres insumos procesales permiten advertir que para el Estado la culpabilidad del autor resulta “insignificante, y adicionalmente, el hecho es considerado como de mermada significación social para una persecución”. Para Roxin y Schünemann la insignificancia absoluta es uno de los cuatro grupos de situaciones que agrupan las situaciones de oportunidad¹⁶²⁴, donde la “culpabilidad mínima del sospechoso y falta de interés público en la persecución penal” afectan “la libertad en la discrecionalidad del fiscal”, no sólo “con los criterios para renunciar a la persecución”, sino además sobre el entendimiento mismo del principio de oportunidad.

El segundo grupo es la insignificancia relativa donde se prescinde la persecución penal, en tanto la pena o medida de seguridad a imponerse no adquiera relevancia ante las penas ya impuestas o que puedan imponerse al imputado a causa de otro hecho. Así como también, los supuestos donde la acusación es limitada para permitir separar hechos delictivos, y con ello, elegir los más relevantes o significativos.

En el tercer grupo, se atiende a casos cometidos en el extranjero y “ya ha sido ejecutada una pena contra el imputado en el extranjero”, pero queda “pendiente imponerse o ha sido absuelto mediante una resolución fuerza de cosa juzgada”. En cualquier caso, la justicia del país donde se encuentra “carece de interés en la persecución del autor”. Por ejemplo, en los casos en que el hecho sea competencia de la Corte Penal Internacional.

¹⁶²³ ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, op. cit., p. 171 y s.

¹⁶²⁴ ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd, *Derecho procesal penal*, trad. de la 29ª edición, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019, pp. 160 y 161.

Por último, el grupo de insignificancia debido a tráfico de estupefacientes de uso personal, por dosis mínima¹⁶²⁵.

Esta metodología de la adecuación social aplicada al derecho procesal penal tiene empatía con la denominada teoría del principio de oportunidad que regulan la mayoría de los sistemas procesales que permite suspender el procedimiento por razones sociales. Lo que resultaría compatible para aquellas tipologías de los delitos culturalmente motivados sin víctimas susceptibles de ajustarse a esta interpretación procesal a favor de las personas que cometen estos hechos delictivos debido a sus creencias culturales.

5. Constelación de casos de delitos culturalmente motivados atípicos.

Los casos que serán analizados en este apartado no pretenden agotar las diversas peculiaridades culturales de los grupos minoritarios en una sociedad donde sus costumbres difieren completamente a la de la mayoría y donde las leyes no contemplan excluyentes de responsabilidad para determinados delitos motivados por usos o costumbres a nivel de tipicidad.

Además, los diversos sistemas penales analizados en el capítulo cuarto muestran la dificultad de preservar un modelo unitario restaurativo, utilitario, disuasorio, contractualista o abolicionista del Derecho Penal para los delitos culturalmente motivados. En cambio, el retribucionismo podría ajustarse en este escenario de los delitos culturales sin víctima para justificar que la imposición de la pena no merece su aplicación con los aportes a nivel de tipicidad de la adecuación social y el principio de ofensividad para actualizar la excluyente de responsabilidad por atipicidad.

En palabras de Maglie “el criterio de inofensividad en concreto podría resultar ser un instrumento importante, de significativa vitalidad político-criminal, un instrumento capaz de evitar la injusticia de condenas inútiles de sujetos que, pese a haber llegado a la fachada externa de un delito, no han agredido materialmente los intereses tutelados por la norma”¹⁶²⁶, y esto

¹⁶²⁵ Este último grupo será analizado a la luz de los delitos culturalmente motivados, *supra*, apartado 5.1.

¹⁶²⁶ MAGLIE, Cristina de, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 200.

permitirá disminuir condenas que incrementarían los conflictos culturales entre el sistema anfitrión y grupos minoritarios, aletargando la integración de estos grupos en el tejido social mayoritario, en particular, por delitos de posesión de drogas, armas; contra el ambiente; y seguridad vial.

5.1. Posesión de drogas con fines de consumo por pueblos originarios.

En todo el plante los pueblos durante generaciones han usado diversas plantas psicoactivas con fines religiosos, tradicionales y culturales como: i) el kratom, ii) el cannabis, iii) el peyote la adormidera, iv) la coca, v) el khat, y vi) la ayahuasca. El Khat ejemplifica el problema del malentendido transcultural sobre qué sustancia constituye una droga ilícita. El khat se mastica como el tabaco, tiene un efecto anfetamínico que algunos comparan con el de un espresso doble y provoca un estado de euforia. Sobre todo, la preocupación es cada vez mayor, porque el uso de khat parece haber aumentado entre algunas comunidades de inmigrantes, más allá de lo que se usaba típicamente en sus países de origen¹⁶²⁷.

Por ejemplo, en Latinoamérica el cultivo de la hoja de coca ha sido utilizada por largo tiempo en diversas formas que van desde el ámbito social, religioso y médico por parte de los pueblos indígenas, y en la actualidad su consumo es en general por la población. En cambio, en la India el cannabis así como “el opio han estado ligados durante siglos a la fe y al misticismo de las tradiciones hindú e islámica, y forman parte intrínseca de un sinnúmero de prácticas culturales”. En este contexto, África oriental ha sido identificado por el consumo del khat. Y el caso del kratom es identificado su uso en el sudeste asiático. Todos estos psicoactivos han sido utilizado a lo largo de siglos para propósitos culturales y sociales¹⁶²⁸.

No obstante, el problema que afrontan las jurisdicciones estatales ante las tradiciones culturales en consumo de drogas, data de una política criminal que va desde la permisibilidad

¹⁶²⁷ Para DUNDES RENTELN, Alison, *The cultural defense*, op. cit., p. 74, el khat es “cultivado en países como Yemen y África Oriental, donde se usa ampliamente, se introduce de contrabando en Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos, a veces a través de Inglaterra, donde no es ilegal”.

¹⁶²⁸ Así, Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas, *Guía sobre políticas de drogas*, 2ª edición, marzo, 2012, p. 140, disponible en http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/planesnacionales/docs/guia_politicas_drogas_spa.pdf

hasta la más alta esfera de su criminalización¹⁶²⁹. Ello pone en segundo plano las consideraciones culturales que han motivado a una persona al momento de su detención poseer alguna sustancia prohibida, pero que por razones culturales las poseen para fines religiosos o por sus costumbres alimenticias¹⁶³⁰.

Esta disparidad legislativa sobre la criminalización en el consumo de drogas se advierte a nivel internacional, donde los países de manera discrecional reglamentan la legalidad o prohibición de las sustancias que ponen o no en riesgo la salud de la sociedad. Por ejemplo, entre Holanda¹⁶³¹, Portugal¹⁶³², Estados Unidos¹⁶³³, Colombia¹⁶³⁴, Argentina¹⁶³⁵, Chile¹⁶³⁶, Suiza¹⁶³⁷,

¹⁶²⁹ Para mayor detenimiento sobre esta tendencia de política criminal, véase, HUSAK, Douglas, *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*, op. cit., pp. 138 y ss.; el mismo, *Drogas y derechos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 41-108; el mismo, *¡Legalización ya! Argumentos en favor de la despenalización de las drogas*, Foca Editores, Madrid, 2003, pp. 60-85; PANTOJA, L. y GURIDI, L., (eds.), *Drogas, desarrollo y estado de derecho*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995; ARANA, Xabier, MARQUEZ, Iñaki (coords.), *Cannabis: salud, legislación y políticas de intervención*, Dykinson, Madrid, 2006; ARANA, Xabier, *Drogas, legislaciones y alternativas. De los discursos de las sentencias sobre el tráfico ilegal de drogas a la necesidad de políticas diferentes*, Universidad del País Vasco, Donostia, 2012, pp. 327 y ss; Observatorio Vasco de drogodependencias, *Delimitación del 'status' jurídico del ciudadano, 'consumidor de drogas'. Propuesta de carta de derechos de los usuarios de drogas*, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2004; ARANA, Xabier, HUSAK, Douglas y Scheerer, Sebastian (coords.), *Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos*, Dykinson, Madrid, 2003; GREIFF, Pablo de, GREIFF, Gustavo de (comps.), *Moralidad, legalidad y drogas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

¹⁶³⁰ FERRE OLIVE, Juan Carlos, "Diversidad cultural y sistema penal", op. cit., p. 38, considera "que en la actualidad ni siquiera el derecho anglosajón se rige por la costumbre en materia penal". Esto es, "el argumento para excluir la costumbre y la analogía siempre ha venido dado por los abusos y arbitrariedades que pueden producirse, en cualquier tiempo y lugar, cuando se impone una pena".

¹⁶³¹ En el caso de Holanda, "el cultivo, provisión y posesión de marihuana constituyen delitos criminales, penalizados con prisión. Sin embargo, existen locales donde la marihuana se vende, conocidos como *Coffee shops*; esto se debe a que las autoridades no han dictado leyes contra estos establecimientos, que desde 1979 se dedican a vender este producto, 5 gramos por persona de marihuana a mayores de 18 años".

¹⁶³² Por su parte Portugal no se criminaliza "el uso de marihuana, ni de cocaína, heroína y metanfetaminas. En 2001, se convirtió en el primer país europeo que oficialmente abolió las penas criminales para personas consumidoras de estas drogas. Pero eso no significa que no haya restricciones, pues una persona que tenga más de la cantidad permitida, de 25 gramos de marihuana y 5 gramos de hachís, se hará acreedora a una sanción administrativa; además, su consumo público no está permitido".

¹⁶³³ En cambio, en Colorado y Washington, Estados Unidos, "la posesión y el abastecimiento de marihuana eran delitos hasta 2012 que, en el marco de las elecciones, estos dos estados realizaron un referendo para permitir la distribución regulada de marihuana para uso no médico. El gobernador de Colorado firmó las leyes que permiten el cultivo y venta de marihuana. Mientras que, en Washington, la venta comenzará en 2014, después de que la Junta de Control de Bebidas Alcohólicas del Estado de Washington, dicte las reglas y reglamentos de control".

¹⁶³⁴ El caso de Colombia la Suprema Corte en 2012 "confirmó una norma ya existente, según la cual la posesión de drogas para uso personal no es un crimen. El máximo permitido se estableció entonces en los cinco gramos de marihuana y un gramo de cocaína".

¹⁶³⁵ Para Suprema Corte de Justicia de Argentina despenalizó "en 2009 el consumo de marihuana en adultos, siempre que se realice en privado y no implique riesgos para terceros".

¹⁶³⁶ En el caso de Chile "se tolera el consumo de cannabis de forma personal, pero no la producción ni su venta".

¹⁶³⁷ En cambio, Suiza a partir del 1 de octubre de 2013 "se despenalizó la posesión de cannabis para uso personal. La ley permitirá que cualquier persona que tenga la mayoría de edad, 18 años, y se encuentre con posesión de 10 gramos o menos no tenga que acudir a la corte".

Bélgica¹⁶³⁸, Perú¹⁶³⁹ y Canadá¹⁶⁴⁰, quienes denotan una fuerte tendencia hacia la despenalización en el consumo del cannabis por motivos de salud; o bien, con una política de la tolerancia a su posesión simple; o es considerado una falta administrativa. Pero difícilmente se reconoce que pueda quedar exenta de sanción el consumo por motivos culturales o por usos o costumbres. Esto es, porque los países que tienden a reglamentar el consumo de estas sustancias han adoptado una posición neutral en sus legislaciones penales¹⁶⁴¹, lo que representa un atisbo sobre cómo regular las eximentes o atenuantes acorde con los condiciones culturales de sus propias tradiciones ancestrales y sociales con las que conviven habitualmente¹⁶⁴².

El caso de México es muestra de esta tendencia internacional para identificar la excluyente de responsabilidad del consumidor a nivel de inimputabilidad. Esto debido al cambio jurisprudencial que marca un nuevo análisis del delito de posesión a la luz de los derechos de igualdad, salud y no discriminación.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó que un Tribunal Colegiado incurrió en diversas violaciones de derechos fundamentales, debido a que el art. 199, primer párrafo, del Código Penal Federal establece como excusa absolutoria el hecho de que un farmacodependiente posea cierto tipo de drogas para su consumo personal.

Por tanto, concluyó que la sentencia es realmente omisa al no haber llevado a cabo el análisis constitucional (arts. 1º y 4º) del art. 199, primer párrafo. Por suplencia de la queja, en cuanto al derecho a la salud, a la igualdad y a la no discriminación de los enfermos farmacodependientes, ya que considerarlo como delincuente, a pesar de que no se le aplique

¹⁶³⁸ El caso de Bélgica el gobierno “decidió despenalizar el consumo y posesión individuales de cannabis en 2001; pero el consumo en la calle y espacios públicos sí está multado”.

¹⁶³⁹ El legislador contempla en el artículo 299 del Código Penal la posesión no punible de “droga para el propio e inmediato consumo, en cantidad que no exceda de cinco gramos de pasta básica de cocaína”, o bien la posesión “del cannabis y sus derivados con fines medicinales o terapéuticos”.

¹⁶⁴⁰ Canadá por su parte “fue el primer país del mundo en habilitar un sistema legal para regular el uso médico de la marihuana. Las personas enfermas que reciban un permiso del gobierno pueden usar marihuana de manera legal. Sin embargo, la producción comercial y venta es penada”.

¹⁶⁴¹ Así lo explica SANZ MULAS, Nieves, “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, op. cit., p. 18. La propia autora deja constancia de su preocupación por hallar una respuesta dentro de las categorías clásicas del Derecho Penal para resolver los conflictos étnico-culturales. Igualmente, OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, op. cit., p. 15.

¹⁶⁴² En este sentido, CARNEVALI, Raúl, “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, op. cit., p. 17.

pena alguna es violatorio, por ello, en todo caso, tendría que ser una excluyente del delito. Esta visión garante de los derechos constitucionales quedo enmarcada de la siguiente manera:

Primero contraviene el principio de igualdad: dado que establece una distinción inválida que provoca un trato inequitativo entre personas ubicables en situaciones semejantes, a saber, “la posesión para consumo personal de algún tipo de los narcóticos previstos en el art. 193 y por establecer una excusa absolutoria para los farmacodependientes que posean cierto tipo de narcóticos para su consumo personal, cuando existe un art. como el 195 que implementa una auténtica excluyente del delito para consumidores que no son farmacodependientes”. En este sentido, los argumentos elaborados en la acción de inconstitucionalidad que ha resuelto el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han sido los siguientes:

- 1) Otorgar un tratamiento diferenciado no resulta compatible con el principio a la dignidad humana.
- 2) Hay supuestos de hechos esencialmente iguales pero que han sido considerados de una forma desigual.
- 3) La desigualdad adolece de una “justificación objetiva y razonable”. Toda vez que no respeta la “relación de proporcionalidad ni de instrumentalidad entre los medios y fines de la norma jurídica”.
- 4) La desigualdad corresponde a las condiciones y estado de salud de las personas enfermas y, por último;
- 5) Una política pública deliberada de trato desigual resulta contraria a las garantías constitucionales.

Segundo, afecta el principio de no discriminación: en este ámbito es claro la carencia de razones justificativas válidas para que a los drogodependientes deban someterse a un juicio penal donde no se les imponga sanción alguna, en tanto que a las personas no declaradas enfermas no se les vincule a un juicio penal. Esto acorde a lo dispuesto por el art. 193 del Código Penal Federal, “no se procederá en contra de quien, no siendo farmacodependiente, se le encuentre en posesión de alguno de los narcóticos” regulados por este precepto legal. Por consiguiente, el trato discriminatorio queda identificado por la sola condición como drogodependiente, sin quedar advertidas alguna razón objetiva que permita justificar un trato diferenciado. Esto definitivamente considera el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que genera un

escenario adverso para la sociedad porque el resultado de un tratamiento así es de estigmatización.

Y tercero es violatorio del derecho a la salud: vincular a una persona farmacodependiente declarado enfermo a un juicio penal y atribuirle responsabilidad (culpable) de un delito, por el solo hecho de poseer para su estricto uso y consumo personal alguno de los narcóticos señalados en el art. 193. Además, el hecho de que solo por ser un adicto, contraviene su derecho a la salud, porque en nada aporta a su rehabilitación sentenciar que es un criminal. Por tanto, no hay condiciones legales para exigirle haber realizado un comportamiento diferente (una vez que se haya probado esa situación), porque al reconocerle que es un enfermo no está en condiciones de controlar su adicción por sí solo.

A pesar de este esfuerzo argumentativo garante a favor del consumidor, aplicar esta regla de la farmacodependencia como una excluyente del delito de una excusa absolutoria, a una causa de inimputabilidad (art 15, fracción IX, del CPF), resulta insuficiente para atender los comportamientos motivados culturalmente que llevan a una persona a consumir la droga, por ejemplo, comunidades indígenas que consumen diversos hongos alucinógenos¹⁶⁴³.

Por otro lado, el legislador mexicano en el 2020 emitió un decreto por el que se aprueba la Ley de Amnistía “a favor de personas en contra de quienes se haya ejercitado acción penal, hayan sido procesadas o se les haya dictado sentencia firme”, en tanto no sean reincidentes respecto del delito que haya estado detenido o sentenciado. En particular, destaca lo dispuesto por el art. 1º, fracción III, inciso b), relativo a los delitos contra la salud cometidos por personas que pertenezcan “a un pueblo o comunidad indígena o afromexicana”.

Esta reglamentación novedosa en México es el mayor referente para perdonar a quienes por motivos culturales sean detenidos relacionados con actividades relacionadas a las drogas, pero no significa que reconozca su aplicación para un delito culturalmente motivado, sino que por política criminal solo por una vez, no será procesado o sentenciado. Pero si la persona que es detenida por posesión para su consumo porque así lo acostumbran en su lugar originario. Por

¹⁶⁴³ Al respecto, véase, GARCÍA DÍAZ, Fernando, “El consumo de drogas en los pueblos precolombinos. Elementos para una “política criminal” alternativa”, *RECPC*, 04-r3, 2002, pp. 9-11.

ejemplo, el consumo de hoja de coca en Ecuador Bolivia o Perú por las comunidades indígenas es una tradición ancestral, por lo que si en México los indígenas consumen peyote para ceremonias religiosas no podrán apegarse a esta ley de perdón si continúan con su consumo¹⁶⁴⁴. Esto representa un impedimento al derecho a la identidad cultural.

En cambio, España lleva un largo tiempo recurriendo a la teoría de la imputación a la víctima para excluir a nivel de tipicidad delitos de posesión para consumo de drogas. Porque la imputación a la víctima¹⁶⁴⁵ es una concreción del genérico principio de autorresponsabilidad¹⁶⁴⁶. O mediante el criterio de la autopuesta en peligro del propio bien jurídico tutelado.

Estas dos herramientas interpretativas de los elementos en la tipicidad facilitan la implementación de estándares que contemplen los factores culturales ante una conducta de consumo de drogas por motivos religiosos. Esto es, cuando una persona es detenida y se acredita mediante indicios que pertenece a un grupo indígena o bien que es extranjero radicando en el país destino poco tiempo y alude que su consumo es por sus usos y costumbres.

En este sentido, la acción penal quedaría negada por valorar situaciones excepcionales de posesión para su consumo de cannabis, a partir del principio de imputación a la víctima, por ejemplo, en el caso Saeturn¹⁶⁴⁷ el opio encontrado en el domicilio cabría adecuarlo como atípico por los motivos culturales reconocidos de la etnia *mien*. En particular, si el juzgador acepto los alegatos de la defensa y a partir de ellos otorga una atenuante, sigue sin salvaguardar el derecho a la identidad cultural.

En cambio, la imputación a la víctima podría justificarse la excluyente de conducta como atípica. Así se daría reconocimiento pleno a la al derecho a la diversidad cultural, sino que los Saeturn –dice la sentencia- no sólo probaron que el uso del opio es una práctica común en los

¹⁶⁴⁴ Como el caso de indígenas detenidos por recolectar peyote (planta psicodélica) para consumo personal como lo narra el Director de la Defensoría Pública Federal en México, al respecto, véase, https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/83467.

¹⁶⁴⁵ Sobre el particular, DAZA GÓMEZ, Carlos, “Imputación a la víctima”, José Luis Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín, Juan Felipe Higuera Guimerá (Eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, tecnos, Madrid, 2003, pp. 631-643.

¹⁶⁴⁶ Así, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª Ed., Bosch, Barcelona, 2001, p. 302.

¹⁶⁴⁷ Sobre el Caso Saeturn, véase, *supra*, Capítulo Tercero, apartado 4.3.1.

mien, sino que también demostraron que el uso de la sustancia forma parte integral de la cultura *mien*¹⁶⁴⁸.

Además, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce los siguientes derechos:

- “la libre determinación y la autonomía”;
- “mantener, proteger y desarrollar manifestaciones culturales del pasado, presente y futuro (artículo 11)”;
- “mantener sus medicinas y prácticas de salud tradicionales (artículo 24)”;
- “mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas (artículo 31)”.

A partir de este enfoque internacional, se debe, en primer lugar, armonizar las constituciones estatales en aquellos estados donde exista una fuerte tradición histórica de los pueblos originarios que como parte de sus costumbres recurren al consumo de la hoja de coca, peyote, hongos alucinógenos, etcétera, en aras de conjugar estos dispositivos del tratado en el derecho humano a la identidad cultural. En segundo lugar, los jueces podrán desde una línea de la discrecionalidad judicial débil argumentar la excluyente de responsabilidad a nivel de tipicidad por el consumo debido a motivaciones culturales.

A partir de estos dos aspectos, la política criminal sobre los delitos culturalmente motivados quedaría enmarcada de un Derecho Penal mínimo e incluyente a los factores de la diversidad cultural.

5.2. Delitos ambientales por tradiciones culturales.

En las últimas décadas los Estados se han interesado por brindar una mayor protección al ambiente, a fin de preservar la calidad del aire, evitar la contaminación a los océanos, reducir

¹⁶⁴⁸ ROCA DE AGAPITO, Luis, “Delitos culturalmente motivados”, op. cit., p. 196.

la tala de los bosques, proteger especies en peligro de extinción, entre otras tantas políticas de preservación ambiental. Toda vez que las sociedades avanzadas tecnológicamente ha requerido sustentar sus economías mediante el consumo indiscriminado de recursos los naturales no renovables que ha producido un daño irreparable para el planeta y, en consecuencia, un deterioro de calidad de vida para las futuras generaciones.

Otro aspecto que ha incentivado en las políticas públicas ambientales es el recurso del *ius puniendi* para la protección de bienes jurídicos colectivos y la disuasión de conductas que incentivan el tráfico ilegal de productos radioactivos, la tala clandestina, la extinción de la biodiversidad. En este sentido, Borrillo agrega “la contaminación acústica aérea, el vertido de productos tóxicos en ríos y mares, la diseminación de organismos genéticamente modificados o el tráfico de especies protegidas se han convertido en problemas de una tal gravedad que la intervención jurídica en varios niveles es hoy día urgente, tanto de manera preventiva como represiva”¹⁶⁴⁹.

En este escenario, el Derecho Penal ejercerá un rol fundamental para la preservación del medio ambiente. En especial, la discusión sobre su naturaleza jurídica (bien jurídico) acorde al principio de ofensividad ha sido reconocer el delito medioambiental como un delito de peligro abstracto o concreto¹⁶⁵⁰. Aquellos que lo identifican como delitos de peligro concreto, responde a valorar la conducta que contamina constituye por ese solo hecho, “una efectiva situación de peligro grave para el equilibrio de los sistemas ecológicos”¹⁶⁵¹. En cambio, para quienes

¹⁶⁴⁹ Así, BORRILLO, Daniel, “Delitos ecológicos y derecho represivo del medio ambiente: reflexiones sobre el derecho penal ambiental en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Constitucionales, Hermenéutica e Teoría do Direito*, 3 (I), janeiro-junho, 2011, p. 2.

¹⁶⁵⁰ Entre otros, SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, pp. 176 y ss.; CARRASCO ANDRINO, María del Mar, “El daño a los elementos de un espacio natural protegido: un nuevo ilícito penal”, Morales Prats, F.; Quintero Olivares, G. (coord.): *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 1059 y ss.; CORCOY BIDASOLO, Mirextu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Delitos contra el medioambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente*, Atelier, Barcelona, 2012; BAGES SANTACANA, Joaquim, *El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

¹⁶⁵¹ FUENTES OSORIO, Juan Luis, “¿Delito ecológico como delito de peligro abstracto?”, *RECPC*, 14-17, 2012, p. 3. “El art. 347 bis CPA introdujo dos fórmulas distintas del peligro demandado según afectara a la salud de las personas (puesta en peligro concreto) o a los elementos del medio ambiente (se requería simplemente la idoneidad

consideran corresponde a un delito peligro abstracto, por incumplir las normas administrativas protectoras del medio ambiente. Y, finalmente, la doctrina dominante que habrá de rechazar la posición que sean delitos de lesión.

Para Borrillo el Código Penal español regula de manera claramente como “un delito de peligro y no meramente de lesión ya que el artículo 325 del CP no exige la lesión del bien jurídico ambiental, sino que se basta con que el resultado provocado ponga en peligro el equilibrio de los sistemas naturales”. Con lo cual, el sistema penal español amplía su marco de protección para criminalizar no sólo aquellos comportamientos tipificados en el ordenamiento penal sino aquellos resultados que modifiquen de manera grave e irreparable el orden ambiental. En caso de no ocupar un nivel alto de gravedad, el comportamiento deberá sancionarse, únicamente, administrativamente (STS, 30 de julio de 2004)¹⁶⁵².

En este sentido, la subsidiariedad del Derecho Penal resulta un criterio esencial, pues ha de ser el último recurso al que ha de acudir el Estado para remitir conductas contra el ambiente de manera grave. En cambio, el Derecho administrativo sancionador será aplicable mediante multas cuando la conducta no sea de gravedad¹⁶⁵³.

Así, el principio de subsidiariedad garantiza la efectiva mayor gravedad de las penas sin que éstas puedan ser rebasadas por sanciones de otras ramas del ordenamiento jurídico y sin que además estén acompañadas de otras sanciones los hechos que ya han sido declarados constitutivos de delito¹⁶⁵⁴.

Por ejemplo, el caso de un hindú quien fuera “detenido mientras tiraba basura a un río en Holanda. De acuerdo con las regulaciones holandesas es una forma de contaminación. El

de la conducta, tal y como ha recogido el CP actual). Una interpretación estricta daba una protección preferente, en la medida en que el requisito de peligrosidad era más fácil de satisfacer, a las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales, etc. frente a la vida. Esta diferencia, incompatible con la ratio antropocéntrica del medio ambiente, condujo a equiparar la demanda de peligro: concreto en ambos casos”.

¹⁶⁵² BORRILLO, Daniel, “Delitos ecológicos y derecho represivo del medio ambiente: reflexiones sobre el derecho penal ambiental en la Unión Europea”, op. cit., p. 9.

¹⁶⁵³ Para mayor detenimiento sobre el grado de intervención penal frente al sector sancionador administrativo por faltas al medio ambiente, véase, SANTANA VEGA, Dulce María, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2000.

¹⁶⁵⁴ SANTANA VEGA, Dulce María, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, op. cit., p. 121.

acusado argumentó que la basura eran meramente restos quemados de madera y flores de una ceremonia para recordar a una persona difunta y éstos, de acuerdo con una costumbre hindú, necesitaban ser lanzados a una corriente”¹⁶⁵⁵.

Este comportamiento culturalmente motivado no representa un grave daño a los ríos, por lo que, siguiendo el principio de adecuación social, no todo lo que es socialmente inadecuado en el sentido de “socialmente reprobado” cabe bajo tipos penales. La adecuación social no hace más que indicar meramente el contenido de desvalor social del hecho que es consustancial al injusto y conforma su fundamento neutral¹⁶⁵⁶. Por ende, se deja en manos del intérprete el contenido del tipo.

La caza ilegal de especies protegidas ha sido uno de los principales objetivos de los líderes mundiales en salvaguardar. Sin embargo, las leyes emitidas para su protección no consideran las condiciones culturales de determinados pueblos indígenas que viven en zonas no urbanas y que para su supervivencia cazan animales de los cuales algunos son parte de las listas que las autoridades consideran en peligro de extinción, lo que conlleva a ser tratados como criminales cuando cazan para alimentar a sus familias, por ejemplo, los “prigmeos” bakas en Camerún y los “pigmeos” bakaya en la República del Congo han sido golpeados, torturados por patrullas antifurtivos¹⁶⁵⁷.

Asimismo, la caza furtiva de Pangolines¹⁶⁵⁸ por parte de “cazadores de las tribus biate, karbi y dimasa en el distrito rural de Dima Hasao”, en la India. En este caso, las tribus dependen de la agricultura y la carne de pangolín por ser fuente de proteínas. Pero es una especie en peligro de extinción o peligro crítico de extinción¹⁶⁵⁹. Por eso, en 2016, mediante el Convenio

¹⁶⁵⁵ Al respecto, véase, PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, op. cit., p. 28.

¹⁶⁵⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, op. cit., p. 67.

¹⁶⁵⁷ Prigmeo es un término normalmente usado para referirse a los pueblos cazadores-recolectores de la cuenta del Congo y de cualquier otro lugar de África Central, y que son autóctonos de la región.

¹⁶⁵⁸ “Mamíferos escamosos que se alimentan de hormigas y viven en Asia y en el África subsahariana. Sus escamas están muy demandadas dentro del comercio ilegal de fauna silvestre, valoradas por su uso en la medicina tradicional china”.

¹⁶⁵⁹ Véase el estudio de National Geographic, <https://www.nationalgeographic.es/animales/2018/12/estos-cazadores-indios-atrapan-pangolines-en-peligro-de-extincion>

Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres suscrito por más de 180 países, se prohíbe totalmente su comercio.

En estos casos el juzgador deberá constatar dos elementos para justificar la atipicidad de las conductas contra el medio ambiente, el primero de índole normativo (la caza prohibida y el residuo peligroso en el río); y segundo, valorativo (la entidad lesiva de la conducta para infringir el bien jurídico tutelado. Esto permitirá determinar que la conducta tipificada no sea considerada automáticamente peligrosa para el medio ambiente en todos los casos, sino que debe apreciarse en el supuesto concreto.

Con estos dos elementos -normativo y valorativo- el juzgador proceder al análisis de la conducta que la persona motivada por un factor cultural ha adecuado su comportamiento a la prohibición de la norma jurídico penal contra el medio ambiente. Pero también identificar si ese comportamiento, como es la caza e los pangolines es exclusivamente para obtener la proteína de su carne sin estar relacionado dicho comportamiento para su comercio, cabría justificar su atipicidad. O en el caso verter los restos quemados de madera y flores al río por un motivo religioso que no lo realiza a diario; además las cantidades son mínimas, se entenderá que el daño es bajo para los fines que se creó la norma jurídico penal para proteger el medio ambiente. Así, también quedaría acreditado la excluyente a nivel de tipicidad.

Por último, estas conductas culturales que infringen normas protectoras ambientales frente a los fines de la pena, corresponden a una visión retributiva acorde a los estándares

5.3. Delitos contra la seguridad vial por motivos religiosos.

El Derecho Penal tiene presencia en el campo de la seguridad vial para controlar conductas generadoras de un peligro para resto de la ciudadanía, tales como: i) “conducción temeraria” con total desprecio por la vida de los otros o poniendo en peligro la vida o integridad personal; ii) conducción a una velocidad excesiva; iii) conducción bajo la influencia de alguna droga o superando los límites de la tasa por ingesta de alcohol; iv) la negativa a someterse a las pruebas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas, en tanto sea solicitado por un agente de tránsito; v) conducción sin permiso o licencia; vi) la conducta de

fuga; vi) conducta que pone en grave riesgo la circulación como derramar sustancias deslizantes o inflamables, colocar obstáculos imprevisibles, alterar señalamientos¹⁶⁶⁰.

En general las conductas antes señaladas son conocidas socialmente que generan gran repercusión mediática, pero sobre todo son tipificadas como delitos ante la falta de conciencia a la vista de las estadísticas de siniestros producidos¹⁶⁶¹. Esto en realidad es un problema mundial que ha requerido la atención de una política criminal de la seguridad vial con una perspectiva de “tolerancia cero” hacia los infractores, esto es, “el conductor irresponsable ha sido definido como el enemigo a batir y las pérdidas humanas y materiales que causa, el objetivo bélico de una nueva cruzada en la que se nos prometen resultados alentadores a corto y medio Plazo”¹⁶⁶².

Esta política criminal tiene sus efectos en la conformación dogmática de los delitos cometidos contra la seguridad vial. Las conductas consideradas dolosas, por ejemplo, ir solamente a exceso de velocidad (delitos de peligro abstracto) o imprudentes por conducción temeraria o desprecio a la vida de los demás (delitos de peligro concreto)¹⁶⁶³.

No obstante, el reto que deberá afrontar estas tendencias legislativas penales para garantizar la seguridad vial en las sociedades modernas, es la compatibilidad con las tradiciones culturales. La migración de personas con raíces culturales ancestrales o de profunda tradición cultural hacia países industrializados donde el uso de vehículos de transporte requiere aprobar distintos exámenes y pruebas para obtener un carnet de conducir, resulta incompatible para los migrantes con sus usos y costumbres.

En Inglaterra es un país de acogida para los indies que buscan establecerse en ese país, pero al mismo tiempo sus costumbres y tradiciones representan un conflicto frente a la sociedad

¹⁶⁶⁰ Desde un análisis de delito de peligro, consúltese, MÁRQUEZ CISNEROS, Rolando, *La conducción con una determinada tasa de alcohol. Un estudio sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

¹⁶⁶¹ Sobre el particular, MORLLAS CUEVAS, Lorenzo (coord.), *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: aspectos penales, civiles y procesales*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 410; SOLA RECHE, Esteban, “Los viejos problemas de los nuevos delitos contra la seguridad vial”, *Revista General de Derecho Penal*, No. 10, 2008, p. 2 y s.

¹⁶⁶² Al respecto, GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva política criminal de la seguridad vial. Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, y del Proyecto de Reforma del Código Penal”, *RECPC*, 09-11, 2007, p. 2.

¹⁶⁶³ Sobre esta clasificación, TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Los delitos de peligro hipotético”, *ADPCP*, tomo 34, 1981, p. 828 y s.

británica para adaptarlas. El ejemplo más representativo de esta disparidad cultural son los *sújs* de Olot enfrentan una dificultad legal para ir en motocicleta, pero sin casco, ya que usarlo les obliga a quitarse el turbante, lo que resulta imposible para ellos por motivos religiosos, pero al mismo tiempo cometen infracciones a los reglamentos de tránsito y en algunos países donde ellos radican, la conducción de motocicletas sin el caso es considera un delito.

En este contexto cultural resulta atendible la posición de Miró Llinares quien hace un intento por identificar los límites interpretativos para adecuar la conducción totalmente inocua, y por ende, posible de una atipicidad.

El primer paso es atender las motivaciones que llevan al legislador a tipificar algún delito en la seguridad vial, con pleno apego a los principios de necesidad y proporcionalidad, acorde a la función de mínima intervención del Derecho Penal. No obstante, la cuestión es determinar si mientras la vigencia de una norma penal puede ser forzada su interpretación que podría ser sólo formalmente válido, pero lograr su inaplicación¹⁶⁶⁴.

El segundo paso es recurrir a la neutralización en vía judicial sobre una norma penal que no tenía por qué haber sido incorporada al ordenamiento penal, no solo como lo piensa Miró Llinares para el delito de no disponer el conductor de permiso o licencia para manejar un vehículo automotor¹⁶⁶⁵. Por ejemplo, Miró Llinares piensa en el caso de la “hija que conduce el coche sin licencia un sábado por la tarde por un polígono industrial prácticamente abandonado al lado de su padre, y que no causa ningún accidente, podría ser absuelta del delito; así como el sujeto que ha sido privado de todos los puntos pero que es cazado en un control policial aleatorio”.¹⁶⁶⁶

Esta visión interpretativa de mínima intervención contra el delito de no usar carnet o licencia para conducir en aquellos casos donde no se pone en riesgo o peligro la seguridad vial *per se*, corresponde pensar si es o no aplicable análogamente este razonamiento para casos de

¹⁶⁶⁴ MIRÓ LLINARES, Fernando, “El "moderno" Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, *InDret*, julio, 2009, p. 46.

¹⁶⁶⁵ MIRÓ LLINARES, Fernando, “El "moderno" Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, *op. cit.*, p. 46.

¹⁶⁶⁶ MIRÓ LLINARES, Fernando, “El "moderno" Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, *op. cit.*, p. 47.

quienes no usan el casco al conducir una motocicleta por motivos religiosos. Si bien, el riesgo o peligro es hacia el mismo, podría imputarse al otro conductor con el que haya colisionado una posible responsabilidad civil. Pero bajo el principio de autorresponsabilidad e imputación a la víctima sería excluido dicha responsabilidad por reparación del daño. Distinto sería cuando la persona es detenida infringiendo el reglamento de tránsito por la policía en un determinado momento de su traslado en una zona que no ha generado riesgo o peligro para el resto de la actividad de tránsito, podría invocarse igualmente la atipicidad.

6. Comentarios finales.

Hasta aquí se ha obtenido una teoría alterna para juzgar los delitos culturalmente motivados en sede de tipicidad para los casos sin víctimas. Se concluye, además, que los crímenes culturales contra bienes jurídicos esenciales (capítulo tercero) merecen la imposición de una pena retributiva y de prevención general (capítulo cuarto) que responda a la luz de las circunstancias del hecho cometido mediante que, en su caso, amerite una atenuante (capítulo quinto) mediante la teoría de la *cultural defense*.

La búsqueda de elementos dogmáticos y procesales para justificar la atipicidad de determinados delitos culturales deviene a la polémica generada sobre la intersección de la norma cultural y la norma penal (capítulo segundo), lo que permite al juzgador valorar oportunamente las peculiaridades culturales que motivaron al sujeto a realizar su conducta delictiva pero sin un grave impacto a la sociedad de acogida.

La ventaja de la excluyente de responsabilidad por atipicidad para determinados delitos culturalmente motivados, frente a la teoría del error de prohibición condicionado, está en que al excluir por atípica la conducta se salvaguarda el derecho a la identidad cultural. Ello es justificable mediante la teoría de la adecuación social y principio de ofensividad para no criminalizar comportamientos culturales que son insignificantes para el Derecho Penal.

La coherencia de esta propuesta atañe a los aportes conceptuales de neutralidad, retribucionismo y discrecionalidad judicial conceden a conformar una interpretación conforme a un marco constitucional pluriculturalista (capítulo segundo), que permite un razonamiento

judicial mediante un modelo de discrecionalidad débil (capítulo quinto) justificar la no criminalización de los delitos culturalmente motivados como la posesión de drogas para su consumo por motivos religiosos, el daño al ambiente por rituales y contra la seguridad vial por costumbres ancestrales, que advierten razones morales (capítulo primero) compatibles con un Derecho Penal incluyente (capítulo cuarto).

CONCLUSIONES

Una vez realizado la investigación en la que se planteó como objetivo general analizar los delitos culturalmente motivados y el razonamiento judicial dividido en seis partes el trabajo, se propone sin el afán de profundizar en las particularidades del estudio, elaborar las siguientes líneas concluyentes.

1) La discusión entre universalismo y particularismo desde una perspectiva transversal de autores que analizan la diversidad moral en el marco del concepto de minorías permitió arribar a la siguiente conclusión: si las minorías son toda identidad particular tendientes a esencializar la propia identidad e imponer en los grupos relevantes una unidad de visiones y experiencias que no tienen o no podrán tener. Las identidades universales por el contrario son difíciles de articular. Por consiguiente, se necesita un nuevo sentido en las agendas políticas de las minorías ocupen un lugar destacado en los gobiernos como agentes libres e iguales a través de conceptos de legitimidad e inclusión.

En esta tesitura, se ha optado por una fundamentación del pluralismo moral que permite identificar las deficiencias del monismo en su afán de preservar una vía interpretativa a modo del principio de tolerancia, como herramienta para la solución de los conflictos en una sociedad con diferentes culturas. Y frente al relativismo que elabora una perspectiva esencialista de la cultura, tiende a transformar convertir el diálogo intercultural en irrelevante. Para ello, recurrí a la alternativa del pluralismo comprensivo que permite seguir en el camino de la capacidad de juicio en el sujeto como agente racional para afrontar la inconmensurabilidad de los conflictos de valores en una sociedad con una diversidad cultural. Esto es, la versión débil del pluralismo comparte esta línea comprensiva que le permite reunir un consenso de los valores que coexisten en el ámbito de la esfera pública, frente a la pluralidad de concepciones del bien identificadas en el campo de la esfera privada.

Con esto, el pluralismo débil tiende a fortalecerse ante los conflictos culturales, mediante el objetivismo moral para superar las dificultades que acompañan a las posiciones no cognoscitivistas. A pesar de tomar una decisión para elegir por uno de los valores en conflicto tiende a haber una pérdida irreparable. Así, pluralismo e inconmensurabilidad siguiendo a Berlin, en tanto exista un choque entre valores de determinadas culturas no debe advertirse como relativismo valorativo. Sino como una defensa de la existencia de una pluralidad de valores, pero sin una jerarquía. Dicha descripción moral, con Nino se buscó renovar esta versión berlinese incorporando al estudio de la solución de conflictos de derechos con el principio de autonomía e inviolabilidad de la persona para incentivar la cooperación a través del consenso. En el entendido que el sujeto moral es aquél existente en las condiciones culturales, sociales, psicológicas e históricas presentes, frente a su identidad estructurada de forma narrativa influenciada discursivamente desde el interior de su propia sociedad histórica.

2) Esta vía conceptual del pluralismo tuvo que resolver en el ámbito de la ética analítica el posible obstáculo de la inconmensurabilidad en las relaciones intersubjetivas con rasgos culturales diferentes en una misma sociedad mediante la razón práctica. Esta herramienta moral dividida en razones de primer orden y segundo orden. La de primer orden, permite resolver los conflictos valorando la fuerza de todos los argumentos o razones en conflicto, al decidir por aquella razón que tenga mayor peso entre todas las demás. Esto es, se mantiene a un nivel deliberativo de valoración de la fuerza de las razones. Por su parte, las razones de segundo orden resuelven de la misma manera que la de primer orden, pero mediante un balance.

En consecuencia, el concepto de razones para actuar y la estructura del razonamiento práctico representan el mayor elemento distintivo en la naturaleza y justificación de los principios morales y normas jurídicas para resolver los conflictos de derechos. Esto siempre y cuando, sea el razonamiento que lleve a la ejecución de una acción. Pero la cuestión aún por determinar es ¿cómo administrar el razonamiento práctico con las razones propias? Por ejemplo, si una persona de una cultura ancestral de Afganistán mantiene una relación matrimonial con una niña y por razones familiares viajan a Estados Unidos y las autoridades se percatan de esta irregularidad que tiende a ser criminalizado en ese país de acogida.

3) Estos casos de conflictos culturales representan para el razonamiento judicial un complejo entramado de valores a considerar y elegir mediante un ejercicio de ponderación para que, al momento de decidir entre los valores en pugna, determine si deba o no ser criminalizada la conducta motivada por razones culturales de manera proporcional a la gravedad del hecho. Para esto, se consideró indispensable revisar desde una perspectiva interdisciplinaria el concepto de cultura para identificar que su carácter subjetivo y objetivo o material es necesario del hecho cultural porque lo subjetivo da contenido a lo objetivo de una realidad. Así, el papel de la razón en la cultura desempeña un horizonte de construcción sobre su propio conocimiento del mundo independientemente de origen o de cualquier costumbre. Pero al mismo tiempo le permite dotarle de aquellas características propias de cultura a ese horizonte de interpretación del mundo que le rodea. Por eso, la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de 2001 de la UNESCO determinó que la cultura deberá entenderse como un conjunto de elementos de carácter espiritual y material, intelectual y afectivo que determinan a una comunidad o a un determinado grupo social.

A partir de estos elementos se advierte la presencia de una diversidad de culturas que, a su vez, da pauta a reconocer un pluralismo de valores. Si esto es correcto, se debe vincular el concepto de cultura a la relevancia moral en el terreno de las teorías de la justicia para asumir una identidad cultural. Esto es, la articulación de la cultura como un bien básico. La opción elegida dentro del amplio estudio de las teorías de la justicia se decidió por el liberalismo igualitario que considera las diferencias culturales deban abstraerse en la definición de la esfera pública mediante el consenso (Rawls) como una idea “política de la justicia” o como una “cultura política” (Habermas) del “patriotismo constitucional”. En esto, el rol de la autonomía es relevante porque facilita repasar y deliberar sobre los distintos planes de vida. Especialmente, los derechos individuales permiten ejercer las distintas expresiones de la diversidad cultural. Ante esto, la tolerancia denota sus límites en la racionalidad del pluralismo. Por ejemplo, el caso de Quebec se comparte desde una concepción del bien que traspasa ateos, católicos, cristianos y musulmanes (en menor medida judíos, budistas entre otros), *gays* y heterosexuales, *yuppies* urbanos y granjeros rurales, socialistas y conservadores.

4) Tras esta aproximación conceptual de la cultura se decidió revisar el discurso sobre la gestión de la multiculturalidad, debido al importante papel que desempeña la cultura en la

convivencia social. Precisamente, lo que se requiere es un máximo esfuerzo de adaptación mutuo en la esfera pública con la posición moral de la identidad cultural. Para eso, las distintas posturas relativas a la importancia moral de la identidad cultural sugieren soluciones de carácter normativas por considerar como un bien primario el acceso a la cultura (liberalismo igualitario), así como la especificidad cultural (culturalismo liberal) y la diferencia cultural (multiculturalismo). Pero todas ellas al final, se distinguen de los tratamientos que se habrán de asumir en el cometido de la multiculturalidad acrecentada por la inmigración, debido a las divergencias de tipo moral en casos polémicos sobre el desacuerdo moral por prácticas culturales donde las mujeres adquieren un lugar protagonista. Por ejemplo, el uso del pañuelo musulmán, la mutilación genital femenina, el matrimonio de niñas, los crímenes de honor, entre otros. Es en estas prácticas culturales donde radica el nuevo desafío para el Derecho Penal, porque la apreciación dogmática hecha valorativamente sobre una conducta determinada, será distinta acorde al contexto cultural del que pertenece la persona por encontrarse en otro entorno social, con leyes distintas, códigos de conducta completamente ajenos a su comprensión.

Además, el factor cultural en la identificación de un Derecho Penal acorde con la diversidad cultural dista mucho de mostrar una neutralidad y acomodamiento a las peculiaridades de cada individuo inmerso en una sociedad multicultural. Por eso, es indispensable revisar las posiciones de la diversidad cultural ante el Derecho Penal, porque, se habrá impulsar por una parte, el respeto y la salvaguarda a la identidad cultural de cada persona y de la pluralidad identificada en una sociedad. Por otro lado, impera la necesidad de asegurar la preservación de una tradición o costumbre de las minorías culturales y, al mismo tiempo, no colisione con el ordenamiento jurídico vigente del país de acogida. Además, el derecho a la diversidad cultural se ha implementado dentro del rubro de los derechos fundamentales mediante precedentes judiciales, pero no ha sido lo suficiente para robustecer una cuestión de justicia al derecho a la identidad cultural compatible con los principios rectores del Derecho Penal garantista. Y para esto, deben cumplir un rol límite con una valoración político criminal acorde con una sociedad pluricultural. Por ejemplo, la herencia liberal/comunitarista en el Derecho Penal puso el centro del debate la autonomía personal frente a los intereses de la comunidad. Por lo que la posición de MacIntyre se consideró óptima para redireccionar el denunciado conflicto ético del comunitarismo y liberalismo, por una interpretación basada en el diálogo que reconozca la diversidad de formas de pensamiento político, ético y jurídico entre ambas.

La crítica al liberalismo identificada por la ausencia de su neutralidad en la selección de los valores de un Estado liberal y democrático, tiende a cuestionar ¿si es lícito que su ordenamiento jurídico imponga el castigo más severo mediante el Derecho Penal?, ¿es la última ratio la única medida para solventar el conflicto de los derechos culturales?, ¿la norma cultural queda en consecuencia relegada por la norma penal?, y finalmente, ¿qué papel desempeña la norma cultural en el injusto penal?

En el mejor de los casos recobrar el estudio sobre la universalidad y particularidad del Derecho Penal proporcionará la línea discursiva para identificar en las complejas instituciones de la administración y procuración de justicia, producto de la unificación de las culturas jurídicas más reconocidas en el ámbito internacional, que recursos legales implementar para la solución de conflictos culturales. Primero, el resultado primero es el uso de los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad en el ámbito material del Derecho Penal. Segundo en el ámbito procesal están los derechos fundamentales de la presunción de inocencia, derecho a la defensa, principio de igualdad de armas de las partes, un juez imparcial, *non bis in ídem*, entre otros.

La cuestión por atender ahora es ¿cómo combatir los prejuicios y discriminación a esos grupos minoritarios quienes buscan preservar su identidad cultural? La opción elegida para ello es seguir con el devenir de la integración de los derechos culturales a nivel constitucional mediante una política criminal pluricultural conforme a los principios garantes para la preservación de su diversidad cultural y la salvaguarda al mismo tiempo de los bienes jurídicos valiosos de la sociedad de acogida. Por ejemplo, ante festividades religiosas y culturas; ante la elaboración de alimentos acorde al *dictum* de la fe religiosa judía o musulma; al sacrificio de animales mediante rituales; a la reglamentación del uso de los símbolos religiosos en los espacios públicos; en la aceptación legal de los matrimonios realizados acorde a diversos ritos religiosos. La propuesta ante estos casos difíciles es abordarlos mediante un razonamiento judicial incluyente para solventar el proyecto de una política criminal conforme a un Derecho Penal pluricultural.

5) Conforme al intento de acotar esta discusión, se plantea la oportunidad de analizar el derecho a la identidad cultural en el Derecho Penal para delinear el proceso de elaboración

constitucional tendiente a establecer una política de gestión para integrar a los inmigrantes o grupos minoritarios con un específico grado de aceptación por el pluralismo cultural, pero con grandes dificultades para ajustarse a los ordenamientos penales. Sobre todo, porque en la comisión de hechos ilícitos de un Estado, para las comunidades de las personas originarias son tolerados o incluso se les obliga entre los propios miembros de sus culturas a realizar estos comportamientos que contravienen las leyes de la sociedad mayoritaria. Esto es lo que conforma el escenario de los delitos culturalmente motivados.

En este momento, la intersección de la norma cultural y norma penal es indispensable para el control judicial en los delitos culturalmente motivados por lo siguiente: i) la ilicitud frente a una conducta lícita se interpreta en la legislación a través del reconocimiento o no de las normas culturales para determinar el indicio de la antijuridicidad; ii) el Derecho está integrado por valoraciones y normas (primarias y secundarias); iii) la conducta realizada por un miembro de un grupo étnico minoritario es considerado delictivo en base a las disposiciones del sistema cultural de la sociedad mayoritaria; iv) la conducta motivada por factores culturales realizados en una sociedad extraña, donde una directiva de conducta distinta a sus estándares culturales de comprensión le exige conducirse de otra forma poco clara para el inmigrante o indígena ante la concepción imperativa de la norma; v) considerar determinados aspectos de concreción de la norma en la exclusión del injusto penal o culpabilidad; vi) el deber de tolerancia sobre la conducta penalmente desaprobada estaría conformada por la razón legitimante de la intervención en la esfera del afectado.

Por lo anterior, implementar una teoría del constitucionalismo en la discusión de las normas culturales y penales, permitirá identificar: i) una determinada clase de Estado de Derecho mediante un diseño estatal incluyente; ii) una particular organización política; iii) una teoría del derecho que permita describir las peculiaridades de este modelo; y iv) una filosofía jurídica que centra su atención al análisis metodológico sobre la conceptualización del derecho, el estado de su conocimiento o el rol del juzgador.

Bajo estos insumos de legitimidad constitucional, se protegen derechos fundamentales o bienes jurídicos, que un juez penal durante la trama procesal deberá bajo los principios de legalidad, seguridad y dignidad (entendidos como bastiones para el debido enjuiciamiento de

conductas penalmente sancionadas) deban respetarse y más en aquellos casos que el comportamiento criminal ha sido motivado por razones culturales. La idea es impulsar la visión de un juzgador desde una perspectiva pluricultural encausada en considerar los postulados de la universalidad de los Derechos Humanos y el discurso de la igualdad; así como del relativismo cultural y el discurso de la diferencia. Porque su fundamento normativo identificado en la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Declaración de Viena la reconocen. Al mismo tiempo, las particularidades regionales de cada Estado de Derecho. Con ello se podrá fortalecer la aceptación moralmente correcta de todas las costumbres, tradiciones y principios de los pueblos conforme a los derechos a la autodeterminación e identidad cultural.

Además, quedaba la cuestión por analizar era sobre cómo el liberalismo puede ser neutral. Al respecto, considero que la posición de Häberle proporciona una alternativa viable sobre su neutralidad del Estado constitucional liberal, por considerar este presupuesto como un proceso público o como actualización de lo público. Ello surge estimulado por la praxis de la propia interpretación constitucional de conceptos como “público” y “bien común”. Por ende, los derechos fundamentales tienen doble calificación. Primero, se entienden como derechos subjetivos de libertad direccionados al propio Estado. Y segundo, entendidas como normas objetivas que se conforman con principios o decisiones valorativas que tienen validez para todos los sectores del derecho vigente. Así el juzgador podrá valorar: i) la legitimidad de las normas aplicables al caso basadas en el principio de daño u ofensividad; ii) la ponderación global de los derechos involucrados; y iii) la imposición o no de una pena acorde a los principios fundamentales del Derecho Penal liberal.

Esta labor del juzgador requiere estar en consonancia con los trabajos legislativos en el desarrollo de los derechos de las minorías culturales. En caso de no existir compatibilidad con los valores constitucionales en las normas secundarias, el juez deberá resolver un procedimiento de inconstitucionalidad o acomodamiento razonable para la preservación y desarrollo de esos derechos de las minorías. En todo caso, será realizar un control constitucional del juzgador mediante un razonamiento justificatorio.

6) Para avanzar en esta línea propositiva del razonamiento justificatorio en los delitos culturalmente motivados se requiere complementar el presupuesto universal de los Derechos Humanos con los derechos de los grupos minoritarios en el campo de la justicia etnocultural para disminuir o limitar sus injusticias. Por ejemplo, cuando un Estado legisla, aplica o interpreta las normas de derechos humanos acorde a las identidades culturales, nacionales o religiosas que se afirman o se clasifican como dogmáticas, es cuando se advierte el mayor problema para considerar creencias excluyentes que deben insertarse en el ordenamiento jurídico del Estado de Derecho por comportamientos delictivos motivados culturalmente.

Con ello, la elaboración de un Derecho Penal material universal coexistente en la mayoría de las cultural, protegiendo valores fundamentales contra ataques graves como el homicidio, lesiones, violación, entre otros, tiende a reconocerse este discurso de los derechos humanos por las minorías culturales en consonancia con sus costumbres. Esto lleva a rechazar el recurso del relativismo para favorecer la implementación del pluralismo cultural. Porque antepone una posición “esencialista” cultural y las exceptúa a cualquier crítica y cambio cultural. En su lugar, considero más viable y oportuno para el fortalecimiento del discurso inclusivo, la “inconmensurabilidad de valores culturales o la inconmensurabilidad de valores morales”. Por ejemplo, “del uso de símbolos religiosos en los espacios públicos” representa un conflicto en el desarrollo de determinados derechos fundamentales sobre creencias religiosas. Pero el principal reto está en determinar qué comportamientos culturales deberán criminalizarse.

Esta problemática sobre el debate de la criminalización o de una sobrecriminalización de una conducta que dañe a otros, tiende a situar al Derecho Penal como herramienta excesiva para aquellas sociedades con un alto grado de desigualdad social o discriminación. Legitimar la criminalización advierte que los límites del poder punitivo podrían ser poco viable por la propia inercia expansiva de la normatividad jurídico penal. Piénsese, con los delitos de odio o diversas formas de insultos raciales, supone permitir la punibilidad de comportamientos no lesivas de intereses sino simplemente opuestas a las percepciones sociales relativamente compartidas por la mayoría. Una situación particular es la negativa a aceptar la justificación de comportamientos que contravienen estos derechos fundamentales esenciales bajo el argumento de los motivos culturales. Otra diferente serán aquellas que no aceptan disminuir o eximir de pena algún comportamiento que atenta contra la libertad, la integridad o la igualdad.

En cambio, introducir una perspectiva de la víctima al análisis de los conflictos culturales en el Derecho Penal, mediante la figura del consentimiento deberá complementarse con otras categorías jurídicas tradicionales como la disponibilidad del propio bien jurídico consentido. Para esto me apego a la propuesta de Pérez de la Fuente de la “aplicación del derecho sensible a la diferencia cultural”. Ello para validar durante el juicio la *cultural defense*, en aras de incluir las circunstancias particulares o específicas de los delitos culturalmente motivados mediante un componente cultural.

Solo es importante resaltar que realmente no resulta necesario ni viable elaborar una dogmática jurídico penal con una perspectiva pluricultural. Me parece que una teoría de la justificación de la prohibición (ausencia de antijuridicidad) y de la pena (confirmación de la culpabilidad), puede ocuparse como un instrumento dogmático de primer orden para mutatis mutandis, atender cuestiones de legitimación del *ius puniendi* para los delitos culturalmente motivados. Además, la experiencia de los tribunales *ad hoc* del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas implementados para juzgar crímenes internacionales de la antigua Yugoslavia y Rwanda confirman esta suficiencia dogmática para su legitimación punitiva ante comportamientos culturalmente motivados.

7) Respecto al objetivo particular de mi trabajo de investigación, el concepto de los delitos culturalmente motivados se advierte la carencia de un contexto único de interpretación por los órganos jurisdiccionales. El único dato seguro está constituido por la ausencia de una coherencia de fondo en las actividades de prevención y represión de los ilícitos condicionados por el factor cultural. A pesar de esta disparidad conceptual, existe entendimiento de la doctrina mayoritaria por caracterizar a los delitos culturalmente motivados como una conducta realizada por una persona perteneciente a una minoría cultural, y es reconocido como un delito por el sistema jurídico vigente de la sociedad mayoritaria. En cambio, el grupo cultural donde pertenece el infractor el mismo comportamiento es para ellos permitido, aceptado o tolerado por considerarse una conducta normal, habitual y aprobada o incluso promovida y estimulada en una específica situación. Además, son oportunos reconocer para su valoración judicial los siguientes elementos: i) la motivación debe entenderse como un elemento subjetivo del delito cultural y si logra ser comprobado su motivación delictiva mediante razones explicativas acorde con sus

valores culturales; ii) después, corresponde demostrar que su conducta es acorde con algún otro miembro de su grupo; y iii) habrá de compararse la cultura del grupo que pertenece el acusado con la sociedad receptora.

Estas características generales de los delitos culturalmente motivados denotan una dimensión dinámica del pluralismo jurídico por las concepciones inconmensurables producidas por dos circunstancias típicas: i) cuando diversos grupos paralelamente condicionan a una persona: en este supuesto, el conflicto de normas conforman un factor típico de la personalidad del infractor. Piénsese el caso con “inmigrantes jóvenes de la segunda generación” que se encuentran con una carencia de cultura propia de su grupo originario; y ii) la persona podrá desconocer la norma del grupo que pretende reglamentar esta conducta. Aquí, los factores básicos de su personalidad devienen de un grupo cultural que no le resulta familiar las normas de comportamiento de la sociedad que ha determinado si las contravienen serán acreedores de un castigo. Esto corresponde a la experiencia de pobladores colonizados o de inmigrantes de una primera generación.

En este punto, la elaboración de una tipología de los delitos culturalmente motivados permitió establecer los niveles de análisis de la doctrina y jurisprudencia. El primer grupo relativo a los delitos culturales por razones de género: i) contra el honor; ii) libre desarrollo sexual (como la mutilación genital femenina o el matrimonio forzado); iii) el maltrato o violencia física, son fenómenos que tienden a criminalizarse por el cuidado de los derechos humanos básicos de las mujeres. Aunque el caso del uso del burkini he sostenido que no aplica para la categoría de estos delitos culturales, queda inmerso en el rango de los conflictos culturales. En cambio, los delitos motivados culturalmente sin perspectiva de género como: i) la negativa a una transfusión de sangre por motivos religiosos; ii) la omisión de auxilio en suicidios por creencias religiosas; iii) la circuncisión a niños; iv) los tocamientos genitales a niños por religión. Además, una tercera tipología corresponde a los delitos culturales sin víctimas: i) por consumo de drogas; ii) daños contra el medio ambiente y especies protegidas; y iii) contra la seguridad vial. Y la última es para aquellos casos límites entre la criminalidad cultural y criminalidad común.

A partir de esta tipología el estudio de la tesis tiende a perfeccionar la línea argumentativa y justificativa de la categoría de los delitos culturalmente motivados sin víctimas que no sean

criminalizados. Para esto, se realizó una exploración de los diversos modelos penales que la ciencia penal y jurisprudencial elaboraron para detectar en el marco de la pena (utilitarismo, contractualismo, retribucionismo y liberalismo), cual es la que mejor se ajusta en una sociedad pluricultural. Y si la justicia restaurativa o el abolicionismo son las mejores alternativas ante estos modelos clásicos de la pena. El resultado obtenido de esta parte de la investigación fue que el retribucionismo es la más viable alternativa punitiva para estos delitos.

Bajo este escenario polémico sobre la función de la pena retributiva ante el comportamiento contrario a las normas jurídico penales de personas pertenecientes a grupos minoritarios motivados por sus factores culturales, quedaría justificado el reproche mediante un aspecto descriptivo, consistente en referirse a un hecho donde la acción es consecuencia de un rasgo disvalioso propio del sujeto y en determinado caso solo atenderá ciertos ideales de virtud personal. Pero si ese comportamiento motivado por la cultura a la que está adscrito y el daño no atañe a bienes jurídicos de carácter personal (la vida o integridad personal), si bien cabe aplicar retributivamente los fines de la pena, es posible no hacerlo para aquellos casos donde no existe como resultado del daño a víctimas. la propuesta dogmática queda enmarcada en los principios de adecuación social y ofensividad para justificar la excluyente de responsabilidad a nivel de tipicidad. Con ello, se lograría salvaguardar mediáticamente el principio de autonomía de la persona y de manera inmediata el derecho a la identidad cultural en consonancia con los fines de la pena retributiva.

8) Solo se requiere para defender esta última propuesta que el razonamiento judicial sea conforme al concepto de discrecionalidad débil. Además, resultó oportuno analizar las diversas posiciones jurídico-penales sobre las influencias de las valoraciones sociales para la actividad discrecional de los jueces al conocer un caso con distintivos culturales. Para ello considere viable retomar la visión de un Derecho Penal tendencialmente ético a la defensa de supuestos mínimos morales que sean compatibles con la constitución de una sociedad multicultural. Ello, para elegir determinados axiomas jurídicos de gran valor general para la comunidad no sean *per se* protegibles en abstracto sino en concretas expresiones dignas de protección penal como la vida o la salud de todas las personas.

En consonancia con lo anterior, la construcción material del delito como base garantista para la justificación de una pena mediante el “principio de proporcionalidad” en sus vertientes como “control de constitucionalidad” de las normas penales y como facultad “discrecional al legislador para su aplicación”, contribuye al quehacer jurisdiccional ante los delitos culturalmente motivados en reforzar las razones explicativas del fallo a favor o en contra del imputado. Ello solo será así, en tanto se aplique el principio de parsimonia como una herramienta susceptible de utilizar para la determinación de una pena.

La sugerencia de recurrir a este principio corresponde a incluirla en una teoría general de la justicia penal “en el uso de la violencia estatal”, mediante un “control sistemático” de esa facultad exclusiva del Estado para imponer una pena a las personas reprochadas por las ofensas cometidas. Así como su reintegración a la comunidad para evitar la repetición, reconocimiento, reconciliación y compensación a la víctima.

Esta idea de aplicar el principio de parsimonia al ejercicio de la discrecionalidad débil para los delitos culturalmente motivados, parece razonable su implementación en la valoración para la determinación de la pena, tendiente a fomentar un Derecho Penal intercultural acorde con las pautas constitucionales del principio de mínima intervención, proporcionalidad, igualdad y autodeterminación.

Así, el ejercicio de la *cultural defense* garantizará mejor comprensión y entendimiento para los juzgadores que resuelven casos motivados por factores culturales que infringen la norma jurídico penal. Esto atendiendo la propuesta de excluir de responsabilidades aquellos casos de delitos culturalmente motivados sin víctimas a nivel de tipicidad mediante la teoría de la adecuación social y el principio de ofensividad.

9) Llegados a este último punto de la tesis, se demostró la viabilidad de un modelo de un Derecho Penal mínimo susceptible de no criminalizar conductas delictivas motivadas culturalmente que no causan un daño a bienes jurídicos personales. Esta propuesta exculpatoria de los delitos culturales sin víctima, como aquellos cometidos contra el ambiente, seguridad vial, o consumo de drogas, podrían ser excluidos en sede de la tipicidad (conducta), sin tener que valorar los siguientes niveles de antijuridicidad (desvalor de la acción y resultado) y en especial,

el de culpabilidad (grado de consciencia), cuando el comportamiento contravenga la norma jurídico penal por motivos de usos o costumbres de su lugar de origen.

Para ello, se usó la teoría de la adecuación social y el principio de ofensividad para la presentación de un modelo de justicia penal incluyente. En este diseño metodológico dogmático, el juzgador podrá disponer de herramientas como la *cultural defense* para el ejercicio de la discrecionalidad al momento que decida aplicar o no una excluyente de responsabilidad a nivel de tipicidad. Y, por otro lado, de manera complementaria el uso de los conceptos de neutralidad y daño para valorar la atipicidad de un comportamiento culturalmente motivado sin víctimas resulta susceptible de aplicar para estos casos por insignificancia. Todo ello, para incentivar la función jurisdiccional inclusiva mediante una fundamentación ético-jurídico penal de la atipicidad en el marco de un Derecho Penal compatible con la diversidad cultural de las sociedades actuales.

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio, *La comunidad que viene*, Pre-Textos, Valencia, 2006.
- AGÜERO, Alejandro, *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Cocinar cristos y quemar coranes. Identidad religiosa y derecho penal”, Fernando Miró Llinares (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- *Los fines del derecho penal. Liberalismo, comunitarismo en la justificación de la pena*, Ad hoc, Buenos Aires, 2001.
- *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Atelier, Barcelona, 2003.
- “Los fines del derecho penal. una aproximación desde la filosofía política”, *ADPCP*, Vol. LI, 1998.
- ALENDIA, Manuel, “La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia ala cuestión del velo islámico”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- “La teoría del discurso y los derechos fundamentales”, Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (ed.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010
- “La crítica de Bulgygin al argumento de la corrección”, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Aley/ Bulgygin sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2005
- *El concepto de validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1992.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Bien jurídico material y bien jurídico procedimental...y discursivo”, J.C. Carbonell Mateu, J.L. González Cussac, E. Orts Berenguer (Dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001
- ÁLVAREZ, Silvina, “Pluralismo moral”, Marcelo Alegre, Roberto Gargarella, Carlos F. Rosenkantz, (Coordinadores), *Homenaje a Carlos Santiago Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires, 2008.
- *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, Centro de Estudios Político y Constitucionales, Madrid, 2018.
- *La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

AMBOS, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V , Temis, Uruguay, 2005.

---*Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*, Fontamara, México, 2008.

---“Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible”, *Polít. crim.*, N°5, 2008.

---*Temas de derecho penal internacional y europeo: derechos humanos, fines de la pena, "ius puniendi"*, *responsabilidad individual*, Marcial Pons, Madrid, 2006

---*Nociones básicas del derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ANAYA, S. James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2005.

ANITUA, Gabriel Ignacio, “El enfoque cultural y la comprensión del sistema penal en su integridad”, Gabriel I. Anitua e Ignacio F. Tedesco (Comp.), *La cultura penal. Homenaje a Edmundo S. Hendler*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2009.

ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier, *Argumentación y constitucionalismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

---*Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013.

---“Institucionalización de la razón y representación argumentativa: la crítica del constitucionalismo garantista”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 34, 2018.

---“Los límites fundamentales en Principia Iuris: (o los límites de la teoría del derecho)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 29, 2013.

---“La cuestión de la universalidad de los derechos: de las intuiciones a los problemas”, *Historia de los derechos fundamentales, (Valores, principios y derechos humanos)*, Francisco Javier Ansuátegui Roig, José Manuel Rodríguez Uribe, Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García (Coords.), Vol. 4, Tomo 4, 2013.

---“Derechos humanos: entre la universalidad y la diversidad”, Eduardo Javier Ruiz Vieyetz, Gorka Urrutia Asua, (coords.), *Derechos humanos en contextos multiculturales: ¿acomodo de derechos o derechos de acomodo?*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Alberdania, San Sebastián, 2010.

---“La dimensión expansiva del constitucionalismo. Retos y exigencias”, *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Volumen 2, Dykinson, Madrid, 2008.

---*De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

---*El positivismo jurídico enoinstitucionalista (una aproximación)*, Dykinson, Madrid, 1996.

ANYAH, Morris A., “Balancing rights of the accused with rights of victims before the International Criminal Court”, Triestino Mariniello, *The International Criminal Court in search of its purpose and identity*, Routledge, New York, 2016.

ARÁUZ ULLOA, Manuel, *El delito de omisión del deber de socorro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ARECES PIÑOL, María Teresa, *La prohibición del Burka en Europa y en España*, Aranzadi, Madrid, 2014.

ARENDT, Hanna, *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza, Madrid, 2013.

ARMAZA GALDÓS, Julio, “El condicionamiento cultural en el derecho penal peruano”, José Luis Díez Ripollés, et. al., *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, tecnos, Madrid, 2002.

AROCENA, Gustavo, “Reflexiones en torno a la función judicial”, *InDret*, 3/2009.

ASHWORTH, Andrew, *Positive obligations in criminal law*, Hart Publishing, United Kingdom, 2015.

AUDI, Robert, *Valor moral y diversidad humana*, Avarigani, Madrid, 2013.

BABILLO O'FARRELL, Pablo, “Pluralismo, libertad, decencia. Consideraciones en torno a la filosofía política de Isaiah Berlin”, *Isaiah Berlin. La mirada despierta de la historia*, tecnos, Madrid, 1999.

- BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- Hacia el nuevo Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- Delito y punibilidad*, Civitas, Madrid, 1985.
- BANTING, Keith y KYMLICKA, Will, *Derechos de las minorías y Estado de bienestar*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007.
- BARAK, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
- Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Palestra, Lima, 2017.
- BARATTA, Alessandro, “La vida y el laboratorio del derecho: A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal”, *DOXA*, 5, 1988.
- Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI Editores, México, 1986.
- BARBERIS, Mauro, *Ética para juristas*, Trotta, Madrid, 2008.
- BARRY, Brian, *Culture & equality*, Harvard University Press, United Kingdom, 2002.
- BASILE, Fabio, “El derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en particular, las mutilaciones genitales femeninas)”, Carlos García Valdés, et. al., (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II*, Edisofer sl., Madrid, 2008.
- , *Inmigrazione e reati culturalmente motivati. Il Diritto Penale nelle società multiculturali*, Giuffrè Editore, Milano, 2010.
- “Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati”. *Polít. crim.* Vol. 6, Nº 12, Diciembre, 2011.
- BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, *La normatividad del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- “Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites”, *DOXA*, No. 3, 1986.
- “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, (Ed.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 2010.
- “Derechos, democracia y Constitución”, Miguel Carbonell, (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Trotta, Madrid, 2006.
- BEADE, Gustavo A., *Suerte moral, castigo y comunidad. Un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- “Retribución, inculpación y ¿perfeccionismo moral?”, *Análisis Filosófico*, Vol. 35-2, 2015.
- “El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino”, *Isonomía*, No. 35, octubre, 2001.
- BEADE, Gustavo A. MARTÍ, José Luis, *Discusiones sobre la filosofía del Derecho penal*, Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 2015.
- BECKER, Gary “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, 76, 1968.
- BELLAMY, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- BELTRÁN GAOS, Mónica, “Semblanza de la acción de inconstitucionalidad y su relación con el derecho procesal constitucional en México y España”, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Procesos constitucionales orgánicos*, UNAM/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional/Marcial Pons, t. VIII, México, 2008.
- BERLIN, Isaiah, *El fuste torcido de la humanidad*, Ediciones Península, Madrid, 2019.

- *Dos conceptos de libertad*, Alianza, Madrid, 2003.
- BERMEJO, Mateo G., *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., «Prevención y seguridad ciudadana. La recepción en España de las teorías criminológicas de la prevención situacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, 2013.
- BERNARDI, Alessandro, *Modelli penali e società multicultural*, Torino, Giappichelli, 2006; el mismo, *Il «fattore culturale» nel Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2010.
- *Modelli penali e società multicultural*, G. Giappichelli Editore-Torino, Milano, 2006.
- Il “fattore culturale” nel sistema penale, G. Giappichelli Editore-Torino, Milano, 2010.
- BERNARDI, Alessandro, (Ed.), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Giuffrè Editore, Milano, 2006.
- BERRAONDO LÓPEZ, Mikel, “Pueblos indígenas y derechos territoriales: entre el derecho consuetudinario y el derecho constitucional”, Emiliano Borja Jiménez (Coord.), *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- BERUMEN CAMPOS, Arturo, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, Cárdenas Editores, 2000.
- BETEGON, Jerónimo, *La justificación del castigo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- BLACKBURN, S., *Ruling Passions*, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- “Must we weep for sentimentalism”, *Contemporary debates in Moral Theory*, Ed. James Dreier, Blackwell Publishing, India 2006.
- BLANCO LOZANO, Carlos, *La omisión del deber de socorro en el Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 2009.
- BLANCO MIQUELES, Susana, “La naturaleza del razonamiento jurídico según Carlos Santiago Nino”, C. Rosenkrantz y R. L. Vigo (Comp.), *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, Fontamara. México, 2008.
- BJÖRN, Arp, *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- BOGDANDY, Armin von, CRUZ VILLALÓN, Pedro y HUBER, Peter, *El Derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BONILLA MALDONADO, Daniel, *La Constitución multicultural*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006
- BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl, *Dworkin*, Ara Editores, Lima, 2010.
- BORJA JIMÉNEZ, Emilio, *Introducción al Derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- “Sobre la existencia y principios básicos del Derecho penal indígena”, Borja Jiménez, Emilio (Coord.), *Diversidad cultural: conflictos y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, México, 2012.
- *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- *¿Existe el derecho penal indígena?*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005.
- “El fundamento intercultural del Derecho Penal”, *ADPCP*, Vol. LXII, 2009.
- BORRILLO, Daniel, “Delitos ecológicos y derecho represivo del medio ambiente: reflexiones sobre el derecho penal ambiental en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Constitucionales, Hermenéutica e Teoría do Direito*, 3 (I), janeiro-junho, 2011.
- BÖSE, Martin, “Derechos fundamentales y derecho penal como «derecho coactivo», en Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

- BOUVIER, Hernán G., *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- BOVINO, Alberto, “Culpabilidad, cultura y error de prohibición”, *Revista de Derecho Themis*, No. 15, 1989.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*. Comares. Granada, 2011.
- *Política criminal de la exclusión*, Comares, Granada, 2007.
- BRONITT, Simon, “Vision of a multicultural criminal law: an Australian perspective”, Marie-Claire Foblets and Alison Dundes Renteln (eds.), *Multicultural jurisprudence. Comparative perspectives on the cultural defense*, Hart Publishing/Oñati International Series in Law and Society, Portland, 2009.
- BUSTOS RUBIO, Miguel, *La tipicidad objetiva en el delito de omisión del deber de socorro personal*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.
- BRAITHWAITE, John y Philip PETTIT, *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.
- BRANDT, Richard B., *A theory of the good and the right*, Oxford University Press, 1979.
- *Teoría ética*, Alianza, Madrid, 1982.
- BRION, Fabienne, “Utilizar el género para hacer la diferencia? La doctrina de los delitos culturales y de la defensa cultural”, Salvatore Palidda et. al (Dirs.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, Comares, Granada, 2010.
- BROECK, Van, Jeroen, “Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offences)”, *European Journal of Crime, Criminal law and Criminal Justice*, vol. 9, fasc. 1, 2001.
- BROOKS, Thom, *Punishment*, Routledge, New York, 2012.
- BUCERIUS, Sandra M., and Michael TONRY, *The oxford handbook of ethnicity, crime and immigration*, Oxford University Press, New York, 2013.
- CABEDO MALLOL, Vicente, *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*, Icaria, Barcelona, 2012.
- CABEZAS SALMERÓN, Jordi, *La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales. Puesta en evidencia y crítica de una omisión: la no consideración de los condicionantes socioculturales y económicos del injusticiable en la determinación de su culpabilidad*, Anthropos, Barcelona, 2014.
- CACCIATORE, Guiseppe, “La ética de la libertad entre relativismo y pluralismo”, Pablo Badillo O’Farrel, *Filosofía de la razón plural. Isaiah Berlin entre dos siglos*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2011.
- CAICEDO CAMACHO, Natalia, “La interpretación de los derechos y libertades en sociedades culturalmente diversas”, Natalia Caicedo Camacho y David Moya Malapeira (Coords.), *Diversidad cultural e interpretación de los derechos. Estudio de casos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- CAMARERO SUÁREZ, Victoria, *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- CAMPS, Victoria, “El derecho a la diferencia”, León Olive (Comp.), *Ética y diversidad cultural*, Universidad Nacional Autónoma de México/Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría de la acción e imputación objetiva*, UEC, Bogotá, 1994.
- *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª Ed., Bosch, Barcelona, 2001.

- CANCIO MELIÁ, Manuel y MARAVER GÓMEZ, Mario, “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, Bacigalupo, Silvina y Cancio Meliá., Manuel. (coords.) *Derecho Penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.
- CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, “La inclusión de los otros: la simbología religiosa en el espacio público”, Gutiérrez, Ignacio y Ángel Presno (eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, “¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución”, en *RECPC*, 17-18, 2015.
- CARLSMITH, Kevin M./DARLEY, John M./ROBINSON, Paul H. “Why do we punish? Deterrence and just deserts as motives for punishment”, *Journal of Personality and Social Psychology*, 83, 2002
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Derecho penal y derecho penal sancionador de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2002.
- CARNEVALLI, Raúl, “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, en *Polít. Crim.* No. 3, 2007.
- CARPIZO, Jorge y FIX-ZAMUDIO, Héctor “Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”, *Interpretación constitucional*, 2 tomos, México, Porrúa, 2005.
- CARRASCO, Morita y CESANO, José Daniel, *La pericia antropológica cultural y el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.
- CASTRO JOVER, Adoración, “Interculturalidad y derecho en el ámbito regional y supranacional europeo”, en *Interculturalidad y derecho*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.
- CATALÁ, Santiago, “Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo”, Mottilla, Agustín, (Coord.), *El pañuelo islámico en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- CECCHERINI, Eleonora, *Pluralismo religioso y pluralismo legal: un compromiso posible*, Universidad Nacional Autónoma de México, México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- CELANO, Bruno, *Derecho, justicia y razones. Ensayos 2000-2007*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009.
- Dos estudios sobre la costumbre*, Fontamara, México, 2009.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, “El proceso de criminalización y de victimización de los desplazados sirios en Europa”, *Revista de Victimología*, No. 4, 2016.
- CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español, parte general. Vol. III. Teoría jurídica del delito*, tecnos, Madrid, 2004.
- “La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el código penal peruano”, Fernando Pérez Álvarez (Ed.), *Universitas vitae Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2007
- CIGÜELA SOLA, Javier, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- CISNEROS ÁVILA, Fátima, *Derecho penal y diversidad cultural. Bases para un dialogo intercultural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- “Comportamientos culturalmente motivados y responsabilidad penal. Un análisis de las principales soluciones desde la teoría jurídica del delito”, Fernando Pérez Álvarez (ed.), *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014.
- “Una aproximación a las políticas de gestión de la diversidad cultural”, Patricia Laurenzo Copello, Rafael Durán Muñoz (Coords.), *Diversidad cultural y género y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CLARK, Janine Natalya, “The impact question: The ICTY and the restoration and maintenance of peace”, Bert Swart, Alexander Zahar, Göran Sluiter, (Ed.), *The legacy of the international criminal tribunal for the former Yugoslavia*, Oxford, New York, 2011.

COLEMAN, Jules “Incorporationism, convencionalidad and practical difference thesis”, *Legal Theory* 4, 1998.

---*Riesgos y daños*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

CLÉRICO, Laura, BEADE, Gustavo A. (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 2011.

COMANDUCCI, Paolo, “Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 3, octubre, 1995.

---“La irrelevancia moral de la diversidad cultural”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007.

COMANDUCCI, Paolo, “Sobre el problema de la tolerancia”, Rodolfo Vázquez (Comp.), *Tolerancia y pluralismo*, Ediciones Coyoacán, México, 2005.

CONTU, Alberto, “La soberanía ilegítima. Teoría del garantismo, tutela de los derechos fundamentales y perspectiva del federalismo”, Letizia Gianformaggio, (ed.), *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Temis, Bogotá, 2008.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 2011.

CRUZ, Luis M., “Los derechos fundamentales y el alcance de la Constitución”, Cristina Hermida y José Antonio Santos (Coords.), *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los Diputados/Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015

CUADRADO RUIZ, Ma. Ángeles, “El delito de matrimonio forzado”, Esteban Pérez Alonso (Dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

CUÉLLAR VÁZQUEZ, Angélica, *La justicia alternativa Una mirada sociológica a la justicia restaurativa*, Tirant lo Blanch, 2019.

CULLEN, Carlos, “La construcción de un espacio público intercultural como alternativa a la asimetría de culturas en el contexto de la globalización. Perspectivas latinoamericanas”, en Raúl Fornet-Betancourt (ed.), *Culturas y poder. Interacción y asimetría entre las culturas en el contexto de la globalización*, Desclée, Bilbao, 2003.

CUNNINGHAM, Mirna, “La diversidad cultural y los pueblos indígenas”, Velasco, Honorio M., Prieto de Pedro, Jesús, (Ed.), *La diversidad cultural. Análisis sistemático e interdisciplinar de la Convención de la UNESCO*, Trotta, Madrid, 2016.

DANCY, Jonathan, “Qué es el particularismo en ética?”, Pau Luque (ed.), *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

---“El intuicionismo”, en Peter Singer, *Compendio de ética*, 4ª reimpresión, Alianza, Madrid, 2010.

DAVISON, Donald, *Ensayos sobre acciones y sucesos*, Crítica, Barcelona, 1995.

DAZA GÓMEZ, Carlos, “Imputación a la víctima”, José Luis Díez Ripollés, et. al., *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, tecnos, Madrid, 2002.

---“Los tipos culposos ¿tipos abiertos? Algunas consideraciones sobre el “fin de protección de la norma” en la acreditación del delito culposo”, *Libro Homenaje a Claus Roxin, La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamerica, Tomo I*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003.

DE DOMINGO, Tomás, “La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo: los derechos fundamentales como núcleo del bien común”, Antonio-Luis Martínez-Pujalte y Tomás de Domingo, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Comares, Granada, 2011.

DEL CARPIO RODRÍGUEZ, Columba, *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*, Civitas, Madrid, 2014.

- DE LA CUESTA, José Luis, *Justicia restaurativa y terapéutica hacia innovadores modelos de justicia*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz Ma., “Fines de la pena y justicia reparadora”, Pedro M Garcíandía González y Helena Sotelo Muñoz (Dirs.), *Sobre la mediación pena (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)*, Universidad de la Rioja/Aranzadi, Madrid, 2012
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1998
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, *El odio discriminatorio como agravante penal. sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2013.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, La Ley, Madrid, 2008.
- «El error de prohibición: pasado, presente y futuro», José Cerezo Mir/Rodrigo Fabio Suárez Montes/Antonio Beristain Ipiña/Carlos Romeo Casabona (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999.
- DOHERTY, Teresa, “Foreword”, Julie Fraser, Brianne McGonigle Leyh (ed.), *Intersections of law and culture at the International Criminal Court*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2020.
- DONNELLY, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, New York, 2008.
- Derechos humanos internacionales*, trilla, México, 2018.
- “Cultural relativism and universal human rights”, *Human Rights Quarterly*, No. 6, 1984.
- DONINI, Massimo, *Poder judicial y ética pública la crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa*, Editorial B de f. Buenos Aires, 2015
- *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Ara Editores. Lima, 2010.
- “Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana”, *Revista Penal*, N° 8, 2001.
- DORADO PORRAS, Javier, *El debate sobre el control de Constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Dykinson, Madrid, 1997.
- *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- DUFF, R.A., “Responsabilidad y punibilidad en derecho penal”, Kramer Grant, Colburn Hatzistavru (comps.), *El legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.
- ¿Hacia una teoría del derecho penal?, Beade, Gustavo A. Martí, José Luis, *Discusiones sobre la filosofía del Derecho penal*, Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 2015.
- Punishment, communication and community*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- Answering for crime. Responsibility and liability in the criminal law*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- “Restoration and Retribution”, *Restorative Justice and Criminal Justice Competing or Reconcilable Paradigms?*, Andrew Von Hirsch, Julian V. Roberts, Anthony Bottoms (ed.), Hart Publishing, Portland, 2003.
- *Trial and punishments*, Cambridge University Press, New York, 1986.
- DUNDES RENTELN, Alison, *The cultural defense*, Oxford University Press, New York, 2004.
- “A Justification of the cultural defense as partial excuse”, *S. CAL. REV. L. & WOMEN'S STUD.*, 1993.

DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, 4ª Trotta, Madrid, 2002.

DWORKIN, Ronald, *El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*, Palestra, Lima, 2019.

---*Derechos, libertades y jueces*, Tirant lo Blanch, México, 2015.

---*Una cuestión de principios*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.

---*El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, 2ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2005.

---“La lectura moral y la premisa mayoritarista”, Hougu S., y Koh, h. (Comp.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.

---*Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.

---*Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014.

---*El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*, Palestra, Lima, 2019.

ELÓSEGUI ITXASO, María, *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, Aranzadi, Madrid, 2013.

ELSTER, John, *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

ELY, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. Magdalena Olguín, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

EMBREE, Lester, *Fenomenología continuada. Contribuciones al análisis reflexivo de la cultura*, Jintajáfora, Michoacán, 2007.

ENGLE MERRY, Saly/GRIFFITHS, John/TAMANAH, Brian Z., *Pluralismo jurídico*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007.

ESCUADERO ALDAY, Rafael, “Tensiones conceptuales en el liberalismo y en el multiculturalismo”, Laura Giraudo, (Ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “El delito de matrimonio forzado (art. 172bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos”, *RECPC*, 20-32, 2018.

ETCHEVERRY, Juan B., “Discrecionalidad judicial: de la justicia institucionalizada a la institucionalización de la justicia”, Cristina Hermida y José Antonio Santos (Coords.), *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los Diputados/Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015.

EXTEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Justicia restaurativa y fines del derecho penal”, Margarita Martínez Escamilla y María Pilar Sánchez Álvarez (Coords.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2011.

FACCHI, Alessandra, “Derechos de las mujeres y derechos humanos: un camino entre igualdad y autonomía”, *Derecho y Libertades*, Número 25, Época II, junio, Madrid, 2011.

---“El pensamiento feminista sobre el derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”, *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho en Buenos Aires*, año 3, Número 6, primavera, Buenos Aires, 2005.

FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, “Valoración crítica a la determinación del objeto del dolo conforme a la delimitación entre error de hecho y error de Derecho penal y extrapenal desde los tiempos del RG hasta la actualidad”, *InDret*, 3/2011.

---“Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad. Un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho penal”, *InDret* 4/2009.

---*Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Civitas, Madrid, 2009.

FALCÓN Y TELLA, Ma. José, FALCÓN Y TELLA, Fernando, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

FARIÑAS DULCE, María José, “Laicismo y libertades públicas: hijab (pañuelo islámico), niqab (velo completo) y burka en los espacios públicos”, Pelé, Antonio, (ed.), *Laicidad*, Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014.

FARREL, Martín Diego, *Privacidad, autonomía y tolerancia. Ruidos disonantes en ética*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

--- *La filosofía del liberalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

--- *El derecho liberal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

--- *Ética en las relaciones internas e internacionales*, Gedisa, Barcelona, 2003.

--- “Neutralidad y relatividad agencial”, *Telos*, Vol., II, No. 1, junio, 1993.

--- “Algunas maneras de entender la neutralidad”, *Doxa*, 15-16, 1994.

--- “Para qué la tolerancia”, Rodolfo Vázquez (Comp.), *Tolerancia y pluralismo*, Ediciones Coyoacán, México, 2005.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, B de f, Buenos Aires, 2007.

--- *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio de «fin de protección de la norma de cuidado»*, Bosch, Barcelona, 2001.

--- “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”, *InDret*, 2/2008.

--- “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena”, *InDret*, 1/2007.

FEINBERG, Joel, *Harm to other. The moral limits of the criminal law*, Oxford University Press, 1984.

--- “The expressive function of punishment”, Antony Duff y David Garland (ed.), *A reader on punishment*, Oxford University Press, New York, 1994.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Iustel, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Globalización y derecho”, en *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, Tomo II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., “Debates jurídico-internacionales sobre cultura y derecho”, *La UNESCO y la protección internacional de la cultura en el espacio Iberoamericano*, Civitas, Madrid, 2011.

FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.

--- *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2011.

--- “El derecho penal mínimo”, en *Escritos sobre derecho penal. Tomo 1. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014.

--- “Magistratura democrática y el ejercicio alternativo de la función judicial”, *Escritos sobre derecho penal. nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018.

FERRE OLIVE, Juan Carlos, “Diversidad cultural y sistema penal”, en *Revista Penal*, No. 22, 2008.

FIANDACA, Giovanni, “¿Cuándo prohibir y por qué castigar? Razones de “concordia discors” con Luigi Ferrajoli”, Letizia Gianformaggio (Editora), *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Temis, Bogotá, 2008.

FIANDACA, Giovanni, Enzo MUSCO, *Derecho penal parte general*, temis, Bogotá, 2006.

FISS, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, Fontamara, México, 1997.

FIX-FIERRO, Héctor, “Los tribunales constitucionales en la consolidación democrática. La perspectiva de la sociología del derecho”, en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia*, México, 2007.

FLETCHER, George, *Gramática del Derecho penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

- Conceptos básicos de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- FLORES DÉLEON, Erika, *Introducción al derecho cultural*, Atelier, Barcelona, 2018.
- FORST, Rainer, *Tolerance in conflict. Past and present*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2016.
- FRISCH, Wolfgang, “¿La tolerancia como principio limitador del Derecho Penal?”, Andrew von Hirsch, Kurt Seelmann, Wolfgang Wohlers, (ed. alemana), Ricardo Robles Planas (ed. española), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012.
- “Derecho penal y solidaridad. A la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. A la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro”, *InDret*, 4/2016.
- GALIANA SAURA, Ángeles, *La ley: entre la razón y la experimentación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GALSTON, William, *Liberal pluralism. The implications of value pluralism for political theory and practice*, Cambridge University Press, 2002.
- GAMA, Leopoldo, *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa, “La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015 ¿De la discriminación a la reinserción?”, *RECPC*, 18-07, 2016.
- GARCÍA ESTEBAN, M D “Expulsión de extranjeros del Código Penal”, *Revista Penal*, No. 35, 2015.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel, *Matrimonio e inmigración. El control del consentimiento matrimonial en la reagrupación familiar*, Colex, Madrid, 2009.
- GARCÍA RUÍZ, Alicia y PÉREZ CHICO, David, “Perfeccionismo: una propuesta contemporánea” *Perfeccionismo. Entre la ética política y la autonomía personal*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2014.
- GARDNER, John, *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder*, Ariel, Barcelona, 1996.
- “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El “Constitucionalismo popular” frente a la teoría de Carlos Nino”, *Homenaje a Carlos S. Nino*, Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz, (Coords.), Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires, 2008.
- De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2008.
- Castigar al prójimo por una refundición democrática del derecho penal*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.
- GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005.
- Castigar y asistir. Una historia de las estrategias penales y sociales del siglo XX*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2018.
- GARRIDO GÓMEZ, Ma. Isabel, “El interculturalismo como propuesta de gestión de los derechos de las minorías culturales”, Pérez de la Fuente, Oscar (ed.), *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Dykinson, Madrid, 2008.
- GARZÓN LÓPEZ, Pedro, *Ciudadanía indígena. Del multiculturalismo a la colonidad del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

GARZÓN VÁLDES, Ernesto “Acerca de la universalidad de los derechos humanos y su fundamentación”, *Los derechos humanos en un mundo dividido*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.

---“El problema ético de las minorías étnicas”, León Olivé, (Comp.), *Ética y diversidad cultural*, UNAM-Fondo de Cultura Económico, México, 1993.

---“¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?”, María Julia Bertomeu, Rodolfo Gaeta, Gabriela Vidiella (Comps.), *Universalismo y multiculturalismo*, Eudeba, Buenos Aires, 2000

GAUTHIER, *Moral por acuerdo*, Gedisa, Barcelona, 2003.

GEERTZ, Clifford, *La interpretación de las culturas*, Gedisa, Barcelona, 2000.

GELLNER, Ernst, *Razón y cultura*, Síntesis, Madrid, 2005.

GIBBARD, Allan, *Meaning and normativity*, Oxford, University Press, New York, 2003.

GIL GIL, Alicia, “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, *InDret*, 4/2016.

GIMBERNAT ORDEIG, Gimbernat, “El dilema penal de una religión”, *Ensayos penales*, tecnos, Madrid, 1999.

GIORDANO, Christian, “Las nociones de cultura y de derecho en antropología”, *Anuario de Derecho Penal*, 2010.

GOLDSTEIN, Taryn F., “Cultural conflicts in court: should the American Criminal Justice System formally recognize a cultural defence”, *Dick L. Rev.*, 1994.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo”, *InDret*, 2/2008.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Delitos de discriminación y discurso de odio punible nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Juruá Editorial, Oporto, 2019.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GONZÁLEZ BRIZUELA, Florencia, “La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: hacia nuevas formas de reconocimiento”, Natalia Caicedo Camacho y David Moya Malapeira (Coords.), *Diversidad cultural e interpretación de los derechos. Estudios de casos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

GONZÁLEZ RUIZ, Isaac, *Garantismo penal y multiculturalidad. Propuesta de análisis crítico de la Dogmática penal mexicana y su realidad en la diversidad cultural de México*, Dijubis, México, 2009.

GONZÁLEZ, Leonardo, “Tolerancia, autonomía y principio de daño”, *Praxis Filosófica*, núm. 41, julio-diciembre, 2015.

GORDILLO SANTANA, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007.

GRACIA MARTÍN, Luis, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006.

GRAY, John, *Las dos caras del liberalismo. Una interpretación de la tolerancia liberal*, Paidós, Barcelona, 2001.

GRECO, Luís, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

---“Asesinatos por honor en el Derecho Penal Alemán”, María Elósegui Itxaso, *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2012.

GUARIGLIA, Osvaldo, *Moralidad. Ética universalista y sujeto moral*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1996.

---“El concepto normativo de «persona» y los requisitos mínimos de justicia distributiva en una sociedad democrática”, *Doxa*, núm. 13, 1993.

- GUASTINI, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2014.
- *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999.
- *Interpretación, Estado y Constitución*, ARA Editores, Lima, 2010.
- *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del derecho en el estado constitucional*, Palestra, Lima, 2018.
- *Otras distinciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.
- *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, Raguel Ediciones, Lima, 2016.
- GUIZAR, Esperanza, *Introducción a la ética*, Cátedra, Madrid, 1999.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Derecho penal y minorías étnicas: planteamiento y liquidación criminalista de un problema político”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, No. 11, enero, 2014.
- HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 1998.
- “La Constitución como cultura”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 6, 2002.
- *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, tecnos, Madrid, 1998.
- *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, trad. Joaquín Brage Camazano, Dykinson, Madrid, 2003.
- HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 1999.
- *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 2000.
- *La Constitución de Europa*, Trotta, Madrid, 2012.
- *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Paidós, Barcelona, 2000.
- *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Cátedra, Madrid, 1984.
- HALL, Nathan Abbee CORB, Paul GIANNASI, John G. D. GRIEVE (eds.), *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, Routledge, New York, 2015.
- HAMPTON, Jean, “A new theory of retribution”, en Frey/Morris, *Liability and responsibility. Essays in law and moral*, Cambridge, 1991.
- HARE, R. M., *El lenguaje de la moral*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1975.
- *Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas*, Ariel, Barcelona 1999.
- *Moral thinking. Its levels, method and point*, Clarendon Press, Oxford, New York, 1981.
- HARMAN, Gilbert, *La naturaleza de la moralidad. Una introducción a la ética*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- *Punishment and responsibility essays in the philosophy of law*, 2 ed., Oxford University Press, 2009.
- *Derecho, libertad y moralidad*, Dykinson, Madrid, 2006.
- HARRIS, Marvin, *Antropología general*, Alianza, Madrid, 2006.
- *El materialismo cultural*, Alianza, Madrid, 1982.
- *El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura*, Siglo XXI, México, 1979.
- *Teorías sobre la cultura en la era posmoderna*, Crítica, Barcelona, 2000.
- HASSEMER, Winfried, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- HARZER, “La independencia y su significación para la teoría de la pena”, *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000.
- HEIMBURGER, Robert W., *God and the Illegal alien. United State immigration law and theology of politics*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2018.
- HENDLER, Edmundo, *El juicio por jurado. Significados, genealogías, incógnitas*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

HENRAD, Kristin, “Libertad de religión y minorías religiosas: ¿una adaptación adecuada de la diversidad religiosa”, en Ruiz Vieytez, Eduardo J., Gorka Urrutia Asua, (Eds.), *Derechos humanos y diversidad religiosa*, Editorial Derechos Humanos, Ixtaropena, 2010.

HERRERA GÓMEZ, Manuel, *Liberalismo versus comunitarismo. Seis voces para un debate y una propuesta*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

HIGGINS, Noelle, *Cultural defences at the International Criminal Court*, Routledge, New York, 2018.

HIRSCH, von Andrew, “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad Castilla La Mancha, Cuenca, 2003.

HIRSCH, von Andrew, SLEEMANN, Kurt y WOHLERS, Wolfgang, “Introducción. ¿Qué son los «mediating principles»?”, en Ricardo Robles Planas (ed. española), *Límites al Derecho penal. principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012.

HOERSTER, Norbert, “Entrevista”, *Revista Doxa*, No. 1, 1984.

---“Ética jurídica sin metafísica”, en Rodolfo Vázquez (Comp.) *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 2003.

HÖFFE, Otried, *Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo. Ética política en la era de la globalización*, Katz, Buenos Aires, 2007.

--- *Derecho intercultural*, Gedisa, Barcelona, 2008.

--- *Justicia. Una introducción filosófica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

HONORÉ, Tony, *Responsability and fault*, Hart Publishing, Oxford, 1999.

HOOKER, Brad, Margaret Little, (eds.), *Moral particularism*, Oxford University Press, New York, 2001.

HÖRNLE, Tatjana, “Cultura, religión , derecho penal. nuevos desafíos en una sociedad pluralista”, *En Letra: Derecho Penal*, Año IV, número 6, 2014.

---“Theories of criminalization”, en Dubber y Hörnle (ed.), *Oxford Handbook of criminal law*, New York, 2014.

--- “Rights of others in criminalisation theory”, en AP Simester, Antje Du Bois-Pedain and Ulfrid Neumann (eds.), *Liberal criminal theory. Essays of Andreas von Hirsch*, Hart Publishing, United Kingdom, 2014.

HURTADO POZO, José, “Derecho penal y diferencias culturales”, en Emiliano Borja Jiménez (Coord.), *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

HUSAK, Douglas, *Sobrecriminalización. Los límites del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

---*The philosophy of criminal law. Selected essays*, Oxford University Press, New York, 2010.

---“Retributive desert and deterrence: How both cohere in a single justification of punishment”, en Jonathan Jacobs and Jonathan Jackson, *The routledge handbook of criminal justice ethics*, Routledge, New York, 2017.

IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia, “Debates sobre la autonomía y el consentimiento en los matrimonios forzados”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, 2013.

---“Matrimonios forzados: ¿otra oportunidad para el derecho penal simbólico?”, en *Indret*, 1/2015.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998.

IGLESIA VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

IPOHORSKI LENKIEWICZ, José M., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al Derecho Penal”, en Roberto Gargarella, Daniel R. Pastor (Dirs.), *Constitucionalismo, garantismo y democracia. Puentes dialógicos entre el derecho constitucional y el derecho penal*, AD-HOC, Buenos Aires, 2016.

ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona*, Civitas, Madrid, 1996.

---“La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, Carlos Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.

---*El concepto jurídico-penal de acción*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

JARVIS, Michelle, “An emerging gender perspective on international crimes”, Gideon Boas & William A Schabas, *International criminal law developments in the case law of the ICTY*, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Carolina, *La dimensión de género en los tribunales penales internacionales*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

JIMÉNEZ VILLAREJO, José, “Jueces, magistrados y ciudadanos”, *Dogmática y ley penal. libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Tomo II*, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset/Marcial Pons, Madrid, 2004.

JULLIEN, François, *De lo universal, de lo uniforme, de lo común y del diálogo entre las culturas*, Siruela, Madrid, 2010.

JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de, “Una aproximación a la neutralidad liberal”, *Derechos y Libertades. Revista del instituto Bartolomé de las Casas*, jul-dic., 1995.

KAHN, Paul W., *Construir el caso. El arte de la jurisprudencia*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2017.

KELSEN, Hans, *¿Se convertirá la sentencia del Juicio de Núremberg en un precedente para el derecho internacional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

---*Esencia y valor de la democracia*, Ediciones Guadarrama, Madrid, 1977.

--- *Teoría general del derecho y del estado*, México, UNAM, 1979.

KENNEDY, David M., *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de la pena*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

KINDHÄUSER, Urs, “Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal”, Urs Kindhäuser/Juan Pablo Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2011.

KRAMER, Matthew H., *The ethics of capital punishment. A philosophical investigation of evil and its consequences*, Oxford University Press, New York, 2011.

KIM, Nancy S., “The Cultural defense and the problem of cultural preemption: A framework for analysis”, *New Mexico Law Review*, Volume 27, 1997.

KYMLICKA, Will, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós, Barcelona, 2003.

--- *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona, 1996.

--- *Liberalism, community and culture*, Clarendon Press Oxford, New York, 1989.

---“Introduction: criminal law and cultural diversity”, *Criminal law and cultural diversity*, Oxford, University Press, New York, 2014

--- *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, Paidós, Barcelona, 2009.

---“La tradición del contrato social”, Peter Singer, (ed), *Compendio de ética*, Alianza, Madrid, 2004.

---“Liberal individualism and liberal neutrality”, *Ethics*, Vol. 99, jul, 1989.

KYMLICKA, Will, Claes LERNESTEDT, Matt MATRAVERS, (Ed.), *Criminal law and cultural diversity*, Oxford University Press, New York, 2017.

KUHLEN, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

KUTSCHERA, Franz von, *Fundamentos de ética*, Cátedra, Madrid, 1989.

LARIGUET, Guillermo, *Dilemas y conflictos trágicos. Una investigación conceptual*, Palestra, Lima, 2008.

--- *Dilemas en la moral, la política y el derecho*, B de f, Buenos Aires, 2017.

--- *Encrucijadas morales. Una aproximación a los dilemas y su impacto en el razonamiento práctico*, CSIC/Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2011.

LARRAURI PIJOAN, Elena, “La economía política del castigo”, *RECPC*, 11-06, 2009.

---“Antecedentes penales y expulsión de personas migrantes”, *InDret*, 2016.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (Coord.), *Manual de introducción al Derecho Penal*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

LAURENZO COPELLO, Patricia, “El derecho penal frente a la diversidad cultural: una ambivalencia programada”, Enara Garro Carrera, Jon Mirena Landa Gorostiza (Dirs.), *Retos emergentes de los Derechos Humanos ¿Garantías en peligro?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

“¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *Estudios penales y criminológicos*, N.º. 35, 2015.

---“Introducción”, *Diversidad cultural, género y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

---“El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos”, Juan Carlos Carbonell Mateu, José Luis González Cussac, Enrique Orts Berenguer, María Luisa Cuerda Arnau (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

---“La violencia de género en el derecho penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo”, Patricia Lorenzo Copello, María Luisa Maqueda Abreu, Ana María Rubio Castro, (Coords.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

---“Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, Carlos García Valdés, Margarita Valle Mariscal de Gante, Antonio Rafael Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Vol. 2*, Edisofer, Madrid, 2008.

---“Últimas reformas en el Derecho Penal de extranjeros. Un nuevo paso en política de extranjería”, *Jueces para la democracia*, No. 50, 2004.

---“El enfoque teleológico-funcional en el sistema del delito: breves notas sobre su alcance garantístico”, Fermín Morales Prats, Gonzalo Quintero Olivares (coords.), *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

---“Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo”, José Cerezo Mir, et. al., (Coords.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: (libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López)*, Comares, Granada, 1999.

---*Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

---“Drogas y Estado de derecho: Algunas reflexiones sobre los costes de la política represiva”, *Jueces para la democracia*, N.º 24, 1994.

LERNSTEDT, Claes, “Criminal law and “Culture”, Will Kymlicka (ed.), *Criminal law & cultural diversity*, Oxford University Press, New York, 2014.

LESCH, Heiko Hartmut, *El concepto de delito. Ideas fundamentales de una revisión funcional*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

LEVI-SRTAUSS, Claude, *Las estructuras elementales del parentesco*, Paidós, Barcelona, 1969.

LEWIS, Reina, “Modest fashion and anti-fashion”, Anna-Mari Almila and David Inglis, *The Routledge international handbook to veils and veiling practices*, Routledge, New York, 2018.

LINARES, Sebastian, *La (i)legalidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

- LINTON, Ralph, *Estudio del hombre*, Fondo de Cultura Económica, México, 1967.
- Cultura y personalidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996.
- LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de derecho penal parte general*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2010.
- LORA DELTORO, Pablo de, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- LORENTE MOLINA, Belén y DE TORRES PORRAS, Flor, “Violencia dóxica y cultura patriarcal: sobre el proceso de feminización de la fiscalía de violencia de género”, Patricia Laurenzo Copello y Rafel Durán Muñoz (Coords.), *Diversidad cultural, género y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- LORENZO IZQUIERDO, David, *Comunitarismo contra individualismo. Una revisión de los valores de occidente desde el pensamiento de Alasdair MacIntyre*, Aranzadi, Pamplona, 2007.
- LUCAS, Javier de, “La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos”, en *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001.
- “¿Para dejar de hablar de la tolerancia?”, *Doxa*, No. 11, 1992.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Estudios penales*, PPU, Barcelona, 1991.
- “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”, en *ADPCP*, T. XLVI, Fasc. I, enero-abril, 1993.
- MACCORMICK, Neil, *H.L.A. Hart*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- MACIAS CARO, Victor Manuel, *Los «delitos culturales» a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales*, tesis doctoral inédita, Huelva, 2014.
- MACKIE, J. L., *Ética. La invención de lo bueno y malo*, Gedisa, Barcelona, 2000
- MALAMUD GOTI, Jaime, *Suerte moralidad y responsabilidad penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- MALEM SEÑA, Jorge F., “Pueden las malas personas ser buenos jueces”, en *DOXA*, No. 24, 2001.
- MANSO PORTO, Teresa, *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Mediación, reparación y conciliación en Derecho Penal*, Comares, Granada, 2007
- MAÑALICH R., Juan Pablo, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling”, *InDret* 2/2015.
- MARAVÉR GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, Eduardo Montealegre Lynett (Coord.), *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal Tomo II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- MARCOS DEL CANO, Ana María, “El proceso de integración de la inmigración: luces y sombras”, *Inmigración, multiculturalismo y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia/UNED, 2009.
- MARCHAL ESCALONA, Nuria, “La mutilación genital femenina: ¿Una nueva forma de esclavitud contemporánea? Retos y oportunidades”, Esteban Pérez Alonso, *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MARCHETTI, Elena, and WOWNIE, Riley, “Indigenous people and sentencing court in Australia, New Zealand, and Canada”, Sandra M Bucierius, Michael Tonry, *The Oxford handbook of ethnicity, crime, and immigration*, Oxford University Press, New York 2014.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, “Derecho Penal y diversidad religioso-cultural: los delitos de mutilación genital y matrimonio forzado”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII, 2017.

MARKEL, Dan/Chad FLANDERS “Bentham on Stilts: The Bare Relevance of Subjectivity to Retributive Justice”, en *California Law Review*, Volume 98, 2010.

MARMOR, Andrei, “Autoridades y personas”, *DOXA*, 17-18, 1995.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?”, Carlos García Valdés, et. al., (coords.), *Estudios penales Libro Homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig. Tomo I*, Edisofer s.l., Madrid, 2010.

---*La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP.*, Atelier, Barcelona, 2007.

---“¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad” *RECPC*, 10-06, 2008.

---“Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?” *InDret*, 2009.

MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, tecnos, Madrid, 2001.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

MARTÍN RÍOS, Blanca, *La prevención y represión del discurso del odio hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, Aranzadi. Pamplona, 2019.

MASSINI CORREAS, C. I., *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2005.

MATRAVERS, Mathias, *Justice and Punishment. The rationale of coercion*, Oxford University Press, 2000.

---“Political theory and the criminal law”, R.A. Duff & Stuart P. Green, *Philosophical foundations of criminal law*, Oxford University Press, Great Britain, 2013

MATTELART, Armand, *Diversidad cultural y mundialización*, Paidós, Barcelona, 2006.

MAXINE CLARKE, Kamari, *Fictions of justice. The international criminal court and the challenge of legal pluralism in Sub-Saharan Africa*, Cambridge University Press, New York, 2009.

MAYER, Max Ernest, *Derecho Penal parte general*, B de f, Buenos Aires, 2007.

McNEILL, Fergus, “Cuando el castigo es rehabilitación”, *InDret*, 3/2015.

MEINI, Iván, “Sobre la interpretación del Derecho Penal”, en De la Cuesta Aguado, Paz, Ma., et. al., (Coords.), *Liber Amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan Ma. Terradillos Basoco*, Tirant, Blanch, Valencia, 2018.

---“Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, No. 60, 2007.

MELÉNDEZ VALDÉS NAVAS, Marina, *Derecho de libertad religiosa, pluralismo religioso y espacio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MELENDO PARDO, Mariano, “Valores de la acción y bienes jurídicos. Algunas observaciones a la interpretación mayoritaria de la función ético-social del Derecho penal en Welzel”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, No. 2, 2009.

MELERO DE LA TORRE, Mariano C., *Rawls y la sociedad liberal*, Plaza y Valdés, Madrid, 2010.

MENDOCA, Daniel, *Los secretos de la ética*, Tecnos, Madrid, 2001.

MENKE, Christoph, POLLMANN, Arnd, *Filosofía de los derechos humanos*, Herder, Barcelona, 2010.

MICAELA GOMIZ, María, “Criminalización del pueblo Mapuche en Argentina”, en Felipe Gómez Isa y Mikel Berraondo (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013.

MILTON PERALTA, José, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, 9ª ed. B de f, Buenos Aires, 2011.

---*Estado pena y delito*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2006.

---“Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho”, *Político criminal y reforma del derecho penal*, Temis, Bogotá, 1982.

---“La distinción del error de tipo y error de prohibición en Derecho penal”, *El consentimiento. El error*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

MIRÓ LLINARES, Fernando, “La criminalización de conductas “ofensivas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-23, 2015.

--- *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Una aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona, 2009.

---“El “moderno” Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, *InDret*, julio, 2009.

MIRÓ LLINARES, Fernando, BAUTISTA ORTUÑO, Rebeca, “¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial”, *InDret*, 4/2013.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *El extranjero frente al derecho penal. el error de prohibición y su incidencia en la culpabilidad*, Bosch, Barcelona, 2008.

MONTERO SOLER y TORRES LÓPEZ, *La economía del delito y de las penas. Un análisis crítico*, Comares, Granada, 1998.

MONTICELLI, Luca. “Le ‘cultural defenses’ (esimenti culturali) e i reati ‘culturalmente orientati’. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale”. *L’indice Penale*, 2003.

MOORE, Michael S., *Placing blame*, Oxford University Press, 1997.

--- *Causalidad y responsabilidad. Un ensayo sobre derecho, moral y metafísica*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

MORAL SORIANO, Leonor, *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

MORESO, José Juan, *La constitución modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

MORLLAS CUEVAS, Lorenzo (coord.), *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: aspectos penales, civiles y procesales*, Dykinson, Madrid, 2007.

MORRIS, “Persons and punishment”, 52, *Monist*, 1968.

MUÑOZ ARENAS, Alberto, “Aspectos teóricos y procedimentales de la evaluación de políticas públicas”, Adán Nieto Martín (dirs.) *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

---*Derecho penal y control social*, Temis, Bogotá, 2004

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2011.

MUÑOZ RUÍZ, J., “La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas”, *RECPC*, 16-05, 2014.

MÜSSIG, Bernd, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, UEC, Bogotá, 2001.

NAGEL, Thomas, *La posibilidad del altruismo*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, “El uso del hiyab en las escuelas públicas ante los tribunales: Comentario a la sentencia 35/2012, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Madrid, núm. 32, de 25 de enero de 2012”, Lorenzo Copello, Patricia, Rafael Durán Muñoz (Coords.), *Diversidad cultural, género y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

NAVARRO CARDOSO, F., “Expulsión “penal” de extranjeros: una simbiosis de Derecho Penal “simbólico” y Derecho Penal del “enemigo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, No. 17, 2006.

NINO, Carlos S., *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

--- *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2003.

--- *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Ariel, Barcelona, 2005.

--- “Liberalismo conservador: ¿Liberal o conservador?”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, (Coord.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007.

--- “La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”, *Fundamentos de derecho penal*, Gedisa, Buenos Aires, 2008

--- *Fundamentos de derechos constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 3ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2005

--- *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1990.

--- “Discurso moral y derechos liberales”, *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política II, Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2007.

--- *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1990.

--- *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1983.

--- “Ética analítica en la actualidad”, *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política I*, Gedisa, Barcelona 2007.

--- “La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”, *Los Escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de derecho penal*, Gedisa, Buenos Aires, 2008.

--- “Sobre lo que nos espera cuando despedamos a Kant y Hegel”, *Fundamentos de derecho penal*, Gedisa, Barcelona, 2008.

--- “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

--- “Ética legal entre la metafísica y la futilidad”, *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política I. Metaética, ética normativa y teoría jurídica*, Gedisa, Buenos Aires, 2007.

--- “Libertad, igualdad y causalidad”, *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política II, Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2007.

--- “Discurso moral y derechos liberales”, *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política II, Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona 2007.

--- “La democracia epistémica puesta a prueba. Respuesta a Rosenkrantz y Ródenas”, *DOXA*, No. 10, 1991.

--- *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, 1ª reimpresión, Astrea/UNAM, Buenos Aires, 2006.

--- “La Constitución como convención”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 6, Mayo-Agosto, Madrid, 1989.

--- “Derecho penal y democracia”, *Los escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal*, Gedisa, Barcelona, 2008.

--- *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005.

OLIVÉ, León, *Multiculturalismo y pluralismo*, Paidós/UNAM, México, 1999.

- Ética y diversidad cultural*, 2ª Ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2004
- OLAIZOLA NOGALES, Inés “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, *RECPC*, 20-03, 2018.
- El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007.
- OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel, *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos. Fundamentos, contextos formativos y normas de derecho internacional*, Universidad Carlos III de Madrid/BOE, Madrid, 2012.
- ONGHENA, Yolanda, “Intercultural/Multicultural”, *Sistemas culturales multiétnicos y derecho de integración*, Cuadernos de Derecho Judicial, número XX, Madrid, 2006.
- ORENTLICHER, Diane F., “Relativismo y religión”, Michael Ignatieff, *Los derechos humanos como política e idolatría*, Paidós, Barcelona, 2003.
- OROZCO GÓMEZ, Miguel, *Procedimientos constitucionales: controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad*, Porrúa, México, 2004.
- ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Análisis económico del derecho y política criminal”, *RDPC*, 2ª Época, número extraordinario 2, 2004.
- “¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental”, Raúl Carnevali (Coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2017.
- “La economía como herramienta en la evaluación legislativa: análisis de costes, coste-eficacia y coste-beneficio”, Adán Nieto Martín (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016
- ORTIZ MILLÁN, Gustavo, “Naturalismo y racionalidad práctica en la teoría de la acción de Hume”, en G. Leyva (Ed.), *Filosofía de la acción. Un análisis histórico-sistemático de la acción y la racionalidad práctica en los clásicos de la filosofía*, Universidad Autónoma Metropolitana/Síntesis, Madrid, 2008.
- PAPAUX Alexandre, “Teoría y práctica de los órganos judiciales plurilingües en Suiza. Lenguas judiciales y conocimientos lingüísticos requeridos por el juez”, Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga (Dir.), *La administración de justicia en un estado plurilingüe*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, “Liberalismo, pluralismo y coacción”, en *DOXA*, No. 11, 1992.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en derecho penal*, Madrid, 1995.
- PASCALE, Alessia Di, “Italy and unauthorized migration: between state sovereignty and human rights obligations”, Rubio-Marín, Ruth (ed.), *Human rights and immigration*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014.
- PAREKH, Bhikhu, *Repensando el multiculturalismo*, Istmo, Madrid, 2005.
- “Cultural defense and the criminal law”, en Will Kymlicka, Claes Lernestedt and Matt Matravers, (eds.), *Criminal law & cultural diversity*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014.
- PARFIT, Derek, *Razones y personas*, Antonio Machado, Madrid, 2005.
- PARMIGIANI, Matías, “Liberalismo, sanción y reproche: una revisión crítica del concepto de reproche en la teoría jurídico-penal de C. S. Nino”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 39, octubre, 2013.
- PAWLICK, Michael, “Error de prohibición en caso de situación legal confusa”, *InDret*, 3/2020.

- Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*, Atelier. Barcelona, 2019.
- Ciudadanía y derecho penal. fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier, Barcelona, 2016.
- “¿Pena o combate de peligros. Los principios del derecho internacional penal alemán ante el foro de la teoría de la pena”, *InDret*, 4/2011.
- La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- PAULSON, Stanley L., *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch. Y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Problemas y expectativas de las teorías de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, en *Indret*, 4, octubre, 2014.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “*Poena forensis* y retribución. Propuesta para la restauración de una teoría”, *InDret*, 3/2020.
- PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Sobre el discurso de las minorías”, Montserrat Abad Castelos, et. al., (Coords.), *Derecho y minorías*, Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015.
- “Derecho como integridad y pluralismo de valores: Dworkin y Berlin”, José M. Sauca (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- “Casos indígenas e interpretación judicial: de la teoría a la práctica”, Mayolo García García, Rodolfo Moreno Cruz (coords.), UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.
- Minoría gitana, Derecho penal y teorías republicanas del castigo”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N°. 27, 2013.
- “Inmigración y ética de la alteridad”, *Una discusión sobre inmigración y proyecto intercultural*, Dykinson, Madrid, 2013.
- “Feminismo y multiculturalismo. Una versión de Ariadna en el laberinto de las identidades”, *Perspectivas sobre feminismo y derecho*, Dykinson, Madrid, 2012.
- “Qué democracia(s)”, en *Co-herencia: revista de humanidades*, Vol. 9, N°. 16, 2012.
- “Los delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, *European Journal of Legal Studies*, Volume 5, Issue 1, Spring/Summer, 2012.
- “Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio: Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N°. 21, 2010.
- “El enfoque español sobre el lenguaje del odio”, Pérez de la Fuente, Oscar, Oliva Martínez, J.D., *Una discusión sobre identidad, minorías y solidaridad*, Dykinson, Madrid, 2010.
- “Feminismo, liberalismo y comunitarismo: una aproximación a sus relaciones, implicaciones y dilemas”. *Sistema: Revista de ciencias sociales*, N° 217, 2010.
- “Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N°. 15, 2007.
- *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, Dykinson, Madrid, 2005.
- *La polémica liberal comunitarista. Paisajes después de la batalla*, Dykinson, Madrid 2005.
- “Indígenas y derechos colectivos: ¿es el multiculturalismo malo para las mujeres?”, *Derechos y libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, Año 9, No. 13, 2004.
- PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999.
- PERULERO GARCÍA, Diana, “Hacia un modelo de justicia restaurativa: la mediación penal”, Pedro M Garcandía González y Helena Sotelo Muñoz (Dirs.), *Sobre la mediación pena (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)*, Universidad de la Rioja/Aranzadi, Madrid, 2012.

- PETTTT, Philip, “El consecuencialismo”, Peter Singer, *Compendio de ética*, 4ª reimpresión, Alianza, Madrid, 2010.
- PEAY, Jill, ELAINE Player, “The ethics of criminalization: Intentions and consequences”, Jonathan Jacobs y Jonathan Jackson, *The Routledge Handbook of Criminal Justice Ethics*, New York, 2017.
- PIGDEN, Charles R., “El naturalismo”, Peter Singer, *Compendio de ética*, 4ª reimpresión, Alianza, Madrid, 2010.
- PIÑA ROQUEFORT, Juan Ignacio, “Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del Derecho penal. ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructiva?”, Gómez-Jara Díez, Carlos, (ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal. fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005
- PIQUER MARÍ, José Miguel, et. al., *Pluralismo. Perspectivas políticas y desarrollos normativos*, Universidad Cardenal Herrera/Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, Porrúa, México, 2001.
- Naturaleza del deber jurídico y función ético-social del Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Diversidad cultural y Derecho penal”, Paz Mercedes de la Cuesta Aguado, Luis Ramón Ruiz Rodríguez, María Acale Sánchez, Esther Hava García, María José Rodríguez Mesa, Gloria González Agudelo, Iván Meini Méndez, José Manuel Ríos Corbacho, (Coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 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”, Silvina Bacigalupo, Bernardo José Feijoo Sánchez, Juan Ignacio Echano Basaldua, (coords.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.
- “Sobre la compatibilidad entre la universalidad de los derechos fundamentales y el derecho penal intercultural”, Lorenzo Copello, Patricia, Rafael Durán Muñoz, (Coords.), *Diversidad cultural, género y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014
- El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- “Teorías de la justicia “proyectos” relativistas y Derecho Penal”, en Juan Carlos Carbonell Mateu, José Luis González Cussac, Enrique Orts Berenguer, María Luisa Cuerda Arnau (Coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- “La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho penal y procesal penal del "enemigo", Manuel Cancio Meliá, Carlos Gómez-Jara Díez, (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Edisofer, Buenos Aires, 2006.
- “La omisión del deber de socorro”, Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats (Coords.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- “La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre el iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho: especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos”, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- “Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los

valores penales”, José Luis Díez Ripollés (Coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, tecnos, Madrid, 2002.

PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander, *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

POSNER, Richard, “An Economic Theory of the Criminal Law”, *Columbia Law Review*, 85, 1985.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*, Civitas, Madrid, 2010.

PRIETO DE PEDRO, Jesús, *Cultura, culturas y constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 5ª. Reimpresión, Madrid, 2013.

---“Diversidad y derechos culturales”, Pérez de la Fuente, Oscar (ed.), *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Dykinson, Madrid, 2008

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

---*Interpretación y creación judicial del derecho*, Palestra, Lima, 2007.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Derecho penal parte general*, Aranzadi, Thomson Reuters, 4ª ed., Pamplona, 2010.

---*Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Civitas, Madrid, 2016.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Derecho penal constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RABOSSA, Eduardo, *La justificación moral del castigo*, Astrea, Buenos Aires 1979.

---“Emotivismo ético positivismo lógico e irracionalismo”, en *Dianoia. Anuario de Filosofía*, Año XVII, Núm. 17, 1971.

RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2019.

RAMSAY, Peter, “Democratic limits to preventive criminal law”, Andrew Ashworth, Lucia Zedner (Ed.), *Prevention and the limits of the criminal law*, Oxford University Press, New York, 2013.

RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, 3ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

--- *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 2004.

--- *La justicia como equidad*, tecnos, Madrid, 2002.

---“Dos conceptos de reglas”, Philippa Foot, *Teorías sobre la ética*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona, 2001.

---*Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

---*Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

--- *La autoridad del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

REAL ALCALÁ, J. Alberto del, “Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural”, F. J. Ansuátegui Roig, J.A. López García, A. del Real Alcalá, R. Ruíz Ruíz (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Dykinson, Madrid, 2005.

REDONDO, María Cristina, “Dos modelos de norma y razonamiento práctico”, Pau Luque (ed.) *Particularismo. Ensayo de filosofía del derecho y filosofía moral*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

--- *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

REGUEIRO, Raquel, “El burkini como manifestación de la libertad religiosa. Análisis en base al sistema universal de protección de los derechos humanos”, Amérigo, Fernando (coords.), *Antropología cultural del vestido: perspectivas sobre el Burkini*, Dykinson, Madrid, 2018.

RESTON, María Inés, *Delito y diversidad cultural. Una propuesta de solución para los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa*, tesis doctoral, inédita, 2017.

- REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1994.
- “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, *ADPCP*, Tomo 45, Fasc/Mes 3, 1992.
- RICOEUR, Paul, *Lo justo*, Caparrós Editores, Madrid, 1999.
- RÍOS CORBACHO, José Manuel “Nuevos tiempos para el delito de maltrato de animales a la luz de la reforma del Código Penal español (LO 1/2015)”, *RECPC*, 18-17, 2016.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, *Justicia restaurativa y transicional en España y Chile claves para dignificar víctimas y perpetradores*, Comares. Granada, 2017.
- RIVERA LLANO, Abelardo, *Derecho penal posmoderno*, temis, Bogotá, 2005.
- RIVERA LÓPEZ, Eduardo, *Presupuestos morales del liberalismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- “Castigo penal, injusticia social y autoridad moral”, *Análisis Filosófico*, vol. XXXV, núm. 2, noviembre, 2015.
- ROBINSON, Paul, *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, “Normas de conducta”, *InDret*, 1/2019.
- “introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal”, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012.
- ROCA DE AGAPITO, Luis, “Delitos culturalmente motivados”, Jesús Bernal Del Castillo, (Dir.), *Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*, Atelier, Barcelona, 2014.
- RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel, *Leyendo a Rawls*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006.
- RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel, *La prohibición del velo en el espacio escolar, entre comunitarismo y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial”, *InDret*, 1/2015.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, México, 2012.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *Estudio de dogmática jurídico-penal. fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*, Editorial B de f, Madrid, 2014.
- RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, “Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español”, *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII, Madrid, 2002.
- ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1992.
- ROSENKRANTZ, Carlos, “La teoría epistémica de la democracia revisitada”, Harold Hongju y Ronald C. Slye (Coord.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona 2004.
- ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Reus S.A, Madrid, 1981.
- La teoría del delito en la discusión actual*, Griley, Lima, 2007

ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd, *Derecho procesal penal*, trad. de la 29ª edición, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019.

RUBIO CARRACEDO, José, *El hombre y la ética*, Anthropos, Barcelona, 1987.

--- *Ética constructivista y autonomía personal*, tecnos, Madrid, 1992.

RUEDA MARTÍN, María de los Ángeles, “La acción como expresión de sentido. Reflexiones en torno a la moderna teoría de la imputación objetiva”, Reyna Alfaro, Luis Miguel, (Coord.), *Derecho Penal y modernidad*, ARA Editores, Lima, 2010.

--- *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Bosch, Barcelona, 2001.

---“La adecuación social y el delito de detenciones ilegales (Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1997. Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, No. 7, enero, 2001.

RUIZ RICO, Gerardo, RUÍZ RUÍZ, Juan José, *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

SACHER, Mariana, “¿Rasgos normativos en la teoría de la adecuación social de Welzel?”, en Hans Joachim Hirsch, et. al. (Dir.), Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005.

SAMBUC, Boël, “Los peligros del relativismo cultural”, José Hurtado Pozo (Dir.), *Derecho penal y pluralidad cultural*, Fondo Editorial/Unuversidad de Friburgo Suiza, Lima 2007.

SALAT PAISAL, Marc, “Derecho penal y matrimonio forzados ¿es adecuada la actual política criminal?”, en *Polít. Crim.* Vol. 15, N° 29, Julio, 2020.

SAN MARTIN, Javier, *Teoría de la cultura*, Síntesis, Madrid, 1999.

--- *Antropología filosófica II. Vida humana, persona y cultura*, UNED, Madrid, 2015.

SÁNCHEZ MECA, Diego, HERRERA GUILLÉN, Rafael, VILLACAÑAS, José Luis, *Totalitarismo: la resistencia filosófica (15 estudios de pensamiento político contemporáneo)*, tecnos, Madrid, 2018.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

---“Principios y reglas como base para un modelo argumentativo intercultural de Derecho penal”, Luigi Cornacchia, Pablo Sánchez-Ostiz (Coords.), *Multiculturalismo y Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

---*La libertad del Derecho penal. estudios sobre la doctrina de la imputación*, Atelier, Barcelona, 2014.

---*Imputación y teoría del delito. La doctrina de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico penal contemporáneo*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2008

SANDEL, Michel, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2000.

SANÍN RESTREPO, Ricardo, Teoría crítica constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

SANTAMARÍA LAMBAS, Fernando, “La multiculturalidad-interculturalidad y el derecho penal español: presente y futuro”, Adoración Castro Jover (Dir.), *Interculturalidad y derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

SANTIAGO, Alfonso, *En las fronteras entre el Derecho constitucional y la filosofía del Derecho consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.

SANZ MULAS, Nieves, “Neoliberalismo ambiental, migraciones y gestión de la diversidad”, Nieves Sanz Mulas (Dir.), *Derechos humanos y migraciones. Una mirada interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

---“Mundo globalizado y violación de los derechos humanos. Un enfoque desde el derecho penal”, Nieves Sanz Mulas (Dir.), *Los derechos humanos 70 años después de la declaración universal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

---*Política criminal*, 3ª ed., Ratio Legis, Salamanca, 2019.

- Delitos culturalmente motivados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-1, 2014.
- “El derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable: el fantasma del enemigo en la legislación penal española”, Francisco Muñoz Conde, José Manuel Lorenzo Salgado, Juan Carlos Ferré Olivé, Emilio Cortés Bechiarelli, Miguel Ángel Núñez Paz (dirs.), *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- SCALIA, Antonin, *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*, Palestra, Lima, 2015
- SCANLON, Thomas, *Las dimensiones morales. Permisibilidad, significado y culpabilidad*, Avarigani, Madrid, 2013.
- “Teoría de la libertad de expresión”, Dworkin, Ronald (Comp.), *La filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1980.
- *The difficulty of tolerance. Essays in political philosophy*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2003.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “Aporias de la teoría de la pena en la filosofía”, *InDret*, 2/2008.
- “El propio sistema de la teoría del delito”, *InDret*, 1/2008.
- “La teoría de la protección del bien jurídico como base del Derecho penal”, *XXV Jornadas Internacionales de Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, tecnos, Madrid, 2002.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *Habermas y la democracia deliberativa. Una «utopía» tardomoderna*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- SEHER, Gerhard, “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- SEELMANN, Kurt, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- SELEME, Hugo, O., *Neutralidad y justicia. En torno al liberalismo político de John Rawls*, Marcial Pons, Madrid, 2004
- SEN, Amartya, *India en construcción. Economía, sociedad y cultura*, Clave Intelectual, Madrid, 2018.
- Identidad y violencia. La ilusión del destino*, Katz, Buenos Aires, 2007.
- SERRANO TÁRRAGA, Ma. Dolores, “Diversidad cultural y ordenamiento jurídico penal: El delito de mutilación genital femenina en el Código Penal español”, Ma. Teresa Regueiro García y Salvador Pérez Álvarez (Dirs.), *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- SIECKMANN, J. R., “La autonomía moral”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 31, 2008.
- La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Matanzas rituales en Europa”, *InDret*, 1/2021.
- “No sólo bienes jurídicos”, *InDret*, 3/2020.
- Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.
- En busca del Derecho penal. esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2015.
- “Circuncisión infantil”, en *InDret*, 1/2013.

- “Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio "jurisdiccional" de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado”, Carlos García Valdés, et. al., (Coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Vol. 1*, Edisofer, Madrid, 2008.
- ¿*Crisis del sistema dogmático del delito?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *InDret*, 2/2007.
- “Sobre la “interpretación teleológica del Derecho Penal”, Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (Eds.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- “Eficiencia y Derecho Penal”, *ADPCP*, Tomo 49, Fasc, enero, 1996.
- Aproximación a un derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- SILVEIRA GORSKI, Héctor C., “La vida en común en sociedades multiculturales. Aportaciones para un debate”, *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, Madrid, 2000.
- SIROKA, Damian W., “Differing cultures, differing culpabilities? A sensible alternative: using cultural circumstances as a mitigating factor in senteng”, en *Oshio State Law Journal*, Vol. 62, 2001.
- SLIEDREGT, Elies van, VASILIEV, Sergey, “Pluralism: A new framework for international criminal justice”, *Pluralism in international criminal law*, Oxford Univesity Press, United Kingdom, 2014.
- SMITH, Michael, *El problema moral*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- SOLA RECHE, Esteban, “Por una teoría «propia» de la pena”, *InDret*, 3/2007.
- SOLANES CORELLA, *Derechos y culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003.
- SPOHN, Cassia, “Race, ethnicity, and crime”, Michael Tonry, *The handbook of crime and criminal justice*, Oxford Univesity Press, New York, 2013.
- SOLETO, Helena y Ana Carrascosa (Dirs.), *Justicia restaurativa una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- SOTELO MUÑOZ, Helena, “La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional”, Pedro M Garcandía González y Helena Sotelo Muñoz (Dirs.), *Sobre la mediación pena (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)*, Universidad de la Rioja/Aranzadi, Madrid, 2012.
- SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, et. al., *Derecho y minorías*, 2ª reimpresión, UNED, Madrid, 2015.
- STAPLETON, Jane, “Unpacking “causation”, en Peter Cane y John Gardner (Eds.) *Relating to Responsibility. Essays for Tony Honoré on his eightieth birthday*, Hart Publishing, Oxford, 2001.
- STEVENSON, Charles L., *Ética y lenguaje*, Paidós, Buenos Aires 1979.
- “El significado emotivo de los términos éticos”, A. J. Ayer, *El positivismo lógico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965.
- TADROS, Victor, “Criminalization and regulation”, R.A. Duff, Lindsay Farmer, S.E. Marshall, Massimo Renzo, y Victor Tadros, (eds.) *The boundaries of the criminal law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2010.
- Wrongs and crimes*, Oxford University Press, United Kingdom, 2016
- TAMARIT SUMALLA, Josep, “Conflictos culturales y dilemas penales”, *InDret* 1/2013.
- TAYLOR, Charles, *Las fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Paidós, Barcelona, 1996.
- Hegel*, Anthropos/Universidad Iberoamericana/Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona, 2010.

THIEBAUT, Carlos, *Los límites de la comunidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

---*De la tolerancia*, La balsa de medusa/VISOR, Madrid, 1999.

TOCHILOVSKY, Vladimir, “Legal Systems and Cultures in the International Criminal Court: The Experience from the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, Horst Fischer, Claus Kreß, Sascha Rolf Lüder (eds.), *International and national prosecution of crimes under international law: current developments*, Berlin Verlag, Arno Spitz GmbH, 2001.

TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro, *Minorías y multiculturalidad en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002.

TORRES LÓPEZ, María Elena, “Identidad, creencias y porden penal: la eximente cultural”, *Anuario de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Número 17, 2013.

---“La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, disponible en la red, <https://www.uv.es/cefd/17/torres.pdf>.

---“Viejos ritos, nuevos conflictos: la circuncisión masculina. Estado de la cuestión”, Jesús Bernal del Castillo (Dir.), *Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*, Atelier, Barcelona, 2014.

TORRES Ortega, Ilse Carolina, “Subjetivismo y objetivismo en el derecho penal según Carlos Santiago Nino”, *Ciencia Jurídica, Universidad de Guanajuato*, Año 5, núm. 5, 2014.

---*Sobre la fundamentación del castigo. Las teorías de Alf Ross, H.L.A Hart y Carlos Santiago Nino*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.

TORRES PÉREZ, María y BOU FRANCH, Valentín, *La contribución del Tribunal Internacional para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, tiran lo Blanch, Valencia, 2004.

TSHITSHI NDOUBA, Kayamba, *La paradoja francesa de la asimilación al multiculturalismo «a la francesa»*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

VELASCO ARROYO, Juan Carlos, “Derechos de las minorías y democracia liberal: un debate abierto”, *Revista de Estudios Políticos*, (Nueva Época), Núm. 109, julio-septiembre, 2000.

VALIENTE MARTÍNEZ, Francisco, *La democracia y el discurso del odio límites constitucionales a la libertad de expresión*, Dykinson, Madrid, 2020.

VALVÁRCEL, Amelia, “Multiculturalismo y ciudadanía global. Sobre identidades, mujeres, globalización y multiculturalidad”, *Sociedad multicultural y derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIX, Madrid, 2006.

VARELA, Lorena, “Un esbozo sobre los modelos de la racionalidad humana en el juicio de imputación penal”, *RECPC*, 19-02, 2017.

VARONA GÓMEZ, Daniel, *Derecho penal y solidaridad. Teoría y práctica del mandato penal de socorro*, Dykinson, Madrid, 2005.

VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Justicia restaurativa desde la criminología mapas para un viaje inicial*, Dykinson, Madrid, 2018.

VAN BROECK, Jeroen, “Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)”, *European Journal of Crime Criminal Law and Criminal Justice*, 9(1), 2001.

VASILIEV, Sergie, “Victim participation revisited. What the ICC is learning about itself”, en Carsten Stahn (ed.), *The law and practice of the international criminal court*, Oxford University Press, United Kingdom, 2015.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010.

VELASCO ARROYO, Juan Carlos, “Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más de la tolerancia liberal”, *Revista de Estudios Políticos*, No, 125, 2004.

VÉLEZ RODRÍGUEZ, Luis A., “El control de constitucionalidad de las leyes penales ante el embate irracionalista de la política criminal”, Adán Nieto Martín, Marta Muñoz de Morales Romero, José Becerra Muñoz (Dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

VELLEMAN, David, *Foundations for moral relativism*, Open Book Publishers, United Kingdom, 2013.

VERNENGO, Roberto J., “El relativismo cultural desde la moral”, León Olivé, (Compilador), *Ética y diversidad cultural*, UNAM-Fondo de Cultura Económico, México, 1993.

VIGO, Rodolfo L., *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2017.

VILAJOSANA, Josep M., *Las razones de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

VIVES ANTÓN, Tomás, *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el derecho y la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis, *Las críticas comunitaristas al liberalismo igualitario. Un balance*, Universidad de Alcalá/Dykinson, Madrid, 2014.

---“Comunitarismo versus liberalismo: Hegel contra Kant 200 años después”, *Revista de Derechos Fundamentales*, N.º. 4, Madrid, 2009.

---“Privatizando la diferencia: el liberalismo igualitario y el pluralismo cultural”, *Revista de Derecho*, VOL. XXIII, No. 1, julio, 2010.

VILLORO, Luis, *El poder y el valor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

--- *Estado plural, pluralidad de culturas*, Paidós / UNAM, México, 1998.

---“Aproximaciones a una ética de la cultura”, Olivé, León, *Ética y diversidad cultural*, 2ª Ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

VIOLINI, Lorenza, “Multiculturalismo y cuestiones éticamente controvertidas: ¿qué reglamentación?”, Javier Prades, Manuel Oriol (eds.), *Los retos del multiculturalismo*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2009.

Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

WALUCHOW, *Positivismo jurídico incluyente*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

WALZER, Michele, *Tratado sobre la tolerancia*, Paidós, Barcelona, 1998.

WELZEL, Hans, “¿Un malentendido sin solución? (Acerca de la interpretación de la teoría finalista)”, en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, Argentina, 2004.

---*Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., Editorial Santiago de Chile, Santiago de Chile, 1970.

---*El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ariel, Barcelona, 1964.

WHITE, A.R., *La filosofía de la acción*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

WILLIAMS, Bernard, *Introducción a la ética*, Cátedra, 4ª ed., Madrid, 1998.

WITTE, John JR., NICHOLS, Joel A., *La libertad religiosa en Estados Unidos. Historia de un experimento constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2018.

WOLF, Susan, “Comentario”, en Charles Taylor, *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento»*, Fondo de Cultura Económica, México, 2016.

WONG, David, “El relativismo”, Peter Singer (ed.), *Compendio de ética*, Alianza, 4ª reimpresión, Madrid, 2010.

YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Madrid, 2000.

ZACZIK Reiner, *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

---*Aspectos de la fundamentación liberal en el derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005

- ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de derecho penal, parte general, Tomo IV*, Buenos Aires, 1982
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal, parte general*, EDIAR, Buenos Aires, 2006.
- ZAIBERT, Albert, *Punishment and retribution*, Routledge, London, 2006
- ZAJADTO, Jerzy and WIDTAK, Tomasz, “Constitutionalisation. A new philosophy of international law?”, Andrzej Jakubowski and Karolina Wierczynska (eds.), *Fragmentation vs the constitutionalisation of international law. A practical inquiry*, Routledge, New York, 2016
- ZYSMAN QUIRÓS, Diego, “La crisis del *Welfare* y sus repercusiones en la cultura política anglosajona”, Iñaki Rivera Beiras, (Coord.), *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, 2ª Ed., Barcelona, 2011
- Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, Ediciones Didot. Buenos Aires, 2013.