Universidad de Huelva

Departamento Theodor Mommsen

Los «delitos culturales» a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales

Memoria para optar al grado de doctor
presentada por:

Víctor Manuel Macías Caro

Fecha de lectura: 25 de junio de 2014

Bajo la dirección de los doctores:

Juan Carlos Ferré Olivé

Miguel Ángel Núñez Paz

Huelva, 2014

BY NC ND

LOS «DELITOS CULTURALES»

A LA LUZ DEL DERECHO A LA PROPIA CULTURA Y DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

TESIS DOCTORAL

Directores

PROF. DR. JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ

Universidad de Huelva

PROF. DR. MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ

Universidad de Huelva

Candidato

VÍCTOR MANUEL MACÍAS CARO

HUELVA, 2013

A mi madre.

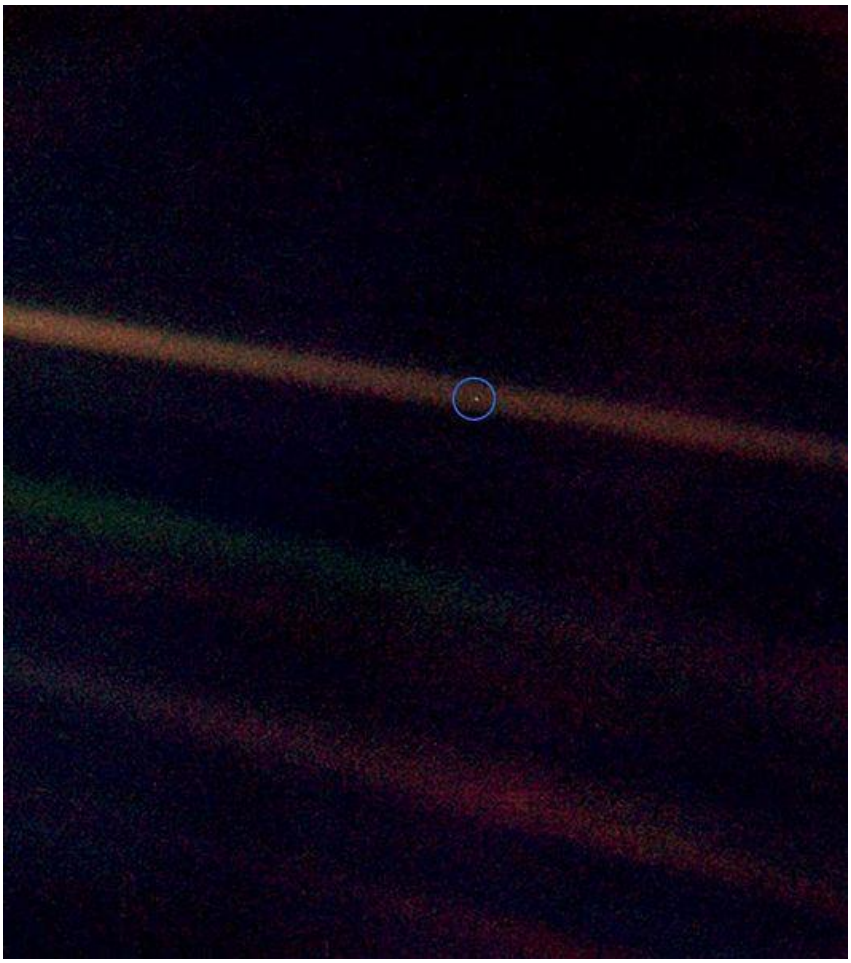

Imagen 1. La Tierra captada por la sonda Voyager 1 desde una distancia de 6.000 millones de kilómetros (el límite del sistema solar) en 1990.

Echemos otro vistazo a ese puno. Ahí está. Es nuestro hogar. Somos nosotros. Sobre él ha transcurrido y transcurre la vida de todas las personas a las que queremos, la gente que conocemos o de la que hemos oído hablar y, en definitiva, de todo aquel que ha existido. En él conviven toda nuestra alegría y nuestro sufrimiento. Miles de religiones, ideologías y doctrinas económicas, todo cazador y recolector, todo héroe y cobarde, todo creador y destructor de civilizaciones, todo rey y campesino, toda pareja de enamorados, toda madre y padre, todo esperanzado niño, inventor y explorador, todo guardián de la moral, todo político corrupto, toda superestrella, todo líder supremo, todo santo y pecador en la historia de nuestra especie, ha vivido ahí — sobre una mota de polvo suspendida en un haz de luz solar.

La Tierra es un pequeñísimo escenario en una vasta arena cósmica. Piense en los ríos de sangre derramados por tantos generales y emperadores para que, alcanzadas la victoria y la gloria, pudieran convertirse en los dueños pasajeros de la fracción de un punto. Piense en el sinfín de crueldades sufridas por los habitantes de un rincón de este punto por parte de los habitantes —escasamente distinguibles— de algún otro rincón, en tantos malentendidos, en la avidez para matarse los unos a los otros, en el fervor de su odio.

Nuestros posicionamientos, la importancia que nos atribuimos a nosotros mismos, la ilusión de que ocupamos una posición privilegiada en el Universo, son puestos en tela de juicio por ese tenue punto de luz. Nuestro planeta no es más que una solitaria mota en la gran oscuridad cósmica que lo envuelve. Y en nuestra oscuridad, en toda su inmensidad, no hay indicios de que vaya a llegar ayuda de algún otro lugar para salvarnos de nosotros mismos.

La Tierra es el único mundo hasta hoy conocido que albergue vida. No existe ningún otro lugar adonde pueda emigrar nuestra especie, al menos en el futuro próximo. Ya es posible visitar otros mundos, pero no establecernos en ellos. Nos guste o no, la Tierra es por el momento nuestro único hábitat.

Se ha dicho que la Astronomía es una experiencia que nos hace humildes y nos imprime carácter. Quizá no haya mejor demostración de lo absurdo de la vanidad humana que esta distante imagen de nuestro minúsculo mundo. En mi opinión, subraya nuestra responsabilidad en tratarnos mejor los unos a los otros y en preservar y amar el tenue punto azul, el único hogar que conocemos.

Carl Sagan

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 1

1. Objeto y contexto del estudio. 1

1.1. Objeto de estudio: la relevancia que debe tener el factor étnico-cultural en la responsabilidad penal del reo, en especial en los ordenamientos jurídicos de Italia, España y Alemania. 1

1.2. La cuestión del multiculturalismo y su contexto. 8

2. Metodología: crítica, comparación y constitución. 13

2.1. Función crítica del jurista y método histórico-comparativo. 15

2.2. El «enfoque constitucionalista» del Derecho penal, actualizada con la consideración del Derecho internacional y el Derecho de la Unión europea. 19

CAPÍTULO I. EL DERECHO A PERMANECER FIEL A LA PROPIA CULTURA ÉTNICO-MINORITARIA: ORÍGENES, CONCETO Y LÍMITES 35

1. Introducción a la noción de cultura. 35

1.1. La noción de cultura en perspectiva histórica y crítica. 35

1.2. El término «cultura»: etimología y primera aproximación semántica. 40

2. El descubrimiento de «los otros» aquí y allá (1492-1700). 43

2.1. La discriminación jurídica de los judíos en la Europa medieval y moderna. 44

2.2. Aquí los gitanos y allí los «indios». 45

3. El «otro» en las eras de la Ilustración, la Revolución y el Capital (1700-1875). 48

3.1. Pensamiento ilustrado e ideología de la raza. 48

3.2. Algunos efectos de las revoluciones y de la acumulación del capital. 52

4. La cultura en la era del Imperialismo (1875-1919). 53

4.1. Imperialismo y Antropología: la aparición de la cultura en sentido étnico. 53

4.2. La teoría jurídica de las *Kulturnormen*. 59

4.3. Los tratados internacionales para el reparto de las colonias y el Derecho penal colonial. 62

5. La cultura en la «era de los extremos» (1919-1945). 63

5.1. Las leyes raciales en la Europa autoritaria. 64

5.2. La Psicología sociocultural soviética. 66

5.3. Los estudios sobre los *cultural conflicts* en los Estados Unidos. 68

6. El debate contemporáneo (I): la vertiente filosófica, antropológica y doctrinal penal. 71

6.1. Contexto sociohistórico y cambios en las Ciencias Sociales. 71

6.2. Debate filosófico-político entre «liberales» y «comunitaristas»: la obra de Will Kymlicka. 76

6.3. La «*cultural defence*» en los sistemas de *common law*. 80

6.4. Desarrollo de la doctrina europea occidental en las últimas décadas. 82

7. El debate contemporáneo (II): la recepción de lo étnico-cultural en los textos jurídicos a partir de la Segunda Guerra Mundial. 88

7.1. Los derechos culturales. 88

7.2. El derecho a la propia cultura en los tratados internacionales y otros textos jurídicos a nivel internacional. 91

7.3. La diversidad cultural en los convenios del Consejo de Europa y en el Derecho de la Unión europea 100

7.4. Lo étnico-cultural en las constituciones estatales 104

8. Conclusiones intermedias e introducción a los dos siguientes capítulos 108

8.1. La Gran Recesión de los últimos años: ¿hacia un relativo abandono del interés por el multiculturalismo? 108

8.2. La relación entre Derecho y cultura: la cultura como bagaje individual, el Derecho como instrumento de control social formal. 110

8.3. El derecho a la propia cultura y los principios jurídico-fundamentales como marco para el análisis dogmático-crítico de nuestro objeto de estudio. 115

CAPÍTULO II. EL «DELITO CULTURAL» A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, OFENSIVIDAD E IGUALDAD 121

1. El concepto de «delito cultural». 121

1.1. El «delito cultural» en la literatura penal: exposición y crítica. 121

1.2. Delitos culturales en sentido estricto y delitos culturales en sentido amplio. 126

2. Distinción entre «delito cultural», «infracción cultural no penada» e «infracción cultural penada» a la luz de los principios de legalidad penal y ofensividad en potencia. 131

2.1. El principio de legalidad en general y su fundamento político-democrático. 131

2.2. Exclusión de nuestro objeto de estudio de las infracciones culturales no previstas por la ley penal y de los castigos frente a las mismas. 134

2.3. El principio de ofensividad en general y la ofensividad en potencia. 137

2.4. La despenalización de las meras infracciones culturales previstas por la ley penal. 142

3. En concreto: despenalización del incesto como mera infracción cultural prevista por la ley penal. 145

3.1. El incesto como hecho castigado por la ley penal. 146

3.2. El incesto como infracción cultural. 154

3.3. Exposición y crítica de los argumentos propuestos para la penalización del incesto: la moral sexual, la salud de la estirpe y la protección de la familia. .. 161

4. La diversidad cultural ante el principio de igualdad formal y el principio de pluralismo: una cuestión política. 165

4.1. Soberanía de los Estados y autodeterminación de los pueblos: distintos modelos posibles de gestión jurídico-penal de la población entre el pluralismo y la igualdad formal. 166

4.2. Posibilidad de un tratamiento jurídico diferenciado de los delitos culturales en virtud del principio de pluralismo y necesidad de una razón suficiente para ello a la luz del principio de igualdad formal. 172

4.3. En concreto, posibilidad de una interpretación pluralista de los elementos normativo-culturales del tipo de injusto: fundamentos y límites. 182

5. Incidencia del «principio de ofensividad en acto» en los delitos culturales en sentido estricto. 189

5.1. El «principio de ofensividad en acto» y la antijuridicidad penal. 189

5.2. La adecuación social del hecho típico de un delito cultural de acuerdo con la cultura minoritaria. 192

5.3. El derecho a la propia cultura como objeto del ejercicio de un derecho o como interés protegido en el estado de necesidad. 193

6. En concreto, la procedimentalización como posible vía para superar la ofensividad en acto de la ablación del clítoris. 199

6.1. Las causas de justificación procedimental en general. 200

6.2. Las modificaciones corporales no terapéuticas y, en particular, las modificaciones rituales de los genitales masculinos y femeninos. 202

6.3. La «mutilación genital femenina» en el ámbito internacional y su recepción en los ordenamientos penales europeos 205

6.4. Una propuesta de procedimentalización: despenalización de la circuncisión femenina en algunos casos. 212

CAPÍTULO III. LA RESPONSABILIDAD PENAL PERSONAL DEL AUTOR DE UN «DELITO CULTURAL» 216

1. El principio de personalidad de la responsabilidad penal. 216

1.1. Culpabilidad y determinación de la pena. 219

1.2. La culpabilidad por los delitos culturales en la literatura penal. 224

1.3. La motivabilidad por parte de las normas jurídicas como fundamento principal de la personalidad de la responsabilidad penal. 227

2. La imposibilidad de motivación del autor de un delito cultural en algunos casos concretos. 230

2.1. Algunos casos de ausencia de dolo en los delitos culturales. 230

2.2. El llamado «error de prohibición culturalmente condicionado». 234

3. El delincuente cultural como autor normalmente imputable en general. 239

4. La anormalidad de la motivabilidad del delincuente cultural en algunos casos. 245

4.1. La inexigibilidad de otra conducta en general: el conflicto de deberes impropio. 245

4.2. El «motivo cultural» como «factor individualizador de la pena» en los casos de delitos culturales 250

5. Otros criterios de concreción de la responsabilidad penal. 253

5.1. La «gravedad del hecho» y las «circunstancia personales» del reo en los delitos culturales. 253

5.2. Las cláusulas generales de atenuación. 255

5.3. Posible sustitución de la pena por programas de educación en valores constitucionales. 257

CAPÍTULO IV. RESUMEN Y CONCLUSIONES 259

1. Primera parte: introducción conceptual, metodológica e histórica. 259

1.1. Objeto de estudio y contexto del mismo. 259

1.2. Metodología: crítica, comparación y constitución. 260

1.3. La noción de cultura en perspectiva histórica y crítica. 261

1.4. La recepción de lo étnico-cultural en los textos jurídicos internacionales y constitucionales. 265

2. Segunda parte: el «delito cultural» y la responsabilidad penal personal de su autor a la luz de los principios constitucionales. 266

2.1. Esquema general. 267

2.2. El delito cultural en sentido estricto y en sentido amplio y la distinción entre estos y las infracciones culturales previstas y no previstas por la ley penal. 269

2.3. Las posibles soluciones para los delitos culturales en sentido estricto. 271

2.4. Las posibles soluciones para los delitos culturales en sentido amplio. 274

3. Consideraciones conclusivas. 276

CAPITOLO IV. RIASSUNTO E CONCLUSIONI 278

1. Prima parte: introduzione concettuale, metodologica e storica. 278

1.1. L'oggetto della ricerca e il suo contesto. 278

1.2. Metodologia: critica, comparazione e costituzione. 279

1.3. La nozione di cultura in prospettiva critica e storica. 280

1.4. La ricezione del fattore etnico-culturale nei testi giuridici internazionali e costituzionali. 283

2. Seconda parte: il «reato culturale» e la responsabilità penale personale del suo autore alla luce dei principi costituzionali. 285

2.1. Schema generale. 285

2.2. Il reato culturale in senso stretto ed in senso lato e la distinzione rispetto alle infrazioni culturali previste e non previste dalla legge penale. 288

2.3. Le possibili soluzioni per i reati culturali in senso stretto. 290

2.4. Le possibili soluzioni per i reati culturali in senso lato. 293

3. Considerazioni conclusive. 295

KAPITEL IV. FAZIT 297

1. Ertser Teil: begriffliche, methodologische und historische Grundlagen. 297

1.1. Forschungsfrage im Kontext. 297

1.2. Kritische, rechtsvergleichende und verfassungsorientierte Methodologie. 298

1.3. Der Kulturbegriff aus historisch-kritischen Sicht. 299

1.4. Die Übernahme des Kulturbegriffes als Inhalt der kulturellen Rechte in die völker- und verfassungsrechtlichen Texten. 303

2. Zweiter Teil: der «kulturelle Delikt» und die persönliche strafrechtliche Haftung des Täters nach den verfassungsrechtlichen Grundsätze. 304

2.1. Schematische Vorstellung. 304

2.2. Die kulturellen Delikte *im engeren Sinne* und *im weiteren Sinne*: Definitionen und Abgrenzung von rein strafbaren und nicht strafbaren Verstöße gegen Moral. 307

2.3. Eventuelle Lösungen für die kulturellen Delikte im engeren Sinne. 309

2.4. Eventuelle Lösungen für die kulturellen Delikte im weiteren Sinne. 312

3. Abschließende Bermerkungen. 314

BIBLIOGRAFÍA 317

INTRODUCCIÓN

Sapere avde. Incipit.
Immanuel Kant

1. Objeto y contexto del estudio.

1.1. Objeto de estudio: la relevancia que debe tener el factor étnico-cultural en la responsabilidad penal del reo, en especial en los ordenamientos jurídicos de Italia, España y Alemania.

El **objeto de estudio** al que está dedicado el presente estudio ha merecido en los últimos tiempos la atención de la literatura jurídico-penal[1] y de los tribunales del

[1] La literatura básica en materia de diversidad cultural y Derecho penal consiste en Italia en un canon no muy extenso de autores: BASILE, Fabio, «Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, pp. 1297-1345; versión en castellano: «El Derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en especial las mutilaciones genitales femeninas)» en GARCÍA VALDÉS, C. y otros, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, vol. 2, 2008, pp. 1835-1878; ID., «Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati», in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, nº 51/1, 2008, pp. 149-212; artículos todos reunidos y actualizados en ID., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Giuffrè, Milán, 2010, 496 pp; BERNARDI, Alessandro, «Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo», en *Rivista Italiana di Diritto pubblico comunitario*, 2002, pp. 485-534, y en MONSIGNORI, F., GRECO, T., *Un solo mondo, un solo diritto*, Edizioni Plus – Pisa University Press, Pisa, 2007, pp. 101-144; versión en castellano: «El Derecho penal ante la globalización y el multiculturalismo», en *Revista Derecho y Proceso penal*, nº 8, 2002 y en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista internacional*, nº 4, julio-septiembre 2003, pp. 5-42; ID., «Minoranze culturali e diritto penale», en *Diritto penale e processo*, 2005, p. 1193-1201; ID., «Società multiculturale e "reati culturali". Spunti per una riflessione», en DOLCINI y PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milán, 2006, vol. I, pp. 45-98; ID., *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Turín, 2006, 138 pp; ID., «Diritto europeo dell'ambiente e pluralismo culturale», en *Annali dell'Università di Ferrara* -

Scienze Giuridiche, vol. XXI, 2007, pp. 1-14; ID., «L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"», en *Politica del diritto*, 2007, p. 3-48 y en VOGLIOTTI, M. (coord.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Turín, 2008, pp. 277-322; ID., «"Fattore culturale" e personalizzazione dell'illecito penale», en RISICATO, L., LA ROSA E., *Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali*, Giappichelli, Turín, 2009, p. 126-205; ID., *Il "fattore culturale" nel Diritto penale*, Giappichelli, Turín, 2010, 163 pp; CADOPPI, Alberto, «Il ruolo delle *Kulturnormen* nella 'opzione penale' con particolare riferimento agli illeciti economici», en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1989, p. 289-315; DE MAGLIE, Cristina, «Società multiculturali e Diritto penale: la *cultural defense*», en DOLCINI y PALIERO (coord.), *Studi in Onore di Giorgio Marinucci*, tomo I, Giuffrè, 2006, pp. 215-237; ID., «Culture e Diritto penale. Premesse metodologiche», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 51/3, 2008, pp. 1088-1119; ID., *Los delitos culturalmente motivados. Ideología y modelos penales*, Macial Pons, Madrid, 2012, 303 pp.; original en italiano: *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, Florencia, 2010; FORNASARI, Gabriele, «Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalisticio», en BERNARDI / PASTORE / PUGIOTTO, *Legalità penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare*, Facoltà giuridica dell'Università di Ferrara, serie II, v. 54, Giuffré, 2008. pp. 179-202; ID., «Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo», en HASSEMER / KEMPF / MOCCIA, *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Gerburtstag*, Beck, 2009, pp. 177-191; GRANDI, Ciro, «Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive di jure condendo», en *L'Indice penale*, 2007, pp. 245-288; ID., «Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati dal fattore culturale», en *Diritto penale e processo*, 2008, pp. 498-507;; MONTICELLI, Luca, «Le "cultural defenses" (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati". Possibili divergenze tras pluralismo culturale e sistema penale», en *L'indice penale*, 2003, pp. 535-585; ID., «Le "esimenti culturali" e il principio di laicità», en BALBI / ESPOSITO, *Laicità, valori e diritto penale*, Giappichelli, Turín, 2011, pp. 9-28; PARISI, Francesco, *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, Giappichelli, Turín, 169 pp; SELLA, Chiara, *Alcuni riflessi penalistici dell'"enigma multiculturale": considerazioni in tema di cause di giustificazione, scusanti e funzioni della pena*, tesis de doctorado, Universidad de Trento, 2009, 300 pp.

La literatura española al respecto no ha llegado al mismo nivel de desarrollo: BORJA JIMÉNEZ; Emiliano, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; ID. (coord.), *Diversidad cultural: conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; ID., *Acerca de lo universal y lo particular en el Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, «Diversidad cultural y Derecho penal», en *Revista penal*, nº 22, julio 2008, pp. 33-42; ID., «El Derecho penal consuetudinario en América Latina: ¿Supone un avance o un retroceso para los derechos fundamentales de los pueblos indígenas», en AA.VV., *Reforma Prawa Carnego. Propozycje i Komentarze (Libro Homenaje Prof. Barbara Kunicka Michalska)*, Institut Nauk Prawnych- Polskiej Akademii Nauk., Varsovia, 2008; MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Bosch, Barcelona, 2008.

Dimensiones parecidas abarca la producción alemana: HASSEMER, Winfried, «Interkulturelles Strafrecht», en *Festschrift für E. A. Wolff: zum 70. Gerbutstag am 1.10.1998*, Springer, Berlin,

orden penal[2]. Estudiosos provenientes de diversos estados, de España a Inglaterra, de Italia a Estados Unidos, y por supuesto de Alemania, se cuestionan sobre la relevancia penal de la presencia de la presencia de un factor étnico-cultural en el delito[3]. Igualmente, los tribunales se encuentran a veces con la tesitura de juzgar

---

1998, pp. 101-ss; ID., «Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts», en HÖFFE, Otfried, *Gibt es ein intekulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Suhrkamp, Fráncfurt, 1999, pp. 157-ss; HÖFFE, Otfried, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Suhrkamp, Fráncfurt, 1999; versión en castellano: *Derecho intercultural*, Gedisa, 2000; versión en italiano: *Globalizzazione e diritto penale*, Comunità, Turín, 2001; VALERIUS, Brian, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, Dunker & Humblot, Berlin, 2011, 424 pp.

[2] Para una interesante colección de jurisprudencia en Italia y Alemania, v., entre otros, BASILE, *Immigrazione…*, *op.cit.*, pp. 157-260; no existe por el momento una obra similar respecto a la jurisprudencia española.

[3] En la literatura italiana son varios los planteamientos. Como mero ejemplo: « (…) *come deve reagire il diritto penale di fronte ad un reato commesso per (asseriti) motivi culturali da un immigrato? deve conferire un qualche rilievo alla sua cultura d'origine, e quindi alla situazione di conflitto culturale che ha fatto da sfondo alla commissione del reato? In particolare, debe riservare un trattamento speciale, e segnatamente più mite, all'immigrato autore di un reato culturalmente motivado? oppure il diritto penale debe rimanere assolutamente indiferente alla 'motivazione culturale', o addiritura considerarla come un elemento aggravatore della responsabilità?* (…) *come si prova in giudizio la cultura dell'imputato?*», cfr. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati…*, *op.cit.*, p. 354-355, cfr. también BERNARDI, *Il "fattore culturale"*, op.cit., p. 54.

En España se ha planteado en los siguientes términos: «¿podría pensarse que la subcultura o el error de prohibición culturalmente condicionado es un elemento a tener en cuenta a la hora de imponer un castigo? Y en caso afirmativo, debe tener un fundamento culpabilístico, de injusto o de Política Criminal? Por último, ¿afectaría a la no exigibilidad como criterio general de imputación objetiva? ¿Tendría relevancia en el ámbito de la determinación de la pena?» (cfr. MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero…*, *op.cit.*, p. 32).

En Alemania la cuestión planteada es «*ob, un gegebenfalls inwieweit die kulturellen Wertvorstellungen des Täters bei der Beurteilung seiner Strafbarkeit zu berücksichtigen sind*» («si y en su caso, en qué medida, los valores culturales del autor deben ser tomados en consideración en el juicio sobre su punibilidad»), cfr. VALERIUS, *Kultur und Strafrecht…*, *op.cit.*, p. 38. V. también, influenciado por la obra de Höffe, el planteamiento de HASSEMER (en *Vielfalt…*, *op.cit.*, p. 158): «Fremde, die sich hier niederlassen und die aus einem anderen Kulturkreis stammen, legen, wenn sie mit unserem Strafrecht in Konflikt geraten, diesem Strafrecht die Fragen nach seiner interkulturellen Geltung vor» («Los extranjeros que se trasladan aquí y que proceden de otro

hechos cometidos por «motivaciones» o «condicionamientos» culturales relacionados con grupos minoritarios o foráneos con respecto al ordenamiento en cuestión, debiendo motivar en estos casos su decisión estimatoria o desestimatoria de las pretensiones de disminución o exención de pena por parte de la defensa. En definitiva, la reflexión tanto doctrinal como judicial se dirige a dilucidar los efectos cuantitativos o cualitativos que debe tener el elemento étnico-cultural en las consecuencias jurídicas del delito e incluso en la propia existencia de responsabilidad penal.

Así pues, nuestro estudio analiza en un principio la cuestión de si la cultura del autor es causa suficiente, y con qué criterios, para eximir de responsabilidad penal al autor de una conducta tipificada en la ley penal, o bien para que dicha responsabilidad se vea atenuada o no agravada. No entenderemos aquí los términos «exención» y «atenuación» en el sentido técnico que puedan tener en algún ordenamiento jurídico en particular, sino como conceptos operativos que denotan un resultado producto de distintas circunstancias de diversa colocación sistemática en virtud de las cuales la coerción penal impuesta como consecuencia de la comisión de un delito desaparece, disminuye o cambia de calidad, imponiéndose un tipo de pena en lugar de otra.

El tema que nos ocupa cubre casi todo el campo penal, desde la selección por parte del legislador de las conductas que deben ser castigadas hasta la aplicación de circunstancias y criterios de individualización de la pena concreta que debe ser impuesta o la posible sustitución o suspensión de la misma. Entre un extremo y otro de este espacio, desde que la pena es imaginada por el legislador hasta el último día de su cumplimiento, el factor étnico-cultural tiene incidencia en la filosofía política del Derecho penal —dado que la función de protección mediante

---

ámbito cultural, cuando entran en conflicto con nuestro Derecho penal, plantean preguntas al mismo sobre su validez intercultural»).

motivación asignada al Derecho penal[4] y los fundamentos y límites constitucionales de la misma[5] deberían verse reflejados en las decisiones de incriminación—, en la teoría de la norma jurídica —sobre todo en referencia al ámbito de aplicación y de interpretación de la misma—, en la teoría del delito —especialmente, pero no solo, con respecto a la justificación y la exigibilidad de la conducta— y en la teoría de la pena y de sus fines.

No obstante, la complejidad de nuestro objeto de estudio no deriva solo de que afecte técnicamente a diversas regiones de la reflexión penal, sino que, tal y como ha advertido a este respecto una autorizada voz de la doctrina, «muchos problemas planteados por la inmigración exigen soluciones que incluyen consideraciones morales (…). Se corre el riesgo de que dichas consideraciones morales sobrecarguen y atasquen las instancias de decisión del sistema jurídico y político-administrativo, preparadas para tomar decisiones estándares de tipo puramente técnico»[6].

Desde nuestro punto de vista, estas *consideraciones morales*, que van más allá de la técnica jurídica, no pueden realizarse —en una sociedad pluralista y que reconoce jurídicamente el Pluralismo como valor del ordenamiento— desde posiciones particulares de un grupo social, aunque este sea demográficamente mayoritario, sino que deben deducirse de las normas jurídicas básicas de las que la comunidad se ha dotado a través del ejercicio de la soberanía popular, estas son, las constituciones y ciertos tratados internacionales, interpretadas además de acuerdo con la realidad social heterogénea. Es por ello que es necesario, para

---

[4] Sobre la función del Derecho penal de protección de bienes jurídicos mediante la motivación, cfr. tempranamente, MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 46 y ss. y en la actualidad, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 57 y ss.

[5] Nos estamos refiriendo al principio de ofensividad (v. *infra* capítulo II, epígrafe 2.3) que consiste tanto en el fundamento de la protección de bienes jurídicos como en uno de los límites (no el único) de dicha tutela.

[6] Cfr. BELVISI, F., «Diritti e Giustizia in una società multiculturale. Le sfide del diritto in Italia oggi», en *Diritto ecclesiastico*, 02/2002, p. 435 y ss.

abordar esta delicada cuestión jurídica, un «enfoque constitucional» (*approccio costituzionalistico*) que supere soluciones dadas solo a partir de la ley ordinaria, de las que sin embargo es imposible prescindir totalmente[7].

Antes de atender con la debida profundidad a los términos centrales de la cuestión pleanteada, como el concepto de cultura en sentido étnico[8] y de «delito cultural»[9], es conveniente ofrecer, con respecto a algunos de ellos, una **preliminar descripción** con el objeto de clarificar el ámbito de la investigación. En primer lugar, la cuestión encierra el presupuesto de que el factor étnico-cultural debe tener necesariamente alguna *relevancia* jurídico-penal, lo cual consiste ya en una cierta toma de posición. De hecho, existen ordenamientos jurídicos que tienden a no dar, al menos formalmente, ninguna relevancia a la diversidad cultural[10]. Frente a esta tendencia, la posición aquí adoptada se ve justificada por la consideración de que es difícil imaginar —y aun más difícil observar en la realidad— una legislación penal que no esté impregnada por valoraciones culturales, las cuales necesariamente se extienden al eventual hecho de que el autor del delito no comparte dichas valoraciones. Por lo tanto, se toma aquí la postura de que, dado que la cultura del autor será necesariamente relevante *de facto*, lo más acorde con una visión garantista del Derecho penal es hacer un esfuerzo analítico sobre la misma que explique y justifique los fundamentos y los límites de dicha relevancia desde un punto de vista también *de iure*.

En segundo lugar, al formular la cuestión en términos prescriptivos de *deber tener* se pretende alcanzar una respuesta de igual modo prescriptiva. Ésta no es una investigación esencialmente empírica que busque conocer los hechos, sino que partiendo de éstos cuando ello sea necesario, haciendo uso de las herramientas

---

[7] Sobre el «enfoque constitucional», v. *infra* en esta Introducción, el epígrafe 2.2.

[8] V. *infra* capítulo I, epígrafe 1.

[9] V. *infra* capítulo II, el epígrafe 2.

[10] V. *infra* en el capítulo II, el epígrafe 4.1.

auxiliares de otras ciencias —sobre todo la Antropología social y cultural, la Sociología y la Psicología—, se intenta dar una respuesta jurídica, prescriptiva, normativa en sentido estricto, de *deber ser*. Es decir, la cuestión será afrontada desde una perspectiva jurídica tanto en el punto de partida como en el de llegada, recurriendo en el recorrido entre ambos extremos, cuando sea necesario sortear algunos obstáculos, a elementos extrajurídicos, como el propio concepto de cultura[11].

Existe además otra razón para el uso de la perífrasis *deber tener*. Además de tratar *de iure condito* sobre el marco constitucional que fundamenta y limita el tratamiento legislativo penal en esta materia, en este trabajo se tendrán igualmente en cuenta algunas consideraciones político-criminales no respaldadas directamente por datos normativos. Es en estos dos sentidos en los que se han ido encaminando los esfuerzos de la doctrina para buscar espacios de exención o atenuación de la responsabilidad penal por motivos culturales. Por un lado, se opta por una relectura de las disposiciones legales vigentes y de las categorías tradicionales de la teoría del delito en función de la finalidad político-criminal de acomodar en ellas el objetivo de dar un tratamiento penal adecuado a los casos en los que existe un factor étnico-cultural. Por otro lado, se aboga *de lege ferenda* por crear disposiciones legales que den una respuesta expresa a la cuestión.

Por último, la alusión al *sentido étnico* tiene la función de hacer que el término *cultura* adquiera la connotación al mismo dada por la teoría antropológica, en detrimento de acepciones más generales. Interesa menos, porque ese es el sentido del debate doctrinal en el que este trabajo se inserta, la cultura entendida en sentido humanístico como el «conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico»[12].

---

[11] V. *infra*, en esta Introducción, el epígrafe 2.1 sobre el método histórico-comparativo y los formantes verbales y no verbales de la norma jurídica.

[12] V., ampliamente sobre ello, en el capítulo I, el epígrafe 1.2.

Queda resaltar, en esta introducción, cómo las respuestas dadas a esta cuestión difieren grandemente unas de otras tanto en las posiciones doctrinales como en la actitud del legislador y del juzgador, situándose a todo lo largo del espectro de modelos posibles: desde no otorgar relevancia alguna a la cultura del autor y al carácter cultural del delito —al menos formalmente— hasta observar como consecuencia de estas circunstancias la impunidad del mismo o incluso la exclusión de la jurisdicción penal del Estado[13].

1.2. La cuestión del multiculturalismo y su contexto.

Nuestro objeto de estudio se inscribe además, al menos parcialmente, en la ya clásica cuestión sobre el tratamiento jurídico que debe darse a la diversidad cultural, tratada tradicionalmente por filósofos políticos y teóricos del Derecho[14]. Se trata por lo tanto de la **cuestión del multiculturalismo**, término polivalente cuyo significado y connotación dependen del contexto en el que sea usado. Pese a ello, es posible derivar de las acepciones que circulan en la literatura los siguientes tres grandes ámbitos semánticos:

- El *multiculturalismo como hecho*, que denota una situación de convivencia entre grupos étnicos con distintas culturas en un mismo territorio. Evitaría confusiones con el resto de usos la preferencia por el uso de términos

[13] V., sobre los distintos modelos, *infra*, en el capítulo II, el epígrafe 4.1.

[14] Citar todas las obras que participan en este debate jurídico-filosófico es imposible. Con mero afán ejemplificativo, cfr. algunas pocas de las imprescindibles y que están además traducidas al castellano, como KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996; ID., *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, Barcelona, Paidós, 2009; TAYLOR, C., *El multiculturalismo y la "política del reconocimiento"*, Madrid, FCE de España, 2003; HÖFFE, O., *Derecho intercultural*, Gedisa, 2000; PAREKH, B. *Repensando el multiculturalismo*, Itsmo, 2005.

como «diversidad cultural», «pluralismo cultural», «pluriculturalidad» o «multiculturalidad».

- Por otra parte, el *multiculturalismo como programa* propugna, partiendo del reconocimiento y la valoración positiva del pluralismo cultural, la adecuación más o menos profunda de las estructuras e instituciones políticas y jurídicas a dicha situación de hecho.
- En último lugar, el *multiculturalismo como disciplina* está formado por el conjunto de métodos y paradigmas encuadrables en las distintas Ciencias sociales que estudian la naturaleza y los efectos del pluralismo cultural en las sociedades humanas.

Con respecto al contexto del multiculturalismo, la doctrina hace, en su mayoría, remisión, para entender el surgimiento de la temática de los «delitos culturales», a dos ejes de coordenadas que ayudarían a situar en el mapa este debate. En primer lugar, la **globalización** que se desarrolla desde hace algunos siglos en nuestro planeta y que se habría visto intensificada en las últimas décadas, afectando a todas las esferas de la vida social, política, jurídica y, por supuesto, económica[15]. En segundo lugar, los **movimientos migratorios** de población entre áreas culturales diversas y el consiguiente intercambio cultural como fenómeno desencadenante de la multiculturalidad presente en las sociedades europeas y los consecuentes conflictos que afectan al Derecho penal[16].

Sobre esta tesis adelantamos solo que los flujos migratorios y la consecuente presencia en un territorio de personas socializadas en una cultura diversa de la de

---

[15] Cfr., en el ámbito del Derecho penal, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal : Aspectos de la Políctica criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 111 y ss.

[16] Cfr., por ejemplo, en los tres estados en cuestión: BERNARDI, *Il "fattore culturale"…*, *op.cit.*, p. 54; HASSEMER, *Vielfalt…*, *op.cit.*, pp. 158-159; MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero…*, *op.cit.*, p. 27. A una crítica de esta interpretación sociohistórica del contexto en el que aparece la temática de los delitos culturales dedico casi todo el Capítulo I de este trabajo.

los autóctonos influye en la estructura de dicho ordenamiento, requiriendo un complejo proceso de adaptación, que puede tener que extenderse incluso al ámbito penal[17]. En este sentido, las sociedades europeas receptoras de movimientos migratorios son responsables de haber tardado tanto en entender el fracaso del *Gastarbeitermodell*, aquel modelo de política inmigratoria implementado en algunos países del Norte europeo, como Alemania, hasta los inicios de los años setenta del siglo XX, en el que se esperaba reducir conceptualmente la inmigración a la importación temporal de mano de obra. Se ha tardado en entender que la inmigración no iba a ser solo un fenómeno económico, sino «el factor desencadenador de una transformación *global* de las sociedades occidentales»[18]. Este fracaso se ha vuelto a repetir en los países del sur de Europa hacia los que han migrado cientos de miles de trabajadores a partir de los años noventa, como España e Italia[19].

Un segundo eje, a veces no explicitado pero siempre patente, es el del debate sobre la necesidad de superar una Modernidad que se entiende o bien incompleta o bien injusta en su esencia, y la aceptación de vivir en un **mundo posmoderno**. En el ámbito jurídico, se duda sobre la vigencia de seculares principios como los

---

[17] No adaptarse hace correr el riesgo de que ante la ausencia de una respuesta jurídica eficaz operen otros mecanismos regulativos, como ocurrió con la criminalidad organizada como «vehículo de integración» para los migrantes italianos en Estados Unidos en los años treinta (cfr. PASTORE, FERRUCCIO, «Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico», en ROMANO / VIVANTI (coord.) *Storia di Italia. Annali*, vol. 14 [Violante (coord.), *Legge, Diritto, Giustizia*], pp. 1034-1035, y la biografía citada).

[18] Cfr. PASTORE, FERRUCCIO, «Migrazioni internazionali…», *op.cit.*, p. 1034. Sobre el «*Gastarbeitermodell*» v. la bibliografía citada en la nota 1 de dicha obra. Especialmente esclarecedor de este error es el aforismo, atribuido al novelista Max Frisch, con el que el autor abre sus reflexiones: *Wir wollten Armen, Menschen sind gekommen* («Queríamos brazos, han venido personas»).

[19] Sobre el objetivo de reducir al inmigrante a la categoría de trabajador extranjero adecuado a las necesidades del mercado laboral en la política migratoria española en los años de crecimiento económico, cfr. DE LUCAS, Javier, «Nuevas estrategias de estigmatización: el derecho, frente a los inmigrantes», en PORTILLA CONTRERAS, (coord.), *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, UNIA-AKAL, Madrid, 2005, p. 205.

de soberanía de los estados e igualdad de los ciudadanos y, en concreto en lo penal, los de legalidad y culpabilidad, siendo necesario de acuerdo con algunas voces adaptar el ordenamiento a las nuevas exigencias de un mundo cambiante. Otros de los frutos de la Modernidad jurídica habrían sido los derechos humanos. No es difícil descubrir, detrás de la cuestión de la relevancia del factor cultural en el delito, el contencioso sobre el *carácter universal o relativo de los derechos humanos*, la pugna entre los partidarios del universalismo de los mismos y los defensores del relativismo jurídico y cultural.

En resumidas cuentas, las dos posiciones principales en el debate son, por una parte, la que sostiene que los derechos humanos deben ser universales, que seres humanos de toda nacionalidad, cultura y sistema sociopolítico deben ser considerados titulares de los mismos derechos por igual[20] y, por otra parte, la que defiende que estos deben ser «declinados» de acuerdo con el contexto cultural de cada grupo humano. En términos muy generales, el universalismo tendría como consecuencia una ideología asimilacionista con respecto a sistemas culturales disconformes con el contenido de los derechos humanos, mientras que el relativismo supondría profundizar en el respeto a la identidad cultural por encima de un contenido universal de los derechos humanos[21].

La teoría del universalismo de los derechos humanos ha sufrido muchas críticas. Una de las más dolorosas es la que le acusa de haber nacido durante la conquista

---

[20] Tal parece ser el sentido del artículo 2, apartado 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición».

[21] Un ejemplo de relativismo jurídico es el octavo punto de la Declaración de Bangkok (1993), origen de la ideología relativista de los *Asian values*: «pese a que los derechos humanos son naturalmente universales, deben ser considerados en el contexto de un proceso dinámico y en desarrollo de creación internacional de normas, teniendo presente la relevancia de las particularidades nacionales y regionales y los diversos antecedentes históricos y sustratos culturales y religiosos».

de América para legitimar el hecho de que los castellanos hubiesen estado obligados a liberar a los indígenas de la tiranía de sus gobernantes, materializada en que estos negasen a sus súbditos los beneficios de la fe cristiana y los sometieran a la práctica de sacrificios humanos. Esta justificación, basada en el uso de algunos autores españoles del siglo XVI de la teoría aristotélica de la esclavitud, tuvo el dudoso mérito de compatibilizar la universalidad de la condición humana y de los derechos inherentes a la misma con la consideración de los indígenas como «*hominculi*», incapaces que necesitaban la tutela forzosa de sus «derechos» por parte del Estado colonizador[22]. Esta lección histórica debe alertar de las verdaderas razones de las intervenciones humanitarias más o menos benevolentes[23].

Una de las expresiones más patentes de este conflicto es la *contradicción entre derechos individuales y derechos colectivos* y entre las posiciones ideológicas que defienden la importancia de cada tipología: el liberalismo y el comunitarismo respectivamente. Desde el punto de vista liberal se pone énfasis en el individuo y se concibe la sociedad como el agregado de éstos. Los derechos son esencialmente individuales y están en relación dialéctica con el poder del Estado. Por el contrario, el comunitarismo centra su visión en los grupos que conforman la sociedad y define al individuo por su pertenencia a uno o varios de éstos. La sociedad no se constituiría solo de individuos, sino también de grupos y existirían derechos tanto colectivos como individuales, dependiendo éstos de la pertenencia de su titular a un determinado grupo. El conflicto entre estas posturas surge sobre todo cuando ambas están presentes al mismo tiempo en el ámbito geográfico de

---

[22] Desarrollan esta tesis de forma convincente: BACCELLI, L., *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, 2ª ed., Carocci, 2006, y TEDESCO, F., *Diritti umani e relativismo*, Laterza, Roma, 2009.

[23] Entendemos estas intervenciones en sentido amplio, no sólo referidas a intervenciones militares —de las cuales son espantoso ejemplo las recientes invasiones y ocupaciones de Afganistán e Iraq por parte de Estados Unidos y sus aliados—, sino también, como tendremo ocasión de analiza, la «labor civilizadora» de los colonizadores respecto a los colonizados.

aplicación de un sistema jurídico que propugna solo una de ellas. Este sería el caso de las teorías que pretenden un trato diferenciado a las minorías culturales presentes en los sistemas jurídicos occidentales, particularmente en la rama penal del mismo.

Invitan a la reflexión, en esta materia, las palabras de Luigi Ferrajoli: «son los individuos, y no las culturas, los sujetos débiles tutelados por los derechos fundamentales, que estructuralmente son siempre individuales y no colectivos. Y no es un signo perverso de eurocentrismo afirmarlos, sino negarlos, en perjuicio de cuantos por azar pertenecen a pueblos que no han seguido nuestro propio recorrido histórico, vinculándolos a un específico contexto de civilización, de forma que las mujeres afganas deberían esperar para su liberación a que sus padres y maridos realicen su revolución francesa»[24]. Por nuestra parte, compartimos la opinión de que «la cuestión de fondo es de gran profundidad, pues afecta a temas tan relevantes como la unidad del sistema jurídico penal, la legitimidad del Estado para imponer sus leyes en poblaciones que ni las acepta ni las aplica o la universalidad de la vigencia de los derechos humanos»[25].

2. Metodología: crítica, comparación y constitución.

Como ya hemos adelantado, nuestro objeto de estudio es jurídico e igualmente jurídica pretendemos que sea la respuesta. Así pues, para encontrar —o fabricar— la respuesta hay que acudir al Derecho. Sin embargo, quien realiza esta operación lo hace siempre desde unas premisas metajurídicas —a veces ideológicas—, más

[24] Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *I diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 279 y ss.

[25] Cfr. BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los Fundamentos del Derecho penal indígena,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 27

o menos visibles, de forma que aunque es cierto que el objeto del Derecho está mediatizado por la metodología jurídica utilizada[26], también lo es que el método jurídico utilizado está mediatizado por la precomprensión que se tenga sobre la naturaleza y la función del Derecho[27].

La presente investigación trata de establecer unas premisas metodológicas desde las que emprender un estudio del Derecho aplicable para dar una respuesta a la cuestión principal. La metodología utilizada en el presente trabajo de investigación con el fin de dar respuesta a nuestro objeto de estudio está basada en tres aspectos íntimamente relacionados e interdependientes:

- el ejercicio de la función crítica que puede o debe competer al jurista, reconfigurando en este caso el propio objeto de estudio —o mejor dicho, el preconcepto del mismo «heredado» de la literatura precedente y que hemos esbozado en el epígrafe anterior— mediante un análisis crítico de las disposiciones normativas relativas al mismo y del contexto socio-histórico en el que surgen, se desarrollan y aplican;
- como parte de esta actitud crítica: la utilización de un método comparativo basado en el uso de ciertos espacios conceptuales meramente operativos —basados en lo posible en los corolarios tradicionales de los principios superiores en materia penal— en los que sea posible el análisis conjunto de categorías e instituciones de distintos ordenamientos jurídicos que, siendo funcionalmente equivalentes o similares, tienen colocaciones sistemáticas dispares en cada ordenamiento jurídico;

---

[26] Cfr., en este sentido, por ejemplo, ARROYO ZAPATERO, L., «Fundamento y función del sistema penal», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 1, 1987, p. 97.

[27] El estudioso se orienta sobre la base de una precomprensión provisional y precaria que Esser, partiendo del pensamiento de Gadamer, llama *Vorverständnis*. Cfr., sobre esto, LICCI, Giorgio, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Giappicheli, Turin, 2006, p. 1 y ss.

— un enfoque del Derecho penal ordinario operado desde los principios en materia penal de las constituciones estatales, el Derecho de la Unión europea y el Derecho internacional.

2.1. Función crítica del jurista y método histórico-comparativo.

Este estudio parte de una precomprensión materialista del fenómeno jurídico, según la cual el Derecho pertenece por entero a este mundo, cuyo contenido se encuentra condicionado por la base económica y política y por otros aspectos ideológicos de la sociedad sobre la que opera y al mismo tiempo condiciona dicha base y dichos aspectos ideológicos[28]. Es decir, es a la vez reflejo de las condiciones materiales de la sociedad e instrumento de producción y reproducción de dichas condiciones al generar «modelos mentales del hombre y de las cosas, de los vínculos sociales, de las relaciones políticas y jurídicas»[29]. No obstante, el Derecho no es solo ideal. Su contenido no se agota en los preceptos legales, sino que es visible en la aplicación de éstos en el mundo material a través de actos humanos, llevando a la práctica los intereses —altruistas o no— de quienes han accedido a los medios de control social formal en una sociedad desarrollada[30].

La precomprensión descrita tiene como consecuencia en el jurista una actitud crítica, que rechaza la visión del Derecho como algo neutral, imparcial y

---

[28] Cfr., sobre la perspectiva marxista sobre el Derecho, GUASTINI, Riccardo, *Marxismo e teorie del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1979.

[29] Cfr. HESPANHA, A.M., *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Il Mulino, Bolonia, 2003, p. 67; trad. italiana de *Panoràma histórico da cultura jurídica europeia*, 1999.

[30] Cfr. GRAMSCI, Antonio, *Quaderni del carcere*, vol. II, Einaudi, Turín, pp. 773 y ss.: «se supone que el Derecho es expresión integral de toda la sociedad, lo cual es falso […]. El Derecho no expresa toda la sociedad (según lo cual quienes violan el Derecho serían seres antisociales por naturaleza o retrasados mentales), sino la clase dirigente, que "impone" a toda la sociedad las normas de conducta que están más vinculadas a su razón de ser y a su desarrollo».

ahistórico[31], evitando la recepción sin más de nociones extrajurídicas —como la cultura en nuestro objeto de estudio— sin reflexionar sobre cómo el significado dado a las mismas en el momento de su surgimiento puede seguir desarrollando un papel en la interpretación de los preceptos. No obstante, desde el punto de vista asumido en este texto, la ciencia jurídica no es sustancialmente un ciencia histórica —no debe descubrir «lo que realmente ha sucedido»—, sino normativa —estudia «lo que debe suceder»—, pese a lo cual, para construir ese deber ser es posible y aconsejable hacer uso de las herramientas analíticas de las ciencias empíricas.

Así, a la legítima cuestión de cuál sería, en este esquema, la función del propio método jurídico-dogmático, nuestra respuesta reproduciría, con los matices necesarios, lo que es hoy una opinión mayoritaria, al menos en el ámbito de la literatura penal: *a)* ordenar y exponer sistematizadamente las normas jurídico-penales y *b)* realizar propuestas de política criminal sobre la redacción de nuevos preceptos o la adopción de nuevos criterios hermenéutico-aplicativos por parte de los tribunales, es decir, en palabras de Mir Puig, una función de «participación en la elaboración del Derecho».

En este sentido, de acuerdo con la metodología comparativa propuesta originalmente por Rodolfo Sacco —la «*identificación y disociación de los formantes*»— se ha de realizar una lectura contextualizada del precepto positivo, no dejándose contentar con el análisis de la jurisprudencia como interpretación y aplicación de dicho precepto, sino que esforzándose por conocer la «regla operacional» —la regla que efectivamente regula los fenómenos objeto de la experiencia jurídica— como algo distinto y distinguible de su «verbalización» en preceptos, normas y decisiones judiciales. Estas reglas operacionales podrían no ser expresas y en todo caso habría que descubrirlas, precisamente, a través de la

[31] Cfr., en este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pp. 43 y ss.

comparación, casi como quien descubre una ley natural a través del método empírico. Aquí aparecen los *formantes*, factores que inciden en la configuración de la regla operacional y que pueden ser verbalizados —preceptos, sentencias, etc. — o no verbalizados —los llamados «criptotipos»—, que son «reglas practicadas sin conciencia técnica de su existencia», tales como los factores que contribuyen a configurar la mentalidad o la praxis dominante en un determinado ambiente jurídico. Esta distinción entre regla operacional y formante verbalizado puede ayudar a entender como en ordenamientos con preceptos muy distintos se llegue en la práctica a soluciones similares y viceversa.

El jurista positivo debe estudiar también —con el auxilio del historiador del Derecho, del sociólogo del Derecho, del antropólogo del Derecho, etc. — los formantes no verbalizados, con el fin de entender mejor los formantes verbalizados y de conocer la regla operacional. El objetivo final de sus propuestas de política jurídica será cambiar la regla operacional —lo que ocurre realmente, las condiciones materiales de la sociedad—, pero la materia con la que trabaja para alcanzar dicho objetivo es, «en el estrecho horizonte del Derecho burgués», los formantes verbalizados de dicha regla, es decir, los preceptos escritos en las constituciones, tratados, leyes, reglamentos, etc., la interpretación y aplicación de los mismos por los órganos judiciales y el trabajo intelectual de la literatura científica.

A la actitud crítica descrita anteriormente respondería también una visión alternativa sobre el verdadero objeto de la ciencia penal que no se puede desarrollar plenamente en este estudio, pero que ha influido aquí y allá en su composición.

Partiendo de la observación de que la vida en sociedad es fuente de conflictos entre individuos y entre grupos y constituyendo el Derecho, en dicho contexto — el cual ya hemos definido como condicionante de las condiciones materiales de la

sociedad—, una respuesta formalizada y normativa a dichos conflictos,[32] podemos considerar que la violación de la norma penal no agota el objeto de la ciencia penal, sino que dicho objeto está constituido por el conflicto interpersonal en el que dicha violación tiene lugar. La violación de la norma penal es, en este contexto, el argumento usado por el órgano judicial para imponer coactivamente una cierta respuesta a dicho conflicto, señalando un culpable y previendo la privación de ciertos derechos respecto al mismo. La violación de la norma es solo una parte del conflicto y preexiste al mismo tanto lógica como empíricamente.

El Derecho penal se caracterizaría como rama del ordenamiento jurídico porque tiende a ocuparse de los conflictos considerados de mayor importancia y porque la solución que propone para dichos conflictos es la imposición de una pena, en la mayoría de los casos de prisión.

El conflicto paradigmático es aquel que se da entre la libertad de actuar del sujeto activo —siempre presente, puesto que la comisión de un delito supone una excepción a dicha libertad general— y cualquier otro tipo de interés —identificado con el bien o bienes jurídicos protegidos por la norma—[33]. A veces el conflicto incluye otros intereses, por ejemplo, la vida o la integridad física del sujeto activo —en el caso de la legítima defensa—. En el caso de los delitos culturales —como tendremos ocasión de analizar— se añade el «derecho a la propia cultura» del sujeto activo.

---

[32] Para una posición parecida a la aquí expuesta, centrada en el concepto sin duda más vehemente de «violencia», cfr. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, Derecho penal, 6ª ed., pp. 29-31.

[33] Se podría pensar en dar un paso más y considerar que el Derecho penal no debería tutelar intereses —al menos no como primer objetivo—, sino que, utilizando dichos intereses como parámetros, debe responder y/o solucionar determinados conflictos entre las partes.

2.2. El «enfoque constitucionalista» del Derecho penal, actualizada con la consideración del Derecho internacional y el Derecho de la Unión europea.

En segundo lugar, las premisas de las que partimos son también puramente normativas: buscar la respuesta en el Derecho positivo no significa buscarla únicamente en la ley ordinaria a nivel estatal. Es necesario que la respuesta jurídica que se busca esté anclada en el Derecho positivo, pero ello no significa dar una respuesta solo desde la ley en sentido estricto. El Derecho penal ni se agota en, ni empieza por, el Código penal o las leyes penales especiales de los estados. Se debe asumir, en primer lugar, que la constituciones son fuente del Derecho penal y por lo tanto son parte fundamental de una respuesta jurídico-positiva a la cuestión planteada y, en segundo lugar, que otras fuentes supranacionales del Derecho, como los tratados internacionales, en especial en materia de derechos humanos, y el Derecho de la Unión europea, pueden influir en la interpretación correcta de las constituciones o indirectamente en el propio Derecho penal a nivel de legislación ordinaria estatal. Por lo tanto, el horizonte al que pensamos que se debe acudir para articular una respuesta jurídico-positiva sobre una determinada materia que se extiende en vertical hacia —o desde— las constituciones estatales, los tratados internacionales y el Derecho de la Unión europea[34].

Esta **perspectiva constitucionalista** es incompatible con una mera exégesis del texto de la ley penal ordinaria que no tenga en cuenta el contenido constitucional.

---

[34] Esta es la premisa básica desde la que se parte en este estudio, que corresponde a una posición particular no compartida por parte de la doctrina constitucionalista y penalista ni por el propio Tribunal Constitucional español, que ha establecido que la Constitución es exclusivamente límite, ya que su función no sería la de crear Derecho, sino la de impedir que se cree Derecho inconstitucional (cfr., sobre ello, PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 11ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 127).

Tampoco acepta argumentaciones fundadas únicamente en torno a construcciones iusnaturalistas, lo cual a su vez no impide acudir al análisis y desarrollo de las ideas producidas en el seno de las filosofías jurídica y política como sostén del esfuerzo hermenéutico en la concreción de las reglas y principios constitucionales, que sí con Derecho positivo.

Los aspectos axiológicos de las constituciones sirven como fundamento para «intersubjetivizar» los necesarios juicios de valor propios del intérprete, el cual al dejarse guiar por el contenido constitucional se coloca en un punto de vista valorativo, al menos en teoría, socialmente compartido[35]. Así, la constitución de un Estado social y democrático de Derecho no es sólo la cúspide lógico-normativa del ordenamiento jurídico, sino que recoge las decisiones políticas fundamentales, tomadas de forma solemne, del cuerpo social sobre el que se aplica dicho ordenamiento, plasmando «el modelo de sociedad por el que ha optado una comunidad»[36].

Dicho de otra manera, el texto de las constituciones traduce en normas jurídico-fundamentales la correlación de fuerzas entre las opciones políticas, las clases y los grupos étnico-culturales existentes en la sociedad en el momento en el que se ejerció el poder constituyente: «las cuestiones constitucionales no son cuestiones jurídicas, sino de poder, de fuerza»[37]. O desde otra perspectiva más idealista: «la Constitución no es sólo una obra normativa sino también expresión de un estado

---

[35] Cfr. ARROYO ZAPATERO, L., «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», en la *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 1, 1987, p. 99.

[36] Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho penal. Parte General*, vol. I, Praxis, Barcelona, 1994, p. 3.

[37] Cfr., PÉREZ ROYO, J., *Derecho constitucional*, 11ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 95, que cita a Ferdinand Lassalle.

de desarrollo cultural, medio de la autorrepresentación cultural del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas»[38].

Estas concepciones permiten considerar a los textos constitucionales como una bisagra que une los planos sociológico-antropológico y dogmático-jurídico del análisis de una rama del Ordenamiento. Ello explicaría, por ejemplo, por qué a diferencia de lo que ha ocurrido en ciertos estados latinoamericanos, el Estado pluricultural no haya sido constitucionalizado en Europa en materia penal. Allí donde se ha producido en Europa la constituzionalización de la diversidad cultural, ésta se limita a aspectos lingüísticos, de modelo territorial, etc., sin consecuencias en el ámbito penal. A este lado del Atlántico, el *ius puniendi* ha seguido siendo una prerrogativa del Estado, no de las comunidades étnicas[39].

Es ésta la razón por lo cual la búsqueda de una interpretación de los principios, valores y reglas constitucionales que constituye el marco al que la política criminal está sujeta en materia de diversidad cultural corre el riesgo de ser infructuosa. Estos principios, valores y reglas surgieron y fueron desarrollados, si no ya en un contexto diferente, sí para dar respuesta a cuestiones no idénticas a la que se estudian aquí. El camino, si se quiere recorrer, está en buscar similitudes entre los problemas viejos y los nuevos, para aplicar las viejas soluciones a los nuevos problemas a través de una reinterpretación creativa de las normas sobre las que descansan aquellas viejas soluciones.

Antes de continuar la exposición, debe asumirse que hoy en día, tal y como predijo el propio Franco Bricola —como veremos más adelante, iniciador en Italia

---

[38] Cfr. HÄBERLE, P., «La "teoría de la constitución com ciencia cultural" en el ejemplo de los cincuenta años de la Ley fundamental», en BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 25; expuso sus teorías originariamente en: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982.

[39] Podría pensarse como excepción el régimen especial de los *Inuit* (esquimales) en Groenlandia, que pese a encontrarse geográficamente en el continente americano, son una dependencia danesa. En realidad, no se trata de una metrópolis europea sino de un territorio adquirido por Dinamarca en el contexto de la expansión europea que ha sobrevivido a los procesos de descolonización.

en los años setenta de esta perspectiva—, el enfoque constitucional es útil solo «para puntualizar los términos de una antinomia» entre la normativa penal constitucional y la normativa penal ordinaria[40].

> Es necesario realizar en este punto un comentario sobre **las constituciones como normas jurídicas superiores del Ordenamiento**. Es por todos pacíficamente asumido que las constituciones contemporáneas, entre las que se encuentran la Constitución de la República Italiana de 1948, la Ley Fundamental para la República Federal Alemana de 1949 y la Constitución española de 1978, gozan tanto de *valor normativo* como de *supremacía normativa*[41] o *soberanía de la Constitución*[42]. Es decir, que no sólo forman parte integrante del ordenamiento jurídico, sino que ocupan la posición jerárquica superior en el mismo. Esto es propio del constitucionalismo de Europa occidental a partir del período de Entreguerras, y sobre todo desde su afianzamiento después de la Segunda Guerra Mundial[43].
>
> En el ordenamiento español, ambas características se deducen del propio articulado del texto constitucional: el Art. 9.1 proclama que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución»; el Art. 53 establece en su segundo apartado la tutela judicial directa —sin necesidad de ley de desarrollo— de los derechos fundamentales; y por último, la Disposición

---

[40] Cfr. BRICOLA, Franco, *Teoría general del delito*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2012, p. 3 [original de 1973].

[41] V. por todos la clásica obra, respecto a la Constitución española de 1978, de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La Constitución como norma jurídica», en PREDIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dirs.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1981, pp. 97-158 (en especial, pp. 97 y 107 y ss.); más recientemente, ID., «El valor normativo de la Constitución española», en *Revista de Derecho político*, nº 44, 1998, pp. 37-44.

[42] Cfr. PÉREZ ROYO, *op.cit.*, p. 162

[43] Cfr. PÉREZ ROYO, *op.cit.*, p. 97

> derogatoria tercera deroga «cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución»[44].
>
> También en Italia, a pesar de que la Constitución no contiene una disciplina orgánica sobre las fuentes del Derecho, y por lo tanto no se otorga a sí misma tal condición, su carácter de verdadera fuente de Derecho jerárquicamente superior a la ley es deducible del hecho de que es una *constitución rígida*[45].
>
> En Alemania se ha llegado a la misma conclusión a partir del «principio de que las normas que integran el mismo ordenamiento jurídico no pueden contradecirse entre sí», que unido al principio de jerarquía conlleva «el mandato de la compatibilidad de la ley penal con el derecho —de orden superior— de la Ley Fundamental o de la Convención Europea de Derechos Humanos»[46].

Esta «fuerza vinculante bilateral» de la norma constitucional[47], respecto a los ciudadanos y respecto al Estado, propia de las constituciones rígidas, ha de tener como resultado la limitación del ámbito de decisión de la política jurídica del legislador a opciones constitucionalmente legítimas[48] y la interpretación de todas

---

[44] Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op.cit.* p. 97; ARROYO ZAPATERO, Luis, «Control constitucional del Derecho y de la Justicia penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 17, 1982, p. 385.

[45] Cfr. VIGNUDELLI, Aljs, *Diritto costituzionale*, 5ª ed., Giappichelli, Turín, 2008, pp. 91, 206, 209 y 217, derivado esto de que la reforma constitucional no sigue el procedimiento legislativo ordinario (Art. 70), sino el procedimiento prescrito en la propia Constitución (Art. 138) , siendo además una rigidez de tipo *fuerte*, por la existencia y competencias de un Tribunal Constitucional (Art. 134 y 136).

[46] Cfr. STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 62 (trad. al español de la 4ª ed. alemana, 2000).

[47] Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución...*, *op.cit.*, p. 105, que extrae la expresión de Ihering.

[48] Así la STC 76/1983: «La voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivados en la Constitución no sólo fundan en su origen, sino que fundamentan permanentemente, el orden jurídico estatal y *suponen un límite a la potestad del legislador*». Interesante es, en este sentido, la reconstrucción a partir de la obra de Rivero hecha por GEMMA, Gladio, «Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire», en *Diritto e società*, nº 3, 1988, p. 450 y ss.

las normas inferiores en relación a la norma superior[49]. Y ello no es válido sólo para las reglas constitucionales concretas: los principios constitucionales garantizan una «unidad material de sentido» del Ordenamiento jurídico construida sobre unos valores sociales considerados como «primordiales y básicos de toda la vida colectiva» por la «decisión suprema de la comunidad»[50].

Así pues, no se discute que la Constitución suponga un *límite negativo* para la legislación ordinaria, siendo la compatibilidad de ésta con el contenido constitucional una condición de su validez[51], pero sí que la legislación se vea sujeta *positivamente* a la Constitución, aun menos en materia penal, lo cual supondría que la política criminal no estuviera solo limitada, sino además predeterminada por, o al menos fundamentada en, mandatos constitucionales[52].

En este sentido, se ha afirmado que las constituciones no se limitan ya en materia penal a hacer un elenco de derechos entendidos como límite a la intervención del Estado en la esfera individual, sino que la jurisprudencia constitucional —se habla desde Alemania— y la jurisprudencia del TEDH «se caracteriza por haber transformado en derechos positivos dirigidos a obtener una prestación del Estado los derechos negativos o de defensa contra la intervención del Estado», añadiéndose al tradicional control negativo sobre las leyes «un control positivo cuyo objetivo es obligar al legislador a legislar en materia de valores e intereses que necesitan ser protegidos penalmente»[53].

---

[49] Cfr. PÉREZ ROYO, op.cit., p. 97

[50] Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución...*, *op.cit*., p. 144.

[51] Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución...*, *op.cit*., pp. 106 y 107.

[52] Sobre este debate en Italia, ya en los años ochenta, v. GEMMA, Gladio, «Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire», *op.cit.*, p. 459 y las ulteriores remisiones a PULITANÒ, «Obblighi costituzionali di tutela penale», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, p. 514.

[53] Cfr. TIEDEMANN, Klaus, «La constitucionalización de la materia penal en Alemania», en *Anuario de Derecho penal*, nº 70, 1994, p. 70.

Sea cual sea la opinión respecto a esta segunda consecuencia de la supremacía constitucional, es claro que tanto la conformación de un marco mínimo para la política criminal sobre la diversidad cultural como el análisis doctrinal de cómo se ven afectadas las tradicionales categorías del delito por el dato étnico-cultural, deben hacerse teniendo en cuenta el contenido constitucional que versa sobre la materia en concreto y el resto de principios superiores en materia penal[54].

El origen de **la experiencia italiana** del *approccio costituazionalistico* al Derecho penal tiene lugar debido a varios factores históricos: en primer lugar, la ausencia de codificación penal posterior a la Constitución italiana de 1948 y, en segundo lugar, la gran factura técnica de dicho texto constitucional, que habría hecho posible la argumentación iuspositivista, uniendo la fuerza normativa de la Constitución a la fuerza de la razón jurídica[55].

A pesar de tratarse del fruto del trabajo de varias generaciones de juristas italianos,[56] es posible identificar a Franco Bricola como su figura más destacada[57]. El confesado objetivo de su Teoría general del delito fue el de «tratar de extraer sintéticamente, partiendo principalmente de las normas que dicta la Constitución

[54] En este sentido, se ha dicho que la importante contribución de italiana a esta perspectiva es la idea de no limitar el papel de la Constitución a mero límite extremo de la legislación penal, sino su consideración como fundamento de la pena y del Derecho penal, como contenedora de un modelo de intervención penal impuesto por el constituyente al legislador (cfr. DONINI, Massimo, *Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana*, en Revista Penal, nº 8, 2001, p. 24).

[55] Cfr. DONINI, *Un Derecho Penal…*, *op.cit.*, p. 26.

[56] Cfr., por ejemplo, NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milán, 1953; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milán, 1966 (citados ambos por DONINI, M., *Teoria generale del reato*, voz del Dig. Disc. Pen., vol. XIV, Utet, Turín, 1999, pp. 227 y ss.)

[57] Cfr. BRICOLA, Franco, *Teoría general del delito*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2012, 368 pp., traducción magistral de Diana RESTREPO RODRÍGUEZ del original italiano: «Teoria generale del reato», en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, UTET, Turín, 1973, pp. 7-93.

en materia penal, los rasgos esenciales, o lo que puede llamarse el "rostro" del ilícito penal en el sistema positivo italiano»[58].

El programa de Bricola no ha sido aceptado por la doctrina italiana dominante[59]. Entre las críticas que se dirigieron su teoría[60], cabe destacar la que versa sobre la impracticabilidad, por distintos motivos, de un modelo «fuerte» como el que propone, tan abierto a distintas interpretaciones y al mismo tiempo tan cerrado, dado el relativo escaso volumen normativo de la Constitución. Frente a éste se habla de un modelo «débil» de *approcio costituzionalistico*, de «Código-Constitución» —en lugar de «Constitución-Código»—, el cual sería dominante en la doctrina italiana y en la jurisprudencia del Tribunal constitucional italiano: la ilegitimidad de una norma solo sería declarada cuando su incompatibilidad con la Constitución fuese evidente[61].

Esta crítica se explicaría en la falta de distinción, imperante en la Hermenéutica de la época, entre *reglas* y *principios* constitucionales. Los principios-normas recogidos en la Constitución no son sólo meros valores políticos, sino que orientan y fijan máximos a su propia concreción en reglas, la cual, por otra parte, es imprescindible para actuar el propio principio. Este proceso de concreción o

---

[58] Cfr. BRICOLA , *Teoría general del delito*, op.cit., p. 1. De acuerdo con el autor, es posible y necesario extraer de la Constitución un cuadro de valores y una jerarquía de bienes jurídicos a los que el legislador debe atenerse en la construcción del Derecho penal, lo cual distingue este posicionamiento del llamado *indirizzo tecnico-giuridico* —del que sin embargo extrae en parte la metodología jurídico positiva—, dado que «el margen de elección del legislador sobre los hechos a reprimir penalmente ya no carece de límites en un sistema de Constitución rígida» (p. 17).

[59] Cfr. DONINI, «La relación entre política y Derecho. Método científico y método democrático», en *Revista Penal*, nº 13, 2004, p. 75.

Tampoco aprobado un proyecto de reforma de la Constitución italiana (1997/1998) que habría positivizado sus ideas con la reforma del artículo 129: «1. Las normas penales tutelan normas de relevancia constitucional. 2. No es punible la comisión de un hecho previsto como delito si no ha comportado una ofensividad concreta.»

[60] Cfr., para las remisiones bibliográficas a estas críticas, CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, t. I, Cedam, Padua, 1988, pp. 584 y ss.

[61] Cfr. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, en Quaderni Fiorentini, 2007, t. II, p. 1263

«deducción» de las reglas a partir de los principios puede requerir la operatividad del pluralismo político-institucional, estando sometidos a mediaciones y no implicando soluciones legislativas unívocas e indiscutibles. No obstante, los principios que sean vinculantes pueden ser utilizados directamente por los tribunales constitucionales para anular las leyes que sobrepasen sus límites[62].

A pesar de las críticas, el balance de la corriente que inició BRICOLA es positivo[63], puesto que coadyuvó a la sujeción de la legislación penal a los límites constitucionales. Pese a que los resultados del *approccio costituzionalistico* no pueden ser aprovechados directamente para articular un discurso sobre la Constitución alemana o española, el «proyecto ideológico» que está detrás sí que puede ser exportable como forma de enfoque de los datos positivo-constitucionales propios de cada país[64].

De hecho, **en España** ya se propugnaba la vinculación del Derecho penal a la norma constitucional incluso antes de la aprobación de la actual Constitución de 1978. Santiago Mir Puig, a partir de fuentes alemanas, dio a la cláusula del Estado social y democrático de Derecho —*de constitutione ferenda* en aquel momento— un papel fundamental en la función del Derecho penal y de la pena[65]. De acuerdo con la actual de este autor, el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho —artículo 1 de la Constitución española— tiene una función histórica y

---

[62] DONINI, *La relación...*, *op.cit.*, pp. 28 y ss.

[63] PALAZZO, *Introduzzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Turín, 1999, pp. 142-145

[64] Cfr. DONINI, *Un derecho penal...*, *op.cit.*, p. 25

[65] Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 88 y ss.; EL MISMO, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1979 (2ª ed., 1982); EL MISMO, *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona.

La citada fuente alemana es CALLIESS, R.-P., *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtstaat*, Frankfurt, 1974, que ha juicio de Mir Puig consigue extraer la función de la pena del Derecho positivo, moviendo el análisis de ésta del campo de la Filosofía penal al de la Dogmática jurídico-penal (cfr. MIR PUIG, *Introducción...*, *op.cit.*, p. 89).

unas características determinadas: debe proteger efectivamente a los ciudadanos mediante la prevención de los delitos —Estado social—con garantías procesales y el mínimo sufrimiento necesario —Estado democrático de Derecho—[66]. También acude al artículo 25, apartado 2 de la Constitución española para extraer la conclusión de que la misma excluye de la pena toda función meramente retributiva[67].

Por otra parte, también desde la Escuela de Salamanca se han hecho importantes contribuciones al estudio de la relación entre Constitución y Derecho penal[68], esta vez con mayor similitud a Bricola, al estar más cercana en su análisis a la exégesis del articulado constitucional y menos a la construcción de sistemas a partir de cláusulas[69].

Los autores de la Escuela salmantina hablan de la Constitución como fundamento del poder punitivo del Estado —en detrimento de argumentos de Derecho natural[70]— e incluso de un «programa penal de la Constitución» como «conjunto

---

[66] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal...*, *op.cit.*, pp. 93 y ss, que reconoce como punto de partida de su posición actual a BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, PPU, 1987. Acoge por otra parte la noción de un Derecho penal fundado, junto con la necesidad de protección de bienes jurídicos, por la cláusula del Estado social y democrático de Derecho: LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Universitas, Madrid, 1996, pp. 79 y ss.

[67] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal...*, *op.cit.*, p. 95

[68] Cfr. ARROYO ZAPATERO, L., «Control constitucional del Derecho y de la Justicia Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 17, 1982, pp. 385-406; ID., *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, 1986; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho penal. Parte General.*, vol. I Praxis, Barcelona, 1994, pp.; GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

[69] Otros precursores de esta línea en España fueron, por ejemplo: BARBERO SANTOS, M., *Derecho penal y política en España*, Madrid, 1977; QUINTERO OLIVARES, *Represión penal y Estado de Derecho*, 1977; VIVES ANTÓN, *Reforma política y Derecho penal*, en Cuadernos de Política criminal, 1977, pp. 73 y ss., BUENO ARÚS, *Las normas penales en la Constitución española de 1978*, en Doctrina penal, nº 8, 1979, pp. 821 y ss.

[70] Cfr. ARROYO, *Control constitucional...*, *op.cit.*, p. 386; BERDUGO / ARROYO, *Manual...*, op.cit., p. 41.

de postulados político-jurídicos y político-criminales» que constituyen «el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar»[71], pese a lo cual se precisa que este marco no contiene «soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo» y que «el legislador es y debe ser libre para resolver a su prudente arbitrio los concretos problemas que se le plantean»[72].

Por último, **en Alemania**, «dada la tensión entre los valores supremos y las necesidades cotidianas, resulta frecuentemente complicado determinar la influencia de los principios constitucionales sobre la interpretación del derecho común»[73], hasta el punto que el Tribunal constitucional federal ha hecho suya la doctrina de Hesse sobre el «efecto recíproco y la necesidad de concordancia práctica entre la Constitución y el derecho ordinario», esto es, la influencia entre principios y derechos constitucionales y la ley penal tendría lugar en ambas direcciones, condicionándose y limitándose mutuamente, en una «ponderación recíproca de valores e intereses»[74].

Por otra parte, el Alto Tribunal ha dejado libertad a doctrina y jurisprudencia para establecer los detalles de las categorías de la teoría del delito, por ejemplo, aceptando que el error de prohibición —art. 17 CP alemán— no prevea la atenuación obligatoria de la pena cuando es evitable, pese a lo cual ha reconocido

---

[71] Cfr. ARROYO, *Fundamento...*, *op.cit.*, p. 101; BERDUGO / ARROYO, *Manual...*, op.cit., p. 4; GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo...*, *op.cit.*, p. 45.

[72] Cfr. BERDUGO / ARROYO, *Manual...*, op.cit., p. 43

[73] Cfr. TIEDEMANN, Klaus, «La constituzionalización…», *op.cit.*, p. 60.

[74] Cfr. ID., p. 62, que cita a HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18º ed., 1991, p. 27, nota 72.

que existe un núcleo tradicional de Derecho penal mínimo que deriva directamente de la Constitución[75].

Por otra parte, la Constitución es reconocida por cierta doctrina, ante la impracticabilidad de soluciones basadas en el Derecho natural de origen moral o meramente sociológico —tales como las «condiciones mínimas de la convivencia humana»— como uno de los «relativamente modestos puntos de partida» para una análisis crítico del Derecho penal positivo, que consistiría en «intentos de derivar de la Constitución, con más énfasis que hasta hoy, parámetros para la legislación penal»[76].

En este sentido se debate tanto sobre los posibles deberes de penalización —singularmente respecto al aborto, con la primera sentencia del Tribunal constitucional federal alemán sobre el aborto[77]— como, sobre todo, de los límites a la discrecionalidad del legislador puestos por la Constitución, en primer lugar, de forma expresa, por la prohibición de disposiciones penales indeterminadas —artículo 103.II GG—, el principio de igualdad —artículo 3 GG—, el «libre desarrollo de la personalidad» —artículo 2.I GG— y, en segundo lugar, de forma implícita, por el principio de culpabilidad —deducido de la dignidad de la persona, considerada «intangible» («*unantastbar*») por el artículo 1 GG— y el principio de proporcionalidad —vinculado a la naturaleza fragmentaria y subsidiaria del Derecho penal—[78]. Sin embargo, esta misma doctrina, abierta a la

---

[75] Cfr. ID., pp. 67-68.

[76] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal*…, op.cit., p. 59. En general, sobre esta temática en la doctrina alemana: LAGODNY, *Strafrecht von den Schranken der Grundrechte*, 1996; APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998; STAECHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998.

[77] Cfr. BVerfGE, t. 39, p. 1.

[78] Sobre la integración en el Derecho constitucional de este principio, cfr. APPEL, *Verfassung*…, *op.cit.*, p. 171; STAECHELIN, *Strafgesetzgebung*…, *op.cit.*, pp. 101 y ss, con otras referencias.

Constitución, niega que la misma pueda constituir un catálogo cerrado de bienes jurídicos merecedores de tutela penal[79].

De acuerdo con otros autores que tratan de forma extensa las relaciones entre Constitución y Derecho penal, la Ley fundamental de la República federal alemana, que no es alterable por ley ordinaria de acuerdo con su artículo 79, apartado 3, define a Alemania como un Estado social y democrático de Derecho —arts. 20, apdo. 1 y 28, apdo. 1 GG— obligado a defender la dignidad humana —art. 1 GG—[80] y los derechos humanos. Dentro de este marco, el contenido penal de la Constitución alemana estaría constituido además por los artículos 92 a 104 GG, que responden al p*rincipio de protección del individuo respecto al Estado*. Se reconocería además la importancia de la Constitución no solo como criterio de posible inconstitucionalidad de la ley ante una violación, sino en el sentido de orientar una interpretación de la norma penal conforme con los objetivos constitucionales[81].

Una veloz mención debe hacerse a los **límites impuestos por las constituciones a los propios derechos fundamentales**[82], puesto que estos deberán ser aplicados al derecho a la propia cultura, reconocido como derecho por ciertos tratados internacionales, como veremos más adelante y posiblemente también por las constituciones estatales si son interpretadas conforme a los mismos. Los límites constitucionales a los derechos fundamentales pueden ser genéricos —comunes para todos ellos— o específicos —para cada uno—. Sin ánimo de exhaustividad,

---

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

[80] Cfr., entre los manuales al uso, BAUMAN / WEBER / MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11ª ed., Gieseking, Bielefeld, 2003, pp. 135-166; NAUCKE, *Strafrecht: eine Einführung*, 8ª ed. actualizada, Luchterhand, Neuwied, 1998, pp. 81-87.

[81] Cfr. BAUMAN / WEBER / MITSCH, *op.cit.*, p. 152.

[82] Cfr. PALICI DI SUNI, Elisabetta, *Diritto costituzionale dei paesi dell'Unione europea*, 2º ed, CEDAM, Milán, 2011, pp. 226 y ss.

señalaremos: los derechos de los demás como límite para el desarrollo de la personalidad —art. 2 GG—; como límite para la libertad religiosa las «buenas costumbres»[83] —art. 19 CI— y el orden publico —art. 16.1 CE—. También existen hay «contralímites», que defienden a los derechos fundamentales de una excesiva limitación, tales como el respeto al contenido esencial —arts. 19, apdo. 2 GG y 53 CE—, que ha sido definido por el Tribunal constitucional español en su sentencia 11/1981.

Para concluir este epígrafe, hay que dar cuenta de cómo el marco de los principios y derechos fundamentales ha superado las constituciones estatales. El **Derecho internacional** y el **Derecho de la Unión europea** afecta a los estados europeos de forma tan radical que se podría decir que sus disposiciones forman parte de las constituciones estatales, entendidas éstas en sentido material como descripción del contenido jurídico de las relaciones fundamentales de los poderes públicos entre sí y entre estos y la ciudadanía, sea cual sea la fuente de dicho contenido jurídico. Así, los estados se han obligado internacionalmente, en los últimos decenios, a respetar las disposiciones de ciertos tratados internacionales, o bien a interpretar sus constituciones conforme a estos, o bien han reconocido la competencia de ciertos órganos internacionales para emitir opiniones e incluso sentencias vinculantes respecto a la violación de derechos reconocido a nivel supranacional. El resultado de todo ello es la creación de un «laberinto» normativo entre constituciones, tratados internacionales, normativa supranacional y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales e internacionales.

En primer lugar tiene lugar en la actualidad, respecto a los sistemas constitucionales estatales, un proceso de *internacionalización de la tutela de los derechos fundamentales*. Manifestaciones del mismo no son solo los propios tratados internacionales de tutela de derechos y las organizaciones y tribunales de

---

[83] Cfr. PACILLO, Vicenzo, *Buon costume e libertà religiosa*. *Contributo all'interpretazione dell'art. 19 della Costituzione italiana*, Giuffrè, Milán, 2012, en particular pp. 103 y ss.

justicia creados por los mismos, sino también y sobre todo las cláusulas de apertura a nivel constitucional respecto a la mencionada normativa. La presencia de estas cláusulas de apertura, «en los países en los que las Cartas constitucionales ya comprendían un catálogo de derechos, (…) se ha afirmado encontrando una mayor resistencia pero presentándose, aun así, de forma inexorable»[84].

Las constituciones de los estados en cuestión abordan su relación con la normativa internacional de distinta manera[85]. En el caso español, el artículo 10, apartado 2 de la Constitución contiene una cláusula de interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la misma «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales, sobre las mismas materias ratificados por España»[86]. El artículo 95 establece así mismo que la normativa internacional contrastante con la Constitución debe ser aprobada con una ley de revisión constitucional, pese a lo cual la STC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, declaró que la adopción del Tratado por el que establece una Constitución para Europa no habría entrado en contradicción con la Constitución española, por lo que no era necesario reformarla.

Por otra parte, el artículo 10, párrafo 1º de la Constitución italiana establece: «El ordenamiento jurídico italiano se conforma a las normas del Derecho internacional generalmente reconocidas» y el artículo 80 que «las Cámaras autorizan con ley de ratificación los tratados internacionales que son de naturaleza política (…) o que conllevan variaciones del territorio o cargas a las finanzas o *modificaciones de leyes*». El art. 117, apdo. 1 —«Las leyes y otros actos normativos deben conformarse a la normativa internacional»— ha intentado

---

[84] Cfr. PALICI DI SUNI, Elisabetta, *Diritto costituzionale dei paesi dell'Unione europea*, 2º ed, CEDAM, Milán, 2011, p. 221.

[85] Cfr. PALICI DI SUNI, *op.cit.*, pp. 155-156.

[86] Cfr., sobre ello, CASTILLO CÓRDOVA, Luis, «La internacionalización de los derechos fundamentales de la Constitución española», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 11, 2007, pp. 131-155.

someter la potestad legislativa al límite del respeto de las obligaciones internacionales, integrando de hecho dicho límite de interpretación conforme como parámetro de constitucionalidad. La Corte constitucional italiana ha precisado más tarde, en las sentencias 348 y 349 de 2007 que los tratados internacionales constituyen normas interpuestas y su eventual incompatibilidad con los preceptos internos debe ser sancionada por el órgano de justicia constitucional con la declaración de inconstitucionalidad, excluyendo por lo tanto la facultad de los jueces ordinarios de poder intervenir con la desaplicación[87].

Por último, el artículo 25 de la Ley fundamental alemana establece: «Las reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal», mientras que el artículo 59, apartado 2 dispone: «Los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal, requieren la aprobación o la participación, bajo la forma de una ley federal, de los órganos competentes en la respectiva materia de legislación federal. A los convenios administrativos se aplicarán por analogía las disposiciones relativas a la administración federal». El segundo artículo citado es considerado *lex specialis* respecto al primero, dado que las disposiciones de los tratados internacionales no son consideradas como «reglas generales» a efectos de la creación directa de derechos y obligaciones, aunque éstos codifiquen reglas generales ya existentes[88].

---

[87] Cfr. PALICI DI SUNI, *op.cit.*, pp. 223.

[88] Cfr. HOFMANN, «Art. 25», en UMBACH / CLEMENS (coord.), *Grundgesetz: Mitarbeiter Kommentar und Handbuch*, vol. I (*Art. 1-37 GG*), C.F. Müller, Heidelberg, 2002, p. 1568.

CAPÍTULO I

EL DERECHO A PERMANECER FIEL A LA PROPIA CULTURA ÉTNICO-MINORITARIA: ORÍGENES, CONCEPTO Y LÍMITES

Cultura es el instrumento que Occidente se ha dado para construir su conocimiento del Otro

Carla Pasquinelli - Miguel Mellino

1. Introducción a la noción de cultura.

1.1. La noción de cultura en perspectiva histórica y crítica.

Se ha dicho que siempre que el jurista trata del tema de la cultura, lo hace «con una especie de complejo de inferioridad, que quizá le viene de la conciencia de que, incluso en el supuesto de crear una teoría jurídica totalmente nueva y satisfactoria, no se encontraría frente a un acto creativo en sentido propio, similar al producido por un hombre de cultura o todavía menos el producido por un artista, sino más bien ante una sistematización más o menos científica de un problema, dado que la experiencia jurídica está condenada a formarse alrededor de problemas de orden práctico». Con el fin de ahuyentar estos miedos, el autor de la reflexión apenas reproducida aconseja «no ceder a la tentación de exceder el

ámbito específico asignado al jurista, que es el de responder a la simple pregunta de si el ordenamiento jurídico (que es él mismo un producto cultural) se ocupa de la cultura y en qué medida»[89].

Esta sabia apreciación no se dirige, no obstante, al jurista que cultiva la rama del ordenamiento conocida como «Derecho de la cultura», campo que atiene al tratamiento jurídico de la creación y promoción de la cultura en su sentido origina, humanístico, con el cual nuestro objeto de estudio no es coincidente, sino que mantiene una relación no del todo fácil de describir. En este sentido, desoyendo este consejo, la mayoría de los estudios sobre las relaciones entre multiculturalismo y Derecho penal han comenzado, creemos que acertadamente, con una más o menos extensa investigación sobre el concepto de cultura en su sentido étnico[90].

Las dificultades para llevar a cabo dicha tarea no han sido para los estudiosos un motivo suficiente para no enfrentarla. Interrogarse sobre el concepto de cultura —o mejor dicho, sobre los conceptos de cultura— y optar en la medida de lo posible por uno de ellos se considera útil y necesario, dado que repercute sobre el significado dado a muchos de los elementos en los que se descompone nuestro objeto de estudio o que gravitan alrededor del mismo y que dependen del concepto de «cultura», tales como «diversidad cultural», «delito cultural», «pertenencia a una cultura», etc. De ello, pues, nos hemos de ocupar en los siguientes epígrafes, intentando dar para ello una respuesta desde una reconstrucción histórico-crítica.

Este tipo de análisis es particularmente necesario dado que es frecuente encontrar, entre las razones que se aducen como explicación de la indiferencia o intransigencia de los sistemas penales europeo-continentales respecto a los delitos

---

[89] Cfr. CIRILLO, Gianpiero Paolo, «La "cultura" nell'ordinamento giuridico», in *Il Consiglio di Stato*, 54, 2003, pp. 613 y ss.

[90] Cfr., por ejemplo, BASILE, *Immigrazione…*, *op.cit.*, pp. 15 y ss.

culturales, la pretendida homogeneidad cultural de la base social sobre la que operarían dichos ordenamientos, homogeneidad que se habría visto interrumpida únicamente debido a los recientes movimientos migratorios que habrían llevado al continente poblaciones con nuevas culturas, propias y distintas a las de la sociedad receptora.

En este sentido, se ha llegado a decir que «la sociedad italiana ha sido hasta hace pocos años una sociedad sustancialmente "caracterizada por una matriz cultural homogénea" (…) alrededor de una lengua y una religión ampliamente dominantes y de un conjunto de valores que eran *o se presumían* compartidos por el conjunto de ciudadanos»[91]. La intransigencia del código Rocco ante la diversidad cultural no se debería solo a la ideología totalitaria de la época, sino que «al menos parcialmente» se habría visto influido por el dato de hecho objetivo de la realidad culturalmente homogénea del momento[92].

Frente a esta búsqueda reducida en lo temporal y lo espacial de los antecedentes empíricos de la situación en cuestión, parece necesario ampliar el objeto de análisis histórico y socioeconómico, por un lado, a la gestación del tratamiento jurídico de la diferencia en el pasado, ya en el nacimiento de la Modernidad y aun antes; por otro lado, a la extensión geográfica del total del sistema-mundo,

---

[91] Cfr., en este sentido, BERNARDI, *Modelli*…, *op.cit.*, pp. 62-63 (las cursivas son nuestras), que afirma que, debido a la reciente inmigración, la sociedad italiana es cada vez menos homogénea y que cree «que ha llegado el momento de preguntarse (…) si el sistema [penal italiano] no debiera más bien comenzar a tomar en consideración el cambiado y más complejo marco de la sociedad italiana»; en el mismo sentido, ID., *Il "fattore culturale"…*, op.cit., p. 54; GROSSO, «Multiculturalismo…», *op.cit.*, p. 116.

[92] Las palabras del propio Rocco en su *Relazione del Ministro Guardasigilli al Re* son presentadas como prueba por quienes sostienen esta tesis: «El Estado se nos aparece como la nación en sí misma organizada, es decir, como una unidad no solo social, sino además étnica, ligada por vínculos de raza, lengua, costumbres, tradiciones históricas, moral y religión», cfr. *Codice penale*, Ministero della Giustizia e degli Affari di Culto, Roma, 1930., p. 7. Abunda, confundiendo a nuestro juicio ideología y realidad, en este argumento DE MAGLIE, *Los delitos*…, *op.cit.*, p. 263: «en 1930 la moral católica y la ideología social del fascismo eran la base de un sistema de valores sustancialmente unitario y coherente (…)».

incluyendo también los territorios que una vez pertenecieron, en calidad de colonias, a los actuales estados industrializados.

Así pues, por un lado, la tendencia a presentar como novedoso el hecho de que los ordenamientos jurídicos europeos «gestionen» la diversidad cultural es bastante sorprendente si tenemos en cuenta que incluso en el siglo pasado se dan abundantes ejemplos de tratamiento jurídico diferenciado —también a nivel penal— por motivos étnicos y/o raciales. Nos referimos a las nefastas y tantas veces olvidadas leyes raciales que estuvieron en vigor en Alemania y en Italia, pero también a la aun más olvidada política criminal implementada en las colonias españolas, alemanas e italianas respecto a los súbditos coloniales. En este sentido se ha escrito que «la cuestión no es en realidad tan drásticamente nueva, como podría hacer pensar el *pathos* con el cual muchos contemporáneos nuestros presentan el vínculo entre globalización y multiculturalidad como si fuese la más reciente conquista de la historia humana»[93].

Por otro lado, es necesario ampliar el ámbito geográfico en el análisis del pasado, no limitándose solo al territorio en el que actualmente tienen vigencia directa los sistemas jurídicos europeos, esto es, las porciones de tierra que hoy constituyen estados miembros de la Unión europea y que hasta bien entrado el siglo pasado fueron las metrópolis de más o menos extensos imperios coloniales. Es decir, para poder hacer referencias ciertas a la homogeneidad cultural de cualquier sociedad y al modelo de tratamiento jurídico de los culturalmente diversos no debemos tomar en consideración —en una perspectiva histórica— únicamente el ordenamiento aplicable a la metrópolis, sino también a las posesiones coloniales cuando éstas existieron. Como han dicho acertadamente Hart y Negri, en la época colonial,

---

[93] Cfr. HÖFFE, *Globalizzazione…*, *op.cit.*, p. 14, que pone ejemplos de situaciones en las que se daban problemas análogos sucedidos en épocas pasadas, tales como el mundo helénico, el Imperio romano, la expansión del cristianismo y luego los cismas religiosos, la expansión del islamismo, los «grandes descubrimientos», la colonización y los procesos de heterogeneización social y de las costumbres subsiguiente a la revoluciones burgesas.

«mientras en su interior el Estado-nación y las estructuras ideológicas que lo sostienen trabajan sin descanso para crear y reproducir la integridad étnica del pueblo, en su exterior constituye una máquina que produce "otros", crea diferencias raciales y erige barreras que delimitan y sostienen el sujeto de la soberanía moderna»[94].

Por último, antes de comenzar la reconstrucción histórica, permítasenos exponer la hipótesis, deliberadamente provocadora, de que este modelo de gestión del «otro» generado en el pasado pueda estar siendo continuado actualmente en el seno de las sociedades europeas contemporáneas que en un tiempo fueron centro de sistemas coloniales. El *otro* se habría movida desde *allí* —donde los otros eran «nativos»— hacia *aquí* —donde los otros son «inmigrantes»—. Colonización e importación de mano de obra son fenómenos que presentan al menos dos grandes similitudes: la separación de la población, también jurídicamente, en «unos» y «otros» y la explotación económica —en los grandes números— de los «otros» por parte de los «unos».

Periodo colonial	**Periodo actual**	**Características de las categorías de individuos**
Ciudadanos	Ciudadanos comunitarios	Personas con derechos civiles y políticos
Indígenas emancipados	Ciudadanos extracomunitarios en situación regular	Personas sin derechos políticos
Indígenas no emancipados	Ciudadanos extracomunitarios en situación irregular	Personas con derechos civiles limitados

[94] Cfr. HARDT / NEGRI, *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, 4ª ed., BUR, Milán, 2007, p. 115 (trad. italiana de *Empire*, 2000).

Tabla 1. Las categorías de sujetos en la época colonial y en la actualidad (Elaboración propia).

No obstante, pese a que esta hipótesis se llegase a confirmar y, sobre todo, pese a la conciencia de la fuerte carga ideológica del concepto de cultura ―como analizaremos a continuación desde una perspectiva histórica—, el jurista no debe desanimarse en la búsqueda de una solución a nuestro objeto de estudio. Estas reflexiones deben servir como advertencia para que la doctrina jurídica no se dedique a la construcción o legitimación de sistemas que vinculan penosas consecuencias jurídicas al supuesto de hecho de pertenecer a una categoría de sujetos. En este sentido, dar cuenta de los resultados de la historiografía sobre el tratamiento de las minorías por parte del poder puede ser de ayuda para relativizar el valor del concepto de «cultura» y de «grupo étnico», cuyo valor debe reducirse a unas circunstancias históricas y geográficas concretas y sobre todo teniendo siempre presente la razón por la surgió una determinada categoría de sujetos.

Como intentaremos demostrar, el uso por parte del Derecho del concepto de «cultura» en sentido étnico, hoy en día, solo goza de legitimidad si sirve de base para el reconocimiento y la implementación de los derechos culturales o para el análisis de la categoría doctrinal de los delitos culturales, íntimamente ligada —según la definición que daremos de ellos en este trabajo[95]— a aquellos.

1.2. El término «cultura»: etimología y primera aproximación semántica.

El término «cultura» —traducible por «*cultura*» en italiano y «*Kultur*» en alemán— tiene varios significados. El diccionario de la Real Academia Española contiene la siguiente variedad de acepciones: en primer lugar, «cultivo»; en

[95] V., *infra*, en el capítulo II, el epígrafe 1.

segundo lugar, «conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico»; en tercer lugar, «conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.»; y por último, con indicación de uso anticuado, «culto religioso»[96].

Por otra parte, el diccionario informa de que la palabra proviene de la voz latina *cultūra*. Esta a su vez deriva de *cultum*, que constituye la forma del supino del verbo *cŏlĕre*, el cual significaba en un primer momento «andar por los campos»[97]

---

[96] De forma análoga, *lo Zingarelli* italiano (12ª ed.) ofrece como primera definición: «*complesso di cognizioni, tradizioni, procedimenti tecnici, tipi di comportamento e sim., trasmessi e usati sistematicamente, caratteristico di un dato gruppo sociale, di un popolo, di un gruppo di popoli o dell'intera umanità*» («conjunto de conocimientos, tradiciones, procedimientos técnicos, tipos de comportamiento, etc., transmitidos y usados sistemáticamente, característico de un cierto grupo social, de un pueblo, de un grupo de pueblos o de toda la humanidad») y como segunda: «*patrimonio di conoscenze di chi è colto*» («patrimonio de conocimientos de quien es culto»).

Respecto a la lengua alemana, el *Duden* registra:

(1) a. *Gesamtheit der geistigen, künstlerischen, gestaltenden Leistungen einer Gemeinschaft als Ausdruck menschlicher Höherentwicklung* («Conjunto de rasgos configuradores, artísticos y espirituales de una comunidad como manifestación del progreso humano»).

b. *Gesamtheit der von einer bestimmten Gemeinschaft auf einem bestimmten Gebiet während einer bestimmten Epoche geschaffenen, charakteristischen geistigen, künstlerischen, gestaltenden Leistungen* («Conjunto de rasgos configuradores, artísticos y espirituales característicos que han sido alcanzados por una determinada comunidad en un determinado ámbito en una determinada época»).

(2) a. *Verfeinerung, Kultiviertheit einer menschlichen Betätigung, Äußerung, Hervorbringung* («Refinamiento, cultivo de de una actividad, expresión o producto humano»).

b. *Kultiviertheit einer Person* («Calidad de culto de una persona»).

(3) a. *(Landwirtschaft, Gartenbau) das Kultivieren des Bodens* («»).

b. (*Landwirtschaft, Gartenbau) das Kultivieren* («Cultivo»).

(4) (*Landwirtschaft, Gartenbau, Forstwirtschaft*) *auf größeren Flächen kultivierte junge Pflanzen*

(5) (*Biologie, Medizin*) *auf geeigneten Nährböden in besonderen Gefäßen gezüchtete Gesamtheit von Mikroorganismen oder Gewebszellen*

[97] Se piensa que el verbo *cŏlĕre* provenga de la raíz indoeuropea **kwel-* («girar», «dar vueltas»).

y más tarde «cultivar». Originariamente, por lo tanto, *cultura* era sinónimo de agricultura, el cultivo de los campos, y como tal ha permanecido en acepciones recogidas en los diccionarios[98].

El adjetivo *culto*, aplicado al campo cultivado, y por lo tanto cuidado por la mano del hombre, se extendió al cuidado o veneración de los dioses —cuarta acepción del DRAE— y posteriormente, a partir de los siglos XVII y XVIII, al cultivo del espíritu o el intelecto del hombre rudo, de acuerdo con la metáfora que compara a éste con un campo sin cultivar —segunda acepción—[99]. La «cultura» adquirirá a partir de entonces una connotación valorativa, tanto en la propia sociedad occidental —hay personas con cultura y otras sin cultura, los «rústicos»[100]— como en relación a otras sociedades —hay pueblos civilizados o con cultura y «pueblos naturales»[101]—, connotaciones que siguen perviviendo en el lenguaje común y parcialmente también en la elaboración del «derecho al acceso a la cultura», en cuanto se concibe la cultura como un bien que es obligado al Estado proveer por igual a todos.

Es en la segunda mitad del siglo XIX —como tendremos ocasión de analizar con mayor detalle— cuando se populariza la cultura en el sentido que es relevante para nuestro objeto de estudio —el sentido étnico, la tercera acepción del DRAE—, coincidiendo con uno de los momentos fundamentales de la historia de

---

[98] Cfr. MOSTERÍN, J., *La cultura humana*, Espasa Calpe, Madrid, 2009, pp. 42 y ss., también para los siguientes párrafos.

[99] Aunque en castellano aparece por primera vez con esta acepción en el Diccionario de Autoridades de 1729, este uso se remonta a Cicerón, que hablaba de la *cultura animi*, el «cultivo de las almas» (*Disputas tusculanas*, II, 13: «*cultura autem animi philosophia est*»).

[100] Cfr. HESPANHA, A.M., *Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica*, en ID., "La Gracia del Derecho", donde se analiza la convivencia en Portugal, todavía en el siglo XVII, entre el Derecho oficial y la justicia tradicional, oral, informal, de los «rústicos».

[101] Fue el ilustrado alemán Herder el que empezó a distinguir entre *Kulturvölker* y *Naturvölker* (más cercanos al estado natural que a la cultura humana), distinción que arraigó en la Antropología alemana. (Cfr. REBOK, S., *La constitución de la investigación antropológica alemana sobre América Latina a finales del siglo XIX*, en *Revista de Indias*, nº 224, 2002, p. 214).

la Antropología como disciplina científica. Hablamos del sentido «amplio, etnográfico» dado al término por la obra de E. B. Tylor, en la que la cultura aparece ya como fenómeno humano universal, no privativo de una determinada clase o de un determinado pueblo, sino común a todo grupo humano o a toda la humanidad por entero, eso sí —aquí la trampa—, en distinto nivel de desarrollo.

Antes de continuar hay que dar cuenta de un último sentido normalmente dado al término y que no aparece en el diccionario español, pero sí en el Duden. Utilizando una sinécdoque que denota la cualidad característica por la cosa, se habla comúnmente de «culturas» como grupos culturales, es decir, grupos de personas caracterizados por una cultura común que les une y diferencia de otros. Esta «cultura grupal» caracterizaría a los grupos étnicos o etnias que se entienden poseedores de una cultura en alto grado compartida y diferente de otros grupos[102].

En resumidas cuentas, han existido dos grandes campos semánticos para el término cultura: «la definición humanista que surgió en la Europa del siglo XVIII en referencia a las artes, la música y las letras, y la definición antropológica que se desarrolló en el siglo XIX para describir la suma total de actividades humanas. Este segundo significado hacía referencia inicialmente a la humanidad como un todo, pero desarrolló paulatinamente un sentido discreto y pluralista que afirmaba la existencia de culturas diferentes y separadas»[103].

2. El descubrimiento de «los otros» aquí y allá (1492-1700).

---

[102] Cfr. MOSTERÍN, J., *La cultura humana*, *op.cit.*, pp. 181-184. De «*societal culture*» habla, en este sentido, KYMLICKA, Will, *Multicultural Citizenship*, OUP, Oxford, 1995, pp. 101-105.

[103] Cfr. para esta distinción, «Culture», en CALHOUN, C. (ed), *Dictionary of the Social Sciences*, Oxford University Press, Nueva York, 2002, p. 105; entre los penalistas italianos, BERNARDI, *Il "fattore culturale"…*, op.cit., p. 54, que distingue entre significado «humanístico» y «antropológico».

2.1. La discriminación jurídica de los judíos en la Europa medieval y moderna.

El «otro» constituye una alteridad colectiva. En realidad son «los otros»: «ellos» frente a un «nosotros». Unos sujetos agrupados en una categoría a los que se les presuponen una serie de características comunes y que por ello reciben un tratamiento distinto del recibido por otras categorías de sujetos o por sujetos no categorizados.

Antes del desarrollo de la cultura como criterio de categorización y del descubrimiento de poblaciones exóticas en allende el mar océano, los judíos ya constituían para Europa una cierta alteridad colectiva, situación construida en parte con los instrumentos jurídicos de la época. Las restricciones a los judíos, de origen tanto eclesiástico como secular y que tuvieron lugar en todo el continente, llegaron a formar un llamado «estatuto internacional de los judíos»[104], cuyas medidas —se ha llegado a decir— constituyeron un material que, meramente reproducido de forma más o menos literal, fue utilizado durante la época del totalitarismo en Europa[105].

Ya el Sínodo de Elvira, en el siglo IV d. C., prohíbe tanto los matrimonios mixtos como las relaciones sexuales entre cristianos y judíos, además del acto de sentarse en la misma mesa. En el año 535, el Sínodo de Clermont prohíbe a los judíos ocupar cargos públicos, mientras que el de Orleans, tres años más tarde, les prohíbe tener siervos cristianos y mostrarse en público durante la Semana Santa. A la prohibición respecto a los cargos públicos se añade la exclusión del servicio militar, de la magistratura, del ejercicio de funciones arbitrales, de la abogacía y

---

[104] Cfr. HILBERG, R., *La distruzione degli ebrei d'Europa*, Einaudi, Turín, 1999, v. I, p. 10.

[105] Cfr. DE CRISTOFARO, *Codice della persecuzione*…, op.cit., p. 24, que cita tanto a Hilberg (v. nota anterior) para el nazismo alemán, como a ISRAEL, G. / NASTASI, P., *Scienza e razza nell'Italia fascista*, Il Mulino, Bolonia, 1998, pp. 81-82, para el fascismo italiano.

del notariado. No obstante, los judíos pudieron constituir, excepto en los Estados pontificios, tribunales rabínicos —los cuales aplicaban Derecho judío a las controversias entre ellos— y también se les permite, normalmente mediante dispensa papal, el estudio y el ejercicio de la Medicina y la curación de cristianos[106].

Durante el reinado de Carlomagno —siglo VIII— tuvo lugar respecto a los judíos un fenómeno similar al actual delito cultural, dado que la consideración de la usura como delito de acuerdo con la *Admonitio generalis* no les afectaba por no ser cristianos, excepción que, según algunos, fue el origen de la asociación de los judíos con la banca.

No obstante, la experiencia más traumática y más conocida que el pueblo judío haya sufrido —salvedad hecha con la Shoah— fue la expulsión en 1492 de las coronas de Castilla y Aragón, que fue implementada en 1524 en Calabria y en 1540 en todo el Reino de Nápoles, forzando la emigración de muchos judíos del sur al norte de la península itálica. Muchos de estos judíos, al igual que aquellos expulsados en 1497 de Portugal y en 1498 de Provenza, fueron bienvenidos en los Estados papales, en donde, sin embargo, a partir de 1555 se les obliga a vestir un lazo amarillo partir y a residir en el gueto de Roma.

2.2. Aquí los gitanos y allí los «indios».

La *Historia miscellanea bononiensis* nos narra la llegada a Bolonia, en 1422, de una comunidad nómada: eran **los gitanos**, otra gran alteridad colectiva, junto con

[106] Cfr., para todo ello, DE CRISTOFARO, *Codice della persecuzione*…, op.cit., pp. 24-26, que remite a su vez a COLORNI, V., *Gli Ebrei nel sistema del diritto comune fino alla prima emancipazione*, Giuffrè, Milano, 1956, pp. 15-29.

los judíos, en la historia de Europa[107]. Algunas décadas más tarde nos encontrarnos en Castilla, adonde se habría desplazado a partir de mediados del siglo XV, con la Pragmática de Medina (1499), que ya expresa una actitud ciertamente excluyente[108], disposición que es solo el inicio de un endurecimiento de la legislación penal que se cebaría especialmente con este segmento de la población[109].

---

[107] **«** A dì 18 de luglio venne in Bologna uno ducha d'Ezitto, lo quale havea nome el ducha Andrea, et venne cum donne, puti et homini de suo paese; et si possevano essere ben cento persone (...) si demorarono alla porta de Galiera, dentro et fuora, et si dormivano soto li portighi, salvo che il ducha, che stava in l'albergo da re; et (...) gli andava de molta gente a vedere, perché gli era la mogliera del ducha, la quale diseva che la sapeva indivinare e dire quello che la persona dovea avere in soa vita et ancho quello che havea al presente, et quanti figlioli haveano et se una femmina gli era bona o cativa, et s'igli aveano difecto in la persona; et de assai disea il vero e da sai no (...) Tale duca aveva rinnegato la fede cristiana e il Re d'Ungheria prese la sua terra a lui. Dopodiché il Re d'Ungheria volle che andassero per il mondo 7 anni e che si recassero a Roma dal Papa e poscia tornassero alloro Paese» (texto recogido en MURATORI, L.A., *Rerum Italicarum Scriptores*, Milán, typ. Societatis palatinae, 1731, tom. XVIII, cc. 611-612).

[108] «Mandamos a los egipcianos que andan vagando por nuestros reinos y señoríos con sus mujeres e hijos, que del día que esta ley fuera notificada y pregonada en nuestra corte, y en las villas, lugares y ciudades que son cabeza de partido hasta sesenta días siguientes, cada uno de ellos viva por oficios conocidos, que mejor supieran aprovecharse, estando atada en lugares donde acordasen asentar o tomar vivienda de señores a quien sirvan, y los den lo hubiese menester y no anden más juntos vagando por nuestros reinos como lo facen, o dentro de otros sesenta días primeros siguientes, salgan de nuestros reinos y no vuelvan a ellos en manera alguna, so pena de que si en ellos fueren hallados o tomados sin oficios o sin señores juntos, pasados los dichos días, que den a cada uno cien azotes por la primera vez, y los destierren perpetuamente destos reinos; y por la segunda vez, que les corten las orejas, y estén sesenta días en las cadenas, y los tornen a desterrar, como dicho es, y por la tercera vez, que sean cautivos de los que los tomasen por toda la vida» (texto recogido en la *Novísima Recopilación*, Libro XII, título XVI). Cfr. GUTIÉRREZ NIETO, A., «Inquisición y Culturas Marginadas. Conversos, moriscos y gitanos», en MENÉNDEZ PIDAL (dir.), *Historia de España. El siglo del Quijote*, vol. I, Madrid, Espasa Calpe, p. 780.

[109] Esta discriminación se hizo más evidente en la España del siglo XVIII, en la que la gestión de los pobres, como parte de la naciente biopolítica, condujo a una persecución de los gitanos basada en la adjudicación a los mismos de la condición de «pobre fingido» y por lo tanto, vasallo no útil (cfr. VÁZQUEZ GARCÍA, Francisco, *La invención del racismo. Nacimiento de la biopolítica en España. 1600-1940*, pp. 80 y ss.).

También en el Sacro Imperio existieron abusos y hostilidades contra los gitanos en esta época: después de una cierta tolerancia estatal, los *sinti* y los *roma* fueron declarados fuera de la ley en 1496 y 1498 por decisión de la Dieta imperial.

A pesar de estos antecedentes, se suele afirmar que el origen de la Antropología cultural contemporánea, la ciencia que estudia la diversidad y la similitud entre las diversas culturas, entre ellos y nosotros, coincide con el paso del sentido humanístico del término *cultura* al sentido étnico —aunque fue más una agregación, puesto que ambas acepciones siguen coexistiendo actualmente—, pasando de connotar las costumbres de la alta sociedad al concepto científico de «conjunto de valores, normas y costumbres que regulan la vida cotidiana de diversos grupos sociales»[110].

No obstante, este origen no está del todo claro, lo cual se debe probablemente a que una disciplina científica no nace en un momento determinado, sino que sus métodos y conceptos se van formando paulatinamente, a partir de discursos precedentes, y está en continua evolución. Los discursos que precedieron al nacimiento de la Antropología se formaron a partir de **la llegada de los europeos a América** (1492), hecho que, por lo tanto, a la larga gestación —durante los siguientes tres siglos— de la disciplina antropológica y del concepto de cultura en el contexto de la conquista de un continente del planeta por parte de otro. En definitiva, siguiendo la reflexión de Foucault de que las disciplinas legitiman, ordenan y sistematizan organizaciones de significados y discursos que le anticipan, se pueden afirmar que la Antropología y el concepto de cultura fueron el tamiz por el que se filtraron las narraciones que sobre los nativos realizaban los primeros exploradores, a las que le siguieron las reflexiones por parte de filósofos,

[110] Cfr. PASQUINELLI, Carla / MELLINO, Miguel, *Cultura. Introduzione all'Antropologia*, Carocci, Roma, 2010, p. 13.

moralistas e intelectuales. La unión de ambas experiencias dará luz, a su debido tiempo, al estudio científico de la cultura[111].

Descendiendo al dato casi anecdótico, ya las Leyes de Indias recogen en su Libro VI («De los indios») problemas que entrarían hoy en día en nuestro objeto de estudio. Así, se dispone que «si se averiguare que un indio *siendo ya cristiano*, se casó con otra mujer, ó la india con otro marido, viviendo los primeros, sean apartados, y si amonestados dos vezes no se apartaren, y bolvieren á continuar en la habitación, sean castigados para su enmienda, y exemplo de losotros»[112]. Por el contrario —esta sería le excepción basada en motivos «culturales»—, para el indio polígamo que sea «infiel» no se prevé ningún castigo, aunque sí la prohibición de que «se case con más una muger»[113].

3. El «otro» en las eras de la Ilustración, la Revolución y el Capital (1700-1875).

3.1. Pensamiento ilustrado e ideología de la raza.

Durante los siglos XVII y XVIII tiene lugar en Europa la **era de la Ilustración**, un movimiento entre los intelectuales crítico con la tradición feudal y que, en términos generales, abogaba por el uso de la razón y el método científico. Este movimiento tomó diversas formas en cada uno de los países en los que tuvo lugar, de acuerdo con sus circunstancias particulares. El surgimiento del sistema penal

---

[111] Cfr. PASQUINELLI, C. / MELLINO, M., *Cultura...*, op.cit, pp. 20 y ss.

[112] Cfr. *Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias*, Libro VI, Título I, Ley IV. Las cursivas en la cita son nuestras.

[113] Cfr. *Recopilación*…, Libro VI, Título I, Ley V.

moderno en esta época, a partir de una anterior práctica basada en la publicidad del suplicio del condenado, ha sido magistralmente descrito de forma crítica por Michel Foucault en el clásico *Vigilar y castigar*. En dicha obra, Foucalt describe como, a partir de las nuevas condiciones sociales y políticas de la época, «la semiotécnica con que se trata de armar el poder de castigar sobre cinco o seis reglas mayores»[114], cuya semejanza con los principios del moderno Derecho penal de los que hacemos uso en este trabajo son más que evidentes[115]:

- *regla de la cantidad mínima*, resumida en la clásica obra de Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764) de la siguiente forma: «Para que el castigo produzca el efecto que se debe esperar de él basta que el daño que causa exceda el beneficio que el culpable ha obtenido del crimen»;
- *regla de la idealidad suficiente*, según la cual, «lo que debe llevarse al máximo [posible] es la representación de la pena, no su realidad corporal», regla traducida en el principio de humanidad de las penas, la prohibición de la tortura y los tratos degradantes, etc.;
- *regla de los efectos laterales*, para la que de nuevo se acude a una cita de Beccaria: "entre las penas y en la manera de aplicarlas en proporción a los delitos, hay que elegir los medios que hagan en el ánimo del pueblo la impresión más eficaz y la más duradera, y al mismo tiempo la menos cruel sobre el cuerpo del culpable", que sobrevive hoy en día en la función limitadora de la culpabilidad y otros principios respecto a la función de prevención general de la pena;

---

[114] Cfr. FOUCALT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1976, pp. 98 y ss.

[115] Se es pues consciente aquí de la naturaleza histórica de los principios de legalidad, culpabilidad, ofensividad, etc., los cuales son sin embargo, en la actual fase histórica, los instrumentos jurídico-políticos que también el jurista crítico debe usar para argumentar sus propuestas desde una base compartida.

- *regla de la certidumbre absoluta*, que implica varias medidas: taxatividad y publicidad de las normas, renuncia al derecho de gracia y privilegiar la vigilancia a la severidad del castigo, uniendo la acción de la policía a la de la justicia;
- *regla de la verdad común*, sobre la que se debería construir un nuevo proceso penal dirigido a establecer con toda evidencia la veracidad del hecho delictivo, para unir en el ánimo de los hombres el castigo a la realidad de este, deduciéndose de ello las garantías procesales, la presunción de inocencia,
- *regla de la especificación óptima*, que apunta tanto a la necesidad de una clasificación exhaustiva y taxonómica de los crímenes y de los castigos en los códigos penales como a la necesidad de una individualización ulterior de las pena concretamente aplicada, conforme al carácter singular de cada delincuente y no solo a las circunstancias o a la intención, necesidad que se vería desarrollada posteriormente en el siglo XIX por la Antropología criminal;

Centrándonos en nuestro objeto de estudio, debe encuadrarse en esta época el trabajo de Johann Gottfried Herder (1744-1803), discípulo de Kant y englobado junto con otros autores como Goethe en el llamado Clasicismo de Weimar, en especial su obra principal *Ideas para una filosofía de la historia de la humanidad* (1784-1791). Para Herder, la diversidad de circunstancias naturales, históricas, sociales y psicológicas llevan a una rica diferenciación entre pueblos («*völker*»), los cuales serían iguales en dignidad a pesar de las diferencias. El desarrollo cultural de cada pueblo se basaría tanto en el «carácter» o «genio» como en las condiciones físicas en las que su vida se desarrolla. Estas ideas de Herder serían la base de la Escuela etnológica alemana, en la cual se formaría Franz Boas, cuya obra analizaremos más adelante.

Por otra parte, es posible colocar en este pensamiento ilustrado la denuncia por parte de la obra de Edward W. Saïd del llamado **orientalismo**, definido como el «sutil y persistente prejuicio eurocéntrico contra los pueblos árabo-islámicos y su cultura», configurando una «geografía imaginaria»[116]. Los pensadores más conocidos que recurrirían a esta estrategia habrían sido dos grandes de la Ilustración: Montesquieu y Voltaire. Lo que se entiende por Oriente, de acuerdo con Saïd, no sería más que una construcción occidental dirigida a un doble objetivo: el sometimiento político y económico de las poblaciones orientales y la creación una imagen de Occidente como algo distinto y superior al resto de culturas del planeta[117].

A partir de la clasificación taxonómica de Linneo (1735) se recurre al **concepto de raza** para explicar la diversidad humana[118], noción sobre la cual se construye la teoría racialista de Joseph Arthur de Gobinau (*Essai pour l'inegalitè des races humaines*, 1853-1855)[119] y que a su vez serviría a fascistas y nazis para legitimar sus teorías, a pesar de que Gobinau no tuviese, en el particular caso de los judíos, una opinión despreciativa, habiendo dejado escrito de los judíos que fueron «un pueblo libre, fuerte e inteligente».

---

[116] Cfr. SAÏD, E. W., *Orientalism*, Vintage Books, 1978, obra seminal de los estudios poscoloniales, y su sequela: ID., *Culture and Imperialism*, Chatto & Windus, Londres, 1993.

[117] Cfr. PASQUINELLI / MELLINO, *Cultura. Introduzione all'Antropologia*, op.cit., pp. 115-116, que citan como ejemplo del uso «en absoluto científico» de los conocimientos orientalistas el consejo dado a Napoleón durante la conquista y dominio de Egipto.

[118] Cfr. PASQUINELLI / MELLINO, *Cultura. Introduzione all'Antropologia*, op.cit., p. 19.

[119] Los términos *racismo* y *racialismo* fueron usados en su origen, respectivamente, como «estudio científico sobre las diferencias entre razas humanas» y «concepción de unas razas como superiores a otras», esto es, el significado opuesto que se le reconoce hoy en día.

Las diferencias entre el *paradigma de la raza* y el *paradigma de la cultura* podrían no ser tan profundas como pueda parecer al principio. En ambos casos se relacionan aptitudes psíquicas y físicas del individuo —capacidad legal, imputabilidad, etc., en nuestro caso— con ciertas características. Que estaos rasgos sean adquiridas por herencia genética y se manifiesten en el color de la piel o la estructura ósea o bien lleguen al cerebro, ya formado, mediante aprendizaje social, es algo irrelevante para los apologetas de la diferenciación y jerarquización de los seres humanos. Podría tratarse de una cuestión de rearticulación del discurso, movimiento especialmente visible cuando se insiste en cuánto una persona pueda estar limitada en su libre desarrollo debido a su cultura[120].

3.2. Algunos efectos de las revoluciones y de la acumulación del capital.

Las revoluciones burguesas de principios del siglo XIX fueron sentidas también en las minorías étnicas. Carlo Catteneo se expresaba así en 1836: «Hubo un tiempo en el que toda Europa consintió cargar la vida de los israelitas con dolorosas prohibiciones. Y ahora ha llegado otro tiempo en el que toda reforma de las leyes y de los órdenes civiles concurre con admirable uniformidad y constancia a aliviar el peso de aquellas prohibiciones y a reanudar entre aquellas y otras estirpes del género humano los vínculos de la caridad y la paz»[121].

---

[120] De esta indeferenciación ha sido plenamente consciente la comunidad internacional, que en el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial define la discriminación racial como «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u *origen nacional o étnico* que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública».

[121] Cfr. CATTANEO, Carlo, *Interdizioni israelitiche*, 1836, introducción y notas de AMBROSOLI, Einaudi, Turín, 1997, p. 30 (cit. por DE CRISTOFARO, *Codice della persecuzione…*, op.cit., p. 23).

Por otra parte, la acumulación del capital en los ya independientes Estados Unidos de América, encontraba una solución en la disponibilidad virtualmente ilimitada de tierras hacia el oeste y en la ausencia de precedentes relaciones de producción de tipo feudal o de colectivismo campesino. Hobsbawm observa con cierta ironía: «El único obstáculo para la extensión del cultivo puramente individual era el de las tribus de pieles rojas, cuyas tierras —normalmente garantizadas por tratados con los gobiernos francés, inglés y norteamericano— pertenecían a la colectividad, a menudo como cotos de caza. El conflicto entre una perspectiva social que consideraba la propiedad individual perfectamente enajenable como el único orden no sólo racional sino *natural*, y otra que no lo consideraba así, es quizás más evidente en el enfrentamiento de los yanquis y los indios. (…) Por tanto, resultaba tan moral como provechoso despojarles de sus tierras mediante el fraude, el robo o cualquier otro procedimiento por el estilo»[122].

4. La cultura en la era del Imperialismo (1875-1919).

4.1. Imperialismo y Antropología: la aparición de la cultura en sentido étnico.

Existe un consenso entre los historiadores sobre el inicio de la llamada era del Imperialismo a partir de la década los setenta del siglo XIX. Hobson fue el

[122] Cfr. HOBSBAWM, *La era de la revolución, 1789-1848*, Crítica, Barcelona 2003, pp. 155-156, que cita a un comisiario de Asuntos Indios norteamericano: «Entre las más perjudiciales y fatales [de las causas que impedían a los indios captar los beneficios de la civilización] figuran su *posesión en común de territorios demasiado grandes* y el derecho a grandes rentas en dinero; la primera les proporciona un amplio campo para abandonarse a sus costumbres nómadas y evita *que adquieran el conocimiento de la propiedad individual* y las ventajas de una residencia fija; la segunda favorece la ociosidad y el afán de lucro, proporcionándoles los medios para satisfacer sus depravados gustos y apetitos».

primero en identificar los orígenes de la expansión imperialista en la necesidad de nuevos mercados para el excedente de capacidad de inversión de los países con economías capitalistas[123].

Las potencias europeas se reparten en el último cuarto del siglo XIX lo que queda libre del planeta: África y Polinesia. No obstante, no solo Europa se extendió territorialmente. En este mismo periodo, e incluso ya desde la mitad del siglo XIX —como acabamos de ver en el caso de los Estados Unidos—, también los estados que habían surgido de la independencia de las antiguas colonias europeas en América extendieron su control hacia el territorio aledaño que no había sido ya conquistado en la época colonial, organizando guerras contra los descendientes de los mayas —la «guerra de castas» (1847-1901)—, los mapuches, tehuelche y araucanos —la «conquista del desierto» por parte de Argentina (1878-1885) y la «ocupación de la Araucanía» a cargo de Chile (1861-1883)—, los yaqui —«guerra del yaqui» en México (1870-1880)— y apaches, navajos, comanches y otros pueblos nativos de Norteamérica en sucesivas guerras por parte de los gobiernos mexicanos, estadounidenses y canadiense.

Sin embargo, el hecho de que existan razones económicas estructurales que expliquen la necesidad de expansión no resta importancia a la necesidad de una ideología justificadora[124]. Era pues necesaria una revigorización de los discursos

---

[123] Cfr. HOBSON, John A. *Imperialism. A Study*, Cosimo, 1902. Hobson no era un socialista y creía que el Imperialismo no era una consecuencia necesaria del capitalismo, sino que este podía ser evitado aumentando la capacidad del mercado interno para absorver los bienes y servicios mediante una mejor distribución de la renta. Sobre su obra se basa, de manera crítica respecto a este aspecto: LENIN, *El imperialismo, fase superior del capitalismo*, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Pekín, 1966 [publicado originalmente en lengua rusa en 1916].

[124] «Cuando la capacidad productiva creció más rápidamente que la demanda de consumo, se produjo pronto un exceso de dicha capacidad (…). La inversión externa fue la única respuesta. Pero, dado que el mismo problema existía en todo país industrializado capitalista, dicha inversión externa sería posible solo si los países no capitalistas pudieran ser "civilizados", "cristianizados" y "desarrollados" — es decir, si sus instituciones tradicionales pudieran ser destruídas por la fuerza y sus pueblos puestos coactivamente bajo el dominio de la "mano invisible" del capitalismo de

sobre la desigualdad de algunos grupos humanos respecto a otros, lo cual tuvo lugar en el ámbito del mayor imperio colonial de la época —el Imperio británico— con las teorías de H. Spencer (1820-1903) —conocidas de forma errónea como «darwinismo» social, puesto que en realidad era un seguidor de Lamarck— y E. B. Tylor (1832-1917), fundador del evolucionismo social y padre de la Antropología cultural. Es en este contexto en el que debemos encuadrar la conocidísima y citadísima **definición de cultura de Tylor**, dada en la primera página de su obra *Primitive Culture*:

> «La cultura o civilización, tomada en su sentido etnográfico amplio, es ese todo complejo que incluye conocimiento, creencia, arte, moral, derecho, costumbre y otras aptitudes y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de la sociedad»[125].

Esta definición constituye el substrato sobre el que se apoyó el desarrollo de la teoría antropológica y continúa siendo usado hoy en día[126]. Al crear y delimitar el objeto de estudio y establecer los conceptos básicos, Tylor fue el «autor» del discurso antropológico[127]. Además, y con independencia de la validez de los resultados concretos de su investigación, se ha dicho que la obra del antropólogo

---

mercado. Así pues, el imperialismo fue la única respuesta» (cfr. HUNT, E. K., *History of Economic Thought: A Critical Perspective*, New York, 2002, pp. 351).

[125] Cfr. TYLOR, E., *Primitive Culture*, John Murrey, Londres, 1871 [reimpreso parcialmente en: «Cultura primitiva», en BOHANNAN / GLAZER (ed.), *Lecturas. Antropología*, 2ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 2007, pp. 64 y ss.]. De unos años antes es la definición de folclore —del inglés *folklore*— de manos del anticuario William Thoms, como «manners, customs, observances, superstitions, ballads, etc. of the old time», cuya consideración de una diversidad cultural «vertical», del «exótico doméstico» debería poderse poner en relación con el estudio de la diversidad cultural «horizontal», del «otro» étnicamente hablando (cfr. HERZFELD, M., «Folklore», en *Encyclopedia of Social and Cultural Anthropology*, Routledge, Londres, 2002, p. 236).

[126]Cfr. MARTÍNEZ VEIGA, Ubaldo, *Historia de la Antropología. Teorías, praxis y lugares de estudio*, 2ª de., UNED, Madrid, 2008, p. 236

[127] Cfr. PASQUINELLI, C., MELLINO, M., *Cultura. op.cit*, p. 54.

británico representa el inicio de la interpretación materialista de la historia de la cultura[128].

En las teorías de Tylor sobre la evolución social pierden peso los factores biológicos o raciales en comparación con las teorías precedentes, puesto que el autor parte de la premisa —hoy comúnmente aceptada en la ciencia antropológica— de la «unidad psíquica de la humanidad»[129], la visión de que todos los seres humanos comparten las mismas características básicas intelectuales y psíquicas, basadas en factores biológicos comunes a toda la especie humana[130]. Tylor defiende «eliminar la consideración de las variedades hereditarias o las razas humanas y tratar a la humanidad como homogénea por su naturaleza, aunque diversa por su grado de civilización»[131].

Parece clara la relación entre este evolucionismo social y el universalismo cultural —en contraste con el relativismo—: el valor universal y civilizador del Derecho o en general de cualquier otra parte de la cultura tiene como presupuesto la existencia de un camino evolutivo —el progreso— en distintos puntos del cual se situarían los diversos pueblos. El precio a pagar por aceptar el universalismo cultural sería la desvalorización de unas culturas respecto a otras, o mejor dicho, de unos «estadios» o «periodos» culturales respecto a otros. Es por estos motivos

---

[128]Cfr. HARRIS, Marvin, *El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura*, 16ª de., Siglo XXI, Madrid, 2008, p. 185 .

[129] La «unidad psíquica de la humanidad» se encuentra en la obra de Adolf Bastian, y servía como argumento a quienes, como Tylor, defendían la abolición de la esclavitud y la inexistencia de distintas especies humanas. Los pueblos «primitivos» no eran naturalmente inferiores, sino que su igual capacidad de raciocinio no se había desarrollado por completo por el poco desarrollo de su cultura (cfr. MARTÍNEZ VEIGA, U., *Historia..., op.cit.*,p. 234).

[130] Se obvian en esta exposición el desarrollo de las ideas de los otros dos grandes fundadores de la Antropología, H. Spencer y L. Morgan, cuyas posiciones evolucionistas han sido tildadas en la actualidad como más «cegadas por las arenas del racismo» que las de Tylor (cfr. HARRIS, *El desarrollo..., op.cit.*, pp. 117 y ss.).

[131] Cfr. TYLOR, *Primitive culture*, en BOHANNAN /GLAZER, *op.cit.*, p. 67

por los que la teoría crítica contemporánea sospecha de la «metamorfosis radical» que tuvo lugar en el concepto de cultura, desde algo privativo de un grupo dominante de europeos a un fenómeno humano universal. La cultura, concepto preñado de «violencia epistémica», habría constituido «el instrumento [epistemológico] que Occidente se ha dado para construir su conocimiento del Otro» en un contexto de dominación colonial[132].

No obstante, el evolucionismo social fue seguido también por los autores circunscritos al **naciente movimiento obrero** en los países capitalistas. Tanto anarquistas como marxistas compartían las ideas básicas. P. Kropotkin escribió, por ejemplo, en su ensayo *Derecho y Autoridad* —probablemente a partir de Maine— que «todas las sociedades han pasado por esta fase primitiva», refiriéndose a los estadios culturales en los que el Derecho era solo consuetudinario y no escrito. La aceptación de estas ideas es aun más patente en su ensayo sobre *La ayuda mutua* (1902), en la que analiza dicho fenómeno, de manera lineal y ascendente, entre animales, salvajes, bárbaros, en la ciudad medieval y, finalmente, «entre nosotros». Esta adopción del paradigma hegemónico nacido en la ciencia burguesa tuvo quizá su culmen en la obra *Socialismo y política colonial* (1907), del socialista alemán K. Kautsky y no se vería superado hasta las ya citadas reflexiones de Lenin sobre el imperialismo.

La historia del concepto antropológico de cultura tiene un punto de inflexión en el llamado **particularismo histórico** de Franz Boas (1858-1942) y de la mayoría de sus discípulos. Este autor estadounidense, de origen alemán, acepta el concepto de Tylor, pero las diferencias entre su *método histórico* y el *método comparativo* de lo que él denomina «Antropología especulativa» —las precedentes teorías

[132] Cfr. PASQUINELLI / MELLINO, *Cultura…*, op.cit., pp. 12 y ss.

evolucionistas[133]— hacen que su objeto de estudio no sea la cultura como fenómeno universal cuyos estadios de desarrollo atraviesan gradualmente todas las sociedades, sino la cultura como fenómeno *particular* de cada grupo humano, irrepetible ―aunque sí susceptible de difundirse— y comprensible sólo desde sí misma, negándose a establecer comparaciones[134].

Con el surgimiento de esta noción de cultura como fenómeno particular —y «particularizante»[135]— se consolidan los dos elementos del debate entre universalismo y relativismo cultural. La historia del desarrollo de las costumbres y creencias culturales es única e irrepetible —no siguen un proceso evolutivo universal— y eso hace que las costumbres y creencias culturales sean únicas e irrepetibles, incomparables, semejantes solo superficialmente, de un valor «relativo», dependientes del punto de vista y la historia individual y social del observador.

Más tarde, algunos discípulos de Boas, formados en la Universidad de Columbia, iniciaron caminos que enlazaban la cultura con otras disciplinas, caminos que pueden ser esclarecedores para nuestro objeto de estudio. E. Sapir (1884-1939) estableció junto con su discípulo B. L. Whorf (1897-1941) la conocida como «hipótesis Sapir-Whorf», que consiste en considerar que las estructuras semánticas de los diferentes lenguajes son inconmensurables y conforman el modo en que los hablantes, a través del pensamiento y la cultura, clasifican y experimentan su mundo[136], hipótesis que rescataremos cuando tratemos, en el

---

[133] Cfr. BOAS, F., *Las limitaciones del método comparativo de la Antropología* (1896), reimpr. en BOHANNAN / GLAZER, op.cit., pp. 85-93

[134] Cfr. MOSTERÍN, J., *La cultura..., op.cit.*, p. 131 y ss. Boas era también, en cierta manera, heredero y continuador en los Estados Unidos de la Escuela antropológica de Berlín (Virchow, Bastian) de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, que era resueltamente antiracista, hasta el punto de considerar sospechosa la teoría evolucionista de Darwin.

[135] Cfr. MARTÍNEZ VEIGA, U., *op.cit.*, p. 86.

[136] Cfr. MARTÍNEZ VEIGA, U., *op.cit.*, p. 458; MOSTERÍN, J., *La cultura..., op.cit.*, p. 134.

estudio dogmático de la culpabilidad en los delitos culturales, «la eventual influencia del sistema simbólico-cultural en la descodificación cognitiva de la realidad y en el impulso motivacional hacia la realización de una determinada conducta delictiva»[137].

R. Benedict (1887-1948), por su parte, iniciaría el enfoque «cultura y personalidad», fruto de la conjunción de la tradición boasiana con el camino abierto por la teoría psicoanalítica de Freud[138]. Las culturas serían «psicología individual proyectada en pantalla grande, psicología individual a la que se dota de proporciones gigantescas y de larga duración temporal»[139].

4.2. La teoría jurídica de las *Kulturnormen*.

La clásica teoría de las *Kulturnormen*, convalidada en Italia por parte de la doctrina, también tiene su origen en esta época en la obra del penalista alemán Max Ernst Mayer[140]. La teoría se resume en la aseveración de que «las normas jurídicas coinciden con las normas de cultura» («*Rechtsnormen übereinstimmen mit Kulturnormen*»)[141]. Es muy interesante contratar como Mayer utiliza el concepto de *Kultur* para denotar, de forma deliberada, una realidad más amplia que la de *Moral*[142].

---

[137] Cfr. PARISI, *Cultura dell'«altro»…*, op.cit., p. 154.

[138] Cfr. HARRIS, *El desarrollo…*, *op.cit.*, p. 340.

[139] Cfr. BENEDICT, Ruth, «Configurations of culture in North America», en *American Anthropologist*, nº 34, p. 24.

[140] Cfr. MAYER, Max Ernst, *Rechtnormen und Kulturnormen*, Strafrechtliche Abhandlungen, Breslau, 1903 [reimpr. por Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1965].

[141] Cfr. MAYER, *op.cit.*, p. 16, expresión que se repite a lo lardo de la monografía.

[142] Cfr. MAYER, *op.cit.*, p. 116, nota 7. Es desconcertante, sin embargo, las conclusiones a las que llega Mayer: partiendo de que también las normas culturales son vinculantes para el ciudadano,

Las normas culturales serían, de acuerdo con este autor, «el conjunto de órdenes y prohibiciones que se dirigen al individuo como órdenes y prohibiciones religiosas, morales, convencionales, en cuanto exigencias impuestas por las relaciones sociales y por la vida profesional»[143]. El sentido tyloriano de la noción de cultura que maneja Mayer se ve reflejado en este pasaje: «la tradición cultural que en todo pueblo se transmite de generación en generación va por mil caminos. Si nos limitamos a recordar la educación en la escuela o en familia, la participación en la vida religiosa o pública, la disciplina recibida en el servicio militar o durante la formación profesional, podemos hacer solo un vasto esbozo de un proceso infinitamente más sutil. No es posible controlar la tradición cultural en sus detalles: *como el aire, ésta penetra por todos lados*»[144].

No obstante, se puede seguir también con bastante facilidad el rastro romántico-boasiano, típicamente alemán: «son sobre todo las Naciones las que forman ámbitos culturales («*Kulturkreise*»). Conectada de forma inseparable a la esencia propia de la Nación está, de hecho, la capacidad de crear una cultura estructurada, en cuanto los destinos de la historia, que llevan adelante a la Nación, desarrollan también su cultura»[145]. Sobre esta base y sobre la idea de que Derecho, moral y religión habrían sido en el pasado una misma cosa, cuya separación no habría obedecido a una diferenciación en el contenido, sino en la forma y en la garantía de cumplimiento, pretende demostrar Mayer la coincidencia entre normas jurídicas y de cultura y el carácter vinculante de éstas[146].

---

dice: «si, por lo tanto, las obligaciones que surgen para el individuo del ordenamiento jurídico son idénticas a las obligaciones impuestas por la cultura, entonces ninguno puede quejarse de ser juzgado sobre la base de normas que no le han sido comunicadas» (p. 17).

[143] Cfr. MAYER, *op.cit.*, p. 17

[144] Cfr. MAYER, *op.cit.*, p. 18

[145] Cfr. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Giuffrè, Milán, 2010, cita este pasaje de la obra *Rechtsphilosophie* de MAYER.

[146] Cfr. MAYER, *op.cit.*, pp. 19-20.

La teoría de Mayer fue ya objeto de críticas por sus contemporáneos, como demuestra la opinión de Karl Binding: «esta *Kulturnorm*, entendida como presupuesto indispensable de la norma jurídica y como única fuerza que debería vincular a los sujetos de Derecho, constituye en verdad la creación más detestable de una Dogmática sociológicamente desnaturalizada y por completo desviada respecto al verdadero Derecho»[147].

En nuestra opinión, el Derecho, sea como conjunto ideal de normas de comportamiento, sea como formalización el ejercicio del poder, forma parte de la cultura, pues esta abarca todos los elementos ideales y materiales de la herencia social de los seres humanos. Pese a que no compartimos una crítica tan feroz, debemos admitir que las normas jurídicas y las normas culturales no se corresponden en la realidad y muy poco probablemente podrán llegar a corresponder unas con las otras algún día.

El ordenamiento jurídico —dada su naturaleza de construcción lógica— no contiene por definición normas contradictorias, puesto que la resolución del caso por el órgano jurisdiccional o el acuerdo de las partes decide qué norma debe aplicarse. Las normas culturales, por el contrario, son mucho más relativas y volubles: no son solo informales, sino también informes: carecen de precisión alguna en la mayor parte de los casos y más que ser interpretadas, son creadas al momento. El conflicto entre las mismas se resuelve —si se resuelve— por la vía de los hechos, no mediante la aplicación de criterios de ordenación jerárquica o funcional.

---

[147] Cfr. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*¸v. II, 1ª parte, 2ª ed., Leipzig, 1914, p. 366: (cit. por BASILE, *Immigrazione…*, *op.cit.*, p. 103).

4.3. Los tratados internacionales para el reparto de las colonias y el Derecho penal colonial.

Volviendo a la «carrera por África» desarrollada por las potencias coloniales europeas que hemos analizado anteriormente, podemos ahora dar cuenta de cómo las ideas sobre el distinto grado de civilización de los pueblos impregnan no solo los textos científicos, sino también los textos jurídicos. Los estados interesados en dicha «carrera» acordaron en el Acta final de la **Conferencia de Berlín** (1885), después de repartirse el territorio africano y «preocupados al mismo tiempo por los medios de aumentar el bienestar moral y material de las poblaciones indígenas», unas «disposiciones relativas a la protección de los nativos», de acuerdo con las cuales, las potencias «se comprometen a velar por la conservación de las poblaciones indígenas y por la mejora de sus condiciones morales y materiales de existencia, así como a contribuir a la supresión de la esclavitud y, sobre todo, a la trata de negros» y a proteger «sin distinción de nacionalidades y de cultos, todas las instituciones y empresas religiosas, científicas o de caridad, creadas y organizadas para estos fines o encaminadas a instruir a los indígenas y a hacerles comprender y apreciar las ventajas de la civilización»[148].

A este siguió otro texto, el del Acta de la Conferencia de Bruselas de 2 de julio de 1890 para «reprimir la trata, proteger las poblaciones aborígenes de África y asegurar a dicho continente los beneficios de la paz y la civilización».

Respecto al **Derecho penal colonial**, es indicativo que un gran historiador del Derecho como Thomas Vormbaum dedique un solo párrafo en su *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte* a las disposiciones penales aplicadas en las colonias alemanas, oficialmente conocidas como «áreas de protección»

[148] Cfr. Art. 6 del Acta final de la Conferencia de Berlín

(«*Schutzgebiete*»). El autor alemán acepta que en la actualidad está claro, por ejemplo, que la actuación de los «grupos de protección» («*Schutzgruppen*») en la rebelión de los *herero* en 1907 constituyó un verdadero genocidio. Sin embargo, duda sobre la posibilidad de que la política criminal colonial pueda ser considerada un paso previo a la solución final de la cuestión judía, como sí lo considera Melber[149].

No obstante, coincide con Naucke en poner en evidentes ciertas características «modernas» del Derecho penal colonial: las fuentes del Derecho colonial quedaban fuera de los vínculos constitucionales; el mismo era aplicable solo a los nativos, no a los blancos; dada la no aprobación del proyectado Código penal para los Nativos, las disposiciones tenían como origen la propia Administración colonial, con lo cual no existían tipos *legales* —se castigaba el testimonio judicial falso, lo que no ocurrió en la metrópolis hasta 1943—; se condenaba por indicios, la responsabilidad penal era también colectiva, se admitían los castigos corporales, etc.

Por otra parte, en su *Corso di Diritto coloniale*, Santi Romano consideraba la distinción entre «ciudadano» y «súbdito colonial» un verdadero principio del ordenamiento colonial italiano, distinción que creía fuese «necesaria tanto en el interés de la Madre patria como en el de los propios indígenas»[150].

5. La cultura en la «era de los extremos» (1919-1945).

[149] Cfr., también para las referencias bibliográficas, VORMBAUM, Thomas, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2ª ed., Springer, 2011, pp. 146-147.

[150] Cfr. ROMANO, Santi, *Corso di Diritto coloniale*, Athenaeum, Roma, p. 125 (cfr. Falconieri, p. 48).

5.1. Las leyes raciales en la Europa autoritaria.

El final de la Primera Guerra Mundial fue seguido por una oleada migratoria desde Europa hacia los Estados Unidos y por la firma del Tratado de Versalles entre las potencias aliadas. De los efectos que sobre nuestro objeto de estudio tuvo el fenómeno señalado en primer lugar nos ocuparemos más adelante al tratar los estudios sobre los *cultural conflicts*.

Respecto al citado Tratado, este dispuso la pérdida por parte de Alemania de «todos sus derechos y títulos sobre las posesiones de ultramar». Entre las potencias que conservaron las colonias se firmó el Convenio de Saint-Germain-en-Laye, en el seno de las Naciones Unidas, el 10 de septiembre de 1919, el cual reformaba las citadas actas de las conferencias de Berlín y Bruselas, reiterando el trato «protector» dado a la «población nativa» en su artículo 11. El Convenio reconocía además, en relación a la materia penal, la obligación para los Estados de «mantener en las regiones bajo su jurisdicción una autoridad y una fuerza policial suficientes para asegurar la protección de las personas y de la propiedad y, si fuera necesario, de la libertad de mercado y de tránsito».

Pese a la pérdida de las colonias, la política de clasificación racial y étnica de la población practicada en las colonias tuvo su continuación en la metrópolis con el ascenso al poder del Partido Nazi. Esta tendencia se recrudeció en varios estados europeos a partir de la década de los treinta, convirtiéndose la defensa de la raza en objeto de la política criminal y del estudio de los juristas[151].

La tristemente famosa escuela de Kiel, defensora de la teoría del *Willenstrafsrecht* («Derecho penal de la voluntad») aceptaba la analogía *contra reo* y la

[151] Cfr. FALCONIERI, *La legge della razza. Strategie e luoghi del discorso giuridico fascista*, Il Mulino, Bolonia, 2011, p. 12.

responsabilidad penal basada en el modo de ser del reo y no en sus actos[152]. Las infaustas «leyes de Núremberg» adoptadas en 1935 definían la condición jurídica de «judío» y los consideraba meramente «nacionales», en contraposición a los alemanes, que eran «ciudadanos del Reich» («*Reichsbürger*»). Además, definían como reo de un delito al alemán que se casara o mantuviera relaciones extramatrimoniales con una judía.

También el Derecho penal colonial italiano había seguido esta línea de taxonomía geopolítica de la población, desarrollado ampliamente en los años veinte y treinta del pasado siglo, distinguiendo entre «ciudadano italiano», «ciudadano italiano de las Islas Egeas», «ciudadano italiano líbico» y «súbdito del África Oriental Italiana»[153]. De forma adicional, las leyes raciales de 1938 introdujeron la dicotomía entre «ciudadano italiano de raza aria» y «ciudadano italiano de raza judía»[154]. Es interesante conocer como en la preparación del decreto por parte de la *Demorazza* —la Dirección General para la Demografía y la Raza— se remitiese a la comprobación científica por parte de la ciencia antropológica italiana de la «persistencia inalterada de la raza [italiana] desde hace varios milenios»[155].

El principio de la «desigualdad racial originaria» se convirtió en la clave de bóveda de un sistema que comprendía los aspectos coloniales y metropolitanos de la defensa de la raza italiana, en línea con lo afirmado en la *Declaración sobre la*

---

[152] Cfr., en general, MARTIN, Otto, «Die Kieler Schule», en *NJW-Aktuell*, 35, 2005, pp. XVIII y ss; Jiménez Segado, Carmelo, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 62-1, 2009, pp. 451-482 y sobre el irracionalismo de la escuela de Kiel y su diferenciación respecto al funcionalismo de Welzel, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, pp. 235-239.

[153] Cfr. FALCONIERI, *La legge della razza…*, op.cit., p. 26.

[154] Cfr. Real Decreto-Ley de 17 de noviembre de 1938, nº 1728, «*provvedimenti per la difesa della razza italiana*».

[155] Cfr., sobre la contribución de la ciencia italiana a la elaboración de la teoría de la raza: ISRAEL, G., *Il fascismo e la razza. La scienza italiana e le politiche razziali del regime*, Il Mulino, Bolonia, 2010.

Raza de 1938. No son poco importantes las similitudines entre los mecanismos presentes en la construcción a través de normas jurídicas del estatus de «indígena» y de «ciudadanos italiano de raza judía»[156]. En este contexto, la doctrina italiana se enfrentó —como hoy sucede con el multiculturalismo—, con categorías relativamente nuevas respecto al paradigma precedente, tales como «raza», «ario», «judío», etc.[157]

En la España de la inmediata posguerra, por su parte, se teorizaría desde la depurada Universidad sobre un «gen rojo», postulándose la eliminación de los oponentes políticos considerados inferiores también en términos biológicos[158].

5.2. La Psicología sociocultural soviética.

Tampoco en la naciente Unión soviética se deja fuera la cultura, aunque la contraposición entre civilizado y salvaje —presente en el discurso socialista precedente a la Revolución rusa y a la obra de Lenin sobre el imperialismo— deja paso a la contraposición entre cultura burguesa y cultura socialista, vinculadas respectivamente a los modos de producción capitalista y socialista. El texto oficial, *Marxismo y cuestión nacional*, definía la «nación» —en línea con la antropología burguesa— como «comunidad humana estable, históricamente formada y surgida sobre la base de la comunidad de idioma, de territorio, de vida económica y psicología, manifestada ésta en la comunidad de cultura», dando paso al eslogan de una cultura «nacional en la forma y socialista en el contenido».

---

[156] Cfr. FALCONIERI, *La legge della razza…*, op.cit., p. 15.

[157] Cfr. MAZZACANE, A., «La cultura giuridica del fascismo: una questione ancora aperta», en Id. (coord.), *Diritto, economía e istituzioni nell'Italia fascista*, Baden-Baden, Nomos, 2002, pp. 1-19.

[158] Cfr. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *Universidad y guerra civil*, Universidad de Huelva, 2010.

No obstante, para conocer una verdadera obra crítica respecto a la cultura es necesario acercarse a la obra de Lev Vigotsky (1896-1934), quien tuvo el propósito de reconstruir la Psicología social y cultural —en el contexto de la Rusia revolucionaria— desde un punto de vista marxista. En lugar de extraer citas de Marx para usarlas de forma tosca, emuló su método de análisis crítico utilizado respecto a la economía política sobre las corrientes psicológicas de su época. El resultado fue la identificación de la «acción mediatizada» como unidad básica del estudio psicológico, del mismo modo que Marx situó el intercambio de mercancías como la unidad básica de la actividad económica[159].

La acción humana, de acuerdo con Vigotsky —desde el punto de vista de la Psicología del desarrollo—, tiene lugar en un contexto de «mediación cultural», los procesos psicológicos están pues íntimamente vinculados con la interacción social:

> « Toda función en el desarrollo cultural del niño aparece dos veces: primero, en el nivel social, y luego en el individual; primero, entre las personas —interpsicológica—, y luego dentro del niño —intrapsicológica—. Esto se aplica igualmente a la atención voluntaria, a la memoria lógica, *y a la formación de conceptos*. Todas estas funciones superiores se originan como relaciones reales entre individuos humanos»[160].

Intentando superar el reduccionista «reflexionismo» imperante en la Psicología soviética oficial, basada en el modelo estímulo-respuesta, se proponía un modelo de estímulo-artefacto psicológico-respuesta, en el que el «artefacto psicológico»

---

[159] Cfr. BLUNDEN, Andy, «Soviet Cultural Psychology», en Id., *An Interdisciplinary Theory of Activity*, 2009, pp. 13 y ss.

[160] Cfr. VYGOTSKY, Lev, «Thinking and speech», en (1987), Carton, A.S. (ed.), *The collected works of L. S. Vygotsky*, vol. I (*Problems in general psychology*), Plenum, Nueva York, 1987, p. 57. El original fue retirado un año después de ser publicado, en 1934, por no ajustarse a los cánones científicos de la época el Estalinismoy las grandes purgas. La obra de Vigotsky permaneció casi desconocida tanto en la Unión soviética como en Occidente hasta los años ochenta.

—al que se podría llamar «mente»— es introducido en el sistema nervioso del sujeto a través a través de la participación en actividades sociales —el aprendizaje social o enculturación—, constituyendo dicho artefacto tanto un objeto material, sujeto a las leyes de la física y la química, como un producto de la actividad humana, un «instrumento»[161].

De este modo, cada persona no solo aprende cultura socialmente, sino que construye su propia mente socialmente a partir de la cultura compartida en el grupo en el que se desarrolla. Esta idea es la base del análisis que, en el capítulo IV, serán realizados en este trabajo sobre la relevancia de la cultura del sujeto en su motivabilidad y, por ende, en su culpabilidad y en la determinación de la pena a aplicarle.

5.3. Los estudios sobre los *cultural conflicts* en los Estados Unidos.

Mientras todo esto ocurría en Europa, en los Estados Unidos, país receptor de la inmigración europea, surgían estudios que décadas más tarde serían seminales respecto a la reflexión sobre nuestro objeto de estudio. Thorsten Sellin, estudiando la criminalidad de los nuevos inmigrantes en el continente americano, habló de «conflictos culturales», los cuales podrían ser primarios, entre culturas diversas, o secundarios, en la misma cultura, cuando el paso de lo simple a lo complejo hace crecer la diferenciación social y se multiplican las subculturas[162].

---

[161] Las teorías de Vigotsky fueron continuadas por Alekséi N. Leóntiev (1903-1979) en su conocida «teoría de la actividad».

[162] Thorsten SELLIN (1896-1994) fue un pionero criminológo estadounidense de origen sueco. La obra expuesta aquí es *Culture, Conflict and Crime*, Social Science Research Council, New Jersey, 1938, de la que se publicó semanas antes un adelanto con el mismo título en *The American Journal of Sociology*, 44/1, 1938, pp. 97-103, tal y como ha sido recibida por DE MAGLIE en

Los conflictos primarios se verificarían en tres situaciones: *a)* colisiones en áreas de frontera cultural, *b)* imposición de las normas de un grupo sobre otro por operaciones de conquista del territorio de éste, o *c)* migración de los miembros de un grupo al territorio de otro. Por otra parte, los conflictos culturales podrían ser internos —como «conflicto mental» en la persona con valores culturales distintos a los dominantes[163]— o externos —como expresión del conflicto interno en el mundo material cuando una persona «que ha absorbido las normas de cultura de un grupo o de un área migra, a otro área»[164], siendo este concepto una primera aproximación a la noción contemporánea de delito cultural.

Multiculturalismo…,op.cit., p. 189 y ss*; Società multiculturale…,op.cit.*, p. 227 y ss*; y Culture e Diritto…,op.cit.*, p. 1097 y ss.

[163] Cfr. SELLIN, Thorsten, «The Conflict of Conduct Norms», en WOLFANG /SAVITZ /JOHNSTON (coords.), *The Sociology of Crime and Delinquency*, 2ª ed., 1970, p. 188 y ss, de nuevo citado por DE MAGLIE.

[164] Cfr. SELLIN, *Culture...,op.cit.*, p. 68, donde da un ejemplo de lo anterior que no deja de ser curioso y significativo: «hace algunos años en Nueva Jersey un padre siciliano mató a un quinceañero que había seducido a su hija y se sorprendió mucho de ser arrestado, dado que había defendido el honor de su hija de una manera tradicional».

Imagen 1. Representación gráfica de algunas prohibiciones introducidas por las leyes raciales (1938).

Imagen 2. Cartel de la «Exposición colonial» en Stuttgart (1928).

Imagen 4. Cartel nazi sobre las colonias alemanas: «También aquí está nuestro espacio vital» (1933).

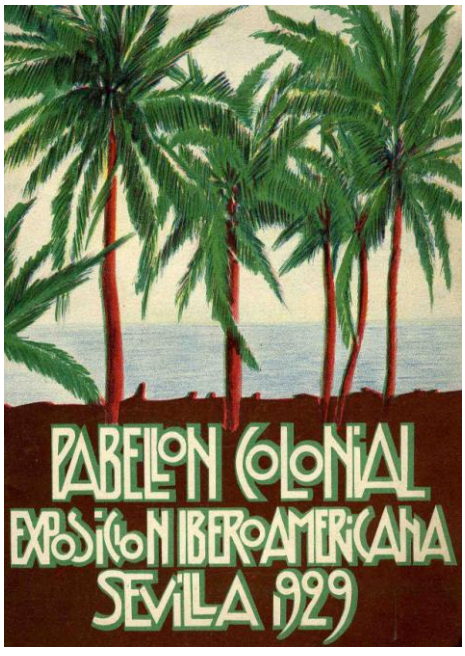

Imagen 5. Cartel del Pabellón Colonial de la Exposición Iberoamericana de Sevilla (1929)

6. El debate contemporáneo (I): la vertiente filosófica, antropológica y doctrinal penal.

6.1. Contexto sociohistórico y cambios en las Ciencias Sociales.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial se configura un **nuevo orden mundial** caracterizado por la constitución de dos grandes bloques de estados hegemónicos y contrapuestos entre sí, formados cada uno alrededor de los Estados Unidos de América y de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, situación que se prolongó hasta 1989, año en el que se produjo una aceleración de la transición al capitalismo en el bloque soviético, la cual condujo —tras el desmembramiento del mismo— a un nuevo interés relativo a la cuestión de las minorías nacionales. Dicho interés se tradujo jurídicamente en la adopción, entre otros textos jurídicos, del *Documento de la Cumbre de Copenhagen sobre la dimensión humana de la OCDE* (1990) y de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas* (1992).

Desde el punto de vista de la Europa occidental, «el fenómeno contemporáneo de la multiculturalidad en Europa se relaciona directamente con la fortaleza económica que se ha ido alcanzando a partir de 1945, después de la Segunda Guerra Mundial, y fundamentalmente desde la creación de la Comunidad Económica Europea, tras la firma del Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957»[165]. En los últimos años ha aumentado el número de movimientos migratorios, los cuales, al ser promovidos o prohibidos —gestionados, en esencia, según la política económica y demográfica del momento y del lugar— constituyen

[165] Cfr. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, «Diversidad cultural y derecho penal», en *Revista Penal*, nº 22,2008, p. 34.

una verdadera una importación de mano de obra para el país de destino, reproduciendo así el esquema centro-periferia ya expuesto.

Otro factor histórico a tener en cuenta es el surgimiento de nuevos movimientos sociales fuera del movimiento obrero organizado. Se puede decir que a la cuestión social, centro más o menos evidente de la lucha política y social al menos desde 1917, se añaden otras muchas contestaciones al sistema que dejan de ser ramificaciones del tronco del movimiento obrero, tales como el ecologismo, la identidad de género, los derechos de gais y lesbianas, de los minusválidos, etc.[166] Entre estos nuevos movimientos aparece el «*ethnic revival*». Estas nuevas reivindicaciones tienen en común el proceso por el cual una identidad que constituye hasta un motivo de subalternatidad se convierte en motivo de afirmación y contrapoder. En este momento, por ejemplo, la lucha de las dos décadas pasadas de los afroamericanos por el reconocimiento de sus derechos civiles —por su integración— se transforma en una lucha por el reconocimiento de la «cultura negra».

Como ya adelantábamos en la introducción a este capítulo el Otro ya no se sitúa geográficamente solo en los márgenes del mundo occidental, sino en su centro. «En los países industrializados occidentales, los debates relativos a la inmigración se han resuelto dando una creciente relevancia a las tensiones atribuidas a la diferencia cultural (…). En Europa occidental (…) la inmigración de los años cincuenta y sesenta [del siglo XX] afectaba a trabajadores que mantenían (o eran mantenidos a) una gran distancia cultural y política con la sociedad de acogida (…). El inmigrante era integrado socialmente a través del trabajo y excluido en el resto». Con el cierre de la industria clásica, los descendientes de los primeros inmigrantes se ven excluidos socialmente y son víctimas de un racismo de nuevo

[166] Estos nuevos movimientos sociales sufrieron en primer lugar un desencuentro con las dinámicas presentes en los partidos comunistas y socialistas presentes en la época, en algunos casos por el propio machismo presente en las dinámicas internadas, en otros por ser asociados a la clases medias y la pequeña burguesía.

cuño, «diferencialista» y «cultural», pero se convierten también en actores en la vida política a través de sus reivindicaciones[167].

Durante esta época se produjeron así mismo **grandes cambios en las Ciencias Sociales**. Algunos de los discípulos de Boas rompieron con la tradición, tales como Leslie White (1900-1975) y Marvin Harris (1927-2001), propugnando el contacto de la Antropología social con otras ciencias naturales y sociales y la vuelta a ciertos postulados evolucionistas[168]. En concreto, Harris ha sido el autor del «materialismo cultural» y de la popularización de la distinción entre los puntos de vista *emic* —desde los propios parámetros de la cultura estudiada— y *etic* —visión exterior, objetiva, científica—. Este autor, basándose directamente en Marx, afirma que «los modos conductuales *etic* de producción y reproducción determinan probabilísticamente las economías políticas y domésticas *etic*, que a su vez determinan probabilísticamente las superestructuras conductual y mental *emic*»[169].

No obstante, otra rama de la Antropología americana siguió avanzando en las posturas más idealistas y relativistas de la herencia boasiana[170]. El representante más conocido de esta corriente es Clifford Geertz (1926-2006) que «creyendo con Max Weber, que el hombre es un animal inserto en tramas de significación que él mismo ha tejido», considera «que la cultura es esa urdimbre, y que el análisis de la cultura ha de ser, por lo tanto, no una ciencia experimental en busca de leyes,

---

[167] Cfr. WIEVIORKA, Michel, *Le differenze culturali. Una prospettiva sociológica*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 27-28, donde cita a BARKER, Martin, *The new racism*, 1981, para ese «nuevo racismo».

[168] Cfr. MOSTERÍN, J., *La cultura...*, *op.cit*., p. 143

[169] Cfr. HARRIS, «Principios teóricos del materialismo cultural» (fragmento de *Cultural Materialism: the Struggle for a Science of Culture*, 1979), en BOHANNAN / GLAZER, *op.cit*., p. 400.

[170] Cfr. MOSTERÍN, J., *La cultura...*, *op.cit*., p. 143

sino una ciencia interpretativa en busca de significados» o, de otra forma: un «esquema históricamente transmitido de significaciones representadas en símbolos, un sistema de concepciones heredadas y expresadas en formas simbólicas, mediante las cuales la gente comunica, perpetúa y desarrolla su conocimiento y sus actitudes ante la vida». Esta definición da nombre a la corriente como «Antropología simbólica», siendo el símbolo «cualquier objeto, acto, hecho, cualidad o relación que sirva como vehículo de una concepción»[171].

Era inevitable que la posmodernidad, definida por Jean-Français Lyotard como el fin de las grandes narraciones —Ilustración, idealismo, marxismo—, afectara aunque fuese tardíamente al concepto de cultura, cuyas raíces, como hemos visto, se hunden precisamente en su nacimiento y se desarrollan con el pensamiento ilustrado. Particularmente afectada se ha visto la metáfora del «conjunto complejo», que tanto ha contribuido a la percepción de las comunidades, primitivas y no, como totalidades perfectamente integradas y unificadas[172].

Es a partir de un seminario de estudios organizado en 1984 por James Clifford y George Marcus, cuando cobra fuerza el llamado «giro textual» con la publicación de *Writing Culture* (1986), en la que partiendo de la metáfora geertziana de la cultura como texto y de la citada obra de Edward Saïd, se alcanza la idea de que la cultura es un texto escrito no por los nativos, sino por el antropólogo, con o sin inclusión de la versión de los mismos[173]. Geertz todavía tiene como objeto el otro, Clifford se interesa sin embargo en la «representación antropológica del otro»[174].

---

[171] Cfr. GEERTZ, C., *La interpretación de las culturas*, Gedisa, Barcelona, 1992, pp. 20, 88 y 90, para las frases referidas aquí.

[172] Cfr. PASQUANELLI / MERINO, *Culture*…, op.cit., p. 224.

[173] Cfr. PASQUINELLI / MERINO, *Culture*…, op.cit., p. 221.

[174] Cfr. RABINOW, «Le rappresentazioni sono fatti social. Modernità e posmodernità in antropologia», en CLIFFORD / MARCUS, *Scrivere le culture*, Meltemi, Roma, 1997, p. 303 (ed. orig. *Writing Culture: Poetics and Politics of Ethnography*, University of California Press, Berkely, 1986).

Esto no quiere decir que considere a lo que él llama «ficciones etnográficas» como algo falso, sino más bien parcial, incompleto y subjetivo, una «*true fiction*», dado que no existiría previamente un objeto que debe ser descrito —una cultura que posa para ser retratada por el etnólogo—, sino que cualquier tipo de informe es una creación intencional[175]. La cultura, y sobre todo el análisis que se hace de la misma, son productos históricos, y por lo tanto esta puede ser solo «conflictual, provisional y en continua transformación»[176].

Una década más tarde se publicó *After Writing Cultures* (1997), texto que reconoce al proyecto posmoderno haber conseguido el reconocimiento de que «las representaciones son, fundamentalmente, el producto de relaciones de poder asimétricas». Con la profundización en los *cultural studies* y los *postcolonial studies* se habría desvelado la «violencia epistémica» del concepto de cultura en la producción y reproducción de los mecanismos de dominio colonial.

Estas revoluciones en las ciencias sociales tuvieron su reflejo también en el campo jurídico, en los Estados Unidos, a partir de los años setenta del pasado siglo, en forma de estudios que tematizaban el llamado «*legal pluralism*»[177]. La perspectiva jurídico-pluralista, plenamente posmoderna, parte de la dificultad de distinguir entre lo legal y lo no legal y de admitir la pluralidad de contenidos, fuentes, formas y niveles del fenómeno jurídico, más allá del Derecho de origen estatal. En este sentido, Griffiths dice que un sistema jurídico es pluralista en sentido jurídico «cuando el soberano establece distintos ordenamientos jurídicos para distintos grupos de la población que difieren en su etnicidad, religión, nacionalidad, o

---

[175] Cfr. PASQUINELLI / MERINO, *Culture*..., op.cit., pp. 222-223.

[176] Cfr. CLIFFORD / MARCUS, *Scrivere culture*…, op.cit., p. 43.

[177] Para una aproximación y desarrollo histórico del concepto en el ámbito anglosajón, y como fuente de otras notas de esta sección: MERRY, Sally Engle, *Legal Pluralism*, en Law & Society Review, 22/5, pp. 869-896; en español, una amplia recopilación y sistematización de fuentes: OCHOA GARCÍA, Carlos, *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico*, Cholsamaj Fundación, 2002, 388 pp.

geografía, y cuando los regímenes legales paralelos dependen todos del sistema jurídico estatal»[178], mientras que el «pluralismo en el sentido de las Ciencias Sociales» tiene lugar cuando órdenes normativos a los que el Estado no concede juridicidad compiten con el Derecho[179].

6.2. Debate filosófico-político entre «liberales» y «comunitaristas»: la obra de Will Kymlicka.

La aparición de la ya clásica *A Theory of Justice* de John Rawls en 1971 ha sido considerada el origen del **debate entre liberales y comunitaristas** en los años ochenta y noventa[180], de tanta importancia para nuestro objeto de estudio. Este debate coincide con la crisis en la Antropología cultural ya expuesta anteriormente, que ha sido en las dos últimas décadas una disciplina cada vez más fragmentada y desordenada, pese a lo cual —o quizás por ello— no merma el interés por la misma. Surge una nueva «Antropología de la globalización» y se abandonan los tradicionales binomios nosotros/otros, observador/observado, tradicional/moderno y, sobre todo, de la idea de que cada pueblo posee una

---

[178] GRIFFITHS, John, *What is Legal Pluralism?*, en Journal of Legal Pluralism, 24, 1986, pp. 5 ss

[179] Como ejemplo bibliográfico de esta visión: WOLKMER, A. C., SÁNCHEZ RUBIO, D. y SUÁREZ VILLEGAS, J. C., *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, 3ª ed., MAD-Eduforma, 2006, 322 pp. Cuando los grupos minoritarios no han conseguido dar juridicidad a su normas (siendo el Derecho patrimonio del grupo dominante), el estudio de éstas corresponde a las ciencias sociales y no a las normativas.

[180] Cfr. WIEVIORKA, M., *Le differenze culturali*…, *op.cit.*, pp. 46 y ss., también para un conciso resumen de las ideas de Rawls, del que extraemos que «estos principios se inscriben en una concepción general de la justicia que pretende que los "bienes primarios" (renta, riqueza, libertad básica, condiciones de respeto por uno mismo, etc.) sean distribuidos de manera igualitaria, a menos que una distribución no igualitaria beneficie a todos».

cultura definida, compartida y distinta de las demás[181]. Como se ha hecho notar con acierto, «el concepto de cultura tradicional de la Antropología ha hecho su aparición en la esfera pública justo en el momento en el que los antropólogos empiezan a tener dudas sobre él»[182].

Las razones de este repentino interés parecen evidentes a todos: la globalización y los procesos migratorios, fenómenos que ya existían desde hace siglos pero que adquirirían hoy en día una dimensión e intensidad sin precedentes[183]. En este escenario, es la cultura la que viene llamada en causa para constituirse en señalador de la diferencia respecto al otro que vive entre nosotros, al inmigrante[184].

La «reacción comunitarista» al liberalismo encarnado por Rawls habría consistido en un conjunto diversificado de críticas, a veces parciales, a veces radicales, dirigidas sobre todo a la concepción que el mencionado autor tendría del ser humano como libre de particularismos sociales o culturales. Bien conectada con este debate se encuentra también la obra del que probablemente es el más importante filósofo político norteamericano vivo, Michael Walzer, caracterizada por un estrecho vínculo con las cuestiones prácticas y del momento, lo cual no le habría impedido desarrollar una «articulada teorización en materia de pluralismo,

---

[181] Cfr. DEL OLMO, Margarita, Una aproximación a la Antropología contemporánea», en Müllauer-Seichter, Traude, *Historia de la Antropología social: escuelas y corrientes*,UNED, Madrid, 2ª ed., 1995, p. 154.

[182] Cfr., ERIKSEN, Thomas Hylland / NIELSEN, Finn Sivert, *A History of Anthropology*, Pluto Press, London, 2001, pp. 157-158.

[183]Cfr. DEL OLMO, Margarita, «Una aproximación a la Antropología contemporánea», en Müllauer-Seichter, Traude, *Historia de la Antropología social: escuelas y corrientes*,UNED, Madrid, 2ª ed., 1995, p. 153.

[184] Cfr. DE LUCAS, Javier, «Nuevas estrategias…», *op.cit.*, p. 205.

multiculturalismo, tolerancia, derechos culturales, en busca de combinaciones entre "igualdad" y "diferencias"»[185].

Una excelente síntesis de este debate puede extraerse del análisis de la obra de Will Kymlicka, que sostiene que un liberalismo bien entendido conlleva el reconocimiento de derechos a las minorías, incluso derechos colectivos, con el objetivo de evitar resultados injustos[186]. En su opinión, «es legítimo, e incluso inexcusable, complementar los tradicionales derechos humanos con derechos de las minorías. Una completa teoría de la justicia en un estado multicultural incluye tanto derechos universales, asignados a los individuos con independencia de la pertenencia a un grupo, como ciertos derechos *diferenciados por grupos* o "*status* especiales" para las culturas minoritarias»[187].

Kymlicka distingue dos tipos de sociedad multicultural: *a)* la sociedad multicultural de tipo *multinacional,* en la que el pluralismo cultural está originado por el absorbimiento —por procesos de colonización, conquista o confederación— en un sociedad más grande de culturas territorialmente concentradas que precedentemente se habían gobernado solas, y *b)* las sociedades multiculturales de tipo *poliétnico,* en la que el pluralismo cultural está originado en la inmigración de individuos y familias. Reconoce, además, que una sociedad multicultural bien puede ser al mismo tiempo multinacional —respecto a las

---

[185] Cfr., por todos, sobre Michael Walzar, la reciente e imponente monografía de CASSADEI, Thomas, *Il sovversivismo dell'immanenza. Diritto, morale, política in Michael Walzer*, Giuffrè, 2012, p. 9.

[186] Cfr. KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship: a liberal theory of minority rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995. Existen traducciones, entre otras, en lengua castellana (*Ciudadanía multicultural,* Paidós Barcelona, 1996) e italiana (*La cittadinanza multiculturale,* Il Mulino, Bolonia, 1999).

[187] Cfr. KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship…, op.cit.,* p. 6

«minorías nacionales» absorbidas— y poliétnica —respecto a los inmigrantes— [188], como el caso de Canadá, país en el que reside.

Esta distinción se basa en la observación de que los estados se comportan políticamente de forma distinta ante «indígenas» e «inmigrantes», pero su uso como argumento normativo la hace susceptible de ser criticada por ser etnocentrista: la razón es que la distinción se basa en el punto de vista del grupo dominante y en el momento en el que alcanzó la hegemonía. La población que ocupaba el territorio antes de dicho momento se convierte en indígena en la autorrepresentación del conquistador, mientras que aquellos que le sigan serán inmigrantes. Así, la predicción de que las «minorías étnicas» —los «inmigrantes»— no querrán ser una nación dentro de la sociedad multicultural y que por lo tanto sus reivindicaciones serán esencialmente distintas —y menos onerosas— que las de las «minorías nacionales» —los «indígenas»— tiene sentido en tanto en que esos «inmigrantes» no se conviertan en el grupo dominante[189]. Retomaremos esta importante distinción más adelante, desde el punto de vista jurídico, analizando las distintas consecuencias del derecho a la libre determinación de los pueblos y de los derechos culturales de las minorías étnicas.

---

[188] Cfr. KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship…, op.cit.,* pp. 11 y ss.

[189] Cfr., para la distinction que aquí se critica, KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship…, op.cit.,* pp. 26 y ss. Basta recordar los procesos de conquista y colonización en todo el mundo, pero es particularmente visible en aquellos estados donde el cambio en la relación de poder ha vuelto a convertir en grupo minoritario a los descendientes de los colonizadores, como en Bolivia, donde las provincias de mayoría criolla reclaman independencia de un estado que ya no controlan; o en Sudáfrica, donde los afrikáners, "la tribu blanca de África", que mantienen en la era post-*apartheid* reivindicaciones que KYMLICKA reservaría para las minorías nacionales, aunque las tilda, se puede decir que ingenuamente, de "injustas" por basarse su etnicidad en la ascendencia y no en la voluntariedad (p.23). Curioso es el caso también de Nueva Zelanda, donde el equilibrio histórico entre europeos y maoríes debido a la fortaleza de estos últimos hace hablar a la historiografía de una colonización "en dos direcciones" (BROOKING, Tom, *The History of New Zealand*, Greenwood, 2004, p. 23) y de calificar de "inmigración" (¡!) a la llegada de los europeos.

No obstante, ha de advertirse que los «límites a la tolerancia» que propone Kymlicka parecen coincidir con el ámbito de tutela reservado al Derecho penal en los Estados democráticos de Derecho, con lo que la relevancia de sus teorías para nuestro objeto de estudio es cuanto menos limitado: «el reconocimiento de los derechos de las minorías tiene obvios peligros, [como] la supresión de quienes disientan dentro de un grupo (…). Una teoría liberal de los derechos de las minorías, en consecuencia, debe explicar *cómo los derechos de las minorías coexisten con los derechos humanos, y cómo los derechos de las minorías están limitados por los principios de la libertad individual, la democracia y la justicia social*»[190].

6.3. La «*cultural defence*» en los sistemas de *common law*.

La *cultural defence* ha sido definida como «una causa de exclusión o de disminución de la responsabilidad penal, alegable por un sujeto perteneciente a una minoría étnica con cultura, costumbres y usos diversos, o en cualquier caso en contraste con los de la cultura del sistema anfitrión»[191]. Constituye una construcción doctrinal alrededor del uso de la cultura como argumento forense para negar un elemento del delito —*mistake of fact*— o para apoyar una *defense* propiamente dicha como la *insanity* o la provocación; o bien como circunstancia a tener en cuenta en la determinación de la pena —fase de *sentencing*—.

---

[190]Cfr. KYMLICKA, Will, *Multicultural Citizenship, op.cit.*, p. 6

[191] Cfr. RENTELN, *In Defense of Culture in the Courtroom*, en SHWEDER, MINOW y MARKUS (coord.), *Engaging Cultural Differences. The multicultural Challenge in Liberal Democracies*, 2002, p. 196. En los sistemas jurídicos anglosajones, una *defense* (o *defence* en inglés británico) contiene tanto las *justifications* como las *excuses*. El término ha sido traducido en italiano como *eximente culturale* (MONTICELLI), aunque no siempre exime de responsabilidad penal, sino que también puede meramente atenuarla.

Su origen en los Estados Unidos puede ser reconducido a 1985, año a partir del que se sucedieron los tres casos que a la larga constituirían el canon de la materia: los casos *Kimura*,[192] *Moua*[193] y *Chen*[194] y en el que empezó a tomar forma el debate, a partir de una anónima publicación en la *Harvard Law Review*[195]. También en el Reino Unido se desarrollaba en paralelo, y sobre la base de la propia realidad multicultural, un trabajo en este sentido.[196] Posteriormente, Alison Dundes Renteln toma una posición de valoración positiva respecto a la *cultural defense*, la cual «requeriría a los jueces considerar el fondo cultural de las partes en la *disposición* de los casos». Propone por tanto una *defense* formalizada en los textos legales, en lugar de una mera construcción doctrinal, dado que la razón de introducirla expresamente en el Derecho positivo sería que los tribunales suelen considerar irrelevante la cultura en ausencia de una obligación legal en este sentido[197].

Renteln sitúa la enculturación —la noción de que la cultura da forma a la cognición y a la conducta— como marco de análisis de la *cultural defense.* Así, el Derecho debería tener en cuenta la cultura porque ésta influencia de forma importante en las motivaciones de los sujetos, de forma que la *cultural defense* propuesta serviría para proteger a las minorías contra los prejuicios de la mayoría en el sistema legal. Por último, asevera que la justicia no se basa en tratar a todo el mundo de acuerdo con un único estándar y que un sistema legal sería mucho más justo si reconociese la existencia de distintas nociones de racionalidad.

---

[192] *People v. Kimura*, nº A-09113, Los Angeles Superior Court, 21 de noviembre de 1985.

[193] *People v. Tou Moua*, nº 328106-0, Fresno County Superior Court, 28 de noviembre de 1985.

[194] *People v. Chen*, nº 87-774, New York Supreme Court, 2 de diciembre de 1988.

[195] Cfr. *The Cultural Defense in the Criminal Law*, en Harvard Law Review, v. 99, 1986, pp. 1293 y ss.

[196] Cfr. POULTER, S., *English Law and Ethnic Minority Cultures*, Londres, 1986.

[197] Cfr. RENTELN, *The Cultural Defense*, Oxford University Press, Nueva York, 2004, p. 6.

6.4. Desarrollo de la doctrina europea occidental en las últimas décadas.

La temática de las *cultural defenses* llegó a la Europa continental en 2001, año en el que Jeroen van Broeck publicó un artículo en el que trataba doctrinalmente la relación entre diversidad cultural y sistema penal[198]. Por primera vez se intentaba, desde una perspectiva de la dogmática penal, «contribuir a una teoría general sobre los delitos culturales y las causas de exención o atenuación culturales (*cultural defensas*)»[199]. Los escritos precedentes, anteriores a la recepción del concepto antropológico de cultura, trataban a lo sumo de las relaciones entre Moral y Derecho, y desde la premisa de una sociedad moralmente —culturalmente— homogénea. El artículo de Van Broeck, que se nutre del debate estadounidense sobre las *cultural defences*, recibe de Strijbosch la definición de delito cultural[200], además de fijar otros muchos elementos del discurso que luego se seguirá en Italia, España y Alemania.

Así, el primero de los **estudiosos italianos** contemporáneos en tratar temas de diversidad cultural y sistema penal del que tenemos noticia fue, en 2002, Alessandro Bernardi[201]. En noviembre de 2004 se celebró un congreso con el

---

[198] Cfr. VAN BROECK, J., *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, en European Journal of Crime, Criminal law and Criminal Justice, vol. 9/I, 2001, pp. 1-32

[199] Cfr. VAN BROECK, J., *op.cit.*, p. 1

[200] Ver *infra* capítulo II, epígrafe 1.1

[201] Se trata de BERNARDI, Alessandro, «Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo», en *Rivista Italiana di Diritto pubblico comunitario*, 2002, pp. 485-534, y en MONSIGNORI, F., GRECO, T., *Un solo mondo, un solo diritto*, Edizioni Plus – Pisa University Press, Pisa, 2007, pp. 101-144; versión en castellano: «El Derecho penal ante la globalización y el multiculturalismo», en *Revista Derecho y Proceso penal*, nº 8, 2002 y en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista internacional*, nº 4, julio-septiembre 2003, pp. 5-42. Su obra posterior sobre la materia consta de dos monografías: *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Turín, 2006 e *Il "fattore culturale" nel Diritto penale*, Giappichelli, Turín, 2010, y varios artículos. El concepto de cultura

título *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, cuyas actas fueron editadas por el propio Bernardi y que constituye el primer libro editado sobre la materia en Italia del que se tiene aquí noticia, desde un punto de vista penal[202]. Le sigue Monticelli, que intenta aplicar a la nueva realidad multicultural la vieja teoría de las *Kulturnormen* ya estudiada, tal y como esta había sido recibida y desarrollada por Cadoppi —el cual la convierte en «enfoque cultural-constitucional del Derecho penal»—[203]. Monticelli introduce en Italia el debate sobre la *cultural defense* anglosajona —sobre todo la estadounidense—, lo cual constituirá uno de los filones del desarrollo posterior por la doctrina italiana.[204]

El otro filón lo constituyó la criminalización expresa de la mutilación genital femenina en el Código penal italiano a través de la Ley nº 7, de 9 de enero de 2006[205], delito introducido también en España —con algunas diferencias— mediante la reforma del Código penal de 2003[206] y que no existe como tal en el ordenamiento alemán.

«en sentido antropológico» del que parte Bernardi está constituido por «las tradiciones, los valores, los estilos de vida propios de las distintas poblaciones o sociedades del planeta» (cfr. BERNARDI, *Il "fattore culturale"…,* op.cit., p. 54, nota 1).

[202] Cfr. BERNARDI, A. (coord.), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Giurffrè, 2006.

[203] Cfr. MONTICELLI, «Le "cultural defenses" (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati". Possibili divergente tra pluralismo culturale e sistema penale», en *L'Indice penale*, 2003, pp. 535-586. Sobre la teoría de las *Kulturnormen* y su desarrollo italiano, v. *infra* el epígrafe 4.2.

[204] Cfr. DE MAGLIE, C., «Multiculturalismo e Diritto penale. Il caso americano», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 48/1, 2005, pp. 173-199; ID., «Società multiculturali e Diritto penale: la *cultural defense*», en *Studi in Onore di Giorgio Marinucci*, t. I, 2006, Giuffrè.

[205] Entre otros muchos: BASILE, Fabio, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femmenile*, en Dirito penale e processo, v. 12/6, 2006, pp. 678-692; EL MISMO, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, v. 50/4, 2007, p. 1298. Sobre la mutilación genital femenina ver *infra* en el capítulo II, el epígrafe 6.

[206] Entre las diferencias sustanciales cabe destacar que la legislación penal española habla de *mutilación genital*, sin referirse a género —aunque sí lo hace la Exposición de Motivos— y que la pena prevista en la legislación italiana supone un agravamiento respecto al tipo que correspondería

Un tercer momento supuso pasar del estudio de algunos aspectos concretos de la materia a proyectos de investigación con pretensiones de generalidad, generándose monografías e introducciones a futuras monografías que tratan de forma sistemática aspectos relacionados con la problemática general de la relación entre el multiculturalismo y el sistema penal: análisis de los conceptos prejurídicos que inciden en la materia, como «cultura» o «sociedad multicultural», metodología para llevar a cabo una investigación de este tipo, fundamentos de un Derecho penal atento a las diferencias culturales, eximentes de la responsabilidad penal relacionados con la cultura del autor, delitos en particular que se consideran culturalmente motivados, etc.[207]

Por lo que respecta a la **doctrina española**, debemos mencionar en primer lugar a Emiliano Borja Jiménez. Su primera monografía sobre la materia[208] consiste en una primera parte expositiva de los principios de legalidad y culpabilidad en el Código penal español seguida de un trabajo de etnografía jurídica sobre el Derecho penal indígena, escrito a partir de «la entrevista directa y el contacto inmediato con los miembros de estas comunidades y sus dirigentes»[209].

La defensa que se hace del Derecho penal indígena es expresada con solemne sinceridad en sus conclusiones: «Siempre he creído que existían principios básicos del Derecho Penal que eran universales e imprescindibles en todo ordenamiento jurídico. He llegado a estar convencido de que un sistema punitivo que no se

---

de lesiones graves (BASILE, *Società multiculturale…, op. cit.*, p. 1342), lo que no ocurre en España, donde tienen la misma pena que las lesiones de órgano principal.

[207] La obra más completa por el momento es: BASILE, F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il Diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milán, 2010. Para un elenco completo remitimos a la nota 1 y a la Bibliografía aneja a este estudio.

[208] Cfr. BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los Fundamentos del Derecho penal indígena*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001

[209] Cfr. BORJA JIMÉNEZ, *Introducción…*, *op.cit.*, p. 9

estructurase con base en estos axiomas fundamentales, no podría contemplarse bajo las siglas del Derecho penal. Y ahora tengo que decir que estaba equivocado (…) »[210]. Es decir, el autor abandona la ideología basada en los principios fundamentales del Derecho penal «del mundo civilizado»[211] —o al menos la pretensión de su extensión universal— para abrazar un relativismo jurídico-penal. Como el mismo Autor reconoce, ello supone no optar por la vigencia universal de los derechos humanos, sino por argumentos relativistas de consideración igualitaria del sistema de valores indígena y del sistema de valores impuesto por los europeos, «sin rango jerárquico alguno entre ellos», y por un reconocimiento de los derechos colectivos[212].

También Cerezo Mir trata la temática del «error de prohibición culturalmente» condicionado» en el concreto ámbito geográfico de Perú —Art. 15 CP peruano— [213], citando a Zaffaroni como impulsor de la figura y a Peña Cabrera como continuador de la misma.[214] Cerezo Mir expone, en primer lugar, la dificultad de deslinde entre el error de prohibición culturalmente condicionado, el error de prohibición general y la delincuencia por convicción, y por otra parte, la necesidad de limitar la exención de la responsabilidad penal para hacer compatible la diversidad cultural con la protección de los derechos fundamentales de rango superior[215].

---

[210] Cfr. BORJA JIMÉNEZ, *Introducción…*, *op.cit.*, p. 175

[211] Cfr. BORJA JIMÉNEZ, *Introducción…*, *op.cit.*, p. 23

[212] Cfr. BORJA JIMÉNEZ, *Introducción*…, op.cit., p. 27

[213] Cfr. CEREZO MIR, «La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el Código penal peruano», en PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Univ. de Salamanca, 2007, pp. 101-108.

[214] Cfr. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, t. IV, Ediar, Buenos Aires, 1982, pp. 200 y ss. y a PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal, Estudio Programático de la Parte General*, 3ª ed., Grijley, Lima, pp. 486 y ss.

[215] Cfr. CEREZO MIR, *op.cit.*, pp. 101 y ss. p. 107.

Por último, y pese a que Borja Jiménez menciona ya que la población europea es cada vez más heterogénea culturalmente debido a movimientos migratorios y esboza algunas de las consecuencias de tal situación en el ordenamiento jurídico[216], el desarrollo de esta idea en la literatura española se debe a Ferré Olivé, que ofrece un análisis común a las situaciones de diversidad cultural derivadas tanto de procesos inmigratorios recientes —como en el caso de la inmigración hacia Europa, particularmente desde el final de la Segunda Guerra Mundial— como de la supervivencia en Latinoamérica de población indígena, que habitaba el continente antes de la conquista europea[217].

Varios son los aspectos que pueden considerarse como novedosos en esta contribución. En primer lugar, al tratar conjuntamente los dos aspectos que acaban de señalarse, inicia un camino teórico que no había sido recorrido por los estudios doctrinales del entorno. Los autores italianos habían tratado los problemas derivados de la inmigración en Europa y en Estados Unidos, mientras que Borja Jiménez limitaba su investigación al indigenismo en Latinoamérica. Faltaba desarrollar el enlace entre ambas expresiones del fenómeno de la diversidad cultural, que el autor hace con la intención de evitar posiciones etnocentristas: «ninguna cultura es poseedora de verdades absolutas»[218].

En segundo lugar, apela a los derechos humanos y a los seculares principios fundamentales de todo Derecho penal democrático —en oposición a las tesis de

---

[216] Cfr. BORJA JIMÉNEZ, *Introducción…*, *op.cit.*, pp. 23 y ss., donde habla de conflictos entre las reglas jurídicas de los Estados europeos y las cosmovisiones de la población inmigrante, adjetivando éstos de «coyunturales» frente a la «heterogeneidad estructural» que existiría en América Latina tanto por la convivencia de culturas diversas durante un largo periodo de tiempo como por el abandono por parte del Estado de la Administración de Justicia en zonas inaccesibles (p. 25). Además, había publicado previamente: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Granada, 1999.

[217] Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C. *Diversidad cultural y derecho penal*, en Revista Penal, nº 22, 2008, pp. 33-42.

[218] Cfr. FERRÉ OLIVÉ, *Diversidad cultural…*, *op.cit.*, p. 34

Borja Jiménez—, como límite al reconocimiento del Derecho indígena por parte del Estado. En concreto, los principios de legalidad, culpabilidad y humanidad de las penas se opondrían a muchas de las consecuencias de la cesión del *ius puniendi* a las comunidades indígenas[219], apelación que, desde distintos puntos de partida y con resultados también diversos, tiene un eco profundo en la metodología de este trabajo.

Por último, solo recientemente se ha planteado la **doctrina alemana** la cuestión de los delitos culturales. Abrieron el camino la investigación filosófica-jurídica sobre la posibilidad de un Derecho penal intercultural emprendida por Otfried Höffe[220] y los comentarios sobre la misma realizados por Winfried Hassemer. De todo ello se hace eco Claus Roxin en la última edición de su manual, sin llegar a posicionarse expresamente sobre esta nueva tendencia[221].

Sin duda el trabajo más importante hasta el momento es *Kultur und Strafrecht*, de Brian Valerius, donde tematiza, en consonancia con lo trabajado en ámbito de *cultural defense* anglosajona y *reati culturalmente motivati* italianos —aunque, por lo que parece, sin haber tenido acceso a los mismos—, la relevancia de los «valores culturales» del autor de un delito («*kulturelle Wertvorstellungen»)* en casos de homicidios por causa de honor, la circuncisión masculina y femenina o la tutela de los sentimientos religiosos —haciendo eco de la polémica sobre las caricaturas de Mahoma—[222].

---

[219] Cfr. FERRÉ OLIVÉ, *Diversidad cultural*…, *op.cit.*, pp. 39 y ss.

[220] Cfr. HÖFFE, O., *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?: ein philosophischer Versuch*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999

[221] Cfr. ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeine Teil*, t. I, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2006, p. 131.

[222] Cfr. VALERIUS, Brian, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, Dunker & Humblot, Berlin, 2011, 424 pp.

7. El debate contemporáneo (II): la recepción de lo étnico-cultural en los textos jurídicos a partir de la Segunda Guerra Mundial.

7.1. Los derechos culturales.

El punto de vista sobre el tratamiento jurídico de la diferencia cultural cambia al finalizar la Segunda Guerra Mundial. Las minorías ya no serían consideradas por el Ordenamiento como sujetos de derechos en sí mismas —en los tratados de protección de las minorías posteriores a la Primera Guerra Mundial— o como fundamento de discriminación —en las leyes raciales y en el Derecho colonial—, sino como situaciones fácticas que otorgan derechos individuales a quienes pertenecen a dichas minorías —los derechos culturales—. No obstante, se confirma así mismo el reconocimiento del derecho de autodeterminación de los pueblos, sobre la base del cual tendría lugar la descolonización en las décadas siguientes.

En este sentido, el reconocimiento formal de los derechos culturales por parte del ordenamiento jurídico-positivo, tanto a nivel internacional como estatal, hereda ―como es lógico esperar― la polisemia del concepto general de cultura. La doctrina jurídica reconoce de la cultura una *noción general* —«la cultura» como «conjunto acumulativo de bienes y de valores del espíritu creados por el hombre a través de su genuina facultad de simbolización»— y una *noción colectiva*—«las culturas» como concretas manifestaciones socio-históricas de «la cultura»—[223]. Sería necesario, de acuerdo con la doctrina, adoptar a efectos jurídicos una concepción restringida de la cultura, puesto que los juristas, como adelantamos al

[223] Cfr. PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura..., op.cit.*, p. 36.

inicio de este capítulo, tendrían que limitarse a ver la cultura desde el Derecho, no el Derecho desde la cultura[224].

Respecto a los derechos culturales, podemos identificar dos grandes campos semánticos relativos a diversos conceptos de «cultura» de los cuales solo el segundo nos interesa. En primer lugar, a una concepción *humanístico-general* de la cultura como cultivo de las capacidades innatas del hombre mediante el estudio le corresponde un derecho a la cultura como derecho al acceso al patrimonio cultural, que comprende el derecho a la educación, la libertad artística, los derechos lingüísticos e incluso la libertad pensamiento, conciencia y expresión. Así concebido, el «derecho a la cultura» es visto como un elemento esencial «sobre el que se articulan otros derechos para cuyo ejercicio es de todo punto necesario un cierto grado de instrucción»[225].

En segundo lugar, al concepto *étnico* de cultura le corresponde un derecho a la cultura étnicamente declinado, que se identifica —a partir de la Segunda Guerra Mundial— con los derechos particulares de los que son titulares los sujetos pertenecientes a una minoría étnica, religiosa o lingüística, relativos a reivindicaciones propias de dichos sujetos respecto a la población general.

Es evidente que la protección de las minorías tiene una historia y un fundamento distintos respecto a los más generales derechos relacionados con el acceso a la instrucción y al beneficio del progreso de la cultura y la ciencia, pero en un cierto momento ambos espacios han comenzado a fundirse, vinculados precisamente por el elemento cultural, que constituye el elemento identificador tanto del objeto del primer tipo de derechos como de los sujetos del segundo tipo.

El problema de los derechos culturales, como ha sido puesto de manifiesto, «está vinculado al hecho de que están siendo desatendidos e infraestimados, siendo

---

[224] Cfr. PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura..., op.cit.,* pp. 35.

[225] Cfr. MARTÍN DE LA GUARDIA, Ricardo M. / PÉREZ SÁNCHEZ, GUILLERMO Á, op.cit., p. 841.

tratados como los "parientes pobres" de otros derechos humanos»[226], ello pese a la relativa asiduidad de la expresión «derechos económicos, sociales y culturales»[227]. La desatención llega incluso hasta la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que al debatir cada año sobre la verificación de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Declaración Universal y en el PIDESC, omite los derechos culturales del debate[228].

Es necesario, en este momento, profundizar en el estudio que algunos autores ya han comenzado sobre el derecho «a la propia cultura», su fundamento jurídico y su posible relevancia justificadora y debemos hacerlo acudiendo a las fuentes del Derecho: constituciones, tratados internacionales, leyes ordinarias, reglamentos, etc. En el caso europeo, ya hemos analizado la ausencia de una expresa previsión constitucional, al menos en el aspecto penal, de la cultura en sentido étnico. Frente a este relativo silencio, podemos o encontrar un discurso normativo mucho más elocuente en los textos jurídicos supranacionales, los cuales —siendo de diferente naturaleza y eficacia jurídicas, pueden servir todos como fuente de integración del concepto jurídico de cultura a nivel constitucional, al con conjugar el campo semántico étnico-cultural en los instrumentos jurídico-internacionales con el sustrato constitucional referente al «libre desarrollo de la personalidad» y el pluralismo—. Esto es posible dado que, como ya hemos visto, las constituciones estatales —y en concreto su contenido de derechos fundamentales— pueden o

---

[226] Cfr. SYMONIDES, Janusz, «Cultural rights: a neglected category of human rights», en *International Social Science Journal*, nº 158, 1998, pp. 559.

[227] Cfr. EIDE, A., «Cultural rights as individual rights», en EIDE / KRAUSE / ROSAS (eds.), *Economic and cultural rights. A textbook*, Martinus Nijhof Publishers, Dordrecht, 1995, p. 229, (cit. por SYMONIDES, *op.cit.*, nota 4) donde se presenta una lista de manuales que analizan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sin mencionar o presentando de forma fragmentaria los derechos culturales.

[228] Cfr. SYMONIDES, *op.cit.*, p. 559.

deben, según los casos, interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos[229].

7.2. El derecho a la propia cultura en los tratados internacionales y otros textos jurídicos a nivel internacional.

En este epígrafe serán analizados, en primer lugar, distintos textos jurídicos de naturaleza varia, no teniendo todos ellos valor normativo o —en el caso de tenerlo—, no siendo algunos obligatorios en los estados en cuestión:

- la *Declaración universal de los derechos humanos* (1948),
- la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (1965-1969)
- el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (1966-1976),
- la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias* (1990-2003),
- el *Estatuto de la Corte penal internacional*,
- la *Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural* y
- la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* (2007).

Los derechos culturales son ya mencionados en el artículo 27, apartado 1, de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** (DUDH) de 1948, que establece que «toda persona tiene *derecho a tomar parte libremente en la vida*

[229] V. *supra* en la Introducción, epígrafe 2.2.

cultural de la comunidad». Dada la ausencia de un reconocimiento expreso de los derechos de las minorías étnicas por parte de la Declaración Universal —asunto controvertido en la inmediata Posguerra—, esta disposición ha sido interpretada tanto como contenedora de derechos individuales y colectivos[230]. No obstante, los redactores de la Declaración fueron conscientemente innovadores en este sector, dado que solo dos constituciones estatales en aquel momento —China y Checoslovaquia— incluían expresamente derechos de las minorías étnicas. La inspiración vino al parecer de propuestas por parte de la Asociación Americana por las Naciones Unidas, el Instituto de Derecho Internacional y algunas delegaciones latinoamericanas[231].

No obstante, sobre la base de la prohibición de discriminación racial, se introdujo también la atención al dato étnico. El artículo 5 de la **Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial** (CIEFDR) obligar a los Estados a «prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia;

---

[230] Cfr. MELANDER, Goran, «Article 27», en EIDE, Asbjorn (ed.) *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, 1992, pp. 429-30. Para una interpretación del art. 2 de la Declaración —prohibición de discriminación— que abarca los derechos de los grupos culturales minoritarios, cfr. MORSINK, Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intents*, University of Pennsilvania Press, Philadelphia, 1999, p. 335. De acuerdo con el autor, el tenor literal del art. 27 no permitiría una interpretación pluralista por hablarse de «*la* vida cultural de *la* comunidad» y no de «*su* comunidad» (p. 269), interpretación que no sería necesaria de todas formas por el alcance del art. 2 (p. 270).

[231] Cfr. MORSINK, Johannes, *The Universal Declaration…*, *op.cit.*, p. 270.

b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución (…) »,

lo cual, combinado con lo establecido por el artículo 1, apartado 4 —«Las *medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos* o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria *con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron»— podría ser un fundamento suficiente para un tratamiento jurídico diferenciado por parte del Estado, siempre que esté dirigido a la consecución de una igualdad material. No obstante, este tratamiento diferenciado no es más una de las opciones a las que puede recurrir el Estado para cumplir sus obligación de eliminación de la discriminación racial. Del texto de la Convención parece que su adopción no sea obligatoria salvo en los casos que correspondan con el único medio disponible para, precisamente, eliminar la discriminación racial.

Por otra parte, el «derecho a la propia vida cultural» obtiene un reconocimiento expreso en el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (PIDCP)[232], que establece en su artículo 27:

> «En los Estados en que existan *minorías étnicas*, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías *el derecho que les*

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

> *corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural*, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma».

Pese a que ni en el Pacto en sí mismo ni en las observaciones del Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de la supervisión de la implementación del Pacto por parte de los Estados firmantes, se define el concepto de cultura, este sí que ha afirmado que «la cultura se manifiesta de muchas formas», incluyendo una particular forma de vida asociada al uso de recursos naturales como la tierra, el agua, la pesca, la caza, la vida en reservas protegidas, etc.[233] La disposición extiende su ámbito de aplicación, por lo tanto, también sobre el concepto étnico de cultura, relacionado con la noción de «minoría étnica» como grupo conceptualmente diferenciable de la minoría religiosa y la minoría lingüística[234].

El Comité lo ha reconocido además como «un derecho que es conferido a individuos que pertenecen a grupos minoritarios y que es distinto de, y adicional a, todo el resto de derechos de los que son ya titulares como individuos, en común con cualquier otro, de acuerdo con el Pacto»[235].

Particularmente importante es la distinción que traza el Comité —en respuesta a «algunas comunicaciones» por parte de los Estados— entre el «derecho a la autodeterminación», art. 1 del Pacto, y el «derecho de [los sujetos pertenecientes a] las minorías», art. 27: «aquel está expresado como un derecho perteneciente a los pueblos y es tratado en una parte separada (Parte I) del Pacto. La autodeterminación no es un derecho cubierto por el Protocolo opcional. Por otra parte, el artículo 27 está relacionado con derechos conferidos a los individuos como tales y está incluido, como los artículos relacionados con otros derechos

---

[233] CCPR/C/Rev.1/Add.5, General Comment No. 23 (General Comments), párrafos 3.2 y 7. El texto auténtico es solo en lengua inglesa, la traducción y las cursivas son nuestras.

[234] Se reconocen igualmente los derechos de las minorías religiosas a profesar y practicar su propia religión y de las minorías lingüísticas a emplear su propio idioma.

[235] General Comment No. 23, *cit.*, párrafo 1.

conferidos a individuos, en la Parte III del Pacto, y está cubierto por el Protocolo opcional»[236]. Y sigue: «*el disfrute de los derechos previstos por el artículo 27 no va en perjuicio de la soberanía y la integridad territorial de los Estados partes* (…) »[237]. Esta delimitación tiene su importancia en ámbito penal, puesto que implica que el reconocimiento de un «derecho a la cultura» en los términos del artículo 27 del PIDH no obliga al Estado a ceder soberanía frente a una situación territorial o subjetiva étnicamente minoritaria, esto es, no obliga a los Estados a no aplicar su Derecho penal respecto a territorios o personas relacionados o pertenecientes a minorías étnicas, decisión libre del poder constituyente en cada Estado, pero no obligada por el Derecho internacional.

> Es necesario en este punto exponer brevemente la opinión sobre la estructura de las sociedades multiculturales del filósofo político Will Kymlicka[238], no por ser la única, sino por ser la que ha sido recibida —al menos en primer momento— por la literatura penal[239]. De la sociedad multicultural de Kymlicka, en la que el grupo cultural tiene mimbres étnicos, es posible realizar la siguiente distinción: a) sociedad multicultural de tipo *multinacional*, en la que el pluralismo cultural está originado por el absorbimiento —por procesos de colonización, conquista o confederación— en un sociedad más grande de culturas territorialmente concentradas que precedentemente se habían gobernado solas, y b) sociedad multicultural de tipo *poliétnico*, en la

---

[236] ID., § 3.1.

[237] IBID., § 3.2. Más adelante, el Comité continúa caracterizando estos derechos como «dirigidos hacia el aseguramiento de la supervivencia y continuo desarrollo de la identidad cultural, religiosa y social de las minorías »

[238] Will KYMLICKA es uno de los mayores expertos sobre multiculturalismo en el campo de la Antropología. Su libro *The Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, 1990, traducido al italiano como *La cittadinanza multiculturale*, Bolonia, 1999, ha influido notablemente en la opinión doctrinal italiana contemporánea sobre la materia, dado que su obra se utiliza —casi exclusivamente para algunas cuestiones— para fundamentar el análisis de la realidad multicultural previa a la norma: BERNARDI, *op.cit.*, p. 37, nota 110;

[239] Por ejemplo, BASILE, *Società…*,*op.cit.*, p. 1300 y ss.

> que el pluralismo cultural está originado en la inmigración de individuos y familias. Se añade que una sociedad multicultural bien puede ser al mismo tiempo multinacional —respecto a las «minorías nacionales» absorbidas— y poliétnica —respecto a los inmigrantes—.

Sobre esto volveremos al tratar los distintos modelos derivados del ejercicio soberano del derecho a la libre autodeterminación de los pueblos[240].

Otro aspecto importante es el del requisito de la «existencia» del grupo minoritario, respecto al cual el Comité observa: «de la misma manera que [los individuos pertenecientes a una minoría] no tienen que ser necesariamente nacionales o ciudadanos, tampoco tienen que ser residentes permanentes. Así, los *trabajadores migrantes* o incluso los *visitantes* en un Estado parte que constituyan tales minorías tienen derecho a que no se les niegue el ejercicio de esos derechos. (…) La existencia de una minoría étnica, religiosa o lingüística en un cierto Estado parte no depende de una decisión de dicho Estado parte, pero *requiere poder ser establecida mediante criterios objetivos*»[241].

La fecundidad del artículo 27 en cuanto a aspectos útiles para nuestro objeto de estudio no acaba aquí: «pese a que el artículo 27 está expresado en términos negativos, dicho artículo, no obstante, reconoce la existencia de un "derecho" y exige que no sea negado. Por consiguiente, todo Estado parte tiene la obligación de asegurar que la existencia y el ejercicio de este derecho se vea protegida contra su negación o violación. Se requieren por lo tanto medidas positivas de protección, no solo contra los actos del propio Estado parte, sea por parte de las autoridades administrativas, judiciales o legislativas, sino también contra los actos de otras personas dentro del Estado parte»[242], medidas positivas que, dada la relevancia de la «capacidad del grupo minoritario de mantener su cultura, lengua

---

[240] V. *infra* en el capítulo II, el epígrafe 4.1.

[241] IBID., § 5.2.

[242] IBID., § 6.1.

y religión», deben estar encaminadas también «a proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a disfrutar y desarrollar su cultura y lengua y a practicar su religión, en comunidad con otros miembros del grupo»[243].

No es difícil imaginar que, trasladadas al ámbito penal, estas «medidas positivas» se podrían traducir en espacios de atenuación o exención de la responsabilidad penal cuando el derecho protegido por la norma penal choque con el contenido esencial del «derecho a la propia cultura», interpretado de conformidad con su contenido en el Pacto. Sin embargo, a este respecto, el propio Comité advierte que «dichas medidas positivas deben respetar lo dispuestos en los artículos 2.1 y 26 del Pacto tanto en relación con el tratamiento entre distintas minorías como con el tratamiento entre personas pertenecientes a los mismos y el resto de la población. Sin embargo, siempre que dichas medidas se dirijan a corregir condiciones que evitan o dificultan el disfrute de los derechos garantizados por el artículo 27, *las mismas constituyen una diferenciación legítima de acuerdo con el Pacto, siempre que estén basadas en criterios razonables y objetivos*»[244].

El Comité observa además que «ninguno de los derechos protegidos por el artículo 27 del Pacto puede ser ejercido legítimamente en un modo o en un grado no conforme con las otras disposiciones del Pacto»[245], lo cual concuerda con los límites al derecho a la propia cultura que se pueden deducir remitiendo al primer apartado del artículo 5. En este sentido, y centrándonos en las materias vinculadas a nuestro objeto de estudio del derecho a la cultura no podrá suponer la

---

[243] IBID., § 6.2.

[244] IBID., § 6.2. En nuestra opinión, estas medidas positivas podrían no limitarse a medidas legislativas o administrativas, sino que, al ser el *Estado* el sujeto obligado a respetar la diversidad, las medidas podrían manifestarse también en la interpretación y aplicación del Derecho a través de los órganos jurisdiccionales. Por lo tanto, también el juez nacional está llamado a respetar este derecho cuando cumple su función estatal.

[245] IBID., § 8.

destrucción o limitación del derecho a la vida —art. 6—, ni sujeción a tortura o trato cruel, inhumano o degradante —art. 7—, a esclavitud, servidumbre o trabajo forzado —art. 8—, ni privación de su libertad ambulatoria y de residencia —arts. 9 y 12—, ni privación de su derecho a un juicio justo —art. 14—, ni violación de su honor o vida privada —art. 17—, ni privación de su libertad de pensamiento, conciencia, religión u opinión —arts. 18 y 19—, derecho de reunión —art. 21—, derecho de asociación y sindicación —art. 22—, libertad de matrimonio, etc.

Para terminar, podemos señalar la recepción de lo étnico-cultural en **otros textos jurídicos**. En primer lugar, la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990 y que entró en vigor en 2003 tras ser ratificada por veinte estados. En 2011 había sido ratificada por 45 países, entra los cuales no figura ninguno de los estados de la Unión europea. Pese a que dada la situación actual no es Derecho vigente en ninguno de los estados en cuestión, supone un dato de interés que su artículo 31, apartado 1, obligue a los Estados parte a velar «por que se respeta la identidad cultural de los trabajadores migratorios [en situación regular o irregular] y de sus familiares y no impedirán que éstos mantengan vínculos culturales con sus Estados de origen», advirtiendo sin embargo en su artículo 34 que «ninguna de las disposiciones de la presente parte de la Convención tendrá por efecto eximir a los trabajadores migratorios y a sus familiares de la obligación de cumplir las leyes y reglamentaciones de todos los Estados de tránsito y del Estado de empleo ni de la obligación de respetar la identidad cultural de los habitantes de esos Estados». Así mismo establece que «se tendrán en cuenta [en la promoción de unas condiciones dignas de vida para los trabajadores migratorios] no solo las necesidades y recursos de mano de obra, sino también las necesidades sociales, sociales, culturales y de otro tipo (…)».

Por otra parte, el *Estatuto de la Corte Penal Internacional* (1998) menciona expresamente al «grupo étnico» en su artículo 6, en el que define la intención de destruir total o parcialmente un grupo étnico como elemento del crimen de genocidio. El artículo 7 establece como uno de los crímenes contra la humanidad la persecución de un «grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos (…) étnicos». Por último, el artículo 21, apartado 3 incluye el origen étnico entre los motivos que no pueden generar una distinción en la aplicación del Derecho por parte de la Corte. Es evidente que por la importancia que lo étnico adquiere en el ámbito del Estatuto, una definición de etnia es esencial. En este sentido, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha establecido que un grupo étnico se caracteriza por una cultura y una lengua comunes.

Hay que mencionar igualmente la *Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural* (2001) [246], en la cual la agencia de la ONU reafirma en el quinto párrafo de su Preámbulo, con cierta reminiscencia de la definición tyloriana, que:

> «la cultura debe ser considerada el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.»

[246] La Declaración fue adoptada el 2 de noviembre de 2001. Entre las «disposiciones relativas a la diversidad cultural y al ejercicio de los derechos culturales que figuran en los instrumentos internacionales promulgados por la UNESCO» a las que la propia organización se refiere, se encuentran en particular —en lo que a nuestro estudio puede interesar—, la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional de 1966, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972, la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en 1978, la Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular de 1989.

Por último, debemos mencionar la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, emitida mediante la Resolución 61/295 de la Asamblea General[247].

7.3. La diversidad cultural en los convenios del Consejo de Europa y en el Derecho de la Unión europea

En este epígrafe serán analizados distintos textos jurídicos a nivel europeo: el Convenio europeo de derechos humanos, el Convenio marco del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales y la Carta de derechos fundamentales de la Unión europea.

En primer lugar, respecto al ***Convenio europeo de derechos humanos*** —del que la Unión europea es parte contratante— y sus protocolos, se puede decir que pese a que no reconoce expresamente en el texto un «derecho a la cultura», la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) da ejemplos de cómo el derecho a la identidad cultural puede ser protegido indirectamente

[247] Son relevantes para nuestro objeto de estudio los artículos 5, 34 y 35:

Artículo 5.- «Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.»

Artículo 34.- «Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.»

Artículo 35.- «Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.»

como consecuencia de la protección de otros derechos expresamente recogidos[248]. Así, por ejemplo, en el caso *Chapman v. the United Kingdom*[249], la *Grand Chamber* reconoció que el artículo 8 de la Convención —que garantiza el derecho al respeto por la vida familiar y privada— comporta la protección del derecho a mantener una identidad minoritaria y de llevar una vida privada y familiar en conformidad con dicha tradición. El Tribunal observó que «puede decirse que existe un emergente consenso internacional entre las Partes Contratantes del Consejo de Europa que reconoce las necesidades especiales de las minorías y una obligación de proteger su seguridad, identidad y estilo de vida (…) no solo con el objetivo de preservar los intereses de las propias minorías, sino para preservar una diversidad cultural como valor de toda la comunidad» (§93).

En segundo lugar es necesario analizar el ***Convenio marco del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales***, que transforma en normas vinculantes los compromisos políticos del Documento de Copenhagen de 1990 de la OCDE, el cual surgió, como hemos visto, como consecuencia de los cambios políticos en la Europa del Este[250]. El convenio fue firmado en 1995, entró en vigor en 1998 y está vigente actualmente en 39 estados, entre ellos España, Alemania e Italia, siendo por otra parte significativa la ausencia de las firmas de Francia y

---

[248] Cfr. el interesante informe *Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights*, European Court of Human Rights – Reseach Division, 2011, especialmente pp. 9-13 («derecho a la identidad cultural»), en el que en general se analiza la jurisprudencia del TEDH en materia de «derechos culturales» («derecho a la expresión artística», «acceso a la cultura», «derechos lingüísticos», «derecho a la educación», «derecho a la protección de los bienes culturales y naturales», «derecho a la verdad histórica» y «derecho a la libertad de cátedra») y GILBERT, Geoff, «The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights», en *Human Rights Quaterly*, 24, 2002.

[249] [GC], nº 27238/95, ECHR 2001-I.

[250] European Centre for Minority Rights (ECMR), *Implementing the Framework Convention for the Protection of National Minorities (Report nº 3)*, 1999, p. 6, consultable en línea en http://www.ecmi.de/uploads/tx_lfpubdb/report_3.pdf

Turquía. Ha sido definido como «el más completo tratado multilateral dedicado a las minorías nacionales»[251], pero lo cierto es que, tal y como indica Alemania en su declaración previa a la ratificación[252], este no contiene definición alguna de minoría nacional. Por otra parte, su naturaleza de convención «marco» es bien visible en la predilección por las obligaciones hacia los Estados en lugar del reconocimiento de derechos y en la generalidad de los términos que emplea.

Por otra parte, el concepto de minoría «nacional» ha sido interpretado por muchos estados —como Alemania, no siendo el caso, al menos expresamente, ni de España ni de Italia— como excluyente respecto a personas de nacionalidad distinta a la del estado en cuestión[253]. No obstante, esta indefinición podría tener aspectos positivos, puesto que puede ser interpretado como un fundamento jurídico-internacional para el estado que desee aplicar una política en la que no se distinga entre «minorías nacionales tradicionales» y «nuevas minorías»[254].

En cuanto al contenido, la mayoría de las disposiciones versan sobre aspectos sin relevancia penal, pudiendo ser traído a colación únicamente el artículo 5, que obliga a los estados parte a promover las condiciones necesarias para que las minorías puedan mantener y desarrollar su cultura e identidad. Como ya hemos vimos en el caso del PIDCP, entre estas «condiciones necesarias» bien podrían

---

[251] Cfr. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH), *The Council of Europe's Framework Convention for the Protection of National Minorities (Pamphlet no. 8)*, p. 1, publicado en línea en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideMinorities8en.pdf

[252] De los tres estados, solo Alemania ha realizado una declaración en el momento de la firma, en la que afirma: «El Convenio marco no contiene ninguna definición de minoría nacional. Por lo tanto, está a cada Parte Contratante determinar los grupos a los que será aplicada tras su ratificación. Las minorías nacionales en la República Federal Alemana son los daneses con ciudadanía alemana y los miembros del pueblo sorbio con ciudadanía alemana. El Convenio marco será igualmente aplicable a los miembros de los grupos étnicos tradicionalmente residentes en Alemania, los frisones con ciudadanía alemana y los Sinti y los Roma con ciudadanía alemana». Está claro, por lo tanto, que quedaron excluídos los ciudadanos turcos y los ciudadanos alemanes de origen turco.

[253] Cfr. OACDH, *The Council of Europe's Framework Convention…*, cit., p. 3.

[254] Cfr. ECMR, *Implementing the Framework*…, cit., p. 3.

incluirse una reforma de la ley penal o una aplicación de la misma sensible al mantenimiento y desarrollo de la cultura e identidad de las minorías.

Por último, por lo que respecta al monitoreo, no existe un procedimiento para demandas individuales, sino que los estados están obligados a enviar informes periódicos[255].

En tercer lugar, la ***Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea*** (CDFUE)[256] establece en su artículo 22 que «la Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística», haciendo eco de la declaración en el preámbulo de que «los valores indivisible y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad» son preservados y fomentados por la Unión «dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los *pueblos* de Europa»[257]. En las «explicaciones» a la Carta[258] se dice muy escuetamente: «este artículo se basa en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y en los apartados 1 y 4 del artículo 151 del tratado CE relativos a la cultura. Se inspira asimismo en la

[255] Las condiciones de este monitoreo están reguladas en la Resolución 97(10) del Comité de Ministros: los informes —que deben ser enviados en el plazo de un año desde la ratificación y luego cada cinco años— son examinados en primer lugar por un *Avisory Committee*, que evalúa la adecuación de las medidas tomadas por los estados y da su «opiniones», las cuales, junto con los propios informes, son tenidas en cuenta por el Comité, que expone sus conclusiones y/o recomendaciones.

[256] *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (2010/C 83/02), DO C 83/389 de 30.3.2010, cuyo texto «recoge, adaptándola, la Carta proclamada el 7 de diciembre de 2000, a la que sustituirá a partir del día de entrada en vigor del Tratado de Lisboa». De acuerdo con el artículo 6, apartado 1 del Tratado de la Unión europea, la Carta «tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

[257] Es importante atender al uso de la palabra «pueblos», que contrasta con la continuación del preámbulo: « (…) así como de la identidad nacional de los *Estados miembros* y de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local». Se aprecia la dualidad entre identidad cultural e identidad nacional, no siendo necesariamente coincidentes.

[258] *Texto de las explicaciones relativas al texto completo de la Carta*, Bruselas, 11 de octubre de 2000, p. 23. Referencia del documento: CHARTE 4473/00 CONVENT49.

declaración nº 11 del Acta final del Tratado de Ámsterdam sobre el estatuto de las Iglesias y de las organizaciones no confesionales». La mención al artículo 151 TCE debe entenderse referida al actual artículo 167 TFUE[259].

7.4. Lo étnico-cultural en las constituciones estatales

Menor importancia que en los textos jurídicos a nivel internacional y europeo tiene la tematización de lo étnico-cultural por parte del Derecho constitucional de los estados europeos, al menos en lo relativo al objeto del presente estudio. Este interés ha mostrado un recorrido relativamente corto, el cual es considerado —a

[259] Artículo 167 TFUE (antiguo artículo 151 TCE). 1. «La Unión contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común.»

2. »La acción de la Unión favorecerá la cooperación entre Estados miembros y, si fuere necesario, apoyará y completará la acción de éstos en los siguientes ámbitos:

— la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos,

— la conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea,

— los intercambios culturales no comerciales,

— la creación artística y literaria, incluido el sector audiovisual.»

3. »La Unión y los Estados miembros fomentarán la cooperación con los terceros países y con las organizaciones internacionales competentes en el ámbito de la cultura, especialmente con el Consejo de Europa.»

4. »La Unión tendrá en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del presente Tratado, en particular a fin de respetar y fomentar la diversidad de sus culturas.»

5. »Para contribuir a la consecución de los objetivos del presente artículo:

— el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité de las Regiones, adoptarán medidas de fomento, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros,

— el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, recomendaciones.»

pesar de ello— como «prometedor» por algunos autores[260], mientras que está sujeto a la crítica de otra parte de la doctrina, más atenta a la poca atención que las constituciones estatales prestan a los derechos culturales[261]. Así, por ejemplo en **Italia**, tras la proclamación de la Constitución republicana de 1948 se dio un giro hacia el reconocimiento del pluralismo cultural, pero dicho reconocimiento queda limitado a las minorías internas y a ciertos ámbitos, modelo que ha sido definido como «pluralismo cultural tipificado»[262].

Por otra parte, para el análisis de los derechos culturales en la **Constitución alemana** es necesario, de acuerdo con la literatura constitucionalista alemana, distinguir entre las reivindicaciones culturales «genuinas» y «no genuinas» («*echte und unechte kulturelle Anliegen*»)[263]: mientras que las primeras corresponderían a «casos en los que se trata de de reivindicaciones culturales en sentido estricto (…) en los que lo esencial jurídico-constitucionalmente es la cuestión de si la integridad de las formas culturales está protegida por la Constitución», las segundas son solo «estaciones de paso» para objetivos finales que van más allá del contenido cultural —entre los cuales el autor incluye los factores culturales con incidencia en la «evitación de una declaración de culpabilidad, de la privación de libertad o de otras restricciones jurídicas que pudieran derivarse de una condena penal»—[264]. Sobre esta posibilidad, se afirma que «en Derecho penal, el principio [constitucional] de culpabilidad posibilita

---

[260] Cfr. PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura, culturas y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 15-23, donde se hace un repaso a la presencia de la voz «cultura» y otras relacionadas en el Derecho constitucional español y comparado.

[261] Cfr. SYMONIDES, *op.cit.*, p. 559.

[262] Cfr. PASTORE, Ferruccio, «Migrazioni internazionali…», *op.cit.*, p. 1104.

[263] Cfr., para esta distinción y las siguientes consideraciones, BRITZ, Gabriele, *Kulturelle Rechte und Verfassung*, Mohr Siebeck, Tubing, 2000, pp 110 y ss.

[264] Cfr., BRITZ, *Kulturelle Rechte…*, op.cit., p. 111.

tener en cuenta la "capacidad de control" [*Steuerungsfähigkeit*] cuando una persona pueda adaptar su comportamiento a lo exigido por la norma solo bajo condiciones difíciles a causa de la intensa vinculación de esta con las normas de una cultura distinta [*einer fremder Kultur*]»[265].

Analizando por último la **Constitución española** (1978), optamos por la sugerente propuesta de considerar la noción étnica de cultura como parte de un «engranaje léxico», del cual constituirían otras partes términos como «pueblo», «nación» o «nacionalidad». Todo este engranaje formaría en su conjunto la «Constitución cultural»[266]. En este sentido, serían numerosos los pasajes del texto constitucional que tratarían la diversidad cultural en el Estado español, siendo el más importante el párrafo cuarto del Preámbulo[267].

La noción de «pueblos de España» es presentada como substrato material de la diversidad cultural, pudiéndose deducir por el contexto en el que fue redactada, que los *pueblos de España* de la Constitución se refieren a la noción *romántica* de pueblo, que podría decirse que coincide con el concepto étnico de cultura[268]. Así

---

[265] Cfr., BRITZ, *Kulturelle Rechte…*, op.cit., p. 154.

[266] Cfr. PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura..., op.cit.*, p. 101.

[267] Cfr. PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura..., op.cit.*, pp. 102 y ss. Pero no sólo: la «noción étnica» de cultura está presente también en el adjetivo *cultural* del Art. 143.1 CE, en la conservación del patrimonio cultural de los pueblos de España (Art. 46 CE) o en el «pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España» (Art. 103). Es de reseñar también la STC de 5 de abril de 1984, que dice que «allí donde vive una comunidad [de personas] hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas representativas pueden ostentar competencias».

Preámbulo CE, párrafo IV.: «La Nación española proclama su voluntad de (…) proteger a todos los españoles y *pueblos de España* en el ejercicio de los derechos humanos, *sus culturas* y tradiciones, lenguas e instituciones».

[268] Respecto a «pueblo», varias serían las concepciones «ideológicas» que habrían surgido desde la caída del Antiguo Régimen: la de signo liberal-progresista, que identifica pueblo con el conjunto de los ciudadanos ―aunque no necesariamente con el conjunto de seres humanos―; la romántica, que lo piensa como entidad prepolítica, delimitada precisamente por la cultura común; la nacionalsocialista, en la que adquiere connotaciones raciales y biológicas; y la marxista, para la

pues, la diversidad cultural en sentido étnico no es ajena ni al espíritu ni a la letra de dicho constitucional, sino que ésta es protegida expresamente[269], no obstante, no se puede desconocer la finalidad de ordenación político-territorial que tiene todo el discurso constitucional sobre los *pueblos de España*[270], ordenación que no tiene gran relevancia en materia penal, al ser la legislación penal materia exclusiva del Estado y no de las Comunidades Autónomas, cuya formación es la finalidad principal del reconocimiento de la diversidad cultural por parte del constituyente.

Una mirada al contexto histórico estatal en el que se aprobó la Constitución española ayuda a entender por qué las referencias a la cultura o a las culturas no tienen por objeto el tipo de conflictos culturales que constituyen nuestro objeto de análisis: en primer lugar, no existía apenas inmigración hacia España en aquella época[271]; en segundo lugar, los grupos culturalmente diferenciados de la mayoría que sí estaban presentes, como los gitanos, no tuvieron una posición de fuerza lo suficientemente grande como para introducir sus intereses en el Derecho positivo. Por lo tanto, no estaba en la mente de los constituyentes la regulación de las relaciones entre grupos étnicos o culturales distintos que no fuesen aquellos tradicionalmente asentados en España, vinculados a un territorio en concreto, y que participaron en el proceso constituyente. Aun menos la regulación de los perfiles penales de estas relaciones.

---

que el pueblo es la clase obrera y campensina (cfr. PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura...*, *op.cit.*, pp. 106-109).

[269] Cfr. PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura...*, *op.cit.*, pp. 101-146 para una compleja elaboración del «engranaje léxico» de la Constitución en materia de pluralismo cultural.

[270] Cfr. PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura...*, *op.cit.*, p. 147: efectivamente, los «pueblos de España» están conectados con el diseño del Estado de las Autonomías, más que con «subculturas de base social» (pp. 188-190), como podrían ser las minorías étnicas formadas por la inmigración.

[271] De hecho, la Constitución trata en su artículo 42 del retorno de los emigrantes, artículo que quedó obsoleto durante un tiempo y cuyo objeto vuelve a estar presente en la realidad social

Dada la ya anunciada escasez de normas a nivel constitucional que traten expresamente lo étnico-cultural desde un punto de vista que pueda ser relevante para el Derecho penal, es necesario acudir a principios que puedan tratar dicha materia de forma implícita. Tales principios son **la igualdad y el pluralismo**. El principio de igualdad obliga a los Estados a no tratar a los sujetos de Derecho de forma distinta a menos que el tratamiento jurídico diferenciado sea razonablemente necesario. La discriminación consistiría en un tratamiento jurídico diferenciado injustificado. El derecho a la propia cultura podría llegar a constituir, en algunos casos, una justificación válida para un tratamiento diferenciado, de modo que este no diese a lugar a una discriminación, sino a un tratamiento jurídico conforme al principio de igualdad.

La aplicación de estos dos principios, igualdad —formal y material— y pluralismo, y la de otros principios jurídico-fundamentales a nuestro objeto de estudio será llevada a cabo en los capítulos III y IV del presente trabajo.

8. Conclusiones intermedias e introducción a los dos siguientes capítulos

8.1. La Gran Recesión de los últimos años: ¿hacia un relativo abandono del interés por el multiculturalismo?

Desde el año 2008 muchos países industrializados, especialmente en el sur de Europa, sufren una gravísima recesión económica que ha generado el empeoramiento de la calidad de vida de las clases populares. Desde el año 2011 tienen lugar protestas sociales, sobre todo en Grecia, Portugal y España. Contemporáneamente, estamos viviendo una rearticulación del discurso constitucionalista del Estado social y democrático de Derecho a favor de la minoría social que detenta el poder. Los derechos económicos, sociales y

culturales, otrora considerados al menos teóricamente como iguales en importancia a los derechos civiles y políticos, han quedado en la actualidad diluidos como mera consecuencia deseable, aunque no jurídicamente vinculante, de la política económica, en el contexto de «una Europa que está siendo asediada por un «neoconstitucionalismo» oligárquico y elitista de nuevas corporaciones y grupos de poder que pretenden reducir la democracia a un mero conjunto de fórmulas y principios indisponibles»[272]. La manifestación más palpable de este fenómeno está constituida por las recientes reformas constitucionales en España e Italia con el fin de constitucionalizar el «principio de estabilidad presupuestaria» de acuerdo con los márgenes de déficit estructural establecidos por la Unión europea para sus Estados miembros.

Aun es pronto para ver claramente cuáles serán los efectos de estos cambios estructurales sobre la cuestión del «multiculturalismo», pese a que el trabajador migrante ha sido siempre un elemento importante de los excluidos social y políticamente[273]. No obstante, quizás no sea aventurado identificar un desplazamiento del interés de los juristas —en los gabinetes técnicos y en las universidades—, que sin duda ya había arrancado desde hace algunos años, hacia temas como los delitos económicos y la seguridad ciudadana, reflexión centrada de nuevo en supuestos elementos radicales de la protesta ciudadana. El criterio de diferenciación de una nueva alteridad colectiva se está volviendo a inclinar hacia criterios puramente sociopolíticos, no étnicos.

Es posible que este cambio de interés sea también reflejo del hecho de que los trabajadores migrantes no solo están dejando de llegar a Europa, sino que, cada

---

[272] Cfr. LLOREDO ALIX, Luís M., «Apuntes para una crítica ideológica a principia iuris de luigi ferrajoli.por una (meta) teoría popular del derecho», en *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, nº 26, 2012, p. 53; y PISARELLO, Gerardo, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 169 y ss.

[273] Sobre ello, cfr. MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio, «Derecho penal intercultural y crisis del principio de soberanía», en PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, UNIA-AKAL, Madrid, 2005, pp. 200-201.

vez en más casos están volviendo a sus países de origen, emigración que se ve acompañada la «movilidad exterior» de los propios nacionales. En España, el porcentaje de extranjeros respecto a la población general, que en 1998 era del 1,6% y en 2010 alcanzó el máximo histórico de 12,2% fue en 2012 de 12,1% y, lo que es más preocupante, el saldo migratorio, ha pasado de 62.156 personas más en 2010 a ser negativo, con 50.090 habitantes menos en 2011[274]. Parece que el «riesgo de que se transformen los países del rico Occidente en una Babel de costumbres, de modos de vivir, de concepciones del mundo»[275] no fue más que un espejismo y que Occidente es cada vez menos rico y menos babélico y que la brecha social en su seno no cesa de ensancharse.

8.2. La relación entre Derecho y cultura: la cultura como bagaje individual, el Derecho como instrumento de control social formal.

El análisis sobre la relación entre Derecho y cultura —o el tratamiento de la cultura y la diferencia cultural desde el Derecho, cuestión a la que se ha dedicado en clave histórico-crítica el presente capítulo— es un tema recurrente en los escritos sobre nuestro objeto de estudio, siendo un debate que bebe de la tradicional discusión sobre la relación entre norma moral, ética o social y norma jurídica.

En primer lugar, algunos autores parten de una *«relación de circularidad» entre culturas/valores y delitos/sanciones*, de forma que se castigan los comportamientos contrarios a los valores culturales, siendo estos mismos valores

[274] Datos del Instituto Nacional de Estadística.

[275] Cfr. BERNARDI, *Il diritto penale tra*…, op.cit., p. 517.

los que influyen en el tipo y la entidad de la sanción[276]; se plantea así que, respecto a los valores básicos que debe proteger el Derecho penal, identificados con el clásico «mínimo ético» formulado por Jellinek, el ordenamiento se debe tanto acomodar a la evolución social como «marcar el paso» respecto a nuevas amenazas que no coincidan con la moral social, como la protección del patrimonio genético, etc.[277]

Un segundo grupo de autores sostienen que *el Derecho depende de la cultura*. Hassemer, por ejemplo, plantea que, en el Derecho penal, las «valoraciones normativas» de la violencia, los delitos patrimoniales, el divorcio, el derecho a reaccionar mortalmente ante una agresión, etc., «parecen depender de la cultura cotidiana» de forma que «el Derecho penal vive tanto de los datos culturales y las normas sociales de las regiones en las que está vigente que la diversidad de sus normas e instrumentos y también las posibilidades de un cambio dependen del contenido y los procesos de la cultura regional»[278].

También en Italia, como hemos visto, sostiene Cadoppi esta posición desde los años ochenta esta posición[279], que le lleva a asegurar que «si una norma penal castiga un comportamiento que no se entiende como "criminal" por las *Kulturnormen*, tal norma penal es inaceptable, y debe ser sacada del sistema de delitos y penas»[280]. Ello al abrigo de su «concepción constitucional-cultural» del

---

[276] Cfr. BERNARDI, A., *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Turín, 2006, pp. 4 y ss. Esta relación se encontraría en crisis en el mundo globalizado y posmoderno debido, como ya hemos adelantado, al «creciente multiculturalismo identificable dentro del propio estado», que conllevaría riesgos de relativismo y agnosticismo éticos e incluso antropológicos.

[277] Cfr. STRATENWERTH, Derecho penal…, op.cit., pp. 54 y ss.

[278]Cfr. HASSEMER, «Vielfalt…», *op.cit.*, p. 157.

[279] Cfr. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, t. I, Padua, 1981, pp. 677 y ss., p. 681, p. 687, p. 713, p. 715; Cadoppi-Veneziani, *Elementi di diritto penale*. *Parte generale*, Padua, 2007, pp. 94 y ss. y pp. 149 y ss.

[280] Cfr. CADOPPI, «Il ruolo delle *Kulturnormen* nella "opzione penale" con particolare riferimento agli illeciti economici», en *Rivista trimestrale di diritto penale economico*, 1989, pp. 289 y ss. y p. 297 y ss.

bien jurídico[281]; y también Fornasari, que argumenta que el Derecho penal debe tutelar valores que estén ya sedimentados en la sociedad a través del consenso y el diálogo mediante su función de protección de los bienes jurídicos fundamentales, en lugar de intentar sedimentar valores «con la amenaza de la espada»[282].

Por último, un tercer grupo de autores, cuyas tesis nos parecen más acertadas, no se centran en las relaciones entre cultura y Derecho como si constituyesen conjuntos intersecantes o concéntricos, sino en las funciones que una y otro desarrollan respecto al individuo. Se trata de analizar el efecto de las normas culturales y jurídicas en los sujetos y no como fenómenos independientes los mismos. Así, se dice que los valores jurídicos y morales desarrollan las funciones evaluativas y cognitivas de la cultura, concibiéndose «en su sentido más amplio» como «guías para *interpretar* las acciones de otras personas, llevándonos a *hacer* cosas apropiadas y a ayudándonos a *juzgar* las acciones de otras personas»[283]. Dicho de otro modo, en una posición que ha sido expresada recientemente por la doctrina alemana, la de que cada hombre carga con un bagaje de pensamientos, sentimientos y potenciales acciones que ha aprendido durante toda su vida, sobre

---

[281] En la base de esta posición coloca Cadoppi cuatro tesis expuestas por Lampe: *a)* los bienes jurídicos tienen como fundamento valores culturales; *b)* los valores culturales tienen como fundamento necesidades individuales; *c)* las necesidades individuales se convierten en valores culturales cuando son socialmente dominantes y *d)* los valores culturales se convierten en bienes jurídicos, cuando la confianza en su estabilidad aparece necesitada de tutela jurídica (cfr. LAMPE, *Rechtsgut, kultureller Wert*, cit. por CADOPPI, *Il reato omissivo, op.cit.*, p. 588).

[282] Cfr. FORNASARI, «Mutilazioni genitali…», op.cit., p. 194.

[283] Cfr. VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, en European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, vol. 9/1, 2001., p. 8, habiendo expuesto previamente una definición de cultura basada en TENNEKENS *Anthropology, Relativism and Method. An Inquiry into the Methodological Principles of a Science of Culture*, Assen, Van Gorcum, 1971, 228 pp.): «*an intersubjective system of symbols which offers the human being an orientation toward the others, the material world, him- or herself and the non-human. This symbolic system has a cognitive as well as an evaluative function. It is handed over from one generation onto a next generation and subject to constant transformation. Even when it never achieves complete harmony, there is a certain logic and structure that bind the system together*».

todo en la primera infancia, y de que de este entorno social en el que reside el origen de nuestro carácter la cultura es un elemento preeminente[284].

No obstante, creemos que la segunda y la tercera posturas son en realidad compatibles, dada la complejidad del asunto y la polisemia de los términos que se utilizan. Así, las normas de un sistema de control social formalizado —y por lo tanto, las del Derecho penal como ejemplo del mismo— son parte de la cultura entendida como fenómeno social, como el conjunto de información que se intercambia durante la interacción social. En concreto, forma parte del aspecto normativo-evaluativo de la misma. La cultura así entendida se deriva de las relaciones sociales existentes en dicha sociedad y al mismo tiempo incide en las mismas, en cuanto dichas relaciones son reproducidas mediante sistemas de control social, no solo formal, como la educación.

El contenido cultural que sirve para explicar, justificar y dar continuidad a una cierta relación de fuerzas en un grupo humano determinado son pues promocionados a través del sistema educativo y otros mecanismos de control social informal. Aquellos valores más importantes, que afectan a los aspectos más fundamentales de la configuración de las relaciones sociales, son tutelados a través del sistema penal, ejerciendo para ello la violencia simbólica y física y la privación de la libertad o incluso de la vida.

En sociedades «multiculturales», donde una pluralidad de grupos humanos que comparten una «cultura» distinguible de la de los demás debería generar una pluralidad paralela de sistemas normativos, ocurre que por compartir un mismo espacio físico, los grupos culturales están relacionados entre sí. Estas relaciones

---

[284] Cfr. KELKER, Brigitte, «Fremdkulturelle Normen als Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung?», en ENDERS, Christoph / KAHLO, Michael (eds.), *Diversität und Toleranz. Toleranz als Ordnungsprinzip?*, mentis, Paderborn, 2010, p. 144, que distingue además entre «cultura en sentido estricto» —arte, literatura, educación— y «cultura como carácter mental» —en contraposición a las condiciones naturales—.

pueden ser de dominación de un grupo sobre otro o no serlo. En cualquier caso, la interacción entre los distintos grupos —sea de la naturaleza que sea— genera una cultura «suprasocial» o «supracultura», que abarca a toda la sociedad pluricultural, del mismo modo que la interacción entre los individuos del grupo crea la cultura grupal. Esta «supracultura» no debe ser confundida con un mínimo común denominador entre los distintos contenidos culturales presentes, sino que constituye más bien un nuevo sistema —especialmente vinculado con el sistema de valores dominante— que da significado a las relaciones interculturales, asignando roles a cada grupo; por supuesto, también se reproduce en la educación, la lengua y, por supuesto, en el Derecho aplicable en el territorio compartido: en nuestro objeto de estudio se traslada a lo normativo constituyendo un formante no verbal de la regla operativa, con lo que, junto con las disposiciones positivas, concurre en la determinación de un cierto modelo de política criminal sobre la diversidad cultural. Por lo tanto, nuestra postura es que la política criminal realmente existente en una sociedad multicultural —el Derecho como conjunto de reglas operativas— depende tanto de la «supracultura» —dependiente a su vez e la configuración de las relaciones sociales, en especial, del peligro que para la hegemonía del grupo dominante suponga una o varia de las minorías— como de los formantes verbalizados, el Derecho positivo, puesto que este tiene por su rigidez vida propia e independiente e incluso puede ser utilizado como instrumento de emancipación[285].

[285] Un ejemplo de la generación y desarrollo de esta *supracultura* en el campo penal tuvo lugar —como hemos visto anteriormente— con el encuentro entre las poblaciones europeas y americanas en la época de la colonización. Para explicar y justificar las relaciones entre colonizadores y colonizados se utilizó el concepto *supracultural* de raza. Las razas no sólo explicaban las diferencias fenotípicas entre ambas poblaciones, sino que añadiendo la natural inferioridad de unas respecto a otras, justificaban también el ejercicio de dominación sobre pueblos enteros.

8.3. El derecho a la propia cultura y los principios jurídico-fundamentales como marco para el análisis dogmático-crítico de nuestro objeto de estudio.

Y es precisamente sobre datos positivos sobre los que se pretende construir en los próximos dos capítulos la respuesta —las respuestas— que deben ser dadas a los problemas que constituyen nuestro objeto de estudio. Este «dato» normativo, como ya hemos indicado al exponer nuestra metodología, no se limitarán a la disciplina contenida en los códigos penales, sino que se estructurará sobre la base, por un lado, del derecho a la propia cultura tal y como ha sido desarrollado anteriormente en los epígrafes 7.1, 7.2 y 7.3 y, por otro lado, de los principios jurídicos fundamentales que inciden en materia penal, los cuales —de acuerdo con un enfoque constitucional del Derecho penal abierta al campo supranacional— son también Derecho positivo.

En resumen, pues, respecto al **derecho a la propia cultura**, podemos concluir que:

a) los textos jurídicos fundamentales a nivel supranacional prestan atención a la diversidad cultural, partiendo del derecho a participar en la vida cultural de la comunidad (arts. 27.1 DUDH) y del respeto a la diversidad de cultura y tradiciones (art. 22 CDFUE);

b) el Derecho internacional reconoce el derecho a no ser discriminado por razón del origen étnico, entre otros ámbitos, respecto a la justicia y respecto a la Administración (art. 5 CIEFDR), dando la posibilidad a los estados a establecer un tratamiento jurídico diferenciado con el objetivo de conseguir la igualdad material (art. 4.1 CIEFDR);

c) el Derecho internacional reconoce, así mismo, a las personas pertenecientes a una minoría étnica, el derecho individual a tener su propia

vida cultural (art. 27 PIDCP), derecho que consiste en disfrutar —dentro de los límites de la soberanía de los Estados y de otros derechos humanos reconocidos— de su propia cultura, en todas sus manifestaciones, junto con otros miembros de su grupo[286];

- la existencia del grupo étnico minoritario no depende del reconocimiento del Estado, pero debe poder ser establecida por criterios objetivos[287] y se basa en un concepto étnico y amplio de cultura, diferenciado de la minoría religiosa y lingüística y aplicable también a las personas migrantes, y que podría tomar como base definiciones dadas en otros textos jurídico-internacionales[288];
- el reconocimiento de este derecho exige al Estado la toma de medidas dirigidas a tutelar el mismo respecto a actos del propio Estado o de particulares, incluso con excepciones —legítimas si están basadas en criterios razonables y objetivos— a la cláusula de igualdad ante la ley[289];

d) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido el derecho a mantener una identidad minoritaria a partir del art. 8 CEDH, como parte de un «emergente consenso internacional» respecto a los derechos de las minorías;

---

[286] La relevancia del art. 27 PIDCP para nuestro objeto de estudio ya había sido ha sido sostenida por A. Renteln, que considera el derecho a la cultura como un derecho humano garantizado internacionalmente.

[287] Alemania, por ejemplo, ha declarado respecto al *Convenio marco del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales* que el concepto de minoría nacional se aplica únicamente a las minorías reconocidas de acuerdo con su ordenamiento jurídico.

[288] «La cultura debe ser considerada el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias» (cfr. Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural de 2001).

[289] En este sentido también, expresamente, el art. 5 del *Convenio marco del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales*.

e) este reconocimiento supranacional no se ve reflejado expresamente en las constituciones europeas a nivel penal, sino que integrarse con los principios constitucionales de igualdad —en especial, la igualdad material—, de libre desarrollo de la personalidad y de pluralismo.

En este sentido, podemos resumir en la siguiente tabla, adelantando el contenido de los siguientes dos capítulos, cómo se relacionan algunos de los **principios constitucionales** que inciden en la materia penal con las categorías tradicionales de las teorías de la norma penal, del delito o de la pena, haciendo referencia al mismo tiempo a las consecuencias que en nuestra opinión dichos principios tienen en la determinación de la debida respuesta jurídica a la cuestión.

<table>
<tr><th colspan="2">PRINCIPIOS</th><th colspan="2">CATEGORÍAS TRADICIONALES</th><th>CONSECUENCIAS EN EL OBJETO DE ESTUDIO</th></tr>
<tr><td colspan="2" rowspan="2">Principio de legalidad, fundamento democrático (III.2.1).</td><td colspan="2" rowspan="2">Tipicidad (función de garantía)</td><td>Exclusión de nuestro objeto de estudio de las infracciones culturales no previstas por la ley penal (III.2.2).</td></tr>
<tr><td>Necesidad de un fundamento adicional para la exención o atenuación en casos de castigo cultural (III.2.2).</td></tr>
<tr><td colspan="2">Principio de ofensividad en potencia (III.2.3).</td><td colspan="2">Legitimidad de la tipificación</td><td>Propuesta de despenalización de infracciones culturales previstas por la ley penal (III.2.4), en concreto, el incesto (III.3).</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Soberanía de los estados en respeto de la igualdad (III-4-1-)</td><td>Principio de igualdad formal vs. principio de pluralismo (III.4.2).</td><td colspan="2">Vigencia espacial y personal de la norma (inmunidades personales, etc.)
(III.4.1 y III.4.2).</td><td>Posibilidad de elección para el legislador, en el marco constitucional europeo, de un modelo multiculturalista —fuerte o débil— o asimilacionista —igualitario o indulgente— (III.4.1), siempre respetando el principio de igualdad formal (III.4.2).</td></tr>
<tr><td>Prohibición de analogía vs principio de pluralismo (III.4.3).</td><td colspan="2">Interpretación de la norma (III.4.3).</td><td rowspan="2">Posibilidad en el marco constitucional presente de una interpretación culturalmente pluralista de los elementos normativos del tipo o de las causas de justificación, con ciertos límites (III.4.3)</td></tr>
<tr><td colspan="2" rowspan="3">Principio de ofensividad en acto (III.5.1)</td><td colspan="2">Adecuación sociocultural del tipo (III.5.2)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Ejercicio de un derecho (III.5.3)</td><td rowspan="2">- Posibilidad de considerar el ejercicio del derecho a la propia cultura como causa de justificación en algunos casos (III.5.3)
- Propuesta de procedimentalización en casos de conflictos con bienes jurídicos importantes, en concreto en la ablación clítoris (III.6)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Estado de necesidad justificante (III.5.3)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Principio de personalidad de la responsabilidad penal y de la pena (IV.1)</td><td>Posibilidad de motivación</td><td>Dolo (IV.2.1)</td><td>Posibilidad de ausencia de dolo como conflicto cognitivo o como error inducido por este (IV.2.1)</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td rowspan="6"></td><td></td><td>Conciencia de antijuridicidad (IV.2.2)</td><td>Posibilidad de error de prohibición culturalmente motivado solo en casos de desconocimiento inevitable de la norma (IV.2.2.)</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Normalidad de la motivabilidad</td><td>Imputabilidad (IV.3)</td><td>El autor de un delito cultural sería inimputable solo por trastorno mental inducido por un conflicto motivacional (IV.3)</td></tr>
<tr><td>Inexigibilidad (IV.4.1)</td><td rowspan="2">Posibilidad de declarar un estado de necesidad que excluya o atenúe la culpabilidad —total o parcial— y de atenuar la pena en casos de conflicto motivacional (IV.4.1 y IV.4.2).</td></tr>
<tr><td>Motivación cultural como factor de individualización de la pena (IV.4.2)</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Otros criterios de personalización</td><td>La gravedad del hecho</td><td rowspan="3">Posibilidad de dar relevancia residual a la diversidad cultural en esta sede (IV.5.1 y 5.2).</td></tr>
<tr><td>Las circunstancias personales del reo.</td></tr>
<tr><td>Las cláusulas generales de atenuación.</td></tr>
<tr><td></td><td>Sustitución de la pena.</td><td>Conveniencia de sustituir la pena por programas de educación en valores constitucionales (IV.5.3).</td></tr>
</table>

CAPÍTULO II

EL «DELITO CULTURAL» A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, OFENSIVIDAD E IGUALDAD

La libertad no hace mejor al hombre,
lo hace simplemente hombre.

Manuel Azaña

1. El concepto de «delito cultural».

1.1. El «delito cultural» en la literatura penal: exposición y crítica.

Los delitos culturales constituyen una categoría líquida, de contornos volubles, y «difícilmente definible de forma precisa»[290]. En la literatura aparecen menciones a

[290] Cfr., en este sentido, entre otros, FORNASARI, *Le categorie*…, *op.cit.*, p. 177. Existe paralelamente a la de «delito cultural» otra forma de nombrar una fenómeno con muchos elementos en común, surgida en el seno de las Naciones Unidas: «*traditional harmful practices*» («prácticas tradicionales perjudiciales»), categoría en la que se incluye la «mutilación genital femenina», el matrimonio forzado, los asesinatos por causa de honor, etc.

delitos «culturalmente orientados»[291], «culturalmente motivados»[292], «culturalmente determinados»[293], «étnico-culturalmente motivados»[294] o «de origen cultural»[295]. Se ha recurrido también a analizar la incidencia en el delito del «factor cultural»[296], de los «condicionamientos culturales»[297], de los «valores culturales»[298] o de las «excepciones culturales»[299]. Estos términos no denotan conceptos diferenciados entre sí de forma nítida y precisa, sino que son usados, en su relativa indefinición y aun con ciertas matizaciones, de forma casi intercambiable. Pese a que algunos autores se han esforzado denodadamente en definir los distintos elementos del concepto, las definiciones dadas dado, que la categoría es de creación doctrinal, tienen un ámbito de validez limitado a la obra del autor que las propone y la de los que las citan o las siguen.

En este sentido, una de las definiciones más reproducidas de «delito cultural» —o *cultural offence* en el texto original— fue dada por el estudioso belga J. van Broeck, el cual lo describió como:

---

[291] Cfr. FORNASARI, *Le categorie…*, op.cit., p. 177, que habla de «*reati culturamente orientati*».

[292] Cfr. DE MAGLIE, *Los delitos…*, op.cit.; BASILE, *Immigrazione*…,op.cit.

[293] Cfr. PASTORE, F., «Migrazioni internazionali…», op.cit., p. 1123, nota 299, donde ya en 1998, tempranamente para el contexto italiano, habla de «comportamientos culturalmente determinados que resultan sin embargo gravemente lesivos de los derechos individuales o de otros valores jurídicos considerados fundamentales en el país de inmigración».

[294] Cfr. EGETER, Istok, *Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt*, Schultess, Zúrich, 2002, 184 pp.

[295] Cfr. ZANETTI, «Argomenti normativi in tema di escissione», en Bernardi / Pastore / Pugiotto (coords.), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*», Giuffrè, Milán, 2008, p. 231, habla de «*reati di matrice culturale*».

[296] Cfr. BERNARDI, *Il "fattore cultural"*, op.cit., p. 54, en donde, «entendido desde un punto de vista antropológico», lo define como el «papel desempeñado por las costumbres y tradiciones particulares del grupo al que pertenece el sujeto en la comisión del delito».

[297] Cfr. FORNASARI, *Le categorie…*, op.cit.

[298] Cfr. VALERIUS, *Kultur und Strafrecht, op.cit.*, donde habla de tener en cuenta en el Derecho penal las *kulturelle Wertvorstellungen*.

[299] Cfr. Monge Fernández, El extranjero…, op.cit., pp. 37 y ss.

> «Una acción de un miembro de una cultura minoritaria que es considerada delito por el sistema jurídico de la cultura dominante, siendo el mismo acto, sin embargo, en el grupo cultural del autor, perdonado, aceptado como comportamiento normal y aprobado o incluso apoyado y promovido en la situación dada»[300].

La doctrina penal europea ha ido elaborando y desarrollando esta definición en los años sucesivos, centrándose en exponer de forma más o menos sistemática las características y los requisitos que permiten reconocer la existencia de un delito cultural.

Del análisis de la literatura se deduce que estas características y requisitos son, en primer lugar, un hecho castigado por la ley penal; en segundo lugar, la existencia de un elemento cultural subalterno; y, en tercer lugar, la suficiente heterogeneidad entre cultura dominante y la subalterna. Estos tres puntos se desarrollan como sigue:

1. *Un hecho castigado por la ley penal*. En los términos usados por la doctrina se trata en primer lugar de comportamientos considerados delito «por las normas del sistema de la cultura dominante»[301] o bien se exige una «correspondencia con tipos penales existentes»[302]. En definitiva, son

---

[300] Cfr. VAN BROECK, J., *op.cit.*, p. 5, que recupera esta definición, reelaborándola, del antropólogo STRIJBOSCH, F., *Culturele delicte in de Molukse gemeenschap*, en Nederlands Juristenblad, 1991, p. 670. Por otra parte, la esencia de esta definición (violación del Derecho penal, socialización en valores culturales minoritarios) podía encontrarse ya en la mencionada nota publicada en la Harvard Law Review: «Los valores de individuos que crecen en culturas minoritarias pueden a veces entrar en conflicto con los valores de la cultura mayoritaria. En la medida en que los valores de la mayoría están incorporados en el Derecho penal, estos individuos pueden enfrentarse al dilema de tener que violar o sus valores culturales o el Derecho penal» (cfr. *The Cultural Defense in the Criminal Law*, op.cit., p. 1293).

[301] Cfr. De Maglie, *Los delitos…*, op.cit., p. 68.

[302] Cfr. BERNARDI, *Il "fattore culturale",* op.cit., p. 57 («[hechos] por un lado prohibidos por nuestro ordenamiento»); FORNASARI, *Le categorie*…, *op.cit.*, p. 177; MONGE FERNÁNDEZ, El extranjero…, op.cit., pp. 51-52;

«prácticas que pueden clasificarse como delictivas en un ordenamiento jurídico»[303].

Este elemento se constituye en realidad de dos, siempre que se siga una posición "realista". Así, no toda conducta típica, es decir, correspondiente a un tipo penal, lesiona o pone en peligro un bien jurídico y ello no solo por una tipicidad poco intensa, sino por no existir bien jurídico protegido por la incriminación.

2. *La existencia de un elemento cultural subalterno*, elemento al que distintos autores le dan distintos significados:

   — que existe una «motivación cultural» por parte del autor[304],

   — que el comportamiento delictivo es considerado legítimo o incluso exigible «en el marco de otras tradiciones»[305] o «por las normas culturales del grupo minoritario al que pertenece el autor»[306];

   — que detrás del delito hay un conflicto cultural[307];

   Este elemento debe cumplir además, de acuerdo con algunos, con el requisito de la «objetividad»[308], es decir, se debe dar correspondencia entre

---

[303] Cfr. Asúa Batarrita, «Criminología y multiculturalismo…», *op.cit.*, p. 84;

[304] Cfr. FORNASARI, *Le categorie…*, *op.cit.*, p. 177 («La orientación cultural reside pues en la peculiaridad de los motivos que inducen al sujeto a la comisión del hecho (…) »); en la misma obra (p. 181) el autor advierte, pensando en la mutilación genital femenina, de la «tipificación, por parte del legislador, de conductas lesivas de bienes jurídicos expresamente caracterizadas por ser culturalmente orientadas», posicionándose en contra al ser el mero motivo cultural, como criterio para la criminalización *ad hoc*, «demasiado impalpable por un lado y discriminatorio de forma subrepticia por el otro»; VAN BROECK, *op.cit.*, p. 23.

[305] Cfr. Asúa Batarrita, «Criminología y multiculturalismo…», *op.cit.*, p. 84.

[306] Cfr. BERNARDI, *Il "fattore culturale",* op.cit., p. 57.

[307] Cfr. FORNASARI, *Le categorie…*, *op.cit.*, p. 177 (los motivos del autor cultural para cometer el hecho se fundan en «la intención de respetar los dictados de un ordenamiento normativo (…) distinto del que establece la disposición penal violada»); MONGE FERNÁNDEZ, El extranjero…, op.cit., pp. 51-52;

la motivación personal y la expectativa en el «grupo étnico de referencia»[309].

3. En algunos casos se hace además mención de la *suficiente heterogeneidad entre la cultura del grupo de referencia y la cultura dominante*[310].

Respecto a esta breve reconstrucción es posible exponer algunas dudas, en concreto sobre la legitimidad de crear doctrinalmente una categoría como la de delitos culturales y sobre la función que se le debe reservar a la misma.

La categoría de los delitos culturales parecería adquirir sentido como objeto de un estudio jurídico-dogmático si y solo si la misma constituye un conjunto de supuestos de hecho con un elemento que los acomune y, por otro lado, con una consecuencia jurídica común a todos ellos. En este sentido, por una parte, la posición de muchos autores de que los delitos culturales deben ser tratados como delitos comunes y aplicárseles en cada caso las categorías tradicionales de la teoría del delito siempre y cuando se cumplan los requisitos de las mismas haría posible hablar de delitos culturales solo desde el punto de vista de las Ciencias Sociales, no como categoría normativa objeto de la reflexión dogmática. Por otra parte, los esfuerzos de algunos autores por crear una categoría única de delito cultural con una consecuencia jurídica única son solo propuestas *de lege*

---

[308] Cfr. VAN BROECK, *op.cit.*, p. 23, donde se exige comprobar si existe acuerdo entre otros miembros del grupo cultural al que pertenece al autor sobre la adecuación de la acción del autor con la situación dada.

[309] Cfr., en este sentido, DE MAGLIE, *Los delitos…*, op.cit., pp. 65 y ss., que además da una serie de requisitos para identificar la pertenencia al «*gruppo etnico di riferimento*», basados en la obra de Margalit-Raz: a) cultura común del grupo, b) formación del individuo en dicha cultura común, c) reconocimiento del grupo de la pertenencia del individuo, d) autoidentifcación del individuo con el grupo, e) reconocimiento del grupo por parte de la sociedad.

[310] Cfr. FORNASARI, *Le categorie*…, *op.cit.*, p. 177, cuando establece que el conflicto debe ser con un ordenamiento «distinto del que establece la disposición penal violada»; VAN BROECK, *op.cit.*, p. 23.

ferenda[311], dado que es imposible reconstruir del dato positivo una noción común de delito cultural y no parece conveniente que la consecuencia jurídica deba ser única, debiéndose poder distinguir entre casos que no merecen modificar la responsabilidad penal y aquellos en los que sí y, entre estos últimos, entre la exención y la atenuación de la responsabilidad penal.

Entre estas dos opciones —delito cultural como mero fenómeno criminológico o como categoría única de creación legislativa— debe ser posible encontrar una perspectiva que combine la legitimidad de analizar los delitos culturales en su totalidad sin por ello exigir una única consecuencia jurídica única. No obstante, decíamos, es imposible hacerlo desde una categoría única de delito cultural puesto que no hay ningún elemento que los acomune, por lo que es necesario distinguir desde el principio entre delito cultural en sentido estricto y delito cultural en sentido amplio, teniendo en cuenta además la exclusión de dichas nociones de los hechos no castigados por la ley penal y de aquellos castigados por la ley penal que no debería ser considerados delitos —ni, por tanto, delitos culturales— si optamos por un enfoque crítico-constitucionalista del Derecho penal.

1.2. Delitos culturales en sentido estricto y delitos culturales en sentido amplio.

Los supuestos que podrían subsumirse en un concepto tan amplio de delito cultural son tan heterogéneos —y tan cercana la relación con otro tipo de delitos, como los delitos por convicción, por conciencia o por motivos religiosos— que sería difícil imaginar, ni si quiera tendencialmente, un elemento común a todos

[311] Cfr., en este sentido, DE MAGLIE, *Los delitos…*, op.cit., pp. 265 y ss., que propone «al futuro legislador» una causa de no punibilidad *ad hoc* fundamentada en la comisión de un delito cultural entendido como categoría de creación legislativa del cual se habrían excluído los *hard cases*.

ellos. Es necesario por lo tanto realizar una categorización, la cual deberá basarse dentro de lo posible en criterios de distinción derivados del Derecho positivo.

Así pues, desde un punto de vista de Derecho positivo vigente, es el «derecho a la propia cultura» lo que da unidad a la categoría de **delitos culturales en sentido estricto**. Todos los delitos culturales en sentido estricto constituyen por definición 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[312]. Esta afirmación, sin embargo, está lejos de exigir una exención o atenuación de la responsabilidad penal del autor de un delito cultural en sentido estricto en todo caso. El derecho a la propia cultura debe entrar en juego con otros derechos y principios constitucionales, por lo que solo en algunos casos será suficiente para exigir una disminución o desaparición de la cantidad de coerción penal o bien una transformación de la misma en su calidad. En concreto, en este trabajo analizaremos la posible interpretación pluralista de sus elementos normativo-culturales[313] y la incidencia del «principio de ofensividad en acto» en los mismos, con consecuencias sobre su adecuación social[314] y su posible justificación por la vía del ejercicio de un derecho[315] o de la procedimentalización[316].

No obstante, no todos los delitos culturales —entendidos en sentido amplio— son ejercicio del derecho a la propia cultura o bien, siéndolo, no se les podría asociar

---

[312] V., para el «derecho a la propia cultura», *supra*, en el capítulo I, epígrafe 8.3.

[313] V. *infra*, en este capítulo, el epígrafe 4.3.

[314] V. *infra*, en este capítulo, el epígrafe 5.2.

[315] V. *infra* en este capítulo, el epígrafe 5.3.

[316] V. *infra*, en este capítulo, el epígrafe 6.

legítimamente una atenuación como consecuencia jurídica por dicha razón, como el caso de los homicidios por honor. Es por ello necesario definir los **delitos culturales en sentido amplio** como conjunto al que pertenecen los delitos culturales en sentido estricto y otros casos. Es decir, los delitos culturales en sentido estricto son también delitos culturales en sentido amplio, pero no todos los delitos culturales en sentido amplio lo son —obviamente— en sentido estricto.

La definición de delito cultural en sentido amplio no tiene por qué ser muy distinta de la noción de delito cultural que hemos expuesto en el epígrafe anterior como relativa a la doctrina. De hecho, puede ser incluso más extensa pues, al no prever una solución jurídica especialmente en sentido atenuante, no hay razones para distinguir entre delitos culturales, por convicción, por conciencia o por motivos religiosos. En este sentido, definiendo al delincuente como aquel que actúa de acuerdo con su conciencia, de conformidad con *un sistema de valores* frente al cual lo afirmado y defendido por el Estado se relativiza y pierde su validez para la conciencia del autor[317], es difícil distinguir entre un «sistema de valores» y un «cultura» en sentido no étnico-minoritario —pues en ese caso estaríamos ante delitos culturales en sentido estricto—.

Por lo tanto, compartimos plenamente la premisa sobre la que Alessandro Baratta hizo reposar su obra *Antinomie giuridiche e conflitti di conscienza*: «no existen conflictos de deberes junto a conflictos de motivación, como dos tipos de una misma categoría, sino que existen, en el plano deontológico de las normas, solo conflictos de deberes, a los que por lo tanto es mejor llamar conflictos de normas y, sobre el plano ontológico, de la psique humana, solo conflictos de motivación»[318]. Mientras que, por una parte, el «conflicto de normas» debe

---

[317] Cfr., para esta definición, RADBRUCH, «Der Überzeugungsverbrecher», en *ZStW*, 44, 1924, pp. 34 y ss.

[318] Cfr. BARATTA, Alessandro, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofía e alla critica del diritto penale*, Giuffrè, Milán, 1963, pp. 7 y ss.

resolverse a nivel de política jurídica[319], de adecuación social o de justificación[320] —puesto que la «norma cultural» se «juridifica» al reconocerse el «derecho a la propia cultura»—, por otra parte, los delitos culturales en sentido amplio son definidos aquí, operativamente, como todos aquellos delitos —incluidos los delitos culturales en sentido estricto— en los que está presente un «conflicto de motivación» a nivel de la psique del sujeto individual. La solución jurídica a estos casos debe encontrarse en aplicación del principio de personalidad de la responsabilidad penal, a nivel de dolo[321], de culpabilidad[322] y de individualización de la pena[323].

> Así pues, preferimos una exposición de «parte general» —ordenando el análisis sobre la base de principios y categorías— a una **exposición de «parte especial»** —que sistematizaría los casos analizados, por ejemplo, por el bien jurídico afectado—. No obstante, no desconocemos que muchos autores combinan ambas formas de proceder. En este sentido, Renteln titula los capítulos de la segunda parte de su obra *The Cultural Defense* —bajo la rúbrica de «conflictos culturales ante los tribunales» de la siguiente forma— bajo las siguientes categorías: «homicidio», «niños», «drogas», «animales», «matrimonio», «vestimenta» y «los muertos». La autora advierte —en mi opinión acertadamente— que «para evitar el engaño del etnocentrismo, he intentado no usar las categorías de ningún sistema legal oficial y he realizado una aproximación temática (...) en parte porque la *cultural defense* no es única

---

[319] V. *infra*, en este capítulo, los epígrafes 3 y 6.

[320] V. *infra*, en este capítulo, el epígrafe 5.

[321] V. *infra*, en el capítulo III, el epígrafe 2.1.

[322] V. *infra*, en el capítulo III, los epígrafes 2.2, 3 y 4.

[323] V. *infra*, en el capítulo III, el epígrafe 5.

de ningún sistema legal y para hacer más relevante el análisis respecto a académicos y legisladores en todo el mundo»[324].

Por su parte, Basile, cuando organiza la jurisprudencia europea que recoge sobre el tema[325], propone la siguiente clasificación de los casos: «violencia dentro de la familia», «delitos en defensa del honor», «delitos de reducción a la esclavitud», «delitos contra la libertad sexual», «mutilaciones genitales femeninas y escarificaciones», «delitos en materia de sustancias estupefacientes, incumplimiento de la obligación escolar», «delitos de terrorismo internacional» y «otros delitos cometidos por el inmigrante en una situación de error sobre el hecho que constituye el delito o de error sobre la ley que prevé el hecho como delito». Esta clasificación, descriptiva, está basada tanto en *nomina iuris* del Código penal italiano como en criterios relacionados con el contexto, como la familia, o las motivaciones culturales de los delitos.

Los problemas de esta elocuente metodología expositiva son dos: en primer lugar, casos pertenecientes a una misma categoría temática pueden deber ser resueltos en función de principios constitucionales distintos o en categorías doctrinales distintas y, dado que esta es una investigación esencialmente jurídica y no antropológica, deben prevalecer los criterios de ordenación con relevancia jurídica; en segundo lugar, algunas categorías, como la familia, el cuerpo o la vestimenta son más fecundas para el surgimiento de delitos culturales, pero siendo exhaustivos es posible encontrar casos en casi cualquier sección de la parte especial, con lo que seguir esta metodología en toda su potencialidad equivaldría a una reproducción de toda la parte especial del Derecho penal.

---

[324] Cfr. RENTELN, Alison Dundes, *The Cultural Defense*, Oxford University Press, 2005, p. 8.

[325] Cfr. BASILE, Fabio, *Premesse...*, *op.cit.*, pp. 150 y ss.; ID., *Immigrazzione...*, *op.cit.*, pp. 157-260.

2. Distinción entre «delito cultural», «infracción cultural no penada» e «infracción cultural penada» a la luz de los principios de legalidad penal y ofensividad en potencia.

2.1. El principio de legalidad en general y su fundamento político-democrático.

El origen de la formulación doctrinal del principio de legalidad en el sentido moderno que hoy se le atribuye es normalmente adjudicado a Cesare Bonesana, marqués de Beccaria (1738-1794) y a P. J. Anselm von Feuerbach (1775-1833), el cual lo formuló como *nullum crimen, nulla poena sine penale*. Se suele decir que la *lex* que se menciona en el citado aforismo debe ser *scripta* —reserva de ley—, *stricta* —prohibición de analogía—, *praevia* —irretroactividad— y *certa* — determinación y taxatividad—. Estos son, por lo tanto, los principales corolarios del principio de legalidad de acuerdo con la literatura[326].

A nivel constitucional, dicho principio está expresamente previsto en el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[327], en los apartados segundo y

---

[326] Con distintos matices y sistemáticas, que a veces obvian alguno de los subprincipios, en España, v. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / ARROYO ZAPATERO / FERRÉ OLIVÉ / GARCÍA RIVAS / SERRANO PIEDECASAS / TERRADILLOS BASOCO, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Experiencia, Barcelona, 2004, pp. 47-62; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 64-74; FERRÉ OLIVÉ / NÚÑEZ PAZ, *Derecho penal colombiano. Parte general*, Ibáñez, Bogotá D.C., 2010, pp. 72-83; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, op.cit., p. 81; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, *op.cit.*, pp. 105-116; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 97 y ss.

[327] Art. 7 CEDH. No hay pena sin ley.

« 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.»

tercero del artículo 25 de la Constitución italiana[328] así como en el artículo 25 de la Constitución española[329] y en el artículo 103.II de la Ley fundamental alemana[330]. Su histórica importancia en la materia penal se trasluce del hecho de encabezar además los Códigos penales italiano[331], español[332] y alemán[333].

En cuanto a su razón de ser, se dice que este principio tuvo desde el principio un doble fundamento: por un lado uno científico-técnico y por otro lado uno político-democrático. Al fundamento científico-técnico se remitirían los corolarios de prohibición de analogía, determinación, taxatividad y retroactividad, puesto que todos ellos tienden a garantizar la cognoscibilidad de la norma penal, funcional —diríamos hoy— para la motivabilidad del sujeto a partir de la misma. Es evidente que el sujeto no es motivable —y por lo tanto su acción delictiva no es prevenible— si no se puede conocer la norma —por no existir todavía— o no se puede conocer con precisión —por no ser precisa, o cierta o porque se le da un significado distinto al previsible—.

» 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.»

[328] Art. 25.II, III CI. «Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes del hecho cometido.»

»Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad sino en los casos previstos por la ley.»

[329] Art. 25 CE. « Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. »

[330] Art. 103.2 GG. «Un hecho solo puede ser castigado si su punibilidad estaba establecida legalmente antes de la comisión del mismo. »

[331] Art. 1 CP italiano. Delitos y penas: disposición legal expresa. « Nadie puede ser castigado por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por la ley, ni con penas que no estén establecidas por la misma. »

[332]Art. 1.1 CP español. « No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración. »

[333] Art. 1 CP alemán. No hay pena sin ley. « Un hecho solo puede ser castigado si su punibilidad estaba establecida legalmente antes de la comisión del mismo. »

Así pues, insistimos, el principio de legalidad no está fundado únicamente en razones de certeza o claridad de la norma, de seguridad jurídica. Un exhaustivo reglamento ministerial podría satisfacer este tipo de exigencias mucho mejor que un Código con rango de ley, por ejemplo[334], y sin embargo, es pacífico que ello violaría la «reserva de «ley»: la *lex* debe ser *scripta*, *stricta* y *certa*, pero ante todo deber ser *lex*. Dicho de otra forma: la posibilidad de castigar sólo con arreglo a una norma previa a la comisión del delito puede colmar las exigencias del Estado de Derecho, pero no necesariamente las del Estado democrático de Derecho, lo cual se debe a que en un Estado democrático de Derecho, el principio de legalidad cuenta, por añadido, con un «fundamento político democrático-representativo»[335], esto es, la «garantía formal» de la que habla el Tribunal constitucional español[336].

> En este sentido, la propia Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que para no violar la Carta no sólo es necesario que el ciudadano conozca previamente el hecho prohibido, sin que la fuente deba ser una ley del Parlamento. Es necesario recordar que la jurisprudencia de la Corte, que se aplica a Estados de diferentes sistemas jurídicos, supone un *minimum*, y no pueden en ningún caso recortar el estándar de protección de los derechos humanos establecidos a nivel nacional[337].

La formulación de este fundamento es tan antigua como el propio principio de legalidad y fue derivada de la teoría ilustrada del contrato social y en la defensa de una organización política basada en la división de poderes en la que la ley fuese

---

[334] Cfr. FIANDACA, *Legalità penale, op.cit.*, p. 1250, que justamente denuncia la hipertrofia en la atención dada al «fundamento garantista» del principio de legalidad en detrimento del «fundamento democrático» (pp. 1247 y ss.).

[335] La expresión es de ARROYO ZAPATERO, Luis, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, en Revista Española de Derecho constitucional, nº 8, 1983, pp. 12 y ss.; cfr. también FERRÉ OLIVÉ / NÚÑEZ PAZ, op.cit., p. 75; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *op.cit.*, p. 102, etc.

[336] SSTC de 21 de enero de 1988 y de 19 de julio de 1989 entre otras.

[337] Cfr. FIANDACA, *Legalità penale, op.cit.*, p. 1273.

competencia exclusiva de los representantes del pueblo. Los pensadores ilustrados lo concibieron como garantía del consenso sobre el contrato social: solamente el legislador, representación directa de la sociedad, puede decidir sobre la limitación de la libertad individual; sólo al legislador corresponde la potestad de prohibir conductas e imponer penas. Ello porque el ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de quedar asegurada su participación y control de la vida política de la comunidad: «sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social»[338].

En definitiva, la reserva de ley en materia penal, como concreción del principio de legalidad, es el instrumento para garantizar que los ciudadanos puedan ser privados de la libertad sólo en los casos contemplados en una decisión democrática, expresada formalmente por un ley del Parlamento. El principio de legalidad debe pues ser orientado en un «sentido democrático»[339].

2.2. Exclusión de nuestro objeto de estudio de las infracciones culturales no previstas por la ley penal y de los castigos frente a las mismas.

Como consecuencia del fundamento político-democrático del principio de legalidad, la primera de las consideraciones que tienen que hacerse —por obvia que parezca— es que no hay delito —ni por lo tanto delito cultural— sin una expresa incriminación por parte de una ley penal emanada del Parlamento. Los dictados emanados de instancias no formalizadas o formalizadas pero sin un mandato popular no pueden legítimamente vincular penalmente a los ciudadanos,

---

[338] Cfr. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 1998, p. 34. V. también ARROYO, *Principio de legalidad..., op.cit.*, pp. 12 y ss., HUERTA TOCILDO, *op.cit.*, p. 84; MIR, *Derecho penal..., op.cit.*, pp. 105 y ss.; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, *op.cit.*, p. 146.

[339] Cfr. FIANDACA, *La legalità penale…*, *op.cit.*, p. 1248

es decir, no pueden conminarles con una pena en el caso de transgresión de dichos dictados. Es decir, las **infracciones culturales no previstas por la ley penal** no son delitos culturales, puesto que no son delitos.

Por lo tanto, no son delitos culturales, desde el punto de vista del Ordenamiento jurídico: los pecados previstos por las doctrinas morales de varias confesiones religiosas cristianas; los *ḥudūd* o «delitos coránicos», previstos en el Derecho penal islámico como Derecho penal de origen divino —a diferencia de otro tipo de infracciones en el contexto islámico que sí serían disponibles por el legislador y por la víctima— y, en teoría, castigados con «penas» como la flagelación, la amputación de miembros e incluso la muerte mediante lapidación o crucifixión[340]; y, en general, las acciones consideradas mayoritaria o minoritariamente inmorales, contrarias a la ética o portadoras de deshonor que no correspondan al mismo tiempo a la descripción típica de un hecho castigado por la ley penal.

Algunos ejemplos de estas infracciones culturales no previstas por la ley penal son las relaciones sexuales fuera del matrimonio entre hombre y mujer —adulterio, relaciones homosexuales, etc. —; la apostasía, la infidelidad religiosa y todo tipo de blasfemia, sacrilegio o irrespeto a la divinidad —pese a que algunos tipos de blasfemia considerados graves sí son castigados, como veremos en el próximo epígrafe—; el incesto —en aquellos ordenamientos en los que no es un delito—; etc.

En otros casos, sin embargo, el autor de un delito cultural en sentido amplio ejerce —a través de su conducta tipificada como delito por la ley penal— un **castigo frente a una infracción cultural no prevista por la ley penal** que habría cometido la víctima de su castigo. Un ejemplo podría ser el marido que, ante el

[340] Cfr. URUBURU COLSA, Juan, «Los delitos *ḥudūd* en el derecho penal de los países árabes: einstauración y continuidad», en *Philologia Hispalensis*, nº 24, 2010, pp. 87 y ss.

adulterio consumado por parte de su mujer, decide provocarle una lesión o la muerte como castigo.

Las consecuencias del fundamento democrático del principio de legalidad en estos casos son distintas a las vistas anteriormente. Aquí se sostiene que la exención o atenuación de responsabilidad penal del autor de este tipo de conductas es en principio incompatible con el principio de legalidad, dado que este garantiza que nadie será castigado sino en los casos previstos por la ley —no siendo el adulterio, en el ejemplo aportado, un caso previsto por la ley—. Esta incompatibilidad es tanto mayor cuanto más formalizado sea el castigo y el eventual proceso «penal», cuanto menos obedezca a la pasión y a la irracionalidad y más a la implementación de un sistema de control social interno del grupo social en el que existe la expectativa de no comisión de la infracción cultural[341].

En efecto, disminuir o hacer desaparecer la coerción penal en estos casos, siempre que no sea por causas relativas a la personalización de la responsabilidad penal y de la pena —es decir, hacerlo a nivel de incriminación, de hecho típico-objetivo o de justificación sobre la mera base de la diversidad cultural del autor—, equivale funcionalmente al reconocimiento por parte del Estado de un *ius puniendi* al grupo cultural. Si en este sentido el legislador aprobara una norma o el juez dictara una sentencia se estaría vulnerando con ello el principio de legalidad, no sólo en su fundamento político-democrático—selección mediante un proceso democrático de los supuestos punibles—, sino también en su fundamento científico-técnico —determinación, taxatividad, prohibición de analogía—. El Estado debe garantizar que nadie sea amenazado con un castigo sino en los casos en los que la voluntad general —constitucionalmente limitada—, haya decidido. El principio de legalidad, de «vigencia secular», no permite que el Estado ceda a

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

los grupos culturales la función de tutela de los bienes jurídicos más relevantes respecto de los ataques más graves[342].

Esta limitación a las posibilidades de exención o atenuación de la responsabilidad penal —basada en una preocupación por la victima— no supone que ningún «castigo cultural» pueda ser justificado, sino que la alteridad cultural de quien ejerce el «castigo» no puede ser concebida como un motivo de despenalización, un criterio de interpretación restrictiva de la norma o una causa de justificación en cualquier caso y sin ninguna justificación. Sería posible realizar cualquier de estas operaciones, como veremos más adelante, pero siempre que se den ciertos requisitos y no se superen ciertos límites.

2.3. El principio de ofensividad en general y la ofensividad en potencia.

No toda acción u omisión que viole la ley penal debe considerarse propiamente un «delito cultural», puesto que no toda violación de la ley penal debe considerarse propiamente un delito, entendido delito en una concepción material con todos los condicionantes derivados de los principios constitucionales, en especial el de ofensividad. De acuerdo con nuestro enfoque constitucional del Derecho penal, *el ilícito penal debe consistir en una acción u omisión que suponga una ofensa relevante a un bien jurídico constitucionalmente legítimo*. El resto de supuestos son acciones u omisiones a las que la ley asocia una pena, una acción u omisión

---

[342] Sobre los distintos modelos de gestión penal de la diversidad cultural y sobre el pluralismo jurídico-penal, v. *infra* en este capítulo, epígrafe 4.1.

Incluso los defensores de posturas multiculturalistas como Kymlicka se niegan a aceptar estas «restricciones internas» en el seno de las minorías culturales, que las convertirían en «minorías iliberales» dentro de una sociedad liberal-democrática. También BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los Fundamentos del Derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 23 y ss., reconoce que dar cabida a los «procesos sociales que se están desarrollando» sería hacer «excepciones» a los principios del Derecho penal.

castigada por la ley penal, pero no un ilícito penal propiamente dicho desde el punto de vista constitucional. Son delitos del código, pero no de acuerdo con la Constitución.

Acercarse al principio de ofensividad, «el elemento más original y caracterizador de la orientación constitucionalista italiana al Derecho penal»[343], en un trabajo de estas características es por fuerza de las cosas un acto superficial y estipulativo, dado que se escapa al objeto de estudio del mismo la recopilación, siquiera sumaria, de los múltiples desarrollos doctrinales o jurisprudenciales, las diversas tradiciones y evoluciones que, en el ámbito europeo y nacional, se relacionan con el principio de ofensividad. Este hecho no excusa, no obstante, del esfuerzo de trazar al menos los contornos del principio o familia de principios en cuestión.

El vasto campo al que se puede denominar principio de ofensividad cubre una extensa superficie donde se encuentran el *principio del daño* («*harm principle*»), el de *necesaria lesividad* o de *estricta necesidad*, el de *intervención mínima* o *ultima ratio* y el de *exclusiva protección de bienes jurídicos*[344], pero también el

[343] Cfr. DONINI, Massimo, *Il contenuto vigente, e quello vitale, del principio di offensività*, texto manuscrito de una conferencia realizada en Roma el 25 de junio de 2012, p. 1.

[344] Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., pp. 199 y ss.: define «bienes jurídicos», en sentido político-criminal, como «intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho [penal]», mientras que en sentido dogmático son los «objetos que de hecho protege el Derecho penal vigente». Así mismo, la cláusula del Estado social y democrático de Derecho impondría que fuesen bienes jurídico-penale las «condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social […] que tengan una importancia fundamental» La STC de 8 de junio de 1988 asigna al Derecho penal «la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho».

Roxin, AT, I §2-9, fundamenta el concepto político-criminal de bien jurídico en el modelo de Estado que acoge la Constitución, que en Alemania es también social y democrático de Derecho.

carácter fragmentario del Derecho penal[345] o el estudio del *bien jurídico de relevancia constitucional como «criterio deontológico de la normación penal»*[346]. Respecto a la relación entre norma jurídica y norma moral, este principio implica que no pueden ser amparados por el Derecho penal intereses meramente morales, aunque los bienes jurídico-penales pueden coincidir también bienes morales[347].

La idea de la limitación del *ius puniendi* respecto a la extensión de las materias que pueden ser objeto de la tutela penal no es nueva. Aparece ya, como principio de necesidad, en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, «*La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* (…) », y recibe una elaboración aun anterior por el pensamiento iluminista: «toda pena que no se derive de absoluta necesidad es tiránica»[348].

No obstante, la relación entre esta idea de limitación y el concepto de bien jurídico, presente en el pensamiento del actual penalista, no ha existido siempre. El concepto de bien jurídico no desarrolla de por sí una función limitadora de la intervención penal. De hecho, es necesario volver a recordar que tiene un origen totalmente opuesto, en la legitimación de la extensión de las materias tuteladas por el Derecho penal por obra de Binding. Es obvio que si definimos el bien jurídico

---

[345] Cfr. PADOVANI, *Parte generale*, op.cit., pp. 3-4, para el los sentidos del «carácter fragmentario del Derecho penal» vienen a ser, en lo que interesa aquí, que el mismo no coincide necesariamente con el área de ilicitud jurídica general e ilicitud moral.

[346] La expresión es de PADOVANI, *Parte generale*, op.cit., pp. 80-88, con expresa referencia a la obra de Bricola.

[347] Cfr. MIR PUIG, S., Derecho penal. Parte general, 8ª ed., p. 120, STRATENWERTH, *Derecho penal*…, op.cit., p. 62. Por ejemplo, «la punición de relaciones homosexuales u otras consideradas inmorales, mantenidas entre adultos, sólo restringe la libertad del individuo, pero además no sólo es superflua, sino incluso nociva para la capacidad funcional del sistema social, por crear conflictos sociales innecesarios al estigmatizar a personas socialmente integradas» (cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, *op.cit.*, pp. 52-53.).

[348] Cfr. BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, Turín, 1994, p. 12, que cita a Montesquieu.

como el interés tutelado por la ley penal, su función será meramente descriptiva o, a lo sumo, hermenéutica, ya sea en clave limitadora o extensiva de la punibilidad. El principio de ofensividad, por el contrario, tendría lugar en función de la subsidiariedad, de la *ultima ratio*, de la restricción del área penalmente relevante, del carácter necesariamente lesivo del delito, no siendo lícito tutelar el mero cumplimiento de la norma, ni la obediencia, ni la mera moralidad, ni puede ser castigada la anomalía del carácter, el modo de ser o las tendencias internas[349].

Si bien es innegable el distinto origen de las tradiciones que han dado lugar al principio de ofensividad y al concepto de bien jurídico, no es menos cierto que hoy en día el bien jurídico ha asumido, aunque no universalmente, un valor crítico respecto a la legislación ordinaria, de forma que es posible considerar ambos elementos como las dos caras de una misma idea de fondo respecto al contenido de la materia penal[350]:

- una cara es la ofensividad como principio limitador del *ius puniendi* manifestado en tres exigencias principales y sucesivas: a) fin legítimo de la tutela —principio de exclusiva protección de bienes jurídicos constitucionalmente legítimos—, b) intervención mínima —principio de necesidad, subsidiariedad o de *ultima ratio* del Derecho penal respecto a otros mecanismos de tutela— y c) proporcionalidad entre la necesidad de prevención y el *quantum* de pena amenazada, además de otras exigencias que tienen menos interés para nuestro objeto de estudio;
- la otra cara es la ofensividad como necesaria legitimación jurídica —en nuestro modelo constitucional—, junto con el fundamento democrático del principio de legalidad, de la norma de criminalización que haya pasado el

---

[349] Cfr., en este sentido, DONINI, Massimo, *Il contenuto vigente, e quello vitale, del principio di offensività*, op.cit., pp. 1 y ss.

[350] Cfr., para una posición parecida, MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, 6ª ed., CEDAM, Padua, 2009, pp. 194-196.

> anterior filtro, ejerciendo una función de protección de bienes jurídicos constitucionalmente legítimos mediante la prevención de conductas que constituyan en potencia y en acto una ofensa relevante de los mismos.

Es importante notar que a estas dos funciones de la ofensividad no corresponden paralelamente con los dos sentidos que se le da normalmente al bien jurídico. Mientras que la función limitadora del principio de ofensividad se materializa en el sentido crítico y político-criminal del bien jurídico, su función legitimadora no se corresponde con el sentido descriptivo, dado que es posible que un interés protegido por la legislación penal vigente no constituya un bien jurídico protegido legítimamente por la ley penal de acuerdo con el principio de ofensividad —que es primero y sobre todo limitación[351] y solo posteriormente legitimación—.

El principio de ofensividad tal y como lo entendemos tiene, por lo tanto, dos líneas de incidencia en el plano de la legislación penal ordinaria: en primer lugar, todo tipo penal debe describir un comportamiento humano que suponga al menos una potencial ofensa relevante de un bien jurídico constitucionalmente legítimo; en segundo lugar, la posible adecuación social del tipo y las causas de justificación se encargan de dar forma definitiva al injusto penal en su conjunto, para asegurar que la amenaza de pena se cierne sobre un comportamiento que no es solo potencialmente ofensivo, sino que lo es también en el acto concreto.

Así pues, se entenderá en primer lugar que falta la ofensividad en potencia de un tipo penal —de una decisión de criminalización— cuando ninguno de los hechos que se pueden subsumir en la descripción típica pueda potencialmente lesionar o poner en peligro concreto un bien jurídico constitucionalmente legítimo. Desde la posición aquí defendida, como ya hemos adelantado, un tipo penal con estas

---

[351] Cfr. DONINI, Massimo, *Il contenuto vigente, e quello vitale, del principio di offensività,* op.cit.

características describe un hecho castigado por la ley penal, pero no un delito en su significado constitucional.

En segundo lugar, reiteramos, la acción u omisión concretamente realizada no será penalmente ofensiva en los casos en los que sea reconocida socioculturalmente como externa al ámbito material de tutela de la norma penal —conductas típicas socialmente adecuadas— y en los que, ante la presencia de una causa de justificación, motivada por la concurrencia de otros intereses en juego, la conducta típica —correspondiente a la descripción del tipo de acuerdo con una interpretación social del mismo— no tenga relevancia penal, es decir, no deba ser castigada con una pena.

Aclarado los puntos de partida, podemos explorar lo adelantado por cierta doctrina penal, en cuya opinión, el principio de ofensividad constituye una base adecuada sobre la que construir posibles soluciones a algunos casos de delitos culturales[352].

2.4. La despenalización de las meras infracciones culturales previstas por la ley penal.

En primer lugar, por lo tanto, se puede decir respecto a los delitos culturales que no están todos los que son —ya hemos excluido de nuestro objeto de estudio las infracciones culturales no previstas por la ley—, pero tampoco son todos los que están: en aplicación del principio de ofensividad en abstracto, muchos delitos no deberían ser considerados tales porque su castigo mediante una pena se

[352] Cfr. DE MAGLIE, *Los delitos…*, pp. 198 y ss.

fundamenta meramente en una moralidad que no es reflejo de una ofensa relevante de un bien jurídico constitucionalmente legítimo.

En este sentido, no se trata solo de que el autor de un delito cultural pueda ser, en algunos casos, eximido de responsabilidad penal o de que esta pueda verse atenuada. Muchos de los argumentos dados para la no punibilidad del autor cultural —sobre todo los relacionados con la «baja intensidad» ofensiva de la conducta— no son solo válidos para la concreta materia del delito cultural, sino que su eficacia argumentativa podría dirigirse —desde una perspectiva laica— a la despenalización del precepto en discusión. Despenalizar las conductas que ofenden meras normas morales o culturales no resuelve de por sí la cuestión, puesto que seguirán existiendo conductas que ofenden verdaderos bienes jurídicos que cumplen con el resto de requisitos de la definición de delito cultural, pero será redimensionado a su medida justa, implementando contemporáneamente, para todos los ciudadanos, una reducción del ámbito de lo penal. El carácter multicultural de la sociedad se puede convertir así en un revulsivo para una reforma de la parte especial del Derecho penal y ello se puede argumentar acudiendo a una comprensión «en abstracto» del principio de ofensividad[353].

En palabras de Michael Wieviorka: «frente a los problemas surgidos de tal o cual diferencia cultural, la acción política debe inscribirse en una visión de conjunto, en un marco enriquecido por orientaciones generales, por principios de justicia, por valores democráticos. Debe igualmente tener en consideración expectativas y reivindicaciones que no se limitan únicamente al grupo caracterizado por la diferencia en cuestión»[354].

---

[353] Cfr. DONINI, Massimo, *Il contenuto vigente, e quello vitale, del principio di offensività,* op.cit., p. 19, que finaliza su intervención indicando que «el futuro de la ofensividad se jugará en esa partida [de la reforma del sistema penal y del código]».

[354] Cfr. Wieviorka, M., *La differenza culturale. Una prospettiva sociologica*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 188 (trad. italiana de *La difference,* Balland, 2001)

Un ejemplo de infracción cultural prevista en la ley penal es la **incriminación de la bigamia**, recogida en el art. 217 CP español,[355] el art. 556 CP italiano[356] y art. 172 CP alemán[357]. Respecto a esta descripción típica, nos parece correcto afirmar que el interés protegido es un concreto modelo cultural de familia monógama. La prueba es que no parece que se requiera ni el engaño de una parte a la otra —incluso la poligamia consciente y consentida sería perseguible— ni la causación de ningún perjuicio. Ello a pesar de que los códigos hablen simplemente de «relaciones familiares» o «matrimonio y familia», con aparente neutralidad, como objeto de protección[358].

---

[355] Art. 217 CP español.- «El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.»

[356] Art. 556 CP italiano.- «*Chiunque, essendo legato da matrimonio avente effetti civili, ne contrae un altro, pur avente effetti civili, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Alla stessa pena soggiace chi, non essendo coniugato, contrae matrimonio con persona legata da matrimonio avente effetti civili.*» («Aquel que, estando vinculado por matrimonio con efectos civiles, contrae otro, aunque tenga efectos civiles, es castigado con la reclusión de uno a cinco años. Con la misma pena se castiga a quien, no estando casado, contraer matrimonio con persona ligada vinculada por matrimonio con efectos civiles»)

[357] § 172 StGB.- «*Wer eine Ehe schließt, obwohl er verheiratet ist, oder wer mit einem Verheirateten eine Ehe schließt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft*.» («Quien contraiga matrimonio pese a estar casado, o quien contraiga matrimonio con una persona ya casada, será castigado con pena privativa de la libertad de hasta tres años o con multa.»)

[358] En esta línea se mueve el Tribunal supremo español en su sentencia de 19 de junio de 2008, que a pesar de ser de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, nos sirve como muestra de una tendencia jurisprudencial: «la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (Art. 12.3 CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (Art. 217 CP). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un suficiente grado de integración en la sociedad española». La sentencia daba la razón a la Administración, que había negado a una persona la nacionalidad española por practicar la poligamia.

3. En concreto: despenalización del incesto como mera infracción cultural prevista por la ley penal.

De acuerdo con la distinción apenas introducida, el *incesto* constituye, en los ordenamientos en los que está prevista una pena para quien lo cometa, una mera prohibición cultural penada por la ley. La elección de esta figura para ejemplificar la mencionada distinción se justifica especialmente por el hecho de que su regulación jurídica presenta diferencias apreciables en el ordenamiento español, italiano y alemán, habiéndose dado además, en estos dos últimos, un reciente debate sobre su penalización[359]. Además, el incesto suele ser contemplado como un caso paradigmático sobre el que poder discutir acerca de la función del Derecho penal en las sociedades modernas, puesto que si bien no parece discutible que viola normas ético-sociales fundamentales, la legitimidad de su criminalización «es extraordinariamente dudosa y está muy discutida»[360].

Analizaremos en primer lugar el incesto como hecho castigado por la ley penal, es decir, como conducta para la que la legislación penal prevé una sanción, para pasar posteriormente a su consideración como mera prohibición cultural o «tabú». A continuación expondremos y criticaremos los argumentos propuestos para la penalización de esta conducta.

Queda por último dar una definición operativa de *incesto* para evitar malos entendidos. A los efectos de esta investigación entenderemos incesto como la práctica de actos de naturaleza sexual realizados entre adultos parientes con

---

[359] Las siguientes páginas revisan y actualizan un trabajo ya publicado: MACÍAS CARO, Víctor Manuel, «El delito de incesto en Colombia: razones para su despenalización», en *Nuevo Foro Penal*, nº 76, pp. 101-127.

[360] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal.*, op.cit., p. 53.

capacidad para consentir y con consentimiento en el caso concreto. Las relaciones en las que uno de los parientes o bien es menor o bien es una persona sin capacidad para consentir, o aquellas relaciones que son realizadas sin consentimiento o con un consentimiento viciado de al menos uno de los participantes, son incesto en el sentido literal de la palabra, pero son hechos que constituirían por sí mismos otros tipos de delitos y que están fuera del ámbito de este estudio por no poder ser incluidos en las categorías de meras infracciones culturales, puesto que lesionan bienes jurídicos tales como la libertad sexual[361].

3.1. El incesto como hecho castigado por la ley penal.

El incesto cometido entre adultos que consienten está castigado con distintas penas en diecisiete de los veintisiete estados de la Unión europea[362]. Entre los ordenamientos en los que no se prevé pena es paradigmático el caso de Francia, donde el incesto fue despenalizado hace más de doscientos años con la entrada en vigor del *Code Napoleon* en 1808. En cuanto a los sistemas anglosajones, el incesto nunca fue una *common law offence*, pero en Inglaterra estuvo perseguido

[361] En el caso de los menores, no hay acuerdo entre la doctrina sobre el bien jurídico protegido, si la libertad sexual, si la indemnidad sexual o si no existe bien jurídico. Es un debate potencialmente muy fecundo, pero del que no nos podemos ocupar aquí.

[362] Es así en los estados europeos de 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).

por los tribunales eclesiásticos hasta mediados del siglo XIX[363] para finalmente aparecer como *statute offence* en 1908[364]. De igual forma están previstas penas por la comisión de incesto en los textos legales de los diferentes estados de Estados Unidos[365] y de Australia[366], así como Canadá[367], Nueva Zelanda[368], Kenia[369], etc. Por último, si dirigimos nuestra mirada hacia Asia oriental, encontramos ordenamientos penales, como los de China y Japón, en los que no se castiga la conducta incestuosa[370].

Centrándonos en el ámbito territorial de nuestro estudio, observamos que el **Código penal alemán** castiga en su artículo 173, como reo de «relaciones sexuales entre parientes» —«*Beischlaf zwischen Verwandten*»— a «quien

---

[363] Cfr. BAILEY / BLACKBURN, *Punishment of Incest Act 1908: A Case Study of Law Creation*, en Criminal Law Review, 1979, p. 708

[364] Fue así con la *Punishment of Incest Act* de 1908, que como hemos visto, sigue en vigor en la República de Irlanda, que formaba parte del Reino Unido cuando la ley entró en vigor.

[365] Cfr. *Inbred Obscurity: Improving Incest Laws in the Shadow of the "Sexual Family"*, en Harvard Law Review, 2006, p. 2465

[366] Es así en todos los estados australianos: Australia Meridional (Art. 72 de la *Criminal Law and Consolidation Act*), Australia Occidental (Art. 329 CP), Nueva Gales del Sur (Art. 78.a de la *Crimes Act*), Queensland (Art. 222 CP), Territorio de la Capital Australiana (Art. 92.L de la *Crimes Act*), Territorio del Norte (Arts. 134 y 135 del CP), Tasmania (Art. 133 CP) y Victoria (Art. 14 de la *Crimes Act*).

[367] Art. 155 CP canadiense.

[368] Art. 130 CP neozelandés.

[369] Art. 166 CP keniata.

[370] Por otra parte, en el Derecho islámico o *sharia*, el Corán prohíbe las relaciones sexuales de un hombre con una mujer *maḥram*: madres, hijas, hermanas, tías, sobrinas, madres de leche, hermanas de leche, suegras, hijastras que están bajo tutela o hijas de una mujer con la que se ha consumado el matrimonio, nueras y cuñadas (cfr. Corán, 4:22-23). Mantener una relación sexual con una de estas mujeres es pues un crimen coránico (*ḥadd*), considerado además como modalidad especialmente grave de fornicación (*zenā*), castigado con la muerte (cfr. VAN GELDER, G. J., *Incest and Inbreeding*, en Encyclopedia Iranica, disponible en línea en http://www.iranica.com/articles/incest-and-inbreeding). Por supuesto, la *sharia* no es fuente del Derecho, o no la única, en todos los países islámicos, e incluso allí donde lo es, las prohibiciones y castigos no suelen aplicarse con el rigor exigido.

mantenga relaciones sexuales con un descendiente consanguíneo» —primer apartado— o «con un pariente consanguíneo en línea ascendiente» y también a «hermanos consanguíneos que practiquen el acceso carnal entre sí» —segundo apartado—. Las penas previstas son, respectivamente, de hasta tres y dos años de prisión, o alternativamente, en ambos casos, de multa. Por último, el tercer apartado establece que «descendiente y hermanos no serán castigados por este precepto cuando no tuvieran al tiempo del hecho dieciocho años de edad».

La palabra «consanguíneo» —«*leiblich*», también traducible como «biológico» o «carnal»— denota una filiación fruto del proceso de reproducción biológica. Por ello, se considera atípica la relación entre ascendientes y descendientes por adopción y entre hermanos adoptivos[371]. El inciso final de la primera frase del párrafo segundo, referido a la relación con un pariente consanguíneo en línea ascendiente, de que «esto rige también cuando la relación de parentesco haya cesado», debe interpretarse para cubrir los casos en los que el parentesco legal derivado de la consanguineidad haya cesado por la integración de uno de los sujetos en una nueva familia mediante la adopción[372]. Por otra parte, el elemento típico «relaciones sexuales» —«*Beischlaf*»— es interpretado por la doctrina como la penetración —al menos parcial— del miembro viril en la vagina: las relaciones «análogas» —«*beischlafähnliche Handlungen*»—, tales como la penetración anal, no son consideradas como integrantes de este tipo[373], lo cual es considerado incongruente con la aceptación de esta clase de acciones como parte integrante de

[371] Cfr. *Leipziger Kommentar*, tomo 6, 12ª ed., De Gruyter, Berlín, 2010, §173, num. 18, p. 723; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, §173, num. 4, p. 1408.

[372] IBID.

[373] Cfr. *Leipziger Kommentar*, *op. cit*., §173, num. 22, p. 725; SCHÖNKE/SCHRÖDER, op. cit., §173, num. 3, pp. 1407-1408.

otros tipos de delitos sexuales[374]. A pesar de ello, la doctrina sostiene que el tipo no requiere el riesgo de la concepción ni la *emissio seminis*[375].

No es extraño que, frente a un tipo así construido, la literatura alemana admita que no está claro qué bien jurídico se protege[376]: por supuesto, no desconoce las razones que históricamente se han dado para la prohibición del incesto, desde el tabú cultural a las razones eugenésicas, pasando por la lesividad social y familiar supuestamente ínsita en la conducta y por razones de promoción de la exogamia[377]. Pese a estas dudas, una reciente sentencia del Tribunal constitucional federal alemán ha confirmado la legitimidad constitucional de la penalización de incesto.[378] El Alto Tribunal alemán realiza en primer lugar un estudio histórico[379] y de Derecho comparado[380] para tejer un fondo de universalidad de la prohibición del incesto[381]. Es interesante que la propia sentencia recuerde que el delito de incesto sobrevivió a la «despenalización del Derecho penal sexual» operada sobre todo en 1969 con la desaparición de los delitos de adulterio, homosexualidad entre

---

[374] Cfr. *Leipziger Kommentar*, *op. cit*., §173, num. 26, pp. 728-729.

[375] Cfr. *Leipziger Kommentar*, *op. cit*., §173, num. 27, p. 729

[376] Cfr. *Leipziger Kommentar*, *op. cit*., §173, num. 4, p. 708.

[377] Para un extenso repaso de todos estos argumentos, v. *Leipziger Kommentar*, *op. cit.*, §173, nums. 4-15, pp. 708-721. V. también SCHÖNKE/SCHRÖDER, *op. cit.*, §173, num. 1, p. 1407.

[378] BVerfG, 2 BvR 392/07 de 26 de febrero de 2008, localizable en línea en la siguiente dirección: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080226_2bvr039207.html. La sentencia se limitaba en realidad a decidir sobre la legitimidad constitucional de la segunda parte del segundo apartado, es decir, la prohibición de incesto entre hermanos, que fue precisamente en lo que consistió el caso que dio lugar al recurso ante el Tribunal constitucional federal.

[379] Cfr. IBID., párrafos 3 a 14.

[380] Cfr. IBID.., párrafos 15 a 17.

[381] Cierto es que reconoce también críticas puntuales a la penalización, sobre todo por parte de la doctrina, siendo la de especial mención la del *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil*, 1968, pp. 59-57.

adultos, fornicación con animales, etc.[382] En su argumentación, el Tribunal establece expresamente que la penalización del incesto no entra en contradicción con la dignidad humana —artículo 1, apartado 1 de la Constitución alemana— ni con el libre desarrollo de la personalidad —art. 2, apdo. 1—[383], sino que más bien la norma penal recurrida materializa el mandato constitucional de protección del matrimonio y la familia —art. 6, apdo. 6—[384], además de estar justificada por razones eugenésicas[385].

Es reseñable que Winfried Hassemer, el único penalista que componía el Tribunal, emitiese un voto particular sobre la sentencia. En el mismo se critica la remisión, como base para legitimar constitucionalmente una norma penal, a la historia y al Derecho comparado[386]; o a posibles riesgos para la posible descendencia —debido a que el riesgo no se da siquiera en todos los casos y a que equivaldría a considerar la vida de una persona con defectos congénitos como algo indeseable—[387]; o a la protección del honor y la familia, puesto que castiga sólo a hermanos biológicos, mientras que otras conductas que lesionarían por igual la estabilidad familiar, como las relaciones entre hermanos adoptivos, son atípicas[388]. El voto particular introduce además argumentos que se basan en la inidoneidad de la pena para la prevención, puesto que según un informe con el

---

[382] Cfr. BVerfG, 2 BvR 392/07 de 26 de febrero de 2008, párrafo 19. Se hace referencia a la *Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts* (*Primera Ley de Reforma del Derecho penal*) de 25 de junio de 1969.

[383] Cfr. IBID., párrafo 31.

[384] Cfr. IBID., párrafo 42.

[385] Cfr. IBID., párrafo 49.

[386] Cfr. IBID., párrafo 81.

[387] Cfr. IBID., párrafos 83 y 85.

[388] Cfr. IBID., párrafos 92 a 94.

que trabajó el Tribunal, el incesto se da en familias que ya están previamente desestructuradas[389].

Por su parte, el artículo 564 del **Código penal italiano** castiga a quien «comete incesto con un descendiente o con un ascendiente, o con un afín en línea recta, o bien con una hermana o un hermano» con la prisión de uno a cinco años —apartado primero— o de dos a ocho años en el caso de «relación incestuosa» —apartado segundo—. El tercer apartado prevé una agravación para el mayor de edad que comete incesto con un menor de edad y el cuarto añade a las consecuencias jurídicas la pérdida de la patria potestad o de la tutela legal sobre la víctima del condenado por este delito.

A pesar de que no queda definido el «incesto», la diferenciación en términos de pena entre si se ha cometido una relación o no, permite interpretar que el acceso carnal no es estrictamente necesario. Quizá para evitar esta evidente falta de taxatividad, el artículo prevé un elemento restrictivo de la punibilidad —condición objetiva de punibilidad para algunos y resultado típico para otros—: del incesto debe derivarse «escándalo público». Tanto esta exigencia de «escándalo público» como el hecho de que las relaciones prohibidas no sean necesariamente entre parientes consanguíneos, hace pensar que el supuesto fundamento de la punición no descansa en el ordenamiento jurídico penal italiano, como en el alemán, en motivos biológicos, sino en la protección de la moralidad pública y de la estabilidad de la familia[390].

En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional italiano, que en una decisión del año 2000 consideró la penalización del incesto conforme a la

---

[389] Cfr. IBID., párrafo 106.

[390] Ya Carrara encontraba difícil encontrar un bien jurídico ofendido por el solo incesto, sin otras circunstancias.

Constitución italiana[391] y estableció que el legislador tiene la libertad de regular las relaciones sexuales o afectivas entre miembros de una familia con el objeto de evitar perturbaciones de la vida familiar, con el límite de la «manifiesta arbitrariedad», y que —en nuestra opinión, de forma incoherente— la exigencia de escándalo público es un límite a la intromisión del poder público en la vida íntima de la familia.

Por último, en el **ordenamiento español** el incesto fue despenalizado en 1978. Sigue existiendo, eso sí, una circunstancia agravante por parentesco para los delitos sexuales con independencia de la condición de menor de edad del sujeto pasivo. Es decir, el incesto es castigado únicamente como circunstancia en la comisión de un acto sexual ya de por sí delictivo[392].

En España la codificación decimonónica no heredó la histórica penalización del incesto hasta el Código penal de 1848, el cual lo consideraba una forma de estupro[393]. Ya Pacheco señaló la falta de identidad entre ambas conductas y entrando en materia expuso de forma un poco ambigua: «apruebo de todo punto esta prudencia del Código [de no prever castigos severos para el incesto]. Que la religión contenga tales acciones, que las reprima con su divino poder el

---

[391] Sentencia de la *Corte costituzionale* nº 518/2000, de 15 de noviembre de 2000: redactada por Zagrebelsky y publicada en *Giurisprudenza italiana*, 2001, pp. 994 y ss. El juez que remitió la cuestión de inconstitucionalidad —la cual fundamentó en razones de irracionalidad de la penalización, desproporcionalidad de la pena y violación de principio de reeducación de la pena— se encontraba ante un caso de relaciones entre un suegro y su nuera —parientes afines en línea recta—.

[392] Art. 192.2 CP español: «Los ascendientes […] que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior».

[393] Art. 366 CP español de 1848.- «El estupro de una doncella mayor de doce años y menor de veinte y tres, cometido por autoridad pública, sacerdote, criado doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o la guarda de la estuprada, se castigará con la pena de prisión menor. | En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana, o descendiente, *aunque sea mayor de veinte y tres años*» (cursivas añadidas).

confesionario, nada nos parece más justo ni más natural. Pero la ley debe prescindir de ellas, y no causar por su acción escándalos mayores que los que quieran corregir. Este pudor de las leyes es de buen efecto en la sociedad, que algunas veces se desmoraliza más con el ejemplo que con la prudencia. Basta lo que se dice en este artículo. Lo demás, o es harto improbable, o no debe ser castigado por penas especiales entre los hombres»[394]. De los códigos posteriores, sólo el de 1928 castigará el incesto como delito autónomo, cometido «por ascendientes con descendientes, afines en línea recta y el de hermanos, ya sean germanos, ya uterinos, ya consanguíneos», mientras que el de 1944 retomaría la penalización del incesto como «estupro con su hermana o descendiente», que continuaría en el art. 434 del texto refundido de 1973.

Fue la Ley 46/1978, de 7 de octubre[395], la que modificó el art. 434 del Código penal de 1973, haciendo aparición un nuevo tipo de delito en el que no se sanciona el incesto cometido entre adultos que consienten, sino que se tiene en cuenta el parentesco —«ascendiente o hermano»— como circunstancia agravante del estupro[396]. Por su parte, la figura del estupro consistía en el acceso carnal mediante prevalimiento de una condición de superioridad sobre un sujeto pasivo de edad comprendida entre los doce y dieciocho años. A partir del nuevo Código penal de 1995 desaparece el delito de estupro, pero permanece el prevalimiento del parentesco como circunstancia agravante de los delitos sexuales.

---

[394] Cfr. PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal. Concordado y comentado*, Edisofer, Madrid, 2000 [original de 1848].

[395] Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto (BOE núm. 243, de 11 de octubre de 1978, p. 23604).

[396] Sobre el antiguo «estupro incestuoso», v. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 409; VIVES ANTÓN, BOIX REIG y otros, *Derecho penal. Parte especial, Tirant lo Blanch*, Valencia, 1993, p. 647. Hubo quien pidió de *lege ferenda* la reintroducción del incesto como delito autónomo, p.ej., RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte Especial*, 10ª ed., revisado por SERRANO GÓMEZ, Madrid, 1987, pp. 193 y ss.

3.2. El incesto como infracción cultural.

La Antropología social y cultural ha mostrado 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, es decir, se prescribe la exogamia y se prohíbe la endogamia[397]. Ciertas modalidades de endogamia, como el matrimonio entre padre e hija o madre e hijo, están prohibidas universalmente, estando también extensamente prohibido el matrimonio entre hermano y hermana, habiéndose registrado algunas excepciones a esta segunda regla[398].

Igualmente extendidos están tanto el interés científico hacia el incesto, su origen, significado y violación, como el reconocimiento de la ausencia de explicaciones satisfactorias[399]. Así, a lo largo de la historia de la ciencia y la literatura, el incesto ha constituido un tema recurrente, y es importante también en esta sede atender a este interés porque mucho de las motivaciones jurídicas de la penalización del incesto tienen su fuente en dicho desarrollo histórico.

---

[397] Entre toda la literatura antropológica, v. HARRIS, Marvin, *Antropología cultural*, (trad. de la 2ª ed. original), Alianza, Madrid, 1990, p. 204.

[398] Sobre la prohibición universal de matrimonio en ascendiente y descendiente, v. HARRIS, *Antropología cultural*, *op.cit.*, p. 204; WHITE, Leslie A., *The Definition and Prohibition of Incest*, en American Anthropologist, v. 50, nº 3, 1948, pp. 428-429. El incesto entre hermano y hermana habría estado permitido en el Egipto romanizado, en Hawaii y en el Imperio inca. Sobre el primero de los casos, v. SHAW, Brent D., *Explaining Incest: Brother-Sister Marriage in Graeco-Roman Egypt*, en Man, nº 27, pp. 267-299, o STRONG, Anise K., *Incest Laws and Absent Taboos in Roman Egypt*, en Ancient History Bulletin, 2005, 19.1-2, pp. 31-41. Sobre Hawaii y el Imperio inca, v. LOWIE, R.H., *An Introduction to Cultural Anthropology*, 2ª ed., Nueva York, 1940, p. 233.

[399] Cfr. WHITE, *The Definition…, op.cit.*, pp. 416 y 420

Fue el análisis de McLennan sobre la exogamia y la endogamia el que dio comienzo a la discusión en torno al origen de la prohibición universal del incesto[400]. En su obra *Primitive marriage*[401] dedujo, a través de la observación etnológica de las costumbres de los pueblos «primitivos», que en la prehistoria del hombre se prefirió criar a varones, más aptos para la caza y por lo tanto más útiles para el grupo, que a mujeres. Como resultado, las niñas fueron desatendidas, cuando no simplemente eliminadas, con lo que la ratio de la población femenina descendió. Como consecuencia surgió, sigue deduciendo, la poligamia y la exogamia, en la forma de raptos y acumulación de mujeres de otros clanes. El concepto de matrimonio —equivalente a tener bajo su poder a una mujer raptada— se asoció a que la mujer proviniese de otro clan[402].

Algunos años más tarde se publicaría la obra *Ancient Society* del antropólogo americano Lewis H. Morgan[403]. Dicho autor situaba a la familia «consanguínea» —caracterizada por las relaciones entre parientes cercanos— como la primera de cinco formas de familia por las que sucesivamente habría pasado la evolución sociocultural[404]. La causa a la que Morgan atribuyó el abandono de la práctica del incesto entre hermanos fue el reconocimiento de los efectos biológicos perniciosos de tal práctica, lo cual entronca con muchas teorías que siguen siendo

---

[400] Cfr. HARRIS, Marvin, *El desarrollo de la teoría antropológica*, Siglo XXI, Madrid, 2008 [1968], p. 171.

[401] La obra de MCLENNAN, *Primitive Marriage: An Inquiry into the Origin of the Form of Capture in Marriage Ceremonies*, Edimburgo, Adam and Charles Black, 1865 es un ejemplo de la antropología social de la época, producida desde un gabinete con los informes que presentaban exploradores y aventureros, o naturalistas, como en este caso, Alexander von Humboldt.

[402] Cfr. HARRIS, *El desarrollo…*, *op.cit.*, pp. 168-169. En ediciones posteriores de su obra reforzó la teorización del nexo causal entre raptos de mujeres y prohibición del incesto acudiendo a la idea de que las bandas que tuviesen un mismo origen totémico consideraban un deber sagrado el no raptar mujeres entre sí, es decir, en no tomar mujeres de bandas con una ascendencia común como esposas (p. 169).

[403] Cfr. MORGAN, Lewis H, *Ancient Society*, MacMillan & Company, Londres, 1877.

[404] Cfr. HARRIS, *El desarrollo…*, *op.cit.*, p. 172.

defendidas hoy en día. Sin embargo, la posición de Morgan es susceptible de críticas. Por ejemplo, White informa de que la unión entre consanguíneos sólo potencia la herencia genética, no la degenera, dependiendo dicho extremo de la calidad de los genes que se ven potenciados, o de que siendo posible que muchas tribus no hayan sido conscientes de los mecanismos biológicos relacionados con la reproducción humana, es aun más improbable que hayan podido identificar el factor del parentesco entre quienes se reproducían como causa de los efectos perniciosos sobre la descendencia[405]. También Harris critica a la posición de Morgan, que no explica el surgimiento de la evitación del incesto entre madre e hijo o padre e hija[406].

El otro gran filón teórico está constituido por quienes ven en la evitación del incesto el producto de un instinto. El llamado «efecto Westermarck» consistiría en «la aversión por parte de los individuos a la unión sexual con otros individuos con los que han convivido»[407]. Aquí nos sumamos de nuevo a las críticas vertidas por White: si la evitación del incesto fuera producto de un instinto, no habría existido necesidad de su prohibición como tabú, puesto que los individuos lo habrían evitado de forma natural o, precisamente, instintiva; además, esta explicación

---

[405] Cfr. WHITE, *The Definition…*, *op.cit.*, p. 417, que pone a Cleopatra como ejemplo de personaje histórico que, a pesar de ser producto de ocho generaciones incestuosas, no es un individuo que sufre trastornos genéticos, sino que al contrario, es de particular belleza. Como posible explicación de la degeneración descrita en los hijos de parientes cercanos expone que son las personas que ya sufren algún tipo de problema físico o psíquico, las marginadas, las que tienen mayores probabilidades de romper un tabú tan fuerte como el del incesto.

[406] Cfr. HARRIS, *El desarrollo…*, *op.cit.*, p. 172.

[407] Cfr. WESTERMARCK, Edvard A., *The History of Human Marriage*, Nueva York, Macmillan, 1894, p. 546. Se han aducido varios estudios empíricos a favor de la tesis de Westermarck: a) los muchachos y muchachas criados juntos en las guarderías de los *kibbutzim* israelíes rara vez mantienen relaciones sexuales o se casa entre sí una vez llegados a la edad adulta, y b) los matrimonios taiwaneses que son resultado del sistema «adoptar una hija, casarse con una hermana», en los que marido y mujer se crían juntos, tienen menos hijos y unas tasas de adulterio y divorcio más altas (para la exposición y crítica de estos estudios, v. HARRIS, *Antropología cultural*, *op.cit.*, pp. 204-205).

tampoco arroja luz sobre por qué las relaciones que son consideradas incestuosas difieren entre una cultura y otra[408].

Tanto White como Harris coinciden en que fue el ya citado Edward B. Tylor —padre de la Antropología— quien dio un salto cualitativo, centrándose en la ventaja cultural, no biológica, que suponía la prohibición del incesto[409]. El autor británico señaló las ventajas culturales de la exogamia, considerando el valor de la misma para la supervivencia del grupo derivado de la mayor fortaleza de este por la construcción de alianzas. «La exogamia, que permite que una tribu en permanente crecimiento se mantenga unida gracias a los repetidos matrimonios entre sus clanes, cada vez más dispersos, permite a la vez a esa tribu vencer y someter a los grupos endógamos, pequeños, aislados e indefensos. En la historia del mundo, las tribus salvajes han debido enfrentarse una y otra vez con la misma y simple alternativa práctica entre casarse con extrañas o matarse con extraños»[410].

Tampoco debe ser infravalorada la contribución al debate por parte de Sigmund Freud, sobre todo en *Totem y Tabú*, su obra más antropológica[411]. El tabú del incesto queda explicado por la metáfora del pacto entre hermanos de no tomar a las mujeres de su padre —tanto la esposa del padre, su madre, como las hijas del padre, sus hermanas—, sino de buscarlas fuera, después de que una lucha con el padre por ellas hubiese causado la muerte de este. «La prohibición del incesto tiene (…) un fundamento fuertemente práctico. La necesidad sexual no une a los hombres; los separa (…) Así, los hermanos no tuvieron otra opción, si querían

---

[408] Cfr. WHITE, *The Definition…*, *op.cit.*, pp. 416 y 420.

[409] Cfr. HARRIS, *El desarrollo…*, *op.cit.*, p. 172; WHITE, *The Definition…*, *op.cit.*, pp. 422-423.

[410] Cfr. TYLOR, Edward B., *On a Method of Investigating the Development of Institutions, Applied to the Laws of Marriage and Descent*, en Journal of the Anthropological Institute, nº 18, 1888, p. 267.

[411] Cfr. WHITE, *The Definition…*, *op.cit.*, p. 419.

vivir juntos, que la de erigir la prohibición del incesto»[412]. Freud insiste en que «la cultura está construida sobre la renuncia a las gratificaciones instintivas (…) Esta "privación cultural" domina todo el campo de las relaciones sociales entre los seres humanos», concluyendo que «el primer resultado de la cultura fue que un gran número de seres humanos pudo vivir en comunidad», que «uno de los principales logro de la cultura es unir a hombres y mujeres en unidades mayores»[413]. El verdadero giro copernicano que supuso la teoría freudiana fue desterrar los análisis antropológico-psicológicos que intentaban explicar la evitación del incesto como un instinto del ser humano[414]. Freud propuso todo lo contrario: el instinto es el incesto, no su evitación. La evitación ha sido impuesta, sobre el instinto natural, por la cultura o civilización: por el Derecho. Ello explicaría por qué existen casos de incesto a pesar de la prohibición y por qué existe la propia prohibición, dado que, como ya hemos dicho, no hay necesidad de amenazar con la coacción la realización de un comportamiento que instintivamente se evita.

De Tylor y de Freud parte Leslie A. White[415]: a pesar de reconocer que el tabú sobre el incesto antecede a la organización social en clanes, coloca su origen en la propia unidad familiar[416]. «Con la exogamia se encontró la manera de unir unas familias con otras y la evolución social humana inició su carrera»[417]. Con Freud, piensa que el ser humano se siente atraído sexualmente hacia aquellos que tiene a

---

[412] Cfr. FREUD, Sigmund, *Totem and Taboo*, Moffat, Yard & Company, Nueva York, 1919, pp. 237 [original *Totem und Tabu*, 1913].

[413] Cfr. FREUD, Sigmund, *Civilization and Its Discontents*, Nueva York, 1931, pp. 63, 68 y 72, respectivamente [original *Das Unbehagen in der Kultur*, 1929].

[414] Cfr. FREUD, *Totem and Taboo*, *op.cit.*, p. 205

[415] Cfr. WHITE, *The Definition…*, *op.cit.*, p. 423.

[416] Cfr. HARRIS, *El desarrollo…*, *op.cit.*, p. 172-173.

[417] Cfr. WHITE, Leslie A., *The Science of Culture.*, Nueva York, Grove Press, 1949, pp. 316 y ss.

su alrededor[418], lo cual no es una desventaja cuando la organización social no excede de la familia con base reproductiva, pero con la aparición del lenguaje articulado las posibilidades se extienden a crear grupos plurifamiliares, para lo cual se crea la prohibición del incesto como «fuerza centrífuga» que contrarresta el carácter centrípeto de las relaciones incestuosas[419]. Esta teoría explicaría la consideración de los matrimonios como acuerdos entre familias e instituciones como el levirato, el soro rato, la dote, el precio de la novia, etc. El incesto habría tenido un origen social o cultural, no psíquico, ni biológico[420].

También otro autor clásico de la Antropología, Bronisław Malinowski, hizo su contribución sobre el problema del tabú del incesto. Pero, en lugar de hacer hincapié en los valores positivos que surgirían de las alianzas formadas como consecuencia de la obligación de exogamia, insiste en la discordia que el ejercicio sin restricciones de los apetitos sexuales introduciría en un pequeño grupo de parientes. Reproducimos íntegramente un párrafo de su obra por entender que el eco del mismo resuena todavía en la mente de los legisladores y los tribunales constitucionales:

> «El impulso sexual tiene en general una fuerza sobrecogedora y es socialmente perjudicial, no puede entrar en un sentimiento previamente existente sin producir un cambio revolucionario en el mismo. El interés sexual es por ello incompatible con cualquier tipo de relación familiar, tanto parental como fraternal (…). Si se permitiese que la pasión erótica invadiese el recinto del hogar, ello no establecería únicamente celos y elementos de competición y desorganización en la familia, sino que subvertiría los más fundamentales lazos de parentesco sobre los que se funda el desarrollo posterior de toda

---

[418] Cfr. WHITE, *The Definition…*, *op.cit.*, p. 424.

[419] Cfr. IBID., p. 425.

[420] Cfr. IBID., pp. 425-426.

> relación social (…). Una sociedad que permitiese el incesto no podría desarrollar una familia estable; estaría por ello privada del fundamento más importante del parentesco, y ello en una comunidad primitiva significaría la ausencia de orden social».[421]

No se puede concluir este somero repaso de las teorías antropológicas más importantes sobre el incesto sin mencionar *Las estructuras elementales del parentesco* del recientemente fallecido Claude Lévi-Strauss, a pesar de no poder dejar de reconocer que su obra en este aspecto va en la misma línea seguida por Tylor, Freud y White, aunque sin compartir el reconocimiento de la importancia que tuvo para la consolidación del tabú del incesto sus ventajas para la supervivencia del grupo[422]. El antropólogo francés sitúa en la prohibición del incesto el nacimiento de la cultura, la frontera entre lo natural y lo cultural, lo que hace del ser humano algo más que un animal. Así, partiendo de la teoría del *don* de la tradición sociológica francesa de Durkheim y Mauss, el tabú del incesto no constituiría tanto una prohibición, sino una obligación entre hombres de «dar mujeres, constituyendo con ello la sociedad civil más allá del natural grupo familiar, en el que naturalmente se da el incesto: «A partir del momento en que me prohíbo a mí mismo el uso de una mujer, que así se convierte en disponible para otro hombre, hay en algún sitio un hombre que renuncia a una mujer, que de este modo resulta disponible para mí»[423].

Pero es apartándose de Lévi-Strauss y de las explicaciones centradas únicamente en la biología o la psicología y volviendo a la explicación cultural de White como

---

[421] Cfr. MALINOWSKI, Bronisław, voz *Culture* en la *Encyclopedia of Social Sciences*, vol. IV, 1930, p. 630.

[422] Clarificadoras son las páginas que dedica a la teoría y antecedentes de Lévi Strauss, HARRIS, *El desarrollo*…, *op.cit.*, pp. 424 y ss.

[423] Cfr. LÉVI-STRAUSS, Claude, *Les structures élémentaires du parenté*, París, Presses Universitaires de France, 1949, p. 65.

parece que estamos más cerca del verdadero origen del tabú del incesto, el cual llegó a convertirse en delito. White afirma que de la comparación de culturas «primitivas» con la nuestra se pueden extraer argumentos favorables para su postura: el incesto es castigado con mayor severidad en sociedades «primitivas», normalmente con la muerte. La razón es que en el primer tipo de sociedades los lazos personales y de parentesco eran más importantes que en las sociedades «avanzadas». Nos dice: «el pequeño grupo de solidaridad era una unidad social de gran importancia en la lucha por la seguridad. La mera supervivencia del grupo dependía en gran parte de las alianzas formadas por la exogamia. En las culturas avanzadas la situación es diferente. La sociedad ya no está basada en lazos de parentesco, sino en relaciones de propiedad y en distinciones territoriales. El estado político ha remplazado a la tribu y al clan. Los grupos profesionales y la organización económica resultan también bases importantes de la vida social. La importancia de la exogamia ha disminuido mucho y las penas por el incesto resultan menos severas»[424]. O incluso no existen.

3.3. Exposición y crítica de los argumentos propuestos para la penalización del incesto: la moral sexual, la salud de la estirpe y la protección de la familia.

Más allá de las explicaciones científicas sobre las causas del surgimiento del tabú del incesto, su represión por parte del poder estatal ha sido legitimada desde la cultura jurídica, a lo largo de la historia, con distintos argumentos: desde lo pragmático, siendo considerado un obstáculo a la celebración de matrimonios válidos —dado que el afecto incestuoso, que no puede acabar en matrimonio,

[424] Cfr. WHITE, *The Definition*…, *op.cit.*, p. 432.

suplantaría otro afecto que sí habría podido alcanzar tal fin—[425], hasta la pura consideración del incesto como ofensa a la religión[426]. Cercanas a este tipo de fundamentaciones religiosas están aquellas que apelan a la **moral social**. Ya Binding decía que el incesto estaba prohibido porque «ataca a la Moral y a los principios de Derecho natural», añadiendo: «con grave escándalo para la comunidad y con el peligro de engendrar seres degenerados o tarados».

Un segundo motivo alegado es el de la protección de la potencial descendencia de una relación incestuosa respecto a posibles riesgos para su salud física o mental derivados de una supuesta mayor probabilidad de desórdenes de origen genético en estos casos, esto es, la protección de *la* **salud de la estirpe**. Solo un ejemplo de una idea muy extendida: la práctica del incesto «puede producir enfermedades mentales, ceguera, sordomudez, albinismo, seres defectuosos, etc. La relación sexual entre parientes es factor de degeneración sexual de la familia y de la estirpe. La Eugenesia, como rama que se preocupa del mejoramiento de la raza, del engendramiento, está en contra de las relaciones incestuosas»[427]. Con ello no sólo se pretende proteger a esa potencial descendencia, sino en general, la salud genética de la población, puesto que se entiende que una generalización de las relaciones incestuosas —fenómeno que de acuerdo con los apologetas de la prohibición parecería ser consecuencia necesaria de la despenalización del

---

[425] La idea es de Carmignani, citado por CARRARA, *Programma di Diritto criminale*, § 2002.

[426] Para la Iglesia católica, «i*ncesto* es la relación carnal entre parientes dentro de los grados en que está prohibido el matrimonio (Cfr. *Lv* 18, 7-20). San Pablo condena esta falta particularmente grave: «Se oye hablar de que hay inmoralidad entre vosotros [...] hasta el punto de que uno de vosotros vive con la mujer de su padre. [...] En nombre del Señor Jesús [...] sea entregado ese individuo a Satanás para la destrucción de la carne...” (1 Co 5, 1.4-5). El incesto corrompe las relaciones familiares y representa una regresión a la animalidad» (cfr. Catecismo de la Iglesia católica, numeral 2388).

[427] Cfr. SILVA SILVA, Hernán, *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

incesto— llevaría a una degradación progresiva de la carga genética de generaciones posteriores.

Hay que partir de una posición honesta: el apareamiento entre parientes consanguíneos no conlleva necesariamente defectos genéticos en los descendientes, sino un incremento en la homocigosis, es decir, un aumento de la presencia de alelos idénticos de un gen en ambos cromosomas homólogos[428]. Dicho fenómeno tiene efectos divergentes: si los alelos codifican un defecto congénito, este producirá descendencia con defectos congénitos, pero no será así en el caso contrario, antes bien, puede reforzar características innatas positivas de los progenitores. Los efectos a largo plazo también son distintos y en cualquier caso, dependen de las posibilidades de supervivencia y reproducción de la eventual descendencia nacida con eventuales defectos congénitos[429].

Y aunque este riesgo fuese cierto —que no lo es—, no se puede dejar de hacer esta consideración: la implementación de una política —supuestamente— eugenésica a través de la ley penal es profundamente contraria al libre desarrollo de la personalidad y, en concreto, a la salud reproductiva. Además, permaneciendo en el supuesto de que la salud de la estirpe fuese realmente un bien jurídico digno de la tutela penal, habría que excluir de cualquier modo, de las conductas típicas de incesto, en aplicación del principio de ofensividad, algunas conductas que son inidóneas para lesionar o poner en peligro dicho supuesto bien jurídico: por ejemplo, relaciones entre parientes por adopción, que no comparten carga genética; entre parientes del mismo sexo; entre parientes de los que al menos uno es fisiológicamente incapaz de reproducirse. Y entre parientes

---

[428] Cfr. LIVINGSTONE, Frank B, «Genetics, Ecology, and the Origins of Incest and Exogamy», in *Current Anthropology*, 10, 1969, pp. 45–62.

[429] Cfr. THORNHILL, Nancy, *The Natural History of Inbreeding and Outbreeding*, Chicago, University of Chicago Press, 1993.

consanguíneos habría que excluir también los actos distintos al acceso carnal o, incluso, las relaciones en las que utilicen medios anticonceptivos.

La propuesta mejor fundamentada no es pues ni la moral sexual ni la salud de la estirpe, sino la **protección de la familia.** Se puede, pues, partir de que el incesto no lesiona intereses ni particulares ni de la comunidad, pero a pesar de ello pueda y deba ser penalizado porque lesiona intereses de la familia. La familia es sin dudada un bien jurídico de acuerdo con las normas constitucionales y supranacionales, pero no hay que olvidar que la ofensividad de una conducta —la protección de un bien jurídico por parte de una norma penal— es una condición necesaria, pero no suficiente, de la legitimidad de la intervención penal. El recurso al Derecho penal debe limitarse solo a los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, de acuerdo con la ofensividad formulada como principio de intervención mínima[430].

No es posible, por lo tanto, impugnar la relevancia constitucional de la familia como bien jurídico, pero sí la consideración de que las relaciones incestuosas supongan un ofensa a la misma. Por otra parte, aunque la familia pudiera llegarse a considerar lesionada o puesta en peligro por la conducta incestuosa, esta no es siempre y en todo caso un bien jurídico de mayor relevancia constitucional que el libre desarrollo de la personalidad. En primer lugar, si se considera que la familia es el bien jurídico protegido, se está configurando el incesto como un delito de peligro abstracto, puesto que se presume que su mera comisión lesiona o pone en peligro la estabilidad de la familia, sin necesidad de probar dicha lesión o puesta en peligro. El legislador parece partir, con Malinowski, de la presunción inatacable de que las relaciones sexuales entre parientes arruinan necesariamente

[430] Cfr. FERRÉ OLIVÉ / NÚÑEZ PAZ / RAMÍREZ BARBOSA, *op.cit.*, p. 86

la estabilidad de la familia. En segundo lugar, caben aducir razones contra la necesidad de la penalización: que quienes practican el incesto dejasen de estar amenazados con una pena por parte del Estado no supondría que un gran número de personas celebraran dicha decisión del legislador dejándose llevar por impulsos incestuosos. Para probar la simplicidad de este temor basta asomarse a cualquiera de los ejemplos dados anteriormente y comprobar que el incesto, al ser igualmente un tabú cultural allí donde la ley penal no lo castiga, es tan evitado como en aquellos países en los que se penaliza.

La diferencia entre los ordenamientos en los que se castiga penalmente el incesto y los que no es la innecesaria coerción de la libertad de los pocos hombres y mujeres que, por los motivos que sean, se atreven a vulnerar un tabú cultural tan arraigado. Hablar de la penalización del incesto entre adultos que consienten es hablar de casos como el de Patrick S., que dio lugar al recurso de inconstitucionalidad en Alemania, sobre el que Hassemer, el magistrado discrepante en aquella ocasión, escribió que «quien sufre un castigo por incesto se ve afectado en un aspecto central de su desarrollo vital, lo cual puede tener para esta persona un alcance profundo y duradero»[431].

4. La diversidad cultural ante el principio de igualdad formal y el principio de pluralismo: una cuestión política.

[431] Cfr. BVerfG, 2 BvR 392/07, numeral 128.

4.1. Soberanía de los Estados y autodeterminación de los pueblos: distintos modelos posibles de gestión jurídico-penal de la población entre el pluralismo y la igualdad formal.

El *ius puniendi* o derecho penal subjetivo, es decir, el derecho a castigar —esto es, a privar a las personas de la vida, la libertad u otros derechos—, es, desde el punto de vista jurídico-formal, una derivación de la soberanía de los Estados, la cual deriva a su vez de una decisión —expresa o tácita— en virtud del derecho a la libre determinación del que gozan los pueblos, de acuerdo con su propio Derecho constitucional y con el Derecho internacional. La **soberanía nacional** —desde el punto de vista constitucional— y el **derecho a la libre autodeterminación de los pueblos** —desde el punto de vista jurídico-internacional— están pues íntimamente ligadas y, en ambos casos, son la base sobre la que se construye la legitimación formal del castigo como privación de derechos.

Para el Derecho internacional, el derecho a la libre determinación de los pueblos es un principio vinculante tanto por ser una norma de *ius cogens*, como por haber sido reconocido en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, habiendo cristalizado en la *Declaración relativa a los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* (1970)[432].

[432] « En virtud del *principio de la igualdad de derechos* y *de la libre determinación de los pueblos*, consagrado en la Carta, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta. (…)»

»Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el *principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes*

Existen distintos criterios para determinar qué es un «pueblo» a efectos de determinar la titularidad del derecho de libre determinación. En resumen, es posible afirmar que gozan de dicho derecho:

- los pueblos de los Estados independientes o no colonizados;
- la parte de la población de un Estado independiente que no es representada en el gobierno del mismo sobre la base de su raza, credo o color;
- los pueblos de los «territorios en fideicomiso y no autónomos», es decir —en términos generales— los pueblos colonizados;
- los pueblos de territorios ocupados militarmente;
- los pueblos indígenas, con las limitaciones ya vistas en cuanto al alcance de su particular derecho a la libre determinación.

De este elenco se deriva que el Derecho internacional no reconoce a las minorías étnicas presentes en el territorio de un Estado con una sociedad multicultural el derecho a la libre determinación ni, por consiguiente, la posibilidad de establecer legítimamente para sí un ordenamiento jurídico independiente respecto al del Estado que administra el territorio en el que habitan, a menos que dicho Estado tenga un régimen político que excluye de su gobierno a la minoría en razón de su raza, credo o color. No obstante, compete a cada pueblo —mayoría y minorías incluidas—determinarse libremente respecto a su condición política y a su régimen político interno, lo cual incluye decidir sobre el reconocimiento en mayor o menor medida del pluralismo jurídico, respecto al cual recordamos la definición dada por Griffiths: el establecimiento por parte del soberano de «distintos

---

descritos y estén, por tanto dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color».

Cfr. Resolución nº 2625 (xxv) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración relativa a los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

ordenamientos jurídicos para distintos grupos de la población que difieren en su etnicidad, religión, nacionalidad, o geografía», dependiendo todos los regímenes legales paralelos del sistema jurídico estatal»[433].

Así pues, sería posible hablar en primer lugar, idealmente, de un **modelo de pluralismo jurídico-penal completo**, con diversos ordenamientos jurídico-penales dentro de un mismo Estado. En estos casos, el Estado no hace ejercicio de su *ius puniendi* —al menos a través de las leyes y el aparato de control de naturaleza penal— de algunos territorios bajo su soberanía —aquellos poblados por los grupos culturales cuyo ordenamiento se reconoce—, de algunas personas —aquellas pertenecientes a dichos grupos— o, más frecuentemente, siguiendo una combinación de ambos. A esta retirada le seguiría un reconocimiento de las normas y la jurisdicción propia de los grupos minoritarios. El *ius puniendi* sobre las personas que pertenecen a determinados grupos culturales quedaría reservado a dichas comunidades, dando juridicidad a sus normas particulares. En este sentido, varias constituciones latinoamericanas —Ecuador, Bolivia, Colombia, México, entre otras— reconocen en mayor o menor medida un espacio para la Justicia indígena. Por citar solo un ejemplo latinoamericano, los artículos 7 y siguientes de la *Ley de deslinde jurisdiccional* de Bolivia reconocen la «jurisdicción indígena originaria campesina», definida como «la potestad que tienen las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos de administrar justicia de acuerdo a su sistema de justicia propio por medio de sus autoridades, en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Estado y la presente Ley»[434]. Otros ejemplos en otros ámbitos: desde la década de los noventa, Canadá

---

[433] GRIFFITHS, John, *What is Legal Pluralism?*, op.cit., pp. 5 ss

[434] No obstante, el art. 10, apdo. II de la Ley establece: «El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias: a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos

ha reconocido las decisiones de los *sentencing circles* practicados por los esquimales, basados en una justicia reconciliadora en lugar de punitiva, también en materia penal. Esta experiencia habría sido trasladada luego a Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos[435].

Otra posibilidad es que el Estado opte por un **modelo multiculturalista**[436], en el marco del cual la política criminal incluiría una cierta consideración positiva de la diversidad cultural, si bien no hasta el punto de reconocer un ordenamiento jurídico-penal paralelo, como en el caso anterior. Se distingue además entre un «multiculturalismo fuerte» y un «multiculturalismo débil»[437]: en ambos casos, la integración del factor cultural se hace modulando las categorías del Derecho penal en función del reconocimiento de la diversidad cultural, con mayor o menor recurso, respectivamente, a los principios de pluralismo e igualdad formal. Expresiones propias de este modelo en el Derecho positivo serían la protección de la diversidad cultural en sí misma como bien jurídico de relevancia penal y la exención o atenuación de la responsabilidad penal en atención al factor étnico-cultural.

Un posible **modelo laico** de gestión penal de la diferencia es muy difícil de teorizar y aun más de llevar a cabo. Incluso los delitos que pudiesen ser aceptados transculturalmente no dejarían de obedecer esta pauta: el dato de que una conducta sea compartida por todas las culturas no significa que deje de ser cultural, sino, justamente, que es *culturalmente* universal. Por ello, se corre el

---

tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;»

[435] Cfr. BERNARDI, *Modelli…*, *op.cit.*, pp. 65-68.

[436] Los términos *multiculturalismo* y *multiculturalista* deben reservarse, como ya indicamos en la introducción, a un concreta corriente filosófico-política sobre la diversidad cultural y a su eventual traducción en el Derecho positivo.

[437] Cfr. DE MAGLIE, *Multiculturalismo...,op.cit.*, p. 1118 y 1119

riesgo de que esta hipotética política criminal persiga en realidad, escondida tras el velo de la laicidad, la protección penal de la cultura mayoritaria, con lo que nos situaríamos en una política criminal asimilacionista[438] —en cuanto no respeta la especificidad cultural minoritaria, sino que busca cambiarla—, como veremos a continuación.

En contraste con el multiculturalismo, un **modelo asimilacionista** tendría como objetivo la asimilación por parte del grupo subalterno de los valores culturales hegemónicos. Podría distinguirse entre un asimilacionismo «indulgente», uno «laico-igualitario» y otro «discriminatorio». El asimilacionismo «indulgente» estaría representado por la actitud que se deduce, por ejemplo, del artículo 44 del Código penal de Perú de 1924, donde a los «salvajes», uno de los tres tipos en los que se clasifican los seres humanos, se les reservaba un tratamiento atenuado debido a su consideración como inimputables[439]. Este modelo político-criminal se diferenciaría del modelo multiculturalista en la motivación sobre la que se basa: una actitud tutelar —que bien pudiera ser un instrumento de legitimación de la dominación por parte del grupo dominante[440]— en lugar de un reconocimiento o valoración positiva de la diversidad cultural. Se diferencia, además, de la vertiente asimilacionista «discriminatoria» en que la diferenciación no supone una mayor coerción al culturalmente diverso.

---

[438] Sobre las paradojas del asimilacionismo en Francia: WEIL, Patrick, *La République et sa diversité. Immigration, intégration, discriminations*, 2005

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

[440] Sobre todo teniendo en cuenta que la consecuencia jurídica con la que se podía sustituir las penas de prisión en atención a "su condición especial" era la de "colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años" (Art. 44 CP Perú 1924).

De una política criminal asimilacionista pretendidamente neutral o laica en lo cultural, también llamada «igualitaria»[441], ha sido tradicionalmente Francia el mejor exponente. Este modelo se basa en una preponderancia de la igualdad formal sobre el pluralismo, lo que conlleva una «ceguera» del Estado frente a las diferencias culturales[442]. Por una parte se podrían exponer las reservas ya expresadas respecto al modelo laico: que el contenido sustancial de las normas penales responda a la cultura mayoritaria, no a la neutralidad. Otros autores indican que favorecería la emancipación de los individuos respecto a su grupo cultural dada su asimilación con la sociedad en su conjunto[443]. Su traducción normativa es la ausencia de normas penales que atenúen la responsabilidad penal por razones culturales o que criminalicen prácticas culturales minoritarias de una forma más gravosa, lo cual no significa que no se persiga tales conductas, sino que se hace con arreglo a la normativa general.

Una política criminal asimilacionista «discriminatoria» promueve, desde el Derecho penal, la imposición de la cultura dominante al resto, teniendo como resultado un trato discriminatorio hacia los miembros de los grupos subalternos. Como ejemplos históricos puede mencionarse la era del *melting pot* en Estados Unidos —primera mitad del siglo XX—, en la que con la metáfora de una fusión de etnias y razas se esconde una política asimilacionista basada —y limitada— en la cultura dominante, la del *white anglo-saxon protestant* o *WASP* [444]. La asimilación discriminatoria puede ser también expresa: tal sería el caso de la regulación en el Código penal italiano de la mutilación genital femenina, que en su artículo 583 *bis* prevé una pena más grave para esta conducta respecto a la que correspondería a su consideración como delito de lesiones.

---

[441] Cfr. DE MAGLIE, *Culture...,op.cit.,* p. 1118 y 1119

[442] Cfr. BASILE, *Società multiculturali...,op.cit.,* p. 1311

[443] Cfr. BERNARDI, *Modelli...,op.cit.,* p. 82

[444] Cfr. DE MAGLIE, *Multiculturalismo...,op.cit.,* p. 178 y ss; BASILE, *Società multiculturali...,op.cit.,* p. 1310

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

Expuestos los modelos ideales de gestión penal de la diferencia, el margen de elección del legislador europeo se debe mover en el marco del régimen político en el que los pueblos europeos se han determinado libremente: los tratados internacionales, las normas de Derecho europeo, las constituciones estatales y los principios que se deducen de todas ellas. En este caso, el marco parece dibujarse en el equilibrio entre el principio de igualdad formal por un lado y el principio de pluralismo por el otro, de forma que no sería constitucionalmente legítimo implementar legislativamente el modelo pluralista, ni el asimilacionista discriminatorio ni, por supuesto, el excluyente.

El campo de juego va, por lo tanto, desde el multiculturalismo, fuerte y débil, al asimilacionismo igualitario o indulgente. Por supuesto, el legislador puede salirse *de facto* de dicho campo de juego.

4.2. Posibilidad de un tratamiento jurídico diferenciado de los delitos culturales en virtud del principio de pluralismo y necesidad de una razón suficiente para ello a la luz del principio de igualdad formal.

En los modelos constitucionales europeos, el Derecho penal, en su función de protección de bienes jurídicos, debe respetar la igualdad formal ante la ley, lo cual quiere decir que todo tratamiento jurídico diferenciado debe estar basado en una diferencia entre las situaciones de hecho de las que cada uno de ellos es consecuencia jurídica. Pero no solo. También las normas penales que permitan una exención o atenuación de la responsabilidad penal necesitan una justificación, ya que de lo contrario supondrían un privilegio.

No obstante, el principio de igualdad no es solo formal. Es necesario insistir en la distinción conceptual, ampliamente reconocida como consustancial al propio principio de igualdad, entre igualdad formal, igualdad ante la ley o prohibición de discriminación —arts. 2.1 y 26 PIDCP[445], art. 14 CEDH[446], art. 20 CDFUE[447], art. 3.I CI[448], art. 33 GG[449] y art. 14 CE[450]— e igualdad material o cláusula de

---

[445] Art. 2.1 PIDCP. « Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. »

Art. 26 PIDCP. « Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. »

De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, el art. 26 (cfr. Observación nº 18).

[446] Art. 14 CEDH. Prohibición de discriminación. « El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. »

[447] Art. 20 CDFUE. Igualdad ante la ley. « Todas las personas son iguales ante la ley. »

Art. 21.1 CDFUE. Prohibición de discriminación. « Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. »

[448] Art. 3.I CI. « Todos los ciudadanos gozan de igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas o condiciones personales y sociales. »

remoción de los obstáculos —art. 3.II CI[451] y art 9.2 CE[452]—. Los titulares de estos derechos son en todos los casos todas las personas, no solo quienes estén vinculados por la nacionalidad con el Estado.

El reflejo de la *igualdad formal* en el ámbito penal está constituido por la exigencia de razonabilidad de las disposiciones penales: castigar a una persona es un acto discriminatorio, por lo que para evitar la violación del principio de igualdad es necesario que dicha discriminación —la distinción entre conducta lícita e lícita, entre sujeto culpable o no culpable, o la identificación de circunstancias atenuantes, eximentes o causas de no punibilidad— se base en criterios razonables, no sea arbitraria. También el *principio de igualdad material* tiene su relevancia en el ámbito penal, afirmándose que «el presupuesto de las desigualdades obliga a intervenir, otorgando al Derecho penal un contenido social»[453]. El propio Tribunal constitucional español hace uso del mismo para declarar la constitucionalidad de las discriminaciones por razón de género en la

---

[449] Art. 3 GG, apartados 1. « Todas las personas son iguales ante la ley. » y 3 « Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus convicciones políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico. »

[450] Art. 9.2 CE: « Corresponde a los poderes públicos *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.»

[451] Art. 3.II CI. «Es tarea de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país».

[452] Igualdad formal e igualdad material son «la cara y la cruz» del Estado social de Derecho, cfr. GARRIDO FALLA, F., «Art.9.2», en GARRIDO FALLA, F. y otros, *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 166.

[453] Cfr. FERRÉ OLIVÉ / NÚÑEZ PAZ, *op.cit.*, p. 64

legislación penal sobre violencia doméstica[454]. En este sentido, las constituciones italiana y española hacen además un reconocimiento expreso del pluralismo social, aludiendo tanto a los individuos como a las «formaciones sociales» o «grupos sociales»[455].

> En el caso español, Pérez Royo establece que, para interpretar el significado del «grupo social» y las consecuencias de su reconocimiento, hay que partir de que el modelo de sociedad diseñado por la Constitución es marcadamente individualista, puesto que son los individuos en sí los titulares de todos los derechos fundamentales, incluso de aquellos que se ejercen de manera colectiva. Por lo tanto, no están contemplados los estamentos, como en el Antiguo Régimen, ni los «grupos naturales» constituyentes de la ya desechada «democracia orgánica» del Franquismo. El surgimiento de grupos sociales no sería natural, sino voluntario, como ejercicio de los derechos individuales[456].
>
> Sin embargo, el Tribunal Constitucional español ha expresado, a tenor del artículo analizado, que «la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental»[457]. Siguen siendo aquí

---

[454] FJ 8º de la STC 59/2008. V. ALÁEZ CORRAL, Benito., *El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008*, en Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia Constitucional, 12, 2008, pp. 12-32

[455] Art. 2 CI. « La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en las *formaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad*, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social. »

Art. 9.2 CE: « Corresponde a los poderes públicos *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.»

[456] Cfr. PÉREZ ROYO, *op.cit.*, pp. 198 y ss.

[457] Cfr. STC español 64/1988

> derechos fundamentales individuales, pero del individuo como miembro de un grupo.

Se trata pues de dilucidar si es constitucionalmente legítimo, y con qué límites, un «trato diferenciado»[458] en virtud de la diversidad cultural. La respuesta a la primera cuestión debe ser positiva, pues como ya hemos adelantado, el principio de igualdad permite al legislador un trato jurídico diferenciando siempre que justifique objetiva y razonablemente dicha diferenciación «de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida»[459].

El peso del análisis recae, por lo tanto, en la proporcionalidad entre la finalidad —amparar la igualdad material y el pluralismo— y los efectos —compromiso de la igualdad formal, segregación étnica de la sociedad— de una cierta medida.

Una posible medida, típica de un modelo pluralista, sería la **exclusión *ad personam* de la aplicabilidad del Derecho penal**, exclusión que debe estar fundada en poderosas razones, puesto que supone una excepción al principio de igualdad. Desde un punto de vista de la teoría del delito, no se entraría a discutir sobre la ilicitud del hecho cometido: los autores no estarían sujetos a la norma penal, por lo que es imposible un juicio de desvalor. Por el contrario, la atención doctrinal se centraría aquí en los criterios la exclusión de un sujeto del ámbito de

---

[458] Cfr. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, en HABERMAS / TAYLOR, "Multiculturalismo. Lotte per il riconosciment"o, Feltrinelli, 2008, p. 25

[459] Cfr. STC 75/1983, FJ 2º.

aplicación personal de la norma penal. Esta exclusión *ad personam* está aceptada en algunos casos en el Derecho vigente.

> Esta excepción al principio de igualdad se ve traducida de distintas formas en los distintos ordenamientos y en función del autor que las estudie. Por ejemplo, Ferré Olivé y Núñez Paz consideran que las *excusas personales* o *inmunidades* —tales como las inmunidades parlamentarias, judiciales o diplomáticas— son supuestos de perseguibilidad del acusado, que a su vez es uno de los grupos de presupuestos procesales o condiciones de procedibilidad —los cuales, a su vez, constituirían, junto con las condiciones objetivas de punibilidad y las causas de exclusión de la punibilidad, el tercer elemento de la categoría de la punibilidad o penalidad—[460].
>
> En Italia, por su parte, Fiandaca y Musco tratan las «inmunidades penales» («*immunità penali*») dentro del estudio del «ámbito de validez personal de la ley penal». Las inmunidades serían «excepciones establecidas por el Derecho público interno o por el Derecho internacional» según el art. 3 CP italiano, constituyendo «un conjunto de situaciones entre ellas profundamente heterogéneas tanto por la razón de ser como por el contenido, unificadas solamente —y no siempre— por el efecto final de la substracción al poder coercitivo del Estado», distinguiendo[461].
>
> Según la doctrina dominante en Italia (Antolisei, Mantovani), todas estas excepciones tienen la misma naturaleza jurídica: son *causas de exclusión de la pena* —causas que tienen como efecto la no aplicación de un hecho de delito. Sin embargo, otro sector no está de acuerdo porque no tienen en cuenta el fundamento sustancial de la exención de pena, sino solo el resultado final, y no distinguen entre *inmunidades absolutas* —que en España Mir Puig llama «inviolabilidades» y se extienden a todos los delitos y a actividades funcionales y extrafuncionales—, *inmunidades relativas* —«inmunidades» propiamente

---

[460] Cfr. FERRÉ OLIVÉ / NÚÑEZ PAZ, *Derecho penal*…, op.cit., pp. 481 y ss. y 494 y ss.

[461] Cfr. FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale*…, op.cit., pp. 136-137 y ss., con ulteriores referencias bibliográficas en la nota 28 a Giuliani, Cavallari, Pagliaro, Dominioni, Riccio.

> dichas para Mir Puig, que son solo reconocidas en cuanto se tiene un cargo y exigen autorización por parte de los órganos distintos al juez ordinario— e *inmunidades meramente procesales*. Para Fiandaca y Musco, algunas son el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, otras son consecuencias de una incapacidad penal o procesal o una simple substracción a la potestad de coerción penal o de la potestad jurisdiccional frente a otros poderes[462].

En este sentido, la doctrina ha reflexionado sobre la exclusión de la aplicabilidad del Derecho penal basada en **el origen foráneo del sujeto activo**, aplicando en su lugar «las normas penales y las normas culturales extendidas en el país y/o en el grupo del que es originario el imputado»[463]. La cuestión es por lo tanto doble: nacionalidad diversa y/o cultura diversa —con independencia de la diversidad de nacionalidad—.

Respecto a esta cuestión, la Corte de Casación italiana, por ejemplo, no otorga ninguna relevancia en materia penal a las normas jurídicas o extrajurídicas vigentes en el país de origen del imputado, al afirmar que «las tradiciones ético-sociales de quienes se encuentran en el territorio del Estado, de naturaleza esencialmente consuetudinaria, y aunque sean en su conjunto de indiscutible valor cultural, solo pueden ser practicadas fuera del ámbito de operatividad de la norma penal», debiéndose ello a que, de acuerdo con la sentencia mencionada, «la tutela penal afecta a materias con relevancia constitucional»[464].

---

[462] Cfr. FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale*…, op.cit., pp. 143-144, con ulteriores referencias bibliográficas a Pagliaro e Romano.

[463] Cfr. BASILE, *Immigrazione..., op.cit.*, p. 364 y con las remisiones hechas al Derecho alemán.

[464] Cass. de 29 de mayo de 2009 (audiencia de 28 de mayo de 2009), nº 22700, en *Quotidiano Diritto e Giustizi@*, 19 de octubre de 2009 y en BASILE, *Immigrazione…*, *op.cit.*, pp. 175 (caso 1.12) y 365.

En el caso que dio origen al recurso a casación fue condenado un ciudadano marroquí por el delito de malos tratos contra la mujer, al haberla sometido a reiteradas injurias, golpes, amenazas, etc. La Corte reconoció como materia de relevancia constitucional a «la familia, que la ley fundamental

En dirección contraria a la expresada por la Corte se ha dirigido la propuesta de *lege ferenda* que hace Micheletti, para quien sería necesario «circunscribir también subjetivamente el área de la tipicidad penal, para limitar su ámbito en función de las cualidades subjetivas del autor y del sujeto pasivo, o mejor, de su nacionalidad»[465], llegando a proponer la inclusión en el Código penal italiano de una disposición que rezaría:

> « Salvo a instancia del ofendido, la ley penal italiana no se aplica cuando el hecho, pese a verificarse en el territorio del Estado, es cometido por un extranjero en perjuicio de otro extranjero y resulta lícito de acuerdo con el derecho del Estado del que se es ciudadano. »

Esta propuesta ha sido objeto de algunas críticas:[466] a) sería rechazable la necesaria consecuencia colateral de que el ciudadano italiano fuese penado por la ley italiana aunque cometiese en un país extranjero un hecho no penado por la ley del mismo; b) la cualidad de extranjero de autor y víctima excluye los probables casos en los que el autor del delito cultural sea un ciudadano del estado en cuestión; c) no es conveniente dejar la aplicación de la ley, de acuerdo con la cláusula de la instancia del ofendido, a la voluntad de una de las partes; d) no siempre el delito cultural está permitido en el Estado de origen, sino que a veces se fundamenta en la costumbre.

---

del Estado reconoce como sociedad natural basada en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges (art. 29 Const.), igualdad que constituye por lo tanto un valor garantizado al estar incorporado en un ordenamiento centrado en la dignidad de la persona humana y en el respeto y la garantía de los derechos irreductibles de los que es titular».

Por el contrario, en otras ramas jurídicas en las que los intereses en juego son considerados menos vitales para la comunidad, se prevé la aplicación a ciertos sujetos de la ley del estado del que es originario. Ello ocurre, y es bien conocido, en materia civil, estando regulados los casos de conflicto de leyes por el Derecho privado internacional.

[465] Cfr. MICHELETTI, «contradittore» a GRANDI, «Diritto penale e società multiculturale: stato dell'arte e prospettive di jure condendo», en DE FRANCESCO/PIEMONTESE/VENAFRO (coord..), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Turín, 2007, p. 375

[466] Cfr. FORNASARI, *Le categorie*…, *op.cit.*, pp. 179-181.

Algunas de estas críticas no tienen un fundamento sólido. Por ejemplo, no existe una necesaria correlación entre la inaplicación personal de la norma por razón de nacionalidad de los sujetos y la perseguibilidad del italiano que comete un delito previsto en la ley italiana en el extranjero. Existiría si ambas tuviesen como fundamento una preeminencia del principio de personalidad activa entre los criterios de aplicabilidad de la norma. Sin embargo, la propuesta de Micheletti puede basarse más bien en el principio de intervención mínima del Derecho penal —que a su vez serviría también para limitar la perseguibilidad del italiano que delinque en el extranjero—. Ello casa además con el hecho de que sea necesaria querella del ofendido para perseguir el hecho.

Otras, sin embargo, son plenamente aceptables: Micheletti parece confundir delito cultural con delito cometido por un extranjero. No solo son fenómenos que, pese a estar relacionados, pueden ser diferenciados sociológicamente, en cuanto a que existen extranjeros socializados en un ambiente cultural muy próximo al mayoritario en el Estado en cuestión y nacionales socializados en un ambiente cultural «foráneo», exótico, minoritario, respecto al hegemónico, sino que también responden a un fundamento jurídico muy distinto: como ya hemos adelantado, lo esencial para la existencia de un delito cultural es la heterogeneidad entre los valores en los que se ha socializado el autor y aquellos considerados mayoritarios —para los delitos culturales en sentido amplio— y el ejercicio del derecho a la propia cultura de los individuos de minorías étnicas, tengan o no tengan la nacionalidad del Estado en cuestión —para los delitos culturales en sentido estricto—.

Por consiguiente, el criterio de justificación del trato diferenciado —que debe en cualquier caso ser proporcional al fin perseguido— no debe residir en el origen foráneo del sujeto, tanto menos en su diversa nacionalidad, sino en la **diversidad cultural** del sujeto. Desde la filosofía política, algunas voces, entre las que destaca la de Charles Taylor, defienden la necesidad de desarrollar la ideología

jurídico-liberal y el principio de igualdad formal para dar cabida a la posibilidad de estatus jurídicos diferenciados en función de la cultura del sujeto. En torno a la justificación de esta diferenciación orbitan los conceptos de *reconocimiento*, *identidad* y *autenticidad*. De forma simplificada: las personas sufrirían un daño injusto si su identidad, de la cual forma parte el grupo del que se sienten formar parte, no es reconocida. Se vería imposibilitada su «autenticidad» como individuos, esto es, la realización de la «vocación de uno mismo», «lo que es para mí ser un hombre»[467]. Esta identidad «depende de modo crucial de mis relaciones dialógicas» o incluso de lucha[468], de ahí la importancia del grupo. En conclusión, la tesis de este autor es que el Estado puede discriminar si no reconoce la identidad de sus ciudadanos, por lo que se impone una «política de la diferencia»[469], basada en la igual dignidad de todas las culturas o «igual valor de lo que los hombres han recabado, de hecho, de la potencialidad [humana universal]»[470].

El discurso filosófico-político de Taylor, sobre todo en su primer tramo, puede ser fácilmente puesto en relación con la exigencia de la igualdad material. No obstante, esta posición se encuentra con el escollo representado, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional español, que ha establecido que el art. 14 CE no ampara las «discriminación por indiferenciación»[471], es decir, por el desconocimiento de la diferencia o identidad.

---

[467] Cfr. TAYLOR, *op.cit.*, pp. 12 y ss.

[468] Cfr. TAYLOR, *op.cit.*, pp. 18 y ss.

[469] Cfr. TAYLOR, *op.cit.*, p. 24.

[470] Cfr. TAYLOR, *op.cit.*, p. 29.

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

Por otra parte, volviendo a la Filosofía política, Will Kymlicka llega a la conclusión de que si el reconocimiento de la identidad es una consecuencia de tener como objetivo la autonomía de la persona, este reconocimiento no puede tener como efecto la supresión o la justificación de la supresión de la misma. De hecho, casos en los que la cultura impusiese relaciones de dominación, en lugar de autonomía —casos de «restricciones internas», como las llama Kymlicka—, entre géneros, castas, etc., superarían el ámbito de tolerancia aceptable en una sociedad democrática[472].

Llevando estas reflexiones a nuestro objeto de estudio, el reconocimiento de la identidad cultural como consecuencia del efectivo libre desarrollo de la personalidad en una óptica de igualdad material y, sobre todo, del derecho al derecho a la propia cultura, no podría llegar al punto de exigir que la legislación penal justificase hechos punibles que constituyesen o tuvieran como resultado un ataque a la autonomía, la libertad u otros bienes jurídico-personales de una persona distinta al autor sin su consentimiento —como veremos a continuación—, lo cual no es obstáculo para que la responsabilidad penal del autor deba ser personalizada en función la motivabilidad del sujeto[473] y de otros criterios de personalización[474].

4.3. En concreto, posibilidad de una interpretación pluralista de los elementos normativo-culturales del tipo de injusto: fundamentos y límites.

[472] Cfr. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship…*, *op.cit.*

[473] V. *infra*, en el capítulo III, epígrafes 2, 3 y 4.

[474] V. *infra*, en el capítulo III, epígrafe 5.

Es clásica en la doctrina la distinción entre elementos típicos descriptivos y normativos, y dentro de estos últimos entre elementos normativos jurídicos y extrajurídicos. En este contexto se entiende por elementos normativos extrajurídicos del tipo —que aquí llamaremos **elementos normativo-culturales del tipo**[475]— a aquellos elementos de las descripción de un tipo de injusto —incluidos los elementos de la descripción de la conductas típicas y las causas de justificación y otras circunstancias modificativas de la responsabilidad— que necesitan, para la determinación de su contenido, una «heterointegración» mediante la remisión a una norma distinta, no de naturaleza jurídica, sino social o cultural[476].

En todo caso, ambas clases de elementos típicos están sujetos, en mayor o menor medida, a una interpretación que posibilite su aplicación, llegando a ser amplísima la capacidad valorativa del intérprete en los casos de las «cláusulas generales», hasta el punto de que en la doctrina es mayoritaria la atención a las funciones de esta figura —más que a su estructura—, como son acercar el ordenamiento a la realidad social, a la especificidad del caso, etc., precisamente a través de una heterointegración de la misma[477]. En el presente trabajo, por lo tanto, asimilaremos la «cláusula general», el «concepto jurídico indeterminado», el «elemento flexible» y el «elemento normativo del tipo», ajustándonos para todos los casos, de forma operativa, a la definición que hemos dado anteriormente de elemento normativo-cultural del tipo.

---

[475] Ya MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, in *Festschrift für Ludwig Traeger*, Berlin, 1926, p. 226 había identificado claramente los elementos normativos «culturales», llamando a los delitos que contenían elementos de dicho tipo como «*kulturelle Wertungsdelikte*» [«delitos culturalmente valorados»].

[476] Cfr. FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*…, 5ª ed., pp. 82 y ss.; RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problema applicativi*, Milán, 2004, pp. 70 y ss.

[477] Cfr. VELLUZZI, Vito, *Le clausole generali. Semantica e política del diritto*, Giuffrè, Milán, 2010, pp. 10 y ss., con gran número de ulteriores referencias bibliográficas.

De la combinación, por una parte, de la necesidad de remisión a valoraciones culturales para la interpretación de los elementos típicos en cuestión y, por otra parte, de la realidad multicultural de las actuales sociedades europeas y de los conflictos culturales existentes en el ámbito penal, surge la cuestión entre algunos autores de «si y eventualmente con qué limites, las motivaciones culturales de la conducta delictiva son susceptibles de ser valoradas trámite una interpretación de los elementos normativos culturales orientada a los criterios de valores existente en culturas minoritarias»[478], o bien dicha interpretación tiene que tener lugar de acuerdo con los valores culturales mayoritarios en la sociedad en cuestión. Así, «la presencia cada vez mayor de múltiples grupos culturales en el ámbito de un mismo ordenamiento conlleva que algunas fórmulas normativas puedan asumir un valor polisémico, con el consiguiente aumento del riesgo de un déficit de correspondencia semántica entre el significante lexical del texto normativo y el significado recibido por el usuario del sistema penal»[479].

A este respecto, la doctrina prefiere mayoritariamente soluciones pertenecientes a los ámbitos de la antijuridicidad y la culpabilidad, dejando intacta la tipicidad del hecho, tanto en Italia —con Basile que considera más adecuado valorar «el elemento normativo cultural sobre la base de la cultura mayoritaria en Italia —o mejor dicho, de la "cultura del legislador"—» y remitir «la valoración de dicho elemento sobre la base de la cultura del autor a la sucesiva fase de la determinación de la culpabilidad»[480]—, como en Alemania —con Valerius, que tras identificar los «*kulturoffene Tatbestandsmerkmale*» [«elementos del tipo abiertos (a la interpretación) cultural»], igualmente a «los valores de la comunidad jurídica en la República Federal Alemana» y a «la solución del error de prohibición»[481]—.

---

[478] Cfr. PARISI, Cultura dell'«altro»…, op.cit., p. 148.

[479] Cfr. PARISI, *Cultura dell'«altro»*…, op.cit., p. 148.

[480] Cfr. BASILE, *Immigrazione…*, *op.cit.*, p. 370.

[481] Cfr. VALERIUS, *Kultur und Strafrecht…*, op.cit., pp. 104-106.

No obstante, la jurisprudencia ha interpretado a veces las disposiciones penales a la luz del contexto cultural de los protagonistas del hecho delictivo, tanto en sede de elementos del hecho típico como de causas de justificación o circunstancias modificativas de la responsabilidad, aunque se han tratado de resoluciones «tímidas» que se han limitado a establecer una calificación jurídica distinta al hecho o a renunciar a la aplicación de circunstancias agravantes[482].

En la dirección de una mayor apertura a que las disposiciones puedan ser interpretadas de distinta forma de acuerdo con el sistema de referencias culturales desde el que se produce la interpretación subjetiva se dirige la obra de Parisi, para quien la proveniencia cultural del reo tiene un papel fundamental en la «descodificación» de las expresiones lingüísticas del enunciado dispositivo «para cuya comprensión el ordenamiento remite a valores extrajurídicos derivados de la cultura (como es precisamente el caso de los llamados elementos normativos culturales del tipo)» [483].

Entre los **fundamentos de esta propuesta**, en primer lugar, Parisi apela a la «contextualización en la historia personal y en los aspectos emotivos de los individuos» de los valores en juego, al «principio de tolerancia intercultural», a los «derechos de libertad del individuo» y, sin nombrarlo, al principio de *extrema ratio*, para argumentar el rechazo de un Derecho penal «promocional» que miraría más al «bienestar crítico» —lo que un ciudadano ideal debería querer— que al «bienestar volitivo» —lo que realmente quiere—[484]. En nuestra opinión, los acertados fundamentos que propone el autor que citamos tienen como tronco común, como anclaje normativo, el derecho a la propia cultura, el principio de

---

[482] Sobre la tendencia de las jurisprudencias italiana y alemana informa PARISI, *Cultura dell'«altro»*…, op.cit., pp. 147-148.

[483] Cfr. PARISI, *Cultura dell'«altro»*…, op.cit., p. 148.

[484] Cfr. PARISI, *Cultura dell'«altro»*…, op.cit., pp. 148-154.

igualdad material —como real y efectivo libre desarrollo de la personalidad— y el pluralismo. Como ya hemos adelantado en el epígrafe anterior, el respeto al derecho a la propia cultura y a la igualdad real y efectiva son objetivos legítimos, razones suficientes, para un trato diferenciado —para castigar unas conductas y no otras en función de estos—, siempre con algunos límites que hagan compatible dicho objetivo con otros principios constitucionales.

Respecto a los **límites de esta interpretación pluralista**, estos deberían derivar, como mínimo, de la prohibición de analogía *in malam partem* y del principio de igualdad formal o principio de no discriminación.

En primer lugar, como garantía del sujeto activo, la *prohibición de analogía in malam partem* —como mandato constitucional al juzgador derivado del principio de legalidad, en especial del principio-corolario de determinación o taxatividad— conllevaría que la eventual interpretación pluralista no pueda tener como consecuencia la condena de una persona por un hecho que no constituiría delito de acuerdo con la interpretación mayoritaria. En este sentido, la interpretación aplicativa de las normas penales es tarea de los jueces y tribunales, lo cual no es óbice para la sujeción de dicha operación al principio de legalidad. La interpretación no debe ser contraria a la letra de la ley, no debe resultar irrazonable o ilógica ni manifestarse por completo ajenas al objeto de tutela de norma penal[485]. En Derecho alemán se distingue entre interpretación —admitida— y analogía —prohibida— recurriendo al criterio del «posible sentido» de la disposición legal: «se considera analogía aquello que no puede ser comprendido en ningún caso por el texto legal»[486].

---

[485] Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana, «Artículo 25.1. El derecho a la legalidad penal», en CASAS BAAMONDE, María Emilia / RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Fundación Walter Kluwers, Madrid, 2008, pp. 734 y ss.

[486] Cfr. TIEDEMANN, Klaus, «La constituzionalización…», *op.cit.*, p. 68.

En segundo lugar, como garantía del sujeto pasivo —cuando se trata de un individuo—, en aplicación de la *prohibición de discriminación*, este debe tener acceso a una tutela comparable a la del resto de conciudadanos —es decir, la ley debe prever un castigo frente a la violación de bienes jurídicos de los que sea titular— a menos que, en el ejercicio de su propio *derecho a la propia cultura*, decida voluntariamente —de forma expresa o tácita— permanecer fiel a su propia tradición cultural, aceptando la conducta del sujeto activo[487].

> Un ejemplo de elemento normativo-cultural del tipo de injusto sería el **derecho de corrección** como causa de justificación, deudor del modelo cultural de familia. Se puede intentar definirlo desde una perspectiva transcultural como el derecho de uno o varios miembros de una familia, derivado de una potestad general sobre la misma, de restringir la libertad de los demás miembros o de desplegar sobre éstos conductas violentas con el objetivo de corregir su conducta, desviada respecto a la norma de comportamiento impuesta en el ámbito familiar. Constituye por tanto un mecanismo de control social informal. Sin embargo, está reconocido e integrado en los sistemas jurídicos occidentales como una facultad de los padres sobre los hijos derivada de la patria potestad, que el ámbito penal justifica —como ejercicio de un derecho, o cumplimiento de un deber— las conductas a través de las que se ejercita[488].
>
> Tal y como escribe Marín de Espinosa: «El derecho de corrección en España, Italia y Alemania permite justificar algunos castigos paternos si persiguen un fin educativo, siempre que sean moderados, razonables o proporcionados. Estos

---

[487] Cfr, para una posición similar, PARISI, *Cultura dell'«altro»*…, op.cit., p. 150, que habla de «reciprocidad igualitaria», «autoadscripción voluntaria» y «derecho de salida».

[488] Cfr., en España, de manera crítica, MUÑOZ CONDE, *op.cit.*, p. 338, habiéndose reformado recientemente el Art. 154 del Código civil —la Ley 54/2007 de Adopción Internacional cambió "corregir razonable y moderadamente" por "con respeto a su integridad física y psicológica"— para hacer desaparecer el derecho de corrección sobre los hijos del ordenamiento jurídico español. Cfr., en Italia, informando de su reconocimiento con límites, FIANDACA / MUSCO, *Diritto Penal. Parte Generale*, 5ª ed., op.cit., pp. 269-270.

últimos requisitos constituyen los límites al *ius corrigendi*. Por consiguiente, para calificar un castigo de moderado o proporcionado *es preciso atender a las normas sociales, culturales, el momento histórico* y a la edad del menor. En base a estos elementos, a nuestro juicio, las conductas constitutivas de falta que sean consideradas en nuestro contexto social como medios idóneos para educar son moderadas y, por tanto, justificadas por el derecho de corrección»[489].

El problema surge, por lo tanto, con la disonancia en las interpretaciones valorativas de la norma con objeto de fijar límites basadas en visiones culturales mayoritarias y minoritarias, que pueden ser distintas tanto por defecto como por exceso. En el último caso, ejercicios considerados actualmente abusivos del derecho de corrección pueden no serlo en el contexto cultural de autores pertenecientes a grupos minoritarios.[490] Todavía más problemática será la situación en la que el autor se sienta amparado por un derecho de corrección sobre su cónyuge, puesto que sobre éste las diferencias culturales son mayores.

En cualquier caso, aplicando lo expresado anteriormente, se podría interpretar de forma culturalmente plural el elemento «derecho de corrección» siempre y cuando la aplicación de dicho derecho suponga el ejercicio libre del derecho a la propia cultura tanto de sujeto activo como pasivo. No obstante, el Derecho penal es también vehículo de una política promocional de la desaparición de estas prácticas culturales mediante la legislación penal contra la violencia de género.

---

[489] Cfr. MARÍN DE ESPINOSA, Elena Blanca, «La intervención del Derecho penal en los castigos a los hijos: un análisis comparado», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 1, 1999, consultable on-line en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-07.html

[490] El curioso caso *Settecase children, minors* (1997) (*Juvenile Court of Cook — Indictment Nos. 97-JA-02632, 97-JA-02633*), referido por BASILE, *Premesse… op.cit.,* p. 206 y MONTICELLI, *op.cit.*, p. 543 ss, p. 553, muestra la absolución de un ciudadano de origen siciliano que había cometido actos violentos sobre sus hijos por supuestos fines educativos por haber aplicado «su» derecho de corrección.

5. Incidencia del «principio de ofensividad en acto» en los delitos culturales en sentido estricto.

5.1. El «principio de ofensividad en acto» y la antijuridicidad penal.

La ofensa ha sido definida tradicionalmente como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, definición con la cual estamos de acuerdo, hechas las salvedades ya expresadas respecto a la relevancia de la lesión o puesta en peligro y la legitimidad constitucional del bien jurídico. No obstante, debemos observar desde un punto de vista alternativo la opinión mayoritaria en la doctrina italiana que considera que la ofensa forma parte en su totalidad de la conducta típica[491]: como ya hemos adelantado[492], el principio de ofensividad, en el sentido amplio en el que es usado en este trabajo, no se agota en la exigencia de una ofensividad en potencia—, sino que, declinado como «principio de ofensividad en acto», requiere además que del hecho acontecido en el caso concreto se derive una ofensa en acto del bien jurídico.

Así, a la ofensividad en potencia del tipo y a la ofensividad en acto del hecho concretamente realizado, tal y como hemos adelantado, se relaciona una ofensa en potencia —ya presente en el hecho correspondiente a la descripción típica y con mero indicio de ilicitud u ofensividad en acto— y una ofensa en acto —presente en la conducta socialmente típica y no justificada, es decir, en el injusto, «*illecito*»

---

[491] Cfr., para esta posición tradicional, PULITANÒ, *Diritto penale*, op.cit., p. 240 que resume: «Un hecho típico, conforme a un tipo de delito, es (debería ser) ofensivo o peligroso para un interés merecedor de protección y por ello, normalmente, es un hecho ilícito. Pero no necesariamente es un hecho ilícito, pudiendo presentarse el problema de una eventual justificación, es decir, de la exclusión objetiva de la ilicitud del hecho, pese a ser lesivo o peligroso para un interés penalmente protegido».

[492] V. *supra*, en este capítulo, epígrafe 2.3.

o «*Unrecht*»—. Sinónimo de ofensa —en potencia y en acto: ofensa completa— es el hecho penalmente antijurídico, no el hecho penalmente típico.

La **exigencia de una ofensa penal en acto**, derivada del principio de ofensividad, tiene pues varias manifestaciones en las distintas categorías de la teoría del delito:

- la conducta no debe solo poder ser subsumida en la descripción del tipo, sino que para ser sustancialmente típica debe además no corresponder a una acción considerada socialmente como adecuada, pese a la posibilidad de subsunción formal,
- la conducta típica debe ser concretamente idónea para lesionar o poner en peligro —todavía solo potencialmente— un bien jurídico, exigencia derivada de la «*concezione realística del reato*» italiana,
- la conducta típica debe lesionar o poner en peligro un bien jurídico que la norma penal pretenda tutelar no solo en potencia, sino también en el caso concreto —en acto—, ante la ausencia de otros intereses en juego manifestados en una causa de justificación,

> Por ejemplo, la criminalización del incesto no sería penalmente ofensiva ni siquiera en potencia, puesto que en la descripción típica del delito de incesto no se puede subsumir ninguna acción que ofenda de forma penalmente relevante un bien jurídico constitucionalmente legítimo. La familia es un bien jurídico constitucionalmente legítimo, pero la ofensa no es relevante, y por lo tanto la tutela penal de la misma es desproporcionada, además de ineficaz[493].
>
> Por el contrario, adelantándonos en la exposición, el ejercicio del derecho a la propia cultura puede tener como consecuencia que el Derecho penal no tutele en el caso concreto el bien jurídico afectado por la conducta típica, de modo que la ofensa *penal* en potencia no se convierte en una ofensa *penal* en acto.

[493] V. *supra*, en este capítulo, epígrafe 3.3.

Esta concepción —importante en una investigación sistematizada por principios, puesto que fundamenta la derivación de las causas de justificación del principio de ofensividad— se aparta de la concepción mayoritaria de la doctrina italiana, que asigna la ofensa a la tipicidad y reduce la antijuridicidad a la mera ausencia de causas de justificación, por lo que es necesario fundamentar bien las razones de su defensa:

- La ofensa relevante a efectos del Derecho penal es siempre ofensa *penal*, por lo que coincide con el injusto penal. Una conducta típica que no sea antijurídica no genera ningún tipo de responsabilidad penal para su autor, por lo que queda fuera del ámbito penal: pese a ser una ofensa en un cierto sentido —puesto que la conducta típica es desvalorada—, no es una ofensa *penal*. Por lo tanto, la ofensividad en concreto de la conducta típica no se agota en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en el caso concreto, sino que requiere además que dicha lesión o puesta en peligro sea penalmente antijurídica —es decir, penalmente injusta o contraria al Derecho penal—. En este sentido, una ofensa de un bien jurídico que se vea justificada de acuerdo con las propias normas del Derecho penal no es contraria al mismo y por lo tanto *no constituye una ofensa penal*.

- Por otra parte, partiendo de que el Derecho penal tiene como función la protección de bienes jurídicos constitucionalmente legítimos respecto a ofensas relevantes, si dichas ofensas relevantes coincidiesen en todo con la conducta típica, el Derecho penal se dirigiría a prevenir la realización de conductas típicas. No obstante, sabemos que el Derecho penal se dirige a prevenir conductas penalmente antijurídicas —conductas típicas no justificadas— puesto que, por ejemplo, no prohíbe el homicidio en legítima defensa —sino que da derecho al mismo— ni prohíbe la privación de libertad en cumplimiento de un deber —sino que, precisamente, obliga a dicha privación de libertad—. Por lo tanto, la

ofensa, aquello que el Derecho penal pretende prevenir, no es la conducta típica a secas sino la conducta típica no justificada.

5.2. La adecuación social del hecho típico de un delito cultural de acuerdo con la cultura minoritaria.

De acuerdo con el principio de insignificancia o de afectación mínima, derivado del principio de ofensividad en acto, en palabras de Muñoz Conde, «ciertas acciones en sí típicas carecen de relevancia [penal] al ser corrientes en el ámbito social»[494]. La adecuación social del hecho típico es en realidad un problema de interpretación del tipo de acuerdo con la realidad social o, como establece el artículo 3 del Código civil español para todas las normas jurídicas, «según (…) la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas». La cuestión aquí es dilucidar sobre la adecuación social de conductas de un sujeto socializado en un cultura subalterna aplicando los criterios de adecuación de dicha cultura y no los de la cultura hegemónica.

La flexibilidad de la doctrina para admitir esta adecuación social es inversamente proporcional a la importancia del bien jurídico y a la intensidad en su lesión o puesta en peligro. En este sentido, respecto al ordenamiento italiano, se ha expuesto como «en algunas sentencias, nuestros jueces han tenido a bien excluir la existencia del hecho típico del delito del que se acusaba en cada caso al imputado tras haber enmarcado el caso concreto en su efectiva "dimensión

---

[494] Cfr. MUÑOZ CONDE, *op.cit.*, p. 255, donde se citan como ejemplo «los golpes en el boxeo». La teoría de la adecuación social nació con Welzel, quien dudó a lo largo de su vida sobre su colocación sistemática: de límite mínimo del tipo pasó a ser una causa de justificación consuetudinaria para por último ser considerado un principio general de interpretación, de nuevo en el ámbito del tipo. Cfr. BARJA DE QUIROGA, Jacobo López, *Derecho penal. Parte general*, vol. II (*Introducción a la teoría jurídica del delito*), Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 63.

cultural" (…) contribuyendo dicha referencia a una más correcta reconstrucción del hecho *concreto*, de la cual ha resultado su no correspondencia con la figura legal del delito del que acusaba»[495].

En nuestra opinión, y dado que se trata sustancialmente de una cuestión interpretativa, valen las reflexiones hechas anteriormente sobre la posibilidad de una interpretación pluralista de los elementos normativo-culturales del tipo —a las cuales remitimos en esta sede—[496], añadiendo únicamente a los fundamentos allí dados el de la ausencia de una ofensividad penalmente relevante en acto.

> Puede servir como ejemplo el caso de una persona de religión hindú, que fue descubierta arrojando «basura» a un río en los Países Bajos. De acuerdo con la ley holandesa, este acto podría ser considerado un delito medioambiental, pero la defensa argumentó que lo que se arrojó fueron meramente restos quemados —madera y flores— de una ceremonia en recuerdo de un fallecido, que en la práctica hindú, deben ser arrojados a la corriente[497]. En este caso, es obvio que el ritual no es concebido por el autor, debido a su socialización, como un acto contaminante, pese a que pueda serlo objetivamente y pueda corresponder a la descripción típica.

5.3. El derecho a la propia cultura como objeto del ejercicio de un derecho o como interés protegido en el estado de necesidad.

---

[495] Cfr. BASILE, *Immigrazione*…, *op.cit.*, p. 365.

[496] V. *supra*, en este capítulo, epígrafe 4.3.

[497] Cfr. VAN BROECK, *Cultural defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, en European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, vol. 9-1, 2001, pp. 1-32, extraído el caso de BOVENKERK, F., *Misdaad en de multi-etnische samenleving*, 16 *Justitiële Verkenningen*, 1990, nº 5, p. 19.

Otro de los casos de ausencia de ofensividad en acto es la existencia de una causa de justificación, de entre las cuales nos interesa especialmente el estado de necesidad y el ejercicio de un derecho. El ejercicio de un derecho está previsto por el art. 51, apdo. 1 CP italiano[498] y el art. 20, apdo. 7º del CP español[499], no existiendo en Alemania, por el contrario, ninguna disposición a este respecto, aunque nadie ha puesto en duda que quien actúa en el ejercicio de un derecho, no ha de incurrir en responsabilidad penal[500]. Por otra parte, el estado de necesidad queda regulado, como causa de justificación, en el art. 54, apdo. 1 CP italiano[501], el art. 20, apdo. 5º CP español[502] y el art. 34 CP alemán[503].

Respecto al **ejercicio del derecho a la propia cultura** como causa de justificación, habiendo quedado demostrada la existencia del mismo sobre la base de ciertas normas internacionales vigentes y aplicables en España, Italia y

---

[498] Art. 51.1 CP italiano. « El ejercicio de un derecho (…) excluye la punibilidad. »

[499] Art. 20.7 CP español. « [Están exentos de responsabilidad penal:] El que obre (…) en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. »

[500] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, 9ª ed., op.cit., p. 488, citando a Jescheck.

[501] Art. 54.1 CP italiano. « No es punible quien comete el hecho por haber sido obligado a ello por la necesidad de salvarse a sí mismo o a otros del peligro actual de un grave daño a la persona, peligro no causado voluntariamente por él mismo, ni evitable de otro modo, siempre que el hecho sea proporcionado al peligro. »

[502] Art. 20.5 CP español. « [Están exentos de responsabilidad penal:] El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. »

[503] Art. 34 CP alemán. Estado de necesidad justificante. « El que, en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar el peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados y de su grado del peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro. »

Alemania, nos queda en esta sede analizar sus posibles efectos justificadores respecto a una conducta típica. Podemos establecer dos requisitos para el pleno despliegue de los efectos justificadores del ejercicio del derecho a la propia cultura, relativos a la titularidad y al contenido del mismo[504]:

- que la conducta típica consista en un *delito cultural en sentido estricto* siguiendo la definición ya expuesta, esto es, que mediante la conducta típica se ejerza el derecho reconocido por el Derecho internacional a permanecer fiel a la propia cultura cuando del que son titulares los miembros de una minoría étnica, reconocida o no por el Estado;
- que el bien jurídico que la conducta típica podría potencialmente ofender no sea la vida, el derecho a no estar sujeto a tortura o trato cruel, inhumano o degradante, el derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre o trabajo forzado, la libertad ambulatoria y de residencia, el derecho a un juicio justo, el honor o vida privada, la libertad de pensamiento, conciencia, religión u opinión, el derecho de reunión, el derecho de asociación y sindicación, la libertad de matrimonio, etc., dado que el reconocimiento del derecho a la propia cultura está sujeto por el propio Derecho internacional al respeto de estos otros derechos humanos.

Por una parte, el primer requisito excluye del ámbito de la causa de justificación: *a)* los casos en los que la conducta típica cometida por una persona culturalmente diversa no pueda ser explicado como ejercicio del derecho a la propia cultura étnica minoritaria al no corresponderse con la expectativa cultural de la minoría étnica a la que pertenece[505], *b)* los casos en los que el autor del delito no pertenece a una minoría étnica cuya existencia, más allá del reconocimiento formal del Estado, no pueda ser establecida por criterios objetivos.

---

[504] V. *supra*, en el capítulo I, epígrafes 7.2 y 8.3.

[505] Cfr., sobre esta «comprobación objetiva» o «prueba de coincidencia de reacción», DE MAGLIE, *Los delitos…*, *op.cit.*, pp. 149 y ss.

Por otra parte, el segundo requisito supone un anclaje normativo sobre la base del Derecho internacional a la «barrera insuperable» puesta, por ejemplo, por la jurisprudencia italiana, al camino hacia «la introducción, de derecho o de hecho, en la sociedad civil, de costumbres, prácticas o usos que se presentan como "antihistóricos" ante los resultados obtenidos a lo largo de los siglos para realizar la afirmación de los derechos inviolables de la persona, ciudadano o extranjero»[506], límite al que hace referencia toda la doctrina de uno u otro modo, por ejemplo, haciendo uso de la categoría de las inmunidades fundamentales o libertades-inmunidades elaborada por Luigi Ferrajoli[507].

> Siguiendo los requisitos aquí fijados, podríamos citar como ejemplos de posibles conductas típicas justificables por el ejercicio del derecho a la propia cultura **los delitos contra el Medio Ambiente**, por ejemplo, siempre y cuando no afecten gravemente otros bienes jurídicos como la vida o la salud[508]. Lo mismo sobre las infracciones de **maltrato animal** cuando dicho maltrato recogiese una práctica cultural minoritaria. Estas infracciones están recogidas, por ejemplo, en España, como delito en el art. 337 CP para animales domésticos y como falta en el 632.2 CP para cualesquier otro animal en espectáculos públicos no autorizados legalmente. La autorización aquí, referida a las corridas de toros y otros «espectáculos» sirve para dejar fuera del ámbito penalmente relevante —ya a nivel de tipicidad— prácticas culturales aceptadas por la mayoría étnica.
>
> Por otra parte, la producción y tráfico de algunas **sustancias estupefacientes y psicotrópicas o perjudiciales para la salud** también podría verse beneficiada de esta causa de justificación, siempre que la producción y el tráfico sirvan para satisfacer el derecho a la propia cultura, con los límites fijados, y si ofender de

---

[506] Cass. 16 de diciembre de 2008 (audiencia de 26 de noviembre de 2008), nº 46300, CED 242229. Cfr. Basile, *Immigrazione…*, *op.cit.*, 377.

[507] Cfr. DE MAGLIE, *Los delitos…*, *op.cit.*, pp. 190 y ss y 273.

[508] V. sobre ello MAFFEI, Maria Clara, «Il potenziale conflitto tra la tutela della diversità culturale e tutela delle specie e degli animali», en *Rivista giuridica dell'ambiente*, v. 23/1, 2008, p. 193 y ss.

forma relevante la «salud pública». Este es otro caso en el que la mayor o menor libertad de comercialización de de este tipo de sustancias responde —aunque no solo— a motivos histórico-culturales. Mientras que en la cultura occidental el alcohol es una droga culturalmente aceptada y hasta promovida, el Derecho islámico prohíbe su consumo. Como ejemplo contrario, el cannabis es aceptado y promovido por ciertas culturas minoritarias y religiones, mientras que, por ejemplo en España, su producción y tráfico es perseguida penalmente. Todo ello a pesar de que recientes estudios médicos revelan una mayor adicción y daño físico en el alcohol o el tabaco que en el cannabis[509].

Un ejemplo de **delitos no justificables** por el ejercicio del derecho a la propia cultura sería los **matrimonios forzados** de los hijos del autor. Estas coacciones se basarían tanto en la autoridad del padre sobre la familia como en un concepto de matrimonio como relación entre familias más que entre individuos y no sólo constituiría una infracción penal, sino que sería contrario al concepto civil de matrimonio, basado en la libertad de los cónyuges para celebrarlo. La normativa internacional impone que el derecho a la propia cultura sea ejercido de forma conforme a la libertad de matrimonio y por ello el matrimonio forzado no puede ser considerado una forma de ejercicio legítimo del derecho a la propia cultura.

El ejercicio del derecho a la propia cultura no debe ser confundido con el *ejercicio de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico del Estado de proveniencia*, sobre cuya admisibilidad, la poca doctrina que ha tratado el tema en Italia es «tendencialmente» contraria a la misma, existiendo desde posiciones radicalmente contrarias hasta posiciones que admiten dicha posibilidad subordinándola a límites tan altos, que la hacen casi impracticable[510]. Además,

---

[509] Cfr. NUTT, D., KING, L.A., SAULSBURY, W. y BLAKEMORE, C., «Development of a rational scale to assess the harm of drugs of potential misuse», en *Lancet*, 369, marzo 2007, pp. 1047–105.

[510] Cfr. BASILE, *Immigrazione…*, *op.cit.*, pp. 371-372, especialmente las notas 39 y 40, con ulteriores referencias doctrinales. Se rescatan aquí las opiniones de MARINUCCI, que limita la admisibilidad a las conductas cometidas en el extranjero cuando éstas son proseguibles por el

como ya hemos adelantado en sede de las exigencias derivadas del principio de igualdad formal, la Corte de casación italiana ha establecido que el acusado «no puede invocar sus propios usos tradicionales para justificar comportamientos que son prohibidos por las normas penales, excepto en el caso en el que estos usos sean reconocidos, y por lo tanto legitimados, por las leyes territoriales»[511].

En segundo lugar, respecto al **derecho a la propia cultura como el interés protegido en el estado de necesidad**, el análisis se hace más complicado. Como hemos visto en las disposiciones citadas, respecto al interés protegido de quien se ve beneficiado por el estado de necesidad, en España la norma habla de «evitar un mal propio», en Italia de «grave daño a la persona» y en Alemania de «vida, cuerpo, libertad, honor, propiedad u *otro bien jurídico*». En España, el «mal» que se tiene el peligro de sufrir no tiene por qué corresponder con un hecho penalmente típico[512]; tampoco en Alemania se requiere que el «otro bien jurídico» sea, ni si quiera, un bien jurídico penalmente tutelado, como en el caso de un puesto de trabajo[513]; en Italia, sin embargo, donde el «daño a la persona» tiende a dilatarse para cubrir todo perjuicio a un bien relativo a la personalidad humana, la

---

Derecho italiano y siempre en los límites del art. 10 de la Constitución italiana y de ROMANO (*Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milán, 2004, art. 51, p. 543), que además del límite del art. 10, requiere que el derecho reconocido por el ordenamiento extranjero no sea contrario a ninguna norma italiana.

[511] Cass. 25 de enero de 2007 (audiencia de 26 de octubre de 2006), CED 236023. Cfr. BASILE, *Immigrazione…*, *op.cit.*, pp. 373 (caso 7.4, expuesto en pp. 210-211); en el caso en cuestión se condenaba a algunos gitanos de origen eslavo por delitos de los arts. 600.1, 600.3, 600 *sexies*, apdos. 1 y 2 y 572 CP italiano.

[512] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., *op.cit.*, p. 468.

[513] Cfr. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., op.cit., pp. 728-729, que cita un caso en el que se reconoció estado de necesidad a quien ejecutó órdenes contrarias al derecho de su empleador por miedo a perder el puesto de trabajo.

jurisprudencia restringe a veces esta dilatación, por ejemplo, precisamente, respecto al bien jurídico trabajo[514].

Aceptado que el derecho a la propia cultura puede ser el interés protegido en un contexto de estado de necesidad, se trata de determinar si dan el resto de requisitos, en particular: *a)* la necesidad de sacrificar el bien en cuestión para proteger el derecho a la propia cultural —esto es, la inevitabilidad de la conducta en estado de necesidad—, y *b)* la proporción entre el bien sacrificado y el derecho a la propia cultural. Este juicio deberá realizarse caso a caso, en sede judicial, con la inseguridad jurídica que ello conlleva respecto a la determinación del área de ofensividad en acto. En cualquier caso quedarían fuera los bienes mencionados anteriormente en sede de ejercicio del derecho a la propia cultura, pues dicha exclusión forma parte de la definición —en negativo— del propio contenido del derecho a la propia cultura.

Existe siempre la posibilidad, sin embargo, al menos en el ordenamiento español, de establecer la existencia de un estado de necesidad incompleto, a través del artículo 21, apdo. 1º CP español. En Italia, sin embargo, se debate en doctrina sobre si las situaciones «casi justificantes» —«*quasi-scriminanti*»— constituyen o no una de las «otras circunstancias distintas» del art. 62 *bis* CP italiano, proponiéndose esta solución para algunos casos de delitos culturales[515].

6. En concreto, la procedimentalización como posible vía para superar la ofensividad en acto de la ablación del clítoris.

[514] Cfr. FIANDACA / MUSCO, *op.cit.*, pp. 302-303.

[515] Cfr. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali…*, *op.cit.*, p. 274.

6.1. Las causas de justificación procedimental en general.

El Derecho penal moderno recurre con cada vez mayor frecuencia a la procedimentalización como fundamento de licitud penal en vía excepcional de conductas que en sí mismas el ordenamiento consideraría ilícitas —potencialmente ofensivas, en la terminología usada en este trabajo—, dadas ciertas circunstancias legalmente establecidas[516].

Esta procedimentalización responde sustancialmente a una tipificación legal de los criterios de valoración sobre la ponderación de los bienes en conflicto. En una sociedad pluralista, el ciudadano o el técnico tiene la certeza de que no comete ningún acto con consecuencias penales si sigue el procedimiento fijado por la ley, evitando la inseguridad jurídica que conllevaría una valoración sobre los intereses en juego caso a caso en sede judicial. Los ejemplos más evidentes de este fenómeno son la regulación penal del aborto y, en algunos ordenamientos jurídicos, la eutanasia; aunque también es posible considerar el tratamiendo y las intervenciones médicas de acuerdo con la *lex artis* como una procedimentalización que evita la comisión de un delito de lesiones[517].

El consentimiento desarrolla en la procedimentalización una función muy importante como elemento esencial de la misma. En este sentido, la garantía de la existencia efectiva de un consentimiento informado, unido a otros elementos como la reducción de riesgos debida a la pericia del autor y a la aptitud del

---

[516] Cfr. DONINI, Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra diferenza…,* op.cit., pp. 27 y ss.

[517] Comparación que debe hacerse con reservas, puesto que los elementos de la *lex artis* no están legalmente tipificados y son técnicamente más bien causas de atipicidad que de justificación.

Por otra parte, la regulación del aborto se ha «medicalizado» en España tras la reforma operada por la LO 2/2010, acercando la interrupción voluntaria del embarazo al resto de intervenciones médicas, aunque requiriendo estándares más rigurosos en cuanto al consentimiento informado y teniendo en cuenta el interés de la vida en formación del *nasciturus*.

ambiente de actuación, podrían constituir un espacio de acogida de ciertas prácticas culturales tradicionales, consideradas perjudiciales, tales como la circuncisión, tanto masculina como femenina —formando parte esta última de un conjunto de prácticas conocida como «mutilación genital femenina»—. La Organización Mundial de la Salud, el Parlamento europeo y otros organismos internacionales se han resuelto expresamente contrarios a esta posibilidad en el caso de la circuncisión femenina y el resto de prácticas similares, como veremos con mayor detenimiento más adelante, pero no cabe duda de que los legisladores estatales gozan aun así de un amplio margen de actuación, en el cual deben tener en cuenta los propios principios constitucionales.

Una procedimentalización en este sentido excluiría la ofensividad en acto de la realización de la circuncisión femenina en algunas circunstancias, una de las cuales es obviamente el consentimiento informado del sujeto pasivo. En concreto, existe una propuesta que permitiría la justificación de dichas prácticas cuando fuesen realizadas en centros sanitarios y siguiendo una modalidad que, en ausencia de dolor, permite la satisfacción de las exigencias rituales que subyacen a la circuncisión femenina, consistente en un pinzamiento en la punta del prepucio clitoriano con anestesia local[518].

Retomaremos esta cuestión al final de este epígrafe, después de haber analizado desde el punto de vista crítico y jurídico el fenómeno de las modificaciones rituales de los genitales humanos.

---

[518] Cfr. CATANIA / ABDULCADIR, «Proposta di un rito alternativo all'infibulazione su minori. Il punto di vista medico e deontologico», en FUNGHI / GIUNTA, *Medicina, bioetica e diritto. I problema e la loro dimensione normativa*, 2005, pp. 116 y ss. Resume de forma clara la polémica que se suscitó tras dicha propuestas: PASQUINELLI, Carla, *Infibulazione. Il corpo violato*, Meltemi, Roma, 2007, pp. 7-14.

6.2. Las modificaciones corporales no terapéuticas y, en particular, las modificaciones rituales de los genitales masculinos y femeninos.

En aplicación de nuestra metodología crítica, partimos de una posición desapasionada, deudora de la evidencia científica y lo más neutral que sea posible en términos culturales, sometiendo a la cultura «mayoritaria» al mismo grado de escrutinio y escepticismo con el que se son examinadas las culturas «minoritarias». En este sentido son esclarecedoras las observaciones realizadas en 1957 por el antropólogo Horace M. Miner, el cual, en un artículo satírico sobre la supuesta tribu de los «nacirema», describía en realidad a la sociedad americana con el vocabulario y la perspectiva utilizada en la literatura antropológica de la época:

> « (…) se debe hacer mención de ciertas prácticas basadas en la estética nativa, pero que dependen de la persistente aversión al cuerpo natural y a sus funciones. Hay ayunos rituales para hacer adelgazar a la gente obesa y banquetes ceremoniales para engordar a la gente delgada. Otros ritos son usados para aumentar el tamaño de los pechos de las mujeres si son pequeños y disminuirlo si son grandes. La general insatisfacción con el tamaño del pecho es simbolizada en el hecho de que la forma ideal queda virtualmente fuera del rango de la variación humana. Unas pocas mujeres afectadas con un desarrollo hipermamario casi inhumano son objeto de una idealización tal, que pueden darse a la buena vida viajando simplemente de poblado en poblado y permitiendo a los nativos que las observen a cambio de una contraprestación»[519].

Es la actitud mostrada por Miner en su artículo la que nos lleva a utilizar los términos «circuncisión», «alteración» o «modificación» de los genitales, más descriptivos y útiles para un debate sobre el fondo de la cuestión que el más

---

[519] Cfr. MINER, Horace Mitchell, «Body Ritual among the Nacirema», en *American Anthropologist*, nº 58,1956, pp. 503-507. En realidad «*nacirema*» es *American* escrito al revés.

difundido de «mutilación genital», abiertamente parcial y no coincidente con los términos que son utilizados en las culturas en las que tiene lugar esta práctica. Desde nuestra perspectiva, la circuncisión de los genitales humanos forma parte del más amplio contexto de la modificación ritual del cuerpo, conjunto de acciones sujetas a las siguientes características:

- suponen una modificación controlada de la integridad física de naturaleza reversible o irreversible;
- esta modificación tiene lugar en un solo cuerpo humano[520]
- y está motivada, como conducta humana, por una expectativa cultural, ética, estética o ideológica y en cualquier caso no terapéutica;
- existe una aceptación de dicha expectativa por parte del sujeto cuyo cuerpo es modificado o, en los casos de modificaciones reversibles, por parte de los tutores del mismo.

Estas modificaciones rituales del cuerpo —incluso aquellas con consecuencias irreversibles— podrían no coincidir siempre con infracciones penales de lesiones corporales dado que, desde un cierto punto de vista, la modificación ritual del cuerpo no requieres como consecuencia un tratamiento médico, sino que el tratamiento médico forma parte integrante de la «modificación controlada» del cuerpo entendida en su conjunto. Mientras que en la lesión corporal, el acto lesivo y el tratamiendo médico son acciones independientes y antagónicas, en la modificación ritual del cuerpo, el «tratamiento médico» forma parte integral del rito, puesto que el objetivo del mismo no es crear una disfuncionalidad que necesite ser curada, sino un resultado final de modificación física del cuerpo.

Por otra parte, esta modificación «ritual» corporal se diferencia del tratamiento médico en sí —que puede suponer también una disminución de la integridad física

[520] No constituyen modificaciones rituales del cuerpo, por lo tanto, la donación o la venta de órganos, que no comprometen solo un cuerpo, sino que ponen en relación dos cuerpos.

en algunos casos— en la ausencia de una finalidad terapéutica. Es por esta razón que son modificaciones «rituales» y no «terapéuticas» y no porque sean practicadas por ciertas minorías étnicas. De hecho, constituyen también fenómenos tradicionales para el hombre medio occidental, fenómenos que han pasado a ser cotidianos desde hace algunos años y fenómenos que aun suenan exóticos e invitan a la curiosidad o la carcajada: tatuajes; escarificación; perforación de los lóbulos de la oreja, la nariz, la lengua, el pezón, la ceja, los labios, el pene, etc. con el fin de insertar pendientes, aros u otros ornamentos; implantes transdérmicos, microdérmicos, subcutáneos y extraoculares[521]; afilamiento de los dientes; alargamiento del cuello mediante la colocación de anillos —las famosas *padaung* de la etnia *kayan*—, y, finalmente, aumento del volumen del seno mediante implantes de silicona. Existe incluso una Iglesia de la Modificación Corporal[522].

Respecto al más específico área de las intervenciones modificativas en la zona genital, la modificación de los genitales femeninos practicada tradicionalmente en zonas de África y Medio Oriente no constituyen, al llegar a Europa, un caso aislado, sino que conviven con acciones penalmente atípicas como los alargamientos del pene, la reconstrucciones del himen e incluso vaginoplastias con finalidades cosméticas o erógenas, que son difícilmente distinguibles respecto a las «mutilaciones genitales femeninas» en un plano objetivo-descriptivo que no acuda a valoraciones culturales y de identidad.

La mayoría de estas intervenciones sobre el cuerpo no constituyen ya en la práctica vigente un delito de lesiones corporales, en parte, por ser practicadas de

---

[521] En 2002 el *Netherlands Institute for Innovative Ocular Surgery* desarrolló un implante cosmético extraocular —CEI, por sus siglas en inglés— que puede ser implantado dentro de la conjutiva superficial e interpalpebral. El implante no interfiere con las funciones oculares, esto es, con la capacidad visual y la motilidad. El CEI está hecho de un material especialmente diseñado que puede ser moldeado en todo tipo de figuras y tamaños deseados.

[522] V. http://uscobm.com

acuerdo con un procedimiento. Así, la actividad de tatuaje y anillamiento requiere una habilitación y el uso de instrumental y sustancias homologadas. Por otra parte, la licitud de la cirugía estética —que carece de finalidad terapéutica en sentido estricto en la mayoría de los casos— se fundamenta en el cumplimiento de una serie de disposiciones técnico-sanitarias dispuestas por la ley[523].

6.3. La «mutilación genital femenina» en el ámbito internacional y su recepción en los ordenamientos penales europeos

Esta visión desapasionada sobre el asunto, que podría llevar a proponer una procedimentalización de algunos casos de circuncisión femenina, es francamente minoritaria. La preocupación por la erradicación de la «mutilación genital femenina» es absolutamente prevalente en los textos jurídico-internacionales, como se puede deducir de lo siguientes ejemplos:

- ya la *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1979) obliga a los Estados a tomar medidas para «modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar *la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres*»,

[523] Según la regulación vigente en España, por ejemplo, en relación con la interpretación dada por el Tribunal Supremo y el Tribunal de Defensa de la Competencia, están habilitados para practicar cirugía estética los licenciados en Medicina y Cirugía, sin necesidad expresa de haber obtenido el título de la especialidad en «cirugía plástica, estética y reparadora», por ejercer libremente la profesión médica, salvo que dichos facultativos se anuncien como tales especialistas y ejerzan habitualmente como tales, en cuyo caso, si deberán estar en posesión de la especialidad de «cirugía plástica, reparadora y estética», denominada como tal en el Real Decreto 139/2003, de 7 de febrero, por el que se actualiza la formación médica especializada.

precepto que puede ser referido a la circuncisión femenina, pero no únicamente a ella;

- el Comité Interafricano (IAC) sobre prácticas tradicionales que afectan la salud de mujeres y niños, fundado en 1984, decidió en 1990, durante su III Congreso, promocionar el término «mutilación genital femenina» —«*female genital mutilation*»— para describir los procedimientos conocidos anteriormente como circuncisión femenina;
- a partir de ahí, el *Informe de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo* (1994) insta «a los gobiernos a que prohíban la mutilación genital femenina dondequiera que se practique»;
- y en la misma línea, las *Resoluciones de Asamblea General de las Naciones Unidas* de 20 de diciembre de 1998, 7 de febrero de 2000 y 30 de enero de 2002, sobre «prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer y de la niña» y la *Resolución de la Subcomisión de Derechos Humanos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* de 17 de agosto de 2000, igualmente «sobre prácticas tradicionales que afectan a la salud de las mujeres y las niñas»: todas ellas piden expresamente a los Estados «que preparen y apliquen leyes y normas nacionales que prohíban las prácticas tradicionales o consuetudinarias perjudiciales para la salud de la mujer y la niña, en particular la mutilación genital femenina».

En este contexto, la Organización Mundial de la Salud y otras agencias de la ONU definen la «mutilación genital femenina» como «la remoción total o parcial de los genitales femeninos externos u otro tipo de lesión sobre los órganos genitales femeninos por razones no médicas»[524], existiendo además una conocida clasificación en cuatro tipos de «mutilación»:

[524] Cfr. Organización Mundial de la Salud, *An update on WHO's work on female genital mutilation (FGM). Progress report,*

— Tipo I, o «cliterodectomía»: resección total o parcial del clítoris y/o del prepucio (circuncisión).

  Se trata de la forma más leve y al mismo tiempo la más extendida

— Tipo II, o «escisión»: resección total o parcial del clítoris y de los labios menores, con o sin escisión de los labios mayores.

— Tipo III, o «infibulación»: estrechamiento de la abertura vaginal para crear un sello mediante el corte y la recolocación de los labios menores o mayores, con o sin resección del clítoris.

  Existe un estudio internacional de la OMS que vincula la infibulación —no así el resto de modificaciones genitales— con mayores riesgos durante tanto para la mujer como para el niño o la niña—[525].

— Tipo IV: todos los demás procedimientos lesivos de los genitales externos con fines no terapéuticos, tales como la perforación, incisión, raspado o cauterización de la zona genital.

[525] Cfr. Organización Mundial de la Salud, *Female genital mutilation and obstetric outcome: WHO collaborative prospective study in six African Countries*, accesible en línea en http://www.who.int/reproductivehealth/publications/fgm/fgm-obstetric-study-en.pdf

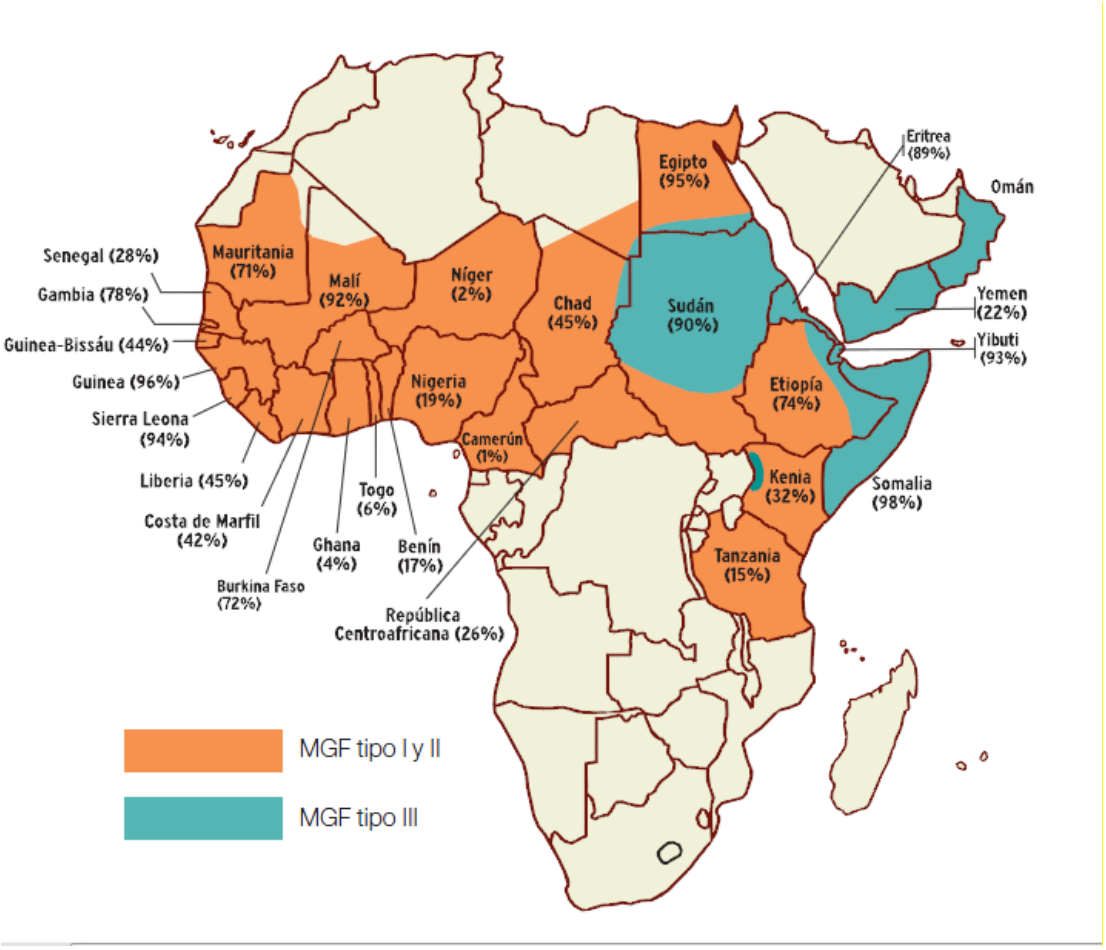

Ilustración 6. Distribución geográfica en África, tipología de la MGF y prevalencia en países africanos

Fuente: Fundación Wassu UAB, a partir de datos provenientes de encuestas DHS (Macro) y MICS (UNICEF), Yoder & Khan, 2007.

También el Parlamento europeo ha sido particularmente activo en esta materia. Su Resolución de 11 de junio de 1986 sobre agresiones a la mujer, condena esta práctica en cuyo artículo 47[526], a la que se une la de 10 de julio de 1997 sobre mutilación genital femenina en Egipto[527]. Posteriormente, la propuesta de

[526] Cfr. DOCE, serie C, nº 176.

[527] Cfr. DOCE, serie B 4-0655/1997.

resolución, de 26 de febrero de 2001, sobre mutilaciones genitales femeninas[528], firmada por 317 diputados del Parlamento europeo, es el punto de partida de la posterior y mucho más elaborada *Resolución del Parlamento europeo sobre mutilaciones genitales femeninas*, nº 2035, de 20 de septiembre de 2001. En dicha resolución ya están presentes muchos de los elementos que influirán en la regulación penal por parte de los Estados miembros. En este sentido, el Parlamento europeo resuelve pedir «a los Estados miembros (…) que consideren como delito cualquier mutilación genital femenina, independientemente de que se haya otorgado o no algún tipo de consentimiento por parte de la mujer afectada, así como que se castigue a quien ayude, incite, aconseje o procure apoyo a una persona para que realice cualquiera de estos actos sobre el cuerpo de una mujer, joven o niña (…) que persigan, procesen y castiguen penalmente a cualquier residente que haya cometido el delito de mutilación genital femenina, aunque el delito se haya cometido fuera de sus fronteras (extraterritorialidad del delito) »[529].

Descendiendo a la recepción de estas resoluciones en la legislación penal de los Estados, existen varios modelos de intervención. En Suecia[530], Reino Unido[531], Noruega[532], Bélgica[533], España[534] e Italia[535], entre otros estados, se ha adoptado

---

[528] Cfr. la Resolución sobre la mutilación genital femenina en Egipto (DO C 286 de 22/09/1997, p. 244), la Resolución del Parlamento europeo sobre mutilación genital femenina (DO C 77 E de 28.3.2002, pp. 126-133) y la Resolución del Parlamento europeo, de 24 de marzo de 2009, sobre la lucha contra la mutilación genital femenina practicada en la UE (DO C 117 E de 06/05/2010, pp. 52-59).

[529] Resolución, p. 131, párrafo 11.

[530] Ley de 1 de julio de 1982, modificada en 1998 y 1999.

[531] *Prohibition of Female Genital Mutilation Act* del 30 de octubre de 2003

[532] Ley n. 74 del 15 de diciembre de 1995.

[533] Ley de 28 de noviembre de 2000, que ha reformado el artículo 409 del Código penal belga, distinguiéndose por no otorgar relevancia al consentimiento de la mujer en ningún caso.

una incriminación *ad hoc*, creando tipos específicos. En otros estados, como Francia y Alemania, no hay legislación penal que persiga especialmente estos actos como conductas diferenciadas de los correspondientes delitos de lesiones. A excepción de los casos de Suecia y Reino Unido, cuyas legislaciones específicas sobre la mutilación genital femenina se remontan, respectivamente, a 1982 y 1985, no es sino a partir de 2001, con la mencionada Resolución, cuando surgen las legislaciones específicas en toda Europa: Bélgica (2001), Austria (2002), Dinamarca y España (2003), Italia (2006).

---

[534] La "contrarreforma" de 2003 (Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre) incluyó la introducción de un segundo apartado al Art. 149 CP, el cual prevé las lesiones de órgano principal, en el que se incriminaba expresamente la mutilación genital, sin definirla, castigándola con la misma pena que el citado tipo de lesiones.

El texto del Art. 149.2 del Código penal español es:

El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guardia o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz

[535] El texto del Art. 583 bis del Código penal italiano dice:

«*Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili è punito con la reclusione da quattro a dodici anni. Ai fini del presente articolo, si intendono come pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili la clitoridectomia, l'escissione e l'infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo.*»

»*Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, provoca, al fine di menomare la funzione sessuali, lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre a sette ann. La pena è diminuita dino a due terzi se la lesione è di lieve entità.*»

»*La pena è aumentata di un terzo quando le pratiche di cui al primo e al secondo comma sono commese a danno di un miore ovvero se il fatto è commesso per fini di lucro.*»

»*Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia. In tal caso, il copevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia.*»

Merece la pena pararse en el análisis de los **ordenamientos penales español e italiano**. La primera intervención al respecto en el ordenamiento español tuvo lugar a través de la Ley Orgánica 11/2003[536], que reformaba el artículo 149 del Código penal español —el cual regula un tipo de delito de lesiones agravado por el resultado— introduciendo la «mutilación genital». Posteriormente, el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se ve modificado por la Ley Orgánica 3/2005 con la finalidad de «perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina». En cuanto al ordenamiento italiano, la Ley nº 7 de 2006 introdujo dos nuevos artículos en el Código penal italiano: el 583 *bis* CP italiano, el cual, bajo el título de «prácticas de mutilación de los órganos genitales femeninos, castiga con la pena de reclusión de cuatro a doce años, en su primer apartado, a «quien, en ausencia de exigencias terapéuticas, causa una mutilación de los órganos genitales femeninos», definiendo dicha práctica, en su segundo apartado, como «la clitoridectomía, la escisión y la infibulación y cualquier otra práctica que cause efectos del mismo tipo»[537].

De acuerdo con una parte de la doctrina, esta incriminación responde a una lógica asimilacionista por parte del ordenamiento jurídico, tendente a imponer valores como si fueran universales en una sociedad multiétnica, pese a lo cual, no sería necesariamente inconstitucional[538]. La doctrina penal acepta igualmente la explicación de que las «mutilaciones genitales femeninas» tienen como finalidad sustancial el controlar el cuerpo y la sexualidad de la mujer[539] y que se inspiran en una pluralidad de motivaciones de origen sociocultural, como las convicciones religiosas, la identificación de la mujer como perteneciente al grupo, la purificación y exaltación de la sexualidad femenina, el honor, la preservación de

---

[536] Cfr. LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros,

[537] Cfr. CADOPPI y otros, *op.cit.*, t. VII, pp. 507-519, con referencias bibliográficas.

[538] Cfr. PALAZZO, *op.cit.*, p. 41.

[539] Cfr. CADOPPI y otros, *op.cit.*, t. VII, p. 508.

la higiene y la salud de la mujer, el favorecimiento de la fertilidad, el aumento de la posibilidad de que se case o la consecución de un mayor placer sexual para el marido[540]. No obstante, se le reconoce como delito, por lo que se entiende que el juez debe tener en cuenta que existe una situación de conflicto cultual para aplicar las categorías penales con la finalidad de personalizar la responsabilidad personal[541].

Aquí se propone, sin embargo, retomando el inicio de este epígrafe, la introducción *lege ferenda* de una despenalización de la circuncisión femenina en algunos casos.

6.4. Una propuesta de procedimentalización: despenalización de la circuncisión femenina en algunos casos.

Habiendo analizado la circuncisión femenina desde un punto de vista crítico y la «mutilación genital» como delito, retomamos en este momento la propuesta de procedimentalización médica de su práctica sobre la que ya hemos hablado[542].

El fundamento de esta solución es hacer compatible, en un contexto de seguridad jurídica y de reducción del daño, varios intereses en conflicto: por un lado, respecto a quien ve modificado su cuerpo, el libre desarrollo de su personalidad, el derecho a su propia cultura y el derecho a su salud —entendida como «estado de completo bienestar físico, mental y *social*»—: por otro lado, respecto a los

---

[540] Cfr. CADOPPI y otros, *op.cit.*, t. VII, p. 508.

[541] Cfr. CADOPPI y otros, *op.cit.*, t. VII, pp. 508-509.

[542] Cfr. CATANIA / ABDULCADIR, «Proposta di un rito alternativo all'infibulazione su minori. Il punto di vista medico e deontologico», en FUNGHI / GIUNTA, *Medicina, bioetica e diritto. I problema e la loro dimensione normativa*, 2005, pp. 116 y ss.

intereses colectivos, el interés de preservar la integridad física de los sujetos y el deber del Estado de promover la igualdad entre hombres y mujeres.

Esta solución podría llevarse a cabo técnicamente mediante un sistema de indicaciones incluido en los códigos penales, parecido al que se utiliza para los casos no punibles de aborto. Otra opción, quizás preferible, podría ser la de redactar una disposición legal especial, la cual no solo describiría las circunstancias que justificarían el hecho penalmente típico de lesiones —en atención al equilibrio entre el derecho a la propia cultura (y al ejercicio del mismo respecto a la propia salud) y la integridad física—, sino que incluiría 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 —con el objetivo de garantizar el carácter informado del consentimiento y de tutelar la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y, de forma indirecta, la integridad física—.

En este sentido, los requisitos mínimos que deberían quedar establecidos para apreciar la situación justificadora podrían ser los siguientes: *a)* consentimiento informado de la directa afectada o por representación, dependiendo de la edad, de acuerdo con la regulación del consentimiento informado en el ámbito médico-sanitario; *b)* ejecución por parte de un médico cirujano con unos ciertos conocimientos especializados; *c)* en un espacio cuya adecuación para realizar este tipo de intervenciones en condiciones de seguridad haya sido certificada previamente; *d)* en la manera más leve y reversible que sea posible dentro del respeto de las exigencias rituales.

Respecto a las dudas que pudieran surgir de que el establecimiento de una procedimentalización de este tipo pueda ser interpretada socialmente como un apoyo por parte del ordenamiento jurídico a la práctica de la circuncisión femenina, nos remitimos a las declaraciones que el propio Abdulcadir, médico que propuso la medida, realizó tras las durísimas críticas a las que se enfrentó: «Creo que no se ha entendido completamente mi propuesta (…). No propongo

perpetuar la práctica de la infibulación, contra la cual he dedicado toda una vida, solo propongo un ritual alternativo para quien, por ignorancia, no está dispuesto a renunciar a la misma y ello con el propósito de evitar perjuicios en las niñas»[543].

.

[543] Cfr. «"Infibulazione dolce", un coro di "no"», en *ToscanaOggi.it*, accesible en línea en: http://www.toscanaoggi.it/Italia/Infibulazione-dolce-un-coro-di-no

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD PENAL PERSONAL DEL AUTOR DE UN «DELITO CULTURAL»

«La responsabilidad penal es personal.»

Art. 27, apdo. 1, de la Constitución italiana

1. El principio de personalidad de la responsabilidad penal.

La obra colectiva de varias generaciones de penalistas italianos ha conseguido deducir de las cinco palabras del artículo 27, apartado 1, de la Constitución italiana, el principio de responsabilidad por hecho propio, el principio de responsabilidad por hecho culpable y el principio de personalización o individualización de la responsabilidad penal. Es pues de justicia —para analizar las exigencias relativas a la atribución de la ofensa del bien jurídico a la persona autora del hecho— partir de este esfuerzo de interpretación constitucional en una investigación que, como la presente, ha adoptado el enfoque constitucional del Derecho penal como parte de su metodología[544].

[544] Cfr., para una reconstrucción del estado del debate dotrinal italiano en esta materia a partir de los años sesenta, DONINI, Massimo, «Il principio di colpevolezza», en INSOLERA y otros (coord.), *Introduzione al diritto penale*, vol. I, 2ª ed., Giappichelli, Turín, 2000, pp. 212 y ss; también, en

Siguiendo en esta dirección, tras el debido carácter «personal» de la responsabilidad penal es también posible, por dos razones, colocar también la personalización o individualización de la propia pena ya impuesta: en primer lugar, la imposición de una pena es la principal consecuencia jurídica de la declaración de responsabilidad penal y por lo tanto debe compartir con ella los principios de garantía que a la misma sean aplicables; en segundo lugar, la personalización o individualización de la pena está vinculada —aunque no solo, pues también incide como límite en la propia conformación del marco penal abstracto— con el mandato establecido por las constituciones italiana y española de que las penas tengan una finalidad preventivo-especial de «reeducación» o «resocialización», principio presente también de forma expresa en la legislación penal ordinaria alemana[545] y en la jurisprudencia de su Tribunal constitucional[546];

Por lo tanto, la personalidad de la responsabilidad penal requiere tanto personalización de la responsabilidad penal como personalización de la pena. En términos generales, a la personalización de la responsabilidad penal corresponde la individualización legal de la pena, es decir, el paso del marco penal abstracto

---

materia de delitos culturales, sobre el progresivo proceso de personalización del ilícito penal, que seguiría en curso actualmente, en Italia, BERNARDI, *Il "fattore culturale",* op.cit., pp. 59 y ss.

También en España el propio Tribunal Supremo ha establecido que el autor de un delito «no [debe] ser condenado sino en base a su propia y personal conducta y hasta el límite que pudiera alcanzar su voluntad o el resultado previsible y evitable de su comportamiento negligente» (STS de 6 de abril de 1990).

[545] Art. 46.I.2 CP alemán: « (…) hay que tomar en consideración las consecuencias que de la pena se pueden esperar para la vida futra del autor en la sociedad» y, a nivel de ejecución, en el art. 2 de la Ley penitenciaria: «En la ejecución de la pena privativa de libertad, el recluso debe ser capaz de llevar en el futuro con responsabilidad social un vida sin delitos.»

[546] STC alemán, conocida como «sentencia Lebach» (E 35, 202, 235 ss.): «Como portador de derechos fundamentales derivados de la dignidad humana y que garantizan su protección, el delincuente condenado debe tener la oportunidad de integrarse otra vez en la sociedad después del cumplimiento de su pena. Desde la perspectiva del autor este interés por la resocialización surge de su derecho fundamental establecido por el artículo 2, apartado 1, en relación con el artículo 1 de la Constitución. Desde la de la sociedad, el principio del Estado social reclama previsiones y acciones sociales estatales.»

establecido para cada tipo de injusto al marco penal concreto deducido de todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Por otro lado, a la personalización de la pena le corresponde la individualización judicial de la pena, es decir, la determinación de la pena concreta —en clase y en duración—que, a partir del marco penal concreto, debe ser aplicada —o bien sustituida o suspendida— al autor de un delito concretamente cometido.

No obstante, al tratar en este capítulo de la responsabilidad penal personal de un autor cultural, trataremos solo los aspectos de la personalización que pueden tener relevancia en el contexto de nuestro objeto de estudio, es decir:

- la exigencia de que, por un parte, se dé 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 y, por otra parte, 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 de la misma;
- la ulterior personalización de su responsabilidad penal en función de otros criterios no relativos a la motivabilidad, tales como la gravedad del hecho u otras circunstancias personales;
- 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.

Se trata, pues, de «verificar si, en el curso de dicho complejo proceso, se abren espacios para dar relevancia a la "motivación cultural" que ha inducido al inmigrante a cometer un delito culturalmente motivado, con el fin de *personalizar*

mejor la respuesta punitiva al mismo»[547], analizando las posibilidades abiertas por doctrina y jurisprudencia en esta sede para el reconocimiento del «factor cultural» como criterio o circunstancia idónea para configurar una atenuación de la pena.

1.1. Culpabilidad y determinación de la pena.

La opción por el principio de personalidad de la responsabilidad penal como punto de partida y criterio estructurador del análisis es compatible con el uso de los principios y categorías tradicionales de culpabilidad y determinación de la pena, en la que se expresa la mayoría de la literatura penal.

> El **principio de culpabilidad**, «elemento básico del Estado democrático de Derecho»[548], no está previsto expresamente en las constituciones española, italiana ni alemana. No obstante, doctrina y jurisprudencia[549] lo deducen en los tres casos de distintos datos del texto constitucional: en Italia, como hemos visto, del más general principio de personalidad de la responsabilidad penal —art. 27, apdo. 1, de la Constitución italiana—; en España, como contenido de la dignidad humana —art. 10.1 CE—[550], del derecho a la presunción de inocencia (Art. 24.2.I CE)[551] o del principio de legalidad —Art. 25.1 CE—[552]; en Alemania, de la intangibilidad de la dignidad humana —art. 1 GG—.

---

[547] Cfr. BASILE, *Immigrazione*…, *op.cit.*, p. 425.

[548] Cfr. FERRÉ OLIVÉ / NÚÑEZ PAZ, *Curso*…, *op.cit.*, p. 89.

[549] El Tribunal constitucional español ha establecido que «la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal» (SSTC 150/1991, 246/1991, 247/1993, 92/1997)

[550] Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *op.cit.*, p. 80; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*…, *op.cit.*, p. 124, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *op.cit.*, p. 90

[551] Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *op.cit.*, p. 80.

> En cualquier caso se deduce del principio de culpabilidad, entre otros corolarios, la *prohibición de responsabilidad objetiva o por el resultado* —que aquí tratamos como parte de la exigencia de que exista posibilidad de motivación (dada por la representación correcta y la voluntad sobre la propia conducta y su resultado)— y el *principio de imputación personal* o *de culpabilidad en sentido estricto* —que aquí tratamos como la otra consecuencia de la exigencia de posibilidad de motivación (por conocimiento de la ilicitud de la propia conducta) y de la normalidad de la motivabilidad en general (imputabilidad) y en el caso concreto (exigibilidad)—.

En este sentido, dado que culpabilidad y determinación de la pena son aspectos vinculados por el principio de personalidad de la responsabilidad penal y que el carácter comparado de nuestro trabajo nos obliga a hacer abstracción de las concretas categorizaciones de los sistemas nacionales, el análisis ha sido ordenado a partir de los **criterios o factores de personalización**, con independencia de la colocación de los mismos, puesto que estos son para algunos sistemas una circunstancia atenuante con consecuencias jurídicas expresamente tasadas y para otros un criterio a seguir por el juez como guía para su discrecionalidad.

> La **determinación de la pena**[553] opera sobre la base de ciertos criterios y circunstancias accesorias a la existencia del delito, determinando en concreto la calidad y cantidad de pena que debe ser impuesta en función de la concurrencia de una serie de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y/o del «campo de juego» o «*Spielraum*» a disposición del juez en la fijación de la pena concreta. En *España* se opera siguiendo las reglas sobre «la aplicación de las

---

[552] Cfr. ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC, *op.cit.*, p. 65

[553] Nos referimos a la «individualización judicial de la pena», cfr. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *op.cit.*, p. 43, que reservando el términos «determinación de la pena» como sinónimo de «individualización legal de la pena».

penas», arts. 61 a 72 CP español, que comprenden la tentativa, la complicidad, las circunstancias agravantes y atenuantes y los criterios para concretar la pena en ausencia de circunstancias modificativas. En *Italia* se realiza en primer lugar una *commisurazione della pena «in senso stretto»* —art. 133 CP italiano—, en la que el juez determina la especie y la cantidad de pena dentro del marco penal impuesto por la ley y, ulteriormente, una *commisurazione della pena «in senso lato»*, que abarca la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad, la aplicación de penas sustitutivas, etc[554]. En *Alemania*, la relativamente autónoma disciplina del «Derecho de la determinación de la pena» («*Strafzumessungsrecht*») se desprende de los parágrafos 46 a 51 CP alemán[555].

Como hemos adelantado, con **personalización de la responsabilidad penal**, *determinación de la pena en sentido amplio* o *determinación del marco penal*

---

[554] Cfr. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padua, 1979, pp. 1-9; en la doctrina penal sobre el multiculturalismo: BASILE, *Immigrazione*…, op.cit., pp. 424 y ss. Sobre las complicadas relaciones en el ordenamiento italiano entre las circunstancias modificativas y la determinación judicial de la pena, v. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milán, 1983, en especial las pp. 11 y ss. y 119 y ss.

[555] Art. 46 CP alemán. Principios fundamentales de la determinación de la pena.

1. «La culpabilidad del autor es el fundamento de la determinación de la pena. Deben ser consideradas las consecuencias que son de esperar de la pena para la futura vida del autor en la sociedad.»

2. »En la determinación de la pena, el Tribunal pondera las circunstancias favorables y desfavorables al autor. En ello son tenidos particularmente en cuenta:

— *los motivos y los objetivos del autor*,

— el *carácter del hecho* y la *voluntad empleada en el hecho*,

— la medida de la violación del deber,

— el *tipo de ejecución* y *consecuencias del hecho de las que se es culpable*,

— el *pasado del autor*, *sus condiciones personales* y económicas, así como

— su conducta posterior al hecho, especialmente el esfuerzo para reparar el daño y los esfuerzos del autor para lograr un acuerdo con la víctima.»

3. »No deben ser tenidas en cuenta las circunstancias que ya son elementos del tipo legal.»

[556] entendemos la fijación de un marco penal concreto de acuerdo con ciertas reglas que, en función de la presencia de circunstancias atenuantes o agravantes, modifican el marco penal genérico o «pena abstracta» —«*pena edittale*»— establecido en la disposición que contiene el tipo de delito[557]. Esta exigencia de individualización de la pena en relación con las exigencias específicas del caso concreto es vista por la Corte Constitucional italiana como una consecuencia de los principios de igualdad, responsabilidad personal y resocialización de las penas[558].

La doctrina y jurisprudencia *italianas* han identificado como circunstancias con una posible relevancia para nuestro objeto de estudio las siguientes: a) circunstancia atenuante «por haber obrado por motivos de particular valor moral o social» —art. 62, apdo. 1 CP italiano—, b) circunstancia atenuante de la «provocación» —art. 62, apdo. 2 CP italiano—, c) circunstancias atenuantes genéricas —art. 62 bis CP italiano— y d) otras circunstancias atenuantes indefinidas, que corresponden a ciertas circunstancias atenuantes presentes solo en ciertos tipos de delito. Fijándonos en este modelo, podemos buscar los equivalentes de las figuras señaladas en el *ordenamiento español* [559]: algunas carecen de dicho equivalente —como la prevista por el art. 62, apdo. 1 CP italiano—, en otros casos sí existe una figura análoga —es así para la circunstancia atenuante análoga del art. 21, apdo. 6 CP español, mientras que en un tercer grupo de hipótesis, el ordenamiento español contempla

---

[556] V. Mir Puig, 8ª ed., p. 724 y ss.

[557] En España, sobre la «individualización legal [relativa] de la pena» v. Muñoz Conde, 7ª ed., pp. 523-525;

Sobre la «*commisurazione della pena*» en Italia, v. Fiandaca/Musco, 5ª ed., pp. 741-762,

En Alemania la ley señala solo un límite máximo para la determinación de la pena.

[558] Cfr. S. Cost. 50/1980.

En España, Muñoz Conde, 7ª ed., p. 523 (habla de sistema de «determinación legal de la pena» que combina exigencias de los principios de legalidad e igualdad);

[559] Cfr. MACÍAS CARO, Víctor Manuel, «¿Qué hacer con las 'otras' culturas? Una respuesta desde Italia», introducción a la edición española de DE MAGLIE, Cristina, *Los delitos culturalmente motivados*, *op.cit.*, p 25.

circunstancias ausentes en el italiano, en algunas ocasiones echadas de menos por la doctrina italiana, como es el caso de las circunstancias eximentes incompletas.

Por otra parte, con **personalización de la pena** o *determinación de la pena en sentido estricto* entendemos la fijación por parte del juzgador del tipo y cantidad exacta de pena que se debe aplicar en el caso concreto al reo, declaración que se debe ajustar, respecto a la cantidad, a los márgenes mínimos y máximos previstos por la ley[560]. Para la determinación de estos márgenes no solo hay que tener en cuenta la «pena abstracta», sino —como acabamos de ver— el marco penal concreto resultante de la modificación de aquel por efecto de la concomitancia de circunstancias modificativas de la responsabilidad. Al determinar la pena concretamente impuesta, el juzgador está haciendo uso de un poder discrecional. Ahora bien, el ejercicio de dicho poder discrecional es regulado de forma distinta en los ordenamientos en cuestión.

En *España* solo existe como precepto de referencia el art. 66, apdo. 1, regla 6ª CP español, que establece que «cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las *circunstancias personales del delincuente* y a *la mayor o menor gravedad del hecho*». En el *ordenamiento italiano*, tras el reconocimiento por parte del artículo 132 CP italiano del poder discrecional al juez, este se ve sujeto asimismo a una obligación de motivación. Además, el artículo 133 CP italiano prevé expresamente algunos «criterios de determinación» —cuya aplicabilidad práctica y constitucionalidad es debatida—. De especial importancia es la mención a las «condiciones de vida individual, familiar y social del reo» —«*condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo*»— como elemento de la «capacidad delictiva» —«*capacità a delinquere*»—. Respecto a la situación en *Alemania*, se habla del «triángulo

[560] Sobre la fase de «individualización judicial de la pena», v. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, op.cit., p. 525-526; de «determinación» judicial de la pena habla Mir Puig, 8ª ed.; p. 730 y ss.

En general, se trata de la fase conocida como «*sentencing*» en el mundo del Common Law.

mágico de la determinación de la pena» constituido por los principios de prevención general, prevención especial y culpabilidad[561].

1.2. La culpabilidad por los delitos culturales en la literatura penal.

De acuerdo con la mayoría de la literatura penal, la culpabilidad y la determinación de la pena son las sedes más adecuadas para buscar espacios de relevancia atenuante a la «motivación cultural»[562], en particular en los casos de delitos «de alta ofensividad», en los que sería difícil acudir a criterios de justificación[563]. Otro sector doctrinal se muestra contrario por razones de prevención general, dado que una eventual apreciación de las razones culturales «puede entenderse como expresión de una cesión de los jueces a las tradiciones de grupos minoritarios y, en definitiva, como una abdicación de los principios y valores expresados por el ordenamiento nacional»[564].

Entre los primeros autores se encuentra Hassemer, que parece negar incluso cualquier posibilidad de atenuación basada en la diversidad cultural que no corresponda al momento subjetivo, opinando que «aquel que es foráneo —«*fremd*»— respecto a nuestro ordenamiento jurídico, también desde el punto de vista normativo, no puede esperar que nuestro ordenamiento jurídico justifique la violación de sus propias normas por él cometida, ni que no la considere un injusto penal. El ordenamiento jurídico señala una objetiva violación del Derecho penal también cuando el autor ajeno al ordenamiento, a nivel cognitivo o emotivo, no ha sido "alcanzado" por dicho ordenamiento ni podía serlo. Esta persona foránea a

---

[561] Cfr. MIR PUIG, 7ª ed., p. 730 y ss..

[562] Cfr., por ejemplo, PARISI, *La cultura dell'«altro»*…, op.cit., p. 157; SELLA, *op.cit.*, p. 241; BASILE, *Immigrazione…*, *op.cit.*, p. 382; PALAZZO, op.cit., p. 42

[563] Cfr. BASILE, *Immigrazione…*, op.cit., p. 424.

[564] Cfr. BERNARDI, *Il fattore culturale nella legislazione*…, p. 138.

nuestro ordenamiento jurídico-penal solo puede esperar que la violación del Derecho objetivamente cometida no le sea imputada en el plano subjetivo, *sic et simplicer*»[565].

En la doctrina italiana, Basile comparte esta opinión tendente a localizar la relevancia penal de la «motivación cultural», total o mayoritariamente, en sede de culpabilidad; sin embargo, advierte del riesgo de una «hipervaloración» del condicionamiento cultural sobre la culpabilidad individual del autor, insistiendo en que «el individuo mantiene siempre un margen de libertad respecto a los condicionamientos culturales», margen que «depende de las condiciones empíricas» de cada caso[566].

Ciertamente, acudir a la culpabilidad en estos casos permite aplicar criterios de exculpación para eximir de responsabilidad penal incluso en casos en los que no es posible negar la ofensividad, por ejemplo, porque el bien jurídico es más importante que el derecho a la propia cultura, porque la norma no puede ser interpretada de forma pluralista o porque el legislador no cree conveniente una procedimentalización. No obstante, el abuso de esta vía de escape corre el riesgo de hacer desaparecer la responsabilidad personal, sustituyéndola por un juicio a la «responsabilidad de grupo», «un peligroso deslizamiento del centro de gravedad de la investigación judicial del nexo entre estado subjetivo del imputado y su acto, a los vicios y virtudes de su cultura»[567].

También Bernardi, pese a las dudas a las que hacíamos referencia anteriormente, describe la siempre mayor relevancia para la existencia y la graduación del reproche penal de las condiciones en las que ha tenido lugar el proceso

---

[565] Cfr. HASSEMER, *Vielfalt und Wandel…*, *op.cit.*, p. 163; EGETER, *op.cit.*, p. 43,

[566] Cfr. BASILE, *Immigrazione…*, *op.cit.*, pp. 25-17 y 384-385.

[567] Cfr. BASILE, *Immigrazione…,* op.cit., p. 384.

motivacional que ha conducido al autor a asumir la conducta delictiva, lo cual daría un amplio espacio para valorar el «patrimonio cultural» del autor[568].

Otras posiciones parten en esta materia de posiciones totalmente distintas y exóticas. Para Jakobs, el principio de culpabilidad desarrolla siempre una inequívoca función normativa de orientación y de confirmación, funcional a las exigencias de conservación de la sociedad. La cantidad de culpabilidad debe fundamentarse, de acuerdo con el autor alemán, en la regla según la cual «puede suceder lo que esta sociedad "tolere" en sentido psicológico y debe suceder lo que la misma exija en sentido normativo», debiéndose completar el concepto normativo de culpabilidad con la remisión a exigencias utilitaristas y preventivas de la sociedad. En su obra *Die Schuld der Fremden*[569] establece algunas consecuencias de este concepto de culpabilidad respecto a los delitos culturales —que define como «delitos privados por socialización foránea»—: la diversidad cultural debe ser vista por el ordenamiento jurídico con indiferencia, sospecha o alarma, debido que exculpar a quien comete un delito por razones culturales respecto tendría un efecto negativo respecto a las expectativas normativas de reafirmación y confirmación de los valores sociales dominantes, tanto que supondría una auténtica derogación del principio de fidelidad al Derecho. El autor concluye: «un Estado en cuyo territorio habitan millones de personas con socialización foránea debe tratar los problemas generales de adaptación de las mismas como un *problema suyo*»[570].

---

[568] Cfr. BERNARDI, *Il "fattore culturale",* op.cit., p. 62.

[569] Cfr. JAKOBS, Günther, «Die Schuld der Fremden», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 118-4, 2007, pp. 831-854.

[570] Cfr. JAKOBS, G., «Die Schuld der Fremden», *op.cit.*, p. 848 y, para una reconstrucción y crítica más completa de las opiniones de Jabobs en esta materia, PARISI, *Cultura dell'«altro»…*, pp.129-134.

1.3. La motivabilidad por parte de las normas jurídicas como fundamento principal de la personalidad de la responsabilidad penal.

En este trabajo partimos de bases muy alejadas de las que acabamos de exponer. La función del Derecho penal de proteger bienes jurídicos constitucionalmente legítimos respecto a ofensas relevantes mediante la prevención general es desarrollada por completo por la amenaza de una pena proporcional a la comisión de un hecho objetivamente antijurídico[571]. La posterior personalización de la responsabilidad penal y de la pena no pueden seguir respondiendo a una lógica de prevención general, como sostiene Jakobs, sino a una lógica de garantía y de límite al *ius puniendi*: *la responsabilidad penal es personal*, es decir, *debe ser atribuible a la persona autora del hecho*. En este sentido, las situaciones en las que la responsabilidad penal no es atribuible personalmente al sujeto activo son precisamente *situaciones en las que la amenaza penal no fue eficaz para desarrollar la función de prevención general respecto a quien cometió el delito*, dado que —por distintas circunstancias— no existió posibilidad de motivación o el sujeto no fue motivable o su motivabilidad no fue normal. Se trata pues de una visión hacia el pasado, de atribución a alguien de un hecho pasado, no de una visión hacia el futuro, de prevención de comisión de hechos.

El requisito de la motivabilidad se fundamenta en el hecho de que el ser humano actúa empujado por propósitos o causas psicológicas que reciben el nombre de motivaciones, asunción a partir de la cual se puede afirmar que el mismo es en general motivable. En este sentido, entendemos la motivabilidad como la capacidad del ser humano para ser motivado —en general o en un determinado

---

[571] Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Bosch, 1975, p. 47: «protección y motivación, o mejor dicho, protección a través de la motivación, son las dos funciones inseparables e interdependientes de la norma penal».

momento—, de forma que dicha motivación afecte al comportamiento[572]. Entre las motivaciones que concurren en la formación de la voluntad se encuentran las normas jurídicas, ya sea para evitar el castigo que su violación conlleva —desplegando en ese momento la norma su función preventiva general negativa—, ya sea por otras razones asociadas al cumplimiento espontáneo de las mismas —función preventiva general positiva—. Cuando está siendo aplicada, por el contrario, la pena de prisión tiene una función preventiva especial negativa dirigida no a motivar al sujeto, sino a impedir que le sea posible físicamente cometer un delito.

> En la exposición que sigue, distinguiremos entre posibilidad e imposibilidad de motivación y, cuando la motivación fue posible, entre normalidad y anormalidad de la capacidad de motivación del sujeto. En primer lugar, en algunos casos concretos no habrá habido posibilidad de motivación por no existir la conciencia de que se está realizando un comportamiento correspondiente a la descripción típica —ausencia de dolo— o por no ser consciente de la existencia de la norma motivadora —ausencia de conciencia de la antijuridicidad—. En segundo lugar, la capacidad de motivación de un sujeto no es normal, en términos generales, cuando se considere al sujeto total o parcialmente inimputable, y en algunos casos concretos, cuando la conducta lícita alternativa a la comisión del hecho antijurídico sea total o parcialmente inexigible al sujeto.

---

[572] Es importante tener presente que el reconocimiento de la posibilidad de motivar el comportamiento humano desde el exterior no es incompatible ni perjudica la noción de libertad, sino que la refuerza. La libertad, como *derecho* fundamental, más que como *descripción* de una situación fáctica, responde a la prohibición de motivaciones *ilegítimas*. Precisamente porque los sujetos son motivables es por lo que hay que proteger su derecho a no ser motivados contra su voluntad sin un fin legítimo. Así, el respeto al *libre desarrollo de la personalidad* impone al Estado garantizar las condiciones para que dicho desarrollo de la personalidad sea libre en el sentido de que sean evitadas interferencias —motivaciones ilegítimas— por parte del Estado o de otros particulares.

En resumen, el Derecho penal tiene la función política de proteger ciertos bienes jurídicos constitucionalmente legítimos previniendo la comisión de delitos que ofendan de forma relevante dichos bienes mediante amenazas de penas proporcionales que influyan en la motivación de los sujetos. Esta función es desarrollada mediante normas que prevén de supuestos de hechos antijurídicos y la conminación de penas por la comisión de estos. Por el contrario, la pena concretamente aplicada —limitada por criterios de proporcionalidad y personalización— no tiene como fin que otros no delincan, sino que el condenado no vuelva a delinquir. En este sentido, la responsabilidad penal es personal cuando se da posibilidad y normalidad de motivación del sujeto es el fundamento de que la responsabilidad penal deba ser personal. Si el sujeto no es motivable o su motivabilidad no es normal, no hay responsabilidad penal porque esta no sería personal.

Respecto a nuestro objeto de estudio, los autores de delitos culturales en sentido amplio pueden no ser motivables en algunos casos —ausencia de dolo culturalmente inducida y «error de prohibición culturalmente motivado»—. En el resto de casos, su motivabilidad será normal en general —los autores de delitos culturales no son inimputables en general— y anormal en algunos casos —en el caso de conflictos de deberes o de toma en consideración de la motivación cultural para la determinación de la pena—. En cualquiera de los casos anteriores, el principio de responsabilidad penal requiere también tener en cuenta otros criterios de personalización de la responsabilidad penal, tales como la gravedad del hecho o las circunstancias personales. Por último, el citado principio lleva también a personalizar la pena a aplicar, pudiendo ser conveniente en algunos casos que la pena de prisión sea sustituida por una pena que tienda a la resocialización.

> Visto desde otro punto de visto, podemos decir que los conflictos culturales inciden pues, sobre el plano jurídico, en tres distintos niveles:

- como **conflictos normativos** entre: *a)* las normas informales que subyacen a la interacción social de la que el sujeto ha tomado los patrones de conducta informales —las normas de la cultura *latu sensu* del sujeto— y *b)* las normas formales derivadas de las disposiciones penales y de su aplicación práctica: esta manifestación del conflicto cultural se resuelve políticamente intentando promover un cambio en la norma informal a través del control social informal —educación, campañas de información— o reinterpretando o reformando la norma formal para alcanzar un punto de acuerdo entre ambos sistemas —interpretación pluralista, procedimentalización—; a veces el conflicto es solo aparente, por ejemplo, cuando la norma informal se formaliza a través del derecho a la propia cultura;
- como **conflictos cognitivos** entre: *a)* la cosmovisión del sujeto del mundo que lo rodea y *b)* la cosmovisión desde la que el juzgador interpreta los elementos objetivos del tipo; esta manifestación de los conflictos culturales se puede resolver como imposibilidad de motivación derivada de una ausencia de dolo o de conciencia de la antijuridicidad;
- como **conflictos motivacionales** en la psique del sujeto activo entre: *a)* la motivación normalmente intrínseca derivada de los patrones de conducta informales adquiridos socioculturalmente y *b)* la motivación normalmente extrínseca derivada de los patrones de conducta impuestos por la ley; esta manifestación tiende a ser resuelta en sede de inexigibilidad y de determinación de la pena;

2. La imposibilidad de motivación del autor de un delito cultural en algunos casos concretos.

2.1. Algunos casos de ausencia de dolo en los delitos culturales.

No hay delito —porque la responsabilidad penal no es personal al no ser posible la motivación— si el sujeto activo no se representa mentalmente uno o varios de los elementos del tipo o bien se los representa erróneamente: arts. 14 CP español[573], 47 CP italiano[574] y 16.1 CP alemán[575].

En primer lugar, la ausencia puede deberse a un **conflicto cognitivo** cuando el autor tiene —por motivos relacionados con su socialización en valores diversos a los mayoritarios— una representación mental de alguno de los elementos típicos que no coincide con la mayoritaria, que es la que se está pretendidamente contenida en la norma. Esto es posible porque «las categorías mentales, más que en la naturaleza, residen en la cultura que provee los criterios de clasificación»[576]. Estas categorías serían colecciones cognitivas de objetos que comparten las mismas propiedades esenciales que la distinguen de los objetos de otra categoría. La categorización permite el pensamiento abstracto, dado que sin ella no se pueden hacer generalizaciones —y por ende, previsiones respecto a las cualidades

---

[573] Art. 14 CP español.

«1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.»

»2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.»

[574] Art. 47 CP italiano. Error de hecho.

«El error sobre el hecho que constituye el delito excluye la punibilidad del autor. (…) »

»El error sobre una ley distinta de la ley penal excluye la punibilidad, cuando ha causado un error sobre el hecho que constituye el delito.»

[575] Art. 16 CP alemán. Error sobre las circunstancias de un hecho.

« (1) No actúa dolosamente quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que forma parte del tipo legal.»

» (2) Quien en la comisión de un hecho suponga erróneamente la existencia de circunstancias que realizarían el tipo de una norma más benigna, pueden ser castigados por comisión dolosa solo de acuerdo con la norma más benigna. »

[576] Cfr. ANOLLI, L., *Psicologia della cultura*, Il Mulino, Bolonia, 2004, pp. 150 y ss.

de los objetos—, pero al mismo tiempo también lo condiciona y limita. Este es el argumento relativista de la hipótesis Whorf-Sapir generalizado a todo proceso cognitivo, no sólo lingüístico, argumento que no es ajeno, aunque no sea tematizado, al ámbito de razonamiento de los penalistas, como tampoco lo es el origen social de los criterios clasificatorios: «ciertamente, toda palabra —también las que expresan elementos descriptivos [del tipo]— tiene un sentido fijado *normativamente*, en cuanto se halla definido por una convención lingüística y responde a alguna norma de lenguaje»[577]. Cuando el elemento descriptivo es una categoría, el error de tipo cultural surge si el «sentido» que al mismo le da la cultura mayoritaria y la minoritaria no coincide.

> Como ejemplo, en el caso *State v. Jones* (1985)[578], un esquimal de 57 años comienza un juego con su nieto —el cumpleaños del cual se celebraba— y con un amigo suyo no esquimal. En el transcurso del juego, Jones, tras conseguir bajar los pantalones de los niños, les toca los genitales, tirando de los testículos. El tribunal aceptó los argumento de la defensa, corroborados por un lingüista y dos antropólogos, de que la conducta de Jones carecía de cualquier **connotación sexual** en la cultural esquimal, estando en realidad destinada a enseñar a los niños a reírse de la adversidad y saberse defender prontamente.
>
> También podría darse este error respecto a elementos típicos que pueden parecer puramente descriptivos y no socialmente valorables: interrogado por un juez de instrucción, un sospechoso de robo con violencia, que no pertenece a ninguna minoría étnica reconocida, niega tajantemente haber utilizado **armas** y da la siguiente explicación: «Los Martínez somos *de a cuchillo, no utilizamos armas*»[579].

---

[577] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*…, *op.cit.*, p. 232

[578] Cfr. *State v. Jones*, nº 4FA-S84-2933, Tribunal Supremo de Alaska, 7 de enero de 1985 (cit. por Basile, *Immigrazione…*, *op.cit.*, pp 295 y ss.)

[579] El ejemplo proviene de una de tantas fructíferas conversaciones con Daniel Laborde.

Ambos ejemplos muestran como la «red de significados» en la que está atrapado el hombre, que es la cultura, sin coincidir necesariamente con la cultura «étnicamente cualificada» y por lo tanto no ser siempre ejercicio del derecho a la propia cultura, puede provocar una ausencia de correspondencia entre lo que el legislador y el autor de un delito cultural se representan mentalmente respecto a un elemento del tipo. Lo primero es el «sentido social»[580] del elemento típico —ya sea descriptivo o normativo—, mientras que lo segundo es el «sentido cultural» que al elemento típico le da el sujeto.

En otros casos, la ausencia de dolo no coincide con el conflicto cognitivo entre categorías mentales heterogéneas, sino más con un **conflicto de categorización de los hechos**. Esto sucede cuando —a diferencia de los casos anteriores— las categorías con las que piensa el autor del delito cultural coinciden con las categorías socialmente mayoritarias, produciéndose la ausencia de dolo por un error en la asignación de un hecho a una categoría u a otra.

> El mejor ejemplo es el **caso Moua**[581]: «un refugiado laosiano es acusado de secuestro y violación de su pareja sentimental. El acusado se defiende afirmando haber realizado el *zij poj niam*, un tipo de matrimonio que de acuerdo a una antigua tradición *hmong* se considera una fuga por amor. La tradición impone que la mujer se revuelva y que oponga una falsa resistencia, pero el hombre no debe desistir, para aparecer fuerte y viril. Pero en el caso en examen la resistencia no era fingida y Moua fue denunciado»[582]. En este caso

[580] Cfr. MIR PUIG, op.cit., p. 232.

[581] People vs. Moua, No. 315972-0 (Fresno County 1985), fue citado, entre otros, por VAN BROECK (*op.cit.* p. 3) y DE MAGLIE (*Società multiculturali…,op.cit.*, p. 218)

[582] DE MAGLIE (*op.cit.* p. 219), de forma incorrecta identifica este caso con una *cultural defence* cognitiva (citando una distinción teorizada por RENTELN, Allison, *A Justification of the Cultural Defense as a Partial Excuse*, en S. Cal. Rev. L. & Women's Stud., 1993, p. 439 ss., en la que la

> Moua no sufre ningún conflicto cognitivo que le impida reconocer que forzar a una mujer constituye una violación. No obstante, su socialización en los rituales *hmong* lo ha inducido al error de considerar que la resistencia de la mujer era fingida y de que por lo tanto existía consentimiento.

Respecto a la primera de las causas identificadas de ausencia de dolo, nos remitimos —dada la similitud entre las materias— a lo dicho para la posibilidad de interpretación pluralista de los elementos típicos[583]; en cuanto al conflicto de interpretación expuesto en segundo lugar, lo importante será, de acuerdo con las reglas generales en cada ordenamiento jurídico, determinar cuando se trata de un error de tipo vencible o invencible.

2.2. El llamado «error de prohibición culturalmente condicionado».

Otro de los casos concretos en los que no hay posibilidad de motivación —y por lo tanto el autor no debe ser considerado personalmente responsable— es la situación de desconocimiento o error sobre la norma penal. No es atribuible personalmente a un sujeto la comisión de un delito si este no podía evitar no conocerla y por lo tanto no ha tenido la oportunidad de ser motivado por la misma.

Hay que distinguir, por lo tanto, los casos en los que no ha existido posibilidad de motivación por parte de la norma debido a un desconocimiento de la misma de aquellos otros en los que existe un conflicto entre la motivación derivada de la

---

cultural defence cognitiva se produciría "cuando el trasfondo cultural del agente le impide entender que su comportamiento" está "en contraste con las leyes del país de acogida"). En este caso, la cultura le induce a errar en la interpretación de los hechos, no en la comprensión de la ilicitud del mismo, lo cual constituiría un error de prohibición que afectaría a la culpabilidad.

583 V. *supra*, capítulo III, epígrafe 4.3.

norma cultural y la motivación derivada de la norma jurídico-penal, que se presupone conocida para poder entrar en conflicto. Estos últimos casos serán tratados más adelante[584].

En este caso, la temática ocupa discusiones de distinta índole en cada uno de los tres ordenamientos estudiados. En Italia se habla en este sentido de *ignorancia inevitable de la ley* y de *conciencia de la ofensa* como objeto del dolo, mientras que las legislaciones penales en España y en Alemania dan relevancia eximente o atenuante de la responsabilidad penal al *error de prohibición* según sea inevitable o evitable.

> El Código penal italiano parte de la irrelevancia de la ignorancia de la ley en su artículo 5[585], disposición que no debe ser interpretada en su rigor literal, sino a la luz de la sentencia del TC italiano nº 364/1988, que declara la inconstitucionalidad del precepto «en la parte en la que no excluye la punibilidad cuando la ignorancia es inevitable». Siempre respecto al ordenamiento italiano, hay que destacar que la doctrina elaboró, antes de la mencionada sentencia, otra vía de escape al rigor del art. 5, que consistió en situar la «ofensa» —la lesión o puesta en peligro del bien jurídico— como objeto del dolo, haciendo equiparar el desconocimiento de la ofensa a la ausencia de dolo. En mi opinión, esta «conciencia de la ofensa» corresponde con la conciencia de la antijuridicidad material, que en el ordenamiento español pertenece al ámbito del *error de prohibición*.
>
> A diferencia de los códigos penales de España —art. 14.3 CP español[586]— y Alemania —Art. 17.2 CP alemán[587]—, el ordenamiento jurídico italiano no

---

[584] V. *infra*, en este capítulo, epígrafe 4.

[585] Art. 5 CP italiano. Ignorancia de la ley penal. «Nadie puede invocar en su propia excusa la ignorancia de la ley penal»

[586] Art. 14.2 CP español. «El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.»

> prevé ninguna regulación expresa respecto a la posibilidad de error vencible, silencio que ha sido avalado por la Corte Constitucional, que ha declarado que le corresponde al legislador «establecer si la ignorancia de la ley penal merece una atenuación de pena».

Las soluciones a los delitos culturales basadas en la ausencia de conciencia de antijuridicidad suele tener apoyo en la doctrina latinoamericana. Por ejemplo, Zaffaroni distingue dentro del «error de prohibición culturalmente condicionado» entre *error de conocimiento* y *error de comprensión*. Éste último correspondería con «casos en que el sujeto conoce la prohibición y la falta de permiso y, sin embargo, no le sea exigible la internalización de la pauta que conoce» y sostiene que el error culturalmente condicionado puede afectar a distintas categorías de la Teoría del Delito, no únicamente a la culpabilidad[588]. En nuestra opinión, como ya hemos adelantado, estos casos deben ser tratados más adelante.

Algunos estudiosos —especialmente italianos, bajo la probable influencia de la doctrina apenas reseñada—, han mencionado o se han detenido en la posibilidad de aplicar el régimen sobre la ignorancia de la ley a los casos de delitos culturales[589]. Así pues, la ignorancia de la ley constituiría «un adecuado y correcto marco para numerosos casos de delito "culturalmente motivado"»[590],

---

[587] Art. 17 CP alemán. Error de prohibición. « El autor actúa sin culpabilidad si en la comisión de un hecho le falta la comprensión de actuar contra el Derecho siempre que no pudiera evitar dicho error. Si el autor lo pudo evitar, la pena puede ser atenuada de acuerdo con el párrafo 49, apartado 1.»

[588] Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 9ª reimpr., Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 549-551

[589] Cfr., en la literatura general, para el ordenamiento alemán, STRATENWERTH, *Derecho penal*, op.cit., p. 249, que mencionar la proveniencia «de otra cultura» como razón por la que la comprensión de lo ilícito del hecho puede quedar imposibilitada en el caso concreto. Entre la literatura especializada, BASILE, *Immigrazione*…, op.cit., p. 391 ss.

[590] Cfr. BASILE, *Immigrazione…*, op.cit., pp. 406-407, en el mismo sentido, BERNARDI, *Modelli penali…*, op.cit., p. 112.

dado el presupuesto aumento de las posibilidades de caer en un «error sobre el precepto» por parte del autor de un delito cultural, especialmente «sujetos que por ejemplo han llegado hace poco tiempo al territorio del país de acogida, en el cual se prevé un régimen jurídico diferente para el hecho cometido respecto al país de origen; que viven casi exclusivamente en contacto con miembros de su comunidad de origen, no habiendo recibido todavía lengua y costumbres del nuevo país; que en cualquier caso no han tenido tiempo todavía de completar ningún proceso efectivo de integración»[591]. Es también reseñable que en la única monografía publicada sobre la materia en España sea esta la toma de posición adoptada[592].

Ante esta mayoría de opiniones en un sentido, es difícil negar que la conciencia de la antijuridicidad esté entre las sedes hacia las que casi por intuición se suele reconducir toda la casuística relacionada con los delitos culturales. Sin embargo, De Maglie ha elevado algunas observaciones críticas que no pueden no tenerse en cuenta, en especial, «en el plano político-criminal», donde se pone en duda la igualación entre sujeto «insuficientemente socializado» y sujeto «culturalmente diverso», efecto que sería inevitable con la aplicación del art. 5 CP italiano a los autores de un delito cultural. En este sentido, la insuficiente socialización aludiría a «una condición de inferioridad, que no es necesariamente identificable en el autor cultural y que sea como sea no constituye el elemento caracterizador de la categoría de los *cultural crimes*», inferioridad que habría sido ya apuntada con anterioridad[593].

---

[591] Cfr. FORNASARI, *Le categorie…*, op.cit., p. 185.

[592] Cfr. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *El extranjero frente al Derecho penal…*, op.cit., pp. 111 y ss.

[593] Cfr. DE MAGLIE, *Los delitos…*, op.cit., pp. 257 y ss., que trae a colación a PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoría del reato*, 1976, p. 491: «El discurso [sobre los supuestos de inimputabilidad, además de la enfermedad mental y la minoría de edad] queda abierto en la medida en que sea teóricamente posible el paso de un ambiente y una integración social elementarías a ambientes y a campos de actividad cuya regulación no pueda ser comprendida a partir del nivel inicial de

Ciertamente, no se debe infravalorar el riesgo de interpretar la «carencia de socialización» como un dato peyorativo de la dignidad del sujeto interesado, pero contra esta forma de entenderla basta oponer otras posibles y deseables connotaciones de la misma. En una sociedad —al menos supuestamente— culturalmente homogénea, la «carencia de socialización» adquiere el significado de falta de instrucción, de limitado o inexistente acceso a «la cultura». Sin que esto sea necesariamente indigno, pues de la propia ignorancia se es normalmente más víctima que responsable, corresponde en cualquier caso a una situación distinta a la que estamos tratando. En las sociedades reconocidamente multiculturales en las que tienen lugar los delitos culturales, la «carencia de socialización» no es más que «carencia de socialización *en la cultura mayoritaria*». El autor de un delito cultural al que se le pudiera aplicar el instituto de la ignorancia de la ley sería aquel que no ha sido socializado en las normas culturales del grupo hegemónico, que son las que constituyen los hilos con los que se tejen las leyes.

El análisis se centrará, por lo tanto, en la inevitabilidad de la ignorancia, sobre la cual ha escrito ampliamente la doctrina:

— sobre el carácter *natural* o *artificial* del delito se acepta mayoritariamente la posibilidad de una ignorancia inevitable de la ley por parte del autor de un delito cultural también en los casos de delitos que son naturales para cultura mayoritaria[594];

---

sociaalización», cita esta que antes que servir para cerrar la puerta a la aplicabilidad en Italia del error de prohibición culturalmente condicionado, la abre más bien a una comprensión no taxativa de la imputabilidad en la que quepan también algunos casos de autores de delitos culturales, sobre lo cual sin embargo, De Maglie se había pronunciado contraria (pp. 237 y ss.).

[594] Cfr. BASILE, *Immigrazione*…, op.cit., pp. 394-395; DE MAGLIE, *Los delitos…*, op.cit., pp. 256-257; BERNARDI, *Modelli penali…*, op.cit., p. 125; GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali*, op.cit., pp. 277 y ss.; PARISI, *Cultura dell'«altro»…*, op.cit., p. 156.

- sobre el grado de heterogeneidad entre cultura mayoritaria y minoritaria se tiene igualmente dudas, puesto que incluso entre países con culturas mayoritarias muy similares existen importantes diferencias normativas[595];
- mayor importancia se le da —presumiendo, en mi opinión de forma incorrecta, que el autor del delito cultural es extranjero— a la duración de la permanencia en el estado de destino y a la existencia de una norma penal análoga a la norma penal violada en el estado de origen [596];

En mi opinión, sin embargo, la inevitabilidad de la ignorancia de la ley debe deducirse sustancialmente de las circunstancias personales del sujeto enjuiciado y de su mayor o menor socialización en la cultura mayoritaria, sea extranjero o no. En este sentido, debe ser necesario un alto grado de desconexión entre el sujeto y la cultura mayoritaria —para lo cual es posible acudir a sus conocimientos lingüísticos, al tiempo de exposición a la cultura mayoritaria, a sus relaciones sociales, etc. — para poder reconocer una ausencia inevitable de conciencia de la antijuridicidad, sobre todo en los casos de delitos más graves o más «visibles» a cualquiera.

3. El delincuente cultural como autor normalmente imputable en general.

El principio constitucional de personalidad de la responsabilidad penal se manifiesta también en la previsión por parte de la legislación penal ordinaria de exenciones o atenuaciones de la responsabilidad penal debidas a situaciones de anormalidad o alteración psíquica o perceptiva de carácter general o transitorio

---

[595] Cfr. BASILE, *Immigrazione*…, op.cit., p. 397, que pone el ejemplo de la distinta regulación penal del incesto en Francia e Italia.

[596] Cfr. BASILE, *Immigrazione*…, op.cit., pp. 398 y ss.

del autor de un hecho antijurídico. Estas situaciones son reconocidas en los códigos penales y en la discusión doctrinal como parte de distintas categorías y en distintas formas y grados: imputabilidad[597], enfermedad mental, trastorno mental —permanente o transitorio—, alteración psíquica grave, estado de ira, provocación, etc.

> En primer lugar, el **Código penal italiano** establece en su art. 85 que «es imputable quien tiene «capacidad de conocer y querer»[598], definiendo la doctrina italiana ambos elementos: a) la *capacidad de comprender* o «momento intelectivo de la imputabilidad» como «aptitud del sujeto para comprender el significado del propio comportamiento en la realidad que lo circunda» y b) la *capacidad de querer* o «momento volitivo de la imputabilidad» como «aptitud del sujeto para controlar los propios impulsos y a determinarse en conformidad con el propio juicio»[599].
>
> En **España**, Mir Puig, define la imputabilidad —que no aparece como tal en la legislación penal— en función de la «normalidad motivacional» del sujeto. Por su parte, el Código penal recoge las circunstancias eximentes de *anomalía o alteración psíquica* —sea como trastorno psíquico permanente (art. 20.1.Iº CP español) o transitorio (art. 20.1.IIº CP español) — y de *alteración grave de*

---

[597] La imputabilidad ha sido definida como «el conjunto de facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber cometido un hecho típico y antijurídico». Ha sido definida también de otras muchas maneras y colocada sistemáticamente en otras muchas posiciones, hasta llegar a ser calificada como «fantasma errante» de la teoría del delito (cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, *Imputabilidad y sistema penal*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, pp. 31-34, y las referencias bibliográficas citadas. V. también —pp. 36-51— la evolución desde el planteamiento «clásico» —que se extiende de Carrara a Welzel y que encuentra como fundamento de la responsabilidad penal la libertad humana— al planteamiento del «positivismo naturalista» —de la Escuela positiva italiana, para la que la culpabilidad y la responsabilidad se diluyen en la peligrosidad del autor—.

[598] Art. 85 CP italiano. Capacidad de entender y querer.

«Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito si en el momento en el que lo ha cometido no era imputable.»

»Es imputable quien tiene capacidad de entender y querer.»

[599] Cfr. Canestrari/Cornacchia/De Simone, *op.cit.*, p. 602.

la conciencia de la realidad —art. 20.3 CP español—. Como todas las eximentes, ambas pueden ser aplicadas de forma completa o incompleta —en relación con el art. 21.1 CP español—, o bien de forma análoga —en relación con el artículo 21.7 CP español[600]—. Completan el cuadro la previsión del *estado pasional* como circunstancia atenuante de la responsabilidad —21.3 CP español—, aplicable también de forma análoga —en relación con el art. 21.7 CP español—; y el *miedo insuperable*, aunque sobre el mismo se debate sobre si responde a una lógica de menor «imputabilidad» o de menor «exigibilidad», debate que carece de importancia desde el punto de vista aquí adoptado, dado que en uno u otro caso el precepto derivaría de la exigencia de que el sujeto sea motivable por las normas, sea en abstracto, sea en la situación en concreto.

Por último, el **Código penal alemán**, por un lado, exime de culpabilidad —*Schuld*— a quien carece de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a la misma, como consecuencia de «trastorno psíquico patológico» —*krankhafte seelische Störung*—, «trastorno profundo de la conciencia», «debilidad mental» o bien «otra anormalidad psíquica grave»[601]; por otro lado, prevé la posibilidad de atenuar la pena en casos en los que estas mismas situaciones no priven de la capacidad de comprender la ilicitud o actuar conforme a la misma, pero la disminuyan considerablemente.

---

[600] Sobre la aplicabilidad del art. 21.7 CP español también respecto a las circunstancias eximentes completas, las circunstancias atenuantes específicas descritas en un tipo penal o un elemento esencial del mismo e incluso respecto a la «idea genérica» que informa al resto de circunstancias atenuantes, cfr. SSTS 24 de junio de 2005 y 21 de junio de 2007; *Memento penal 2011*, núm. 4227.

[601] Art. 20 CP alemán.- Inimputabilidad debida a trastorno psíquico.

Actúa sin culpabilidad quien en la comisión de un hecho es incapaz de comprender la ilicitud del mismo o de actuar conforme a dicha comprensión por trastorno psíquico patológico, por un trastorno profundo de la conciencia, o por debilidad mental u otra anormalidad psíquica grave.

Art. 21 CP alemán.- Imputabilidad disminuida.

Si la capacidad del autor de comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión está considerablemente disminuida durante la comisión del hecho por alguna de las razones expresadas en el párrafo 20, la pena puede ser atenuada de acuerdo con el párrafo 49.

La literatura penal, sobre todo italiana, duda sobre la posibilidad *de lege data* y la conveniencia ética y política de considerar los **delitos culturales como fenómeno derivado de una anomalía psíquica o retraso cultural**. En esta dirección parece moverse el frecuentemente citado ejemplo dado por Antolisei, que afirmó en su manual que «debe considerarse incapaz penalmente al salvaje que sea puesto de repente en contacto con nuestra civilización, en tanto que no existe una norma expresa que prevea ser primitivo como causa de exclusión de la imputabilidad»[602]. Las razones contrarias, a las que nos adherimos, se resumirían en que esta posición equivaldría a entender la socialización en un sistema cultural minoritario como una anomalía mental, tendiéndose a una solución tanto «impracticable» como «deshumanizadora». En el primero de los casos porque la inimputabilidad no sería fenoménicamente comparable con la diversidad cultural —entendida como fenómeno grupal por los sostenedores de esta crítica—; en el segundo porque sería éticamente rechazable tratar al autor de un delito cultural como un *rusticus*, carente de cultura —o lo que es aun más incierto, como un enfermo mental— en lugar de un portador de un cultura distinta[603].

No obstante, nos parece acertada la distinción avanzada por De Maglie entre considerar la diversidad cultural como una situación equivalente o análoga a la alteración psíquica y tener en consideración y dar relevancia a un **estado de alteración psíquica inducido por la diversidad cultural**.

> Algunos autores aducen como ejemplo de esto el notorio **caso Kimura**:[604] una mujer japonesa inmigrada en Estados Unidos, sin apenas contacto con la cultura

---

[602] Cfr. ANTOLISEI, Manuale, 2003, p. 623 (citado por BASILE, *Immigrazione*, op.cit., pp. 385 y ss., DE MAGLIE, *Los delitos…*, op.cit., pp. 237-238;)

[603] Cfr. DE MAGLIE, *Los delitos…,* p. 238; PARISI, *Cultura dell'«altro»*…, op.cit., p. 155.

[604] Cfr. *People v. Fumiko Kimura*, 1985 *a*: 137

> estadounidense, se adentró en el océano con sus hijos con la intención de suicidarse y llevárselos consigo. Sus hijos murieron ahogados pero ella fue salvada. Tanto en la cultura japonesa como en el Derecho japonés, el homicidio es una conducta desvalorada. Sin embargo, en los casos de *oyaku-shiniju* o «suicidio paterno-filial», no sólo la cultura, sino también el Derecho[605] justificaban tradicionalmente total o parcialmente la conducta, como forma de salvar el honor de la mujer y no dejar desamparados a los hijos. Así, el infanticidio es un comportamiento prohibido que, sin embargo, se ve justificado cuando se comete por motivos de «piedad».
>
> No obstante, creemos que este caso responde mejor a un conflicto motivacional que a un trastorno mental inducido por la diversidad cultural. Aun así, se trata en realidad de una cuestión de grado: un conflicto motivacional podría, alcanzado un cierto grado de intensidad, derivar en un trastorno mental, al menos transitorio.

En este sentido, las razones aducidas por la doctrina en contra de la inimputabilidad de los autores de delitos culturales carecerían de objeto en los casos de **alteración psíquica sin base patológica**. Así, respecto al *trastorno mental transitorio*, la jurisprudencia española ha establecido que «ha desaparecido para la apreciación de esta circunstancia el requisito de una base patológica en el sujeto afectado, admitiéndose estímulos exógenos y marcándose la distinción con la simple atenuante».

Por otra parte, no toda alteración psíquica anula sin más la capacidad de motivación del sujeto, sino que es posible que por su menor intensidad la misma constituya solo una minoración de dicha capacidad. En términos de teoría del delito y de la pena, la alteración que no es de suficiente relevancia como para

---

[605] El artículo 200 del Código penal de Japón preveía una atenuación de la pena en estos casos. La norma fue declarada inconstitucional en 1973 (cfr. DEAN, Meryll, *Japanese legal system*, 2ª ed., Routledge, 2002, p. 535)

eximir de responsabilidad penal puede ser tenida en cuenta como factor en la determinación de la pena. Esta alteración psíquica «no exculpatoria» está en la base de la circunstancia eximente incompleta de alteración psíquica —art. 21.1 en relación con el art. 20.1 del Código penal español— y como uno de los elementos de la conocida como «provocación».

La conocida como **provocación** está reconocida como circunstancia atenuante por el art. 62.2 CP italiano como el «haber reaccionado en un estado de ira determinado por un hecho ajeno injusto». Por su parte, el art. 21.3ª CP español reconoce como atenuante el actuar «por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato u obcecación u otro estado pasional de entidad semejante». Es fácil distinguir tres áreas comunes en ambas regulaciones[606]:

- la alteración del ánimo: «estado de ira» —*stato di ira* en Italia— o «arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante» en España,
- la causa de la alteración, que en Italia es un «hecho ajeno injusto» —*fatto ingiusto altrui*—, mientras que en España se habla simplemente de «causas o estímulos (…) poderosos»,
- la necesaria conexión entre la causa y la alteración del ánimo.

De forma análoga a lo ya visto en otras sede, algunos autores italianos se preguntan sobre qué cultura debe ser la base de la valoración de los elementos de esta circunstancia atenuante. Respecto al *estado de ira*, parece razonable acudir al criterio del «hombre medio culturalmente orientado» para dilucidar si una persona

---

606 Cfr. BASILE, *Immigrazione…*, *op.cit.*, p. 442 y referencias bibliográficas en nota 256 a la posición favorable a esta tesis de PULITANÒ, *Diritto penale*, *op.cit.*, p. 434 y MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale*, *op.cit.*, p. 491 (*sensu contrario*: MANZINI, *Trattato*, II, *op.cit*, p. 252.) y en nota 257 a la jurisprudencia.

media socializada en el mismo medio cultural habría reaccionado de forma análoga[607].

Por otra parte, respecto a la *injusticia del hecho ajeno* o al *poder de los estímulos*, si el sistema cultural se reduce al presente mayoritariamente en el país de acogida, el espacio para dar relevancia al «factor cultural» se limita a la reacción respecto a normas que no sean distintas a las mayoritarias; si por el contrario se tienen en cuenta las normas de la cultura de origen del autor, aumentaría el espacio de aplicación de la atenuante en cuestión. Por las razones ya aportadas, consideramos aquí preferible la orientación doctrinal tendente a fijar para la interpretación culturalmente orientada de este elemento los mismos límites que para la interpretación pluralista del tipo, puesto que solo en el marco del ejercicio del derecho a la propia cultura puede quedar modulado el principio de legalidad[608].

4. La anormalidad de la motivabilidad del delincuente cultural en algunos casos.

4.1. La inexigibilidad de otra conducta en general: el conflicto de deberes impropio.

La *inexigibilidad de una conducta distinta a la comisión del delito* goza como categoría de distinta aceptación en los tres ordenamientos estudiados, tanto a nivel positivo como doctrinal. Para Palazzo, definición a la que nos adherimos, sería inexigible una conducta distinta al delito cuando se den «condiciones que

---

[607] En este sentido, cfr. PARISI, La cultura dell'«altro»…, p. 154.

[608] Cfr. PARISI, La cultura dell'«altro»…, p. 154, que sin embargo fundamenta su posición en el principio «liberal» de reversibilidad de los fines, corolario del «principio de autonomía personal», de acuerdo con la obra de Kymlicka.

empujan al sujeto a la acción criminal de naturaleza tan fuerte que neutralizan la eficacia motivadora del precepto»[609]. El hecho antijurídico, por lo tanto, no es atribuible personalmente por entero al sujeto activo, sino que, al menos parcialmente, responde a las condiciones que lo empujan.

> Los orígenes de la inexigibilidad se remontan a Freudenthal, el cual la formula en 1922 partiendo de la concepción normativa de la culpabilidad propuesta por Frank[610]. El *ordenamiento italiano* no prevé ninguna previsión legal al respecto. No obstante, es clásica la propuesta doctrinal sobre la consideración de una cláusula general extralegal de inexigibilidad que funcionaría como «válvula que permite a un sistema de normas respirar en términos humanos»[611] y en la que se integraría el supuesto de «conflicto de deberes» —«*conflitto di doveri*»—[612], propuesta a la cual se enfrenta hoy la mayoría de la doctrina penal italiana, precisamente, por la ausencia de una base jurídico-positiva de la misma[613]. En *España*, por el contrario, aunque también constituye una categoría polémica, es mayoritaria la doctrina que acepta la construcción de la exigibilidad como un elemento de la culpabilidad que agruparía el *estado de necesidad exculpante* (que se trata de una distinción doctrinal no recogida legalmente), y eventualmente, la *obediencia debida*, el *miedo insuperable* y el *encubrimiento entre parientes*[614]. En *Alemania*, por último, el Tribunal constitucional federal la

---

609 Cfr. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 2005, p. 440.

610 Cfr. FREUDHENTAL, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, 1922, pp. 5 y ss. Recordamos que ya Frank (1907) había señalado como elementos de la culpabilidad la imputabilidad, el dolo o la culpa y la *normalidad de las circunstancias concomitantes a la acción*.

611 Cfr. BETTIOL, G., *Diritto penale*, 11ª ed., Padua, 1982, p. 493, nota 401.

612 Cfr. FIANDACA / MUSCO, *Diritto penal. Parte generale*, 4ª ed., 2001, p. 371; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, op.cit., p. 443.

613 Cfr., en este sentido crítico, VENAFRO, *Scusanti*…, *op.cit.*, pp. 173 y ss. Sobre el principio de inexigibilidad, por todos, FORNASARI, G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padua, 1990.

614 Cfr., sobre ello, MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, «Exigibilidad y causas de inexigibilidad», en Id. (coord.), *Memento práctico Penal 2011*, Francis Lefebrve, Santiago de Compostela, 2010, núms. 2570-2644, pese a que el mismo prefiere considerar el estado de necesidad exculpante como

> reconoce como «situación tormentosa en el plano psicológico, respecto a la cual la sanción penal, que lo estigmatiza como reo, podría representar una reacción social excesiva y por ello lesiva de su dignidad humana»[615].

Desde la perspectiva adoptada en el presente trabajo, el principio de responsabilidad penal personal exige dar relevancia jurídica a la situación en la que normal motivabilidad del sujeto se vea afectada por las circunstancias en las que tiene lugar la comisión del delito. No es culpable el autor de un hecho antijurídico si no le fuera exigible una conducta alternativa al delito, esto es, «en una situación excepcional en la que un hombre medio hubiera hecho lo mismo, o al menos, no se le podría haber exigido que hiciera otra cosa distinta».

Se trata pues de tratar el **conflicto motivacional** que se da en la psique del autor de un delito cultural entre la motivación derivada de su propia socialización y la motivación por parte de la norma penal. En esta materia adquiere relevancia la figura del «conflicto de deberes impropio», que consiste precisamente en la antinomia entre una norma del ordenamiento jurídico y otra que pertenece a un ordenamiento diverso o a un sistema moral[616]. En este instituto se encuentra pues el núcleo del concepto de delito cultural en sentido amplio: quien comete un delito cultural se encuentra —sobre todo cuando es consciente de la antijuridicidad de su conducta y con independencia de que ejerza o no el derecho a la propia cultura— en el conflicto entre el deber jurídico de respetar la prescripción derivada de la norma jurídico-penal y el deber de respetar la norma cultural. La eventual menor exigibilidad se basaría en que es más difícil la formación de una determinación

---

una «causa de justificación personal o personalmente condicionada», de modo que «para A, por la forma en que le afecta el daño, es lícito lo que para B no lo es» (núms. 1590 y 2578).

[615] BVerfG, Beschl. v. 19 ottobre 1971, in *Juristenzeitung*, 1972, p. 83.

[616] Cfr. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, op.cit., p. 63; DE MAGLIE, *I reati…*, op.cit., p. 231; PARISI, *Cultura dell'«altro»…*, op.cit., p. 52 ss

motivacional conforme a las exigencias del ordenamiento para quien se haya socializado en valores culturales diversos[617].

No obstante, algunos autores rechazan la posibilidad de reconocer una inexigibilidad culturalmente motivada y ello debido a razones de distinto orden: desde una perspectiva filosófica, una inexigibilidad motivada por la diversidad cultural constituiría un enfoque «solitarista» de la identidad humana, como si la misma estuviese formada *solo* por la cultura[618]; desde el punto de vista jurídico-penal, en el caso italiano, la inexigibilidad de otra conducta constituiría un «paradigma genérico y vago», no aceptado, como hemos visto, por la doctrina general, y para cuya reconstrucción sería necesaria una complicada labor hermenéutica a partir del estado de necesidad o la constricción psíquica[619];

Frente a estas dudas, De Maglie ve en la materia de los delitos culturales una oportunidad para superar el rechazo hacia esta categoría presente de forma casi generalizada en la doctrina italiana, oponiendo a las reticencias basadas en la evanescencia del concepto de inexigibilidad la cuidada taxatividad de su concepto de *reato culturalmente motivato* —que comprende ya una lesividad «limitada», referida a bienes que no constituyan «derechos humanos irrenunciables»—[620].

Dando relevancia a este tipo de conflicto de deberes se estaría reconociendo también en esta sede el derecho a la propia cultura, puesto que se otorga eficacia jurídica a la circunstancia del deber de fidelidad a la propia cultura respecto al juicio sobre la «normalidad» de la motivabilidad del sujeto[621]. En esta línea, cierta doctrina ha defendido la posible aplicación del art. 62 *bis* CP italiano a algunos

---

[617] Cfr. PALAZZO, op.cit., pp. 42-43.

[618] Cfr. PARISI, *Cultura dell'«altro»…*,p. 157, que cita a Sen, A., *Identità e violenza*, pp. 5, 46 ss.

[619] Cfr. PARISI, *Cultura dell'«altro»…*, pp. 156-157; GRANDI, *Diritto penale*…, op.cit., p. 363 —que remite a la opinión crítica al respecto de MANTOVANI, *Diritto penale*, 2001, p. 374—.

[620] Cfr. DE MAGLIE, *I reati…*, op.cit., pp. 229-230.

[621] Cfr. DE MAGLIE, *I reati…*, op.cit., p. 232;

casos de delitos culturales que presentan situaciones de antijuridicidad o culpabilidad disminuidas en general —no referidas a expresas causas de exención incompletas—, refiriéndose en concreto a las «situaciones de conflicto normativo-cultural» como causas de justificación parcial y a los condicionamientos derivados de la educación y del ambiente como situaciones en las que la culpabilidad se ve atenuada[622].

El conflicto de intereses desiguales que es resuelto por el sujeto activo salvaguardando el interés considerado socialmente de menor entidad —como puede ser el caso de quien mata para salvaguardar su honor— puede resolverse en España con la aplicación de la circunstancia atenuante de eximente incompleta respecto al estado de necesidad, siempre que el requisito de proporcionalidad no haya desaparecido en absoluto. Es aquí donde juega un papel fundamental la diversa socialización del autor, que sin afectar a la valoración de los intereses en juego conforme a los valores constitucionales y socialmente mayoritarios, sí puede ser un fundamento sólido para apreciar la supervivencia de la proporcionalidad en el caso concreto. Esta solución es más problemática en Italia, puesto que en aquel ordenamiento no se reconoce la circunstancia atenuante por eximente incompleta, aunque la previsión de *circunstancias atenuantes genéricas* podría desarrollar una función equivalente, como veremos más adelante.

---

[622] Cfr. BASILE, *Immigrazione…*, *op.cit.*, pp. 381-382, 419-422 y especialmente 450, que apoya su propuesta en el reconocimiento por parte de la doctrina italiana mayoritaria de las «*quasi-scriminanti*» y las «*quasi-scusanti*» (notas 282 y 283, con referencias a Marinucci, Romano, Mantovani, Padovani, Viganò, ecc.) y el Derecho comparado.

Para una exposición general sobre esta teoría, no unánime, en Italia, v. por todos (pese a ser contrario a la misma): SCHIAFFO, *Le situazioni "quasi-scriminanti" nella sistematica telologica del reato*, 1998, pp. 273 y ss.

4.2. El «motivo cultural» como «factor individualizador de la pena» en los casos de delitos culturales

El conflicto motivacional no solo está presente en sede de inexigibilidad, de conflicto de deberes impropio o de estado de necesidad exculpante. Los motivos para cometer el delito son tenidos en cuenta por las legislaciones penales de los tres países en cuestión, aun en distintas sedes, también dentro del proceso de determinación de la pena[623].

> En *Italia* los motivos constituyen tanto un elemento del que deducir la «capacidad delictiva» a efectos de la individualización judicial de la pena *ex* art. 133 CP italiano, como una posible circunstancia atenuante —si son de «particular valor moral o social»[624], de acuerdo con el art. 62.1 CP italiano— o incluso agravante —si son «abyectos o fútiles», de acuerdo con el art. 61.1 CP italiano —. En *Alemania* son contemplados como uno de las circunstancias que deben ser tenidas particularmente en cuenta por el juez en la determinación de la pena, de acuerdo con el art. 46, apdo. 2 CP alemán.

Centrándonos en la circunstancia atenuante del art. 62.1 CP italiano, la doctrina sostiene que es de particular valor *moral* el motivo que en la normalidad de los casos determina acciones moralmente nobles y que la conciencia ética humana aprueba o bien aquel inspirado en razones correspondientes a una ética que manifieste los valores más elevados del hombre, mientras que el particular valor *social* se reputa respecto al motivo que corresponde a las directivas, a las

---

[623] Esto es un dato de hecho, más allá de las posibles consideraciones sobre el debate entre teorías objetivas y subjetivas del delito. En nuestra opinión, aunque no podemos argumentarlo de forma extensa, el principio de ofensividad requeriría que los motivos no fueran tenidos en cuenta para la configuración del injusto, mientras que el principio de responsabilidad penal personal permitiría que cumpliera una función únicamente atenuante, de acuerdo con el principio *favor libertatis*.

[624] Cfr., en general, v. FIANDACA / MUSCO, Diritto penale. Parte generale, *op.cit.*, pp. 435-436. En España existía hasta 1983 una circunstancia equivalente de actuación «por motivos altruistas, morales y patrióticos».

concepciones y a las finalidades de la comunidad organizada, o bien aquel que se fundamente en las necesidades de la comunidad civil[625].

Respecto a los parámetros de valoración sobre qué es moral o socialmente de particular valor, la doctrina se pregunta «sobre la base de la *cultura de quién* se debe valorar la cualidad de los motivos», es decir, si se debe seguir la orientación tradicional de la jurisprudencia que identifica como parámetro el «consenso social general»[626], o bien dando espacio a una cierta orientación innovadora que juzga los motivos del autor de acuerdo con valores ético-sociales, pertenecientes a grupos minoritarios presentes en el tejido de una sociedad mayor[627], es decir, no necesariamente mayoritarios aunque tampoco individuales[628].

Los penalistas que han tratado nuestro objeto de estudio se adhieren, y nosotros con ellos, por varios motivos, a la segunda de las opciones. Así se sostiene por una parte que «la adhesión a este modelo ofrecería sin duda mayores oportunidades (…) de recibir una pena más proporcional a la efectiva *medida de*

---

[625] Cfr. BASILE, *Immigrazione*…, *op.cit.*, pp. 431-432, que remite a VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, *op.cit.*, p. 234, el cual a su vez da cuenta de varios manuales italiano.

[626] Cfr. Cass. 13 marzo 2003, Vigevano, CED 224077, en *Rivista Penal*, 2004, p. 93.

[627] En este sentido, con mínimas diferencias sustanciales entre ellos, BASILE, *Immigrazione*…, op.cit., pp. 432-433; BERNARDI, *Modelli penali…*, op.cit., p. 126; DE FRANCESCO, *Multiculturalismo…*, op.cit., p. 160; DE MAGLIE, *Los delitos…*, op.cit., p. 263; GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali*, op.cit., pp. 367-368; PARISI, La cultura dell'«altro»…, op.cit. (que habla de «criterio del hombre medio culturalmente orientado»), p. 154; SELLA, *op.cit.*, pp. 240-241. En términos generales, explican FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op.cit., p. 444, el «error conceptual» en el que cae la judicatura, al subordinar «el juicio sobre el valor del motivo al del valor de la conducta considerada en sí misma», obviando la consideración de que la conducta es siempre ilícita y no puede de por sí expresar un motivo de particular valor. Así pues habría que distinguir la valoración de la conducta ―juicio de antijuridicidad— de la valoración de los motivos —juicio relativo a la aplicación de la atenuante en cuestión—.

[628] Que «no parece ilógica [en este tema] una referencia a la perspectiva individual», lo afirma, sin embargo, FORNASARI, *Le categorie…*, *op.cit.*, pp. 190-191. Por su parte, SELLA, *op.cit.*, p. 240 recuerda como requisito del particular valor del motivo el hecho de que este no sea «egoista», por ejemplo, en el caso de muchas «mutilaciones» genitales motivadas por el deseo de que la hija tenga mayores oportunidades para casarse en un futuro. Cfr. en este sentido SALCUNI, *Libertà di religione*…, op.cit., p. 645.

su culpabilidad»[629], o bien se aportan, por otra parte, razones relativas a la dificultad e inconveniencia de la aplicación práctica de la primera tendencia en una sociedad pluralista, dado el riesgo de arbitrariedad en la determinación de una jerarquía de valores aceptada mayoritariamente[630] e incluso de efectos contraproducentes[631]. Se afirma el hecho de que, de todas formas, «queda por demostrar que lo que piensa la mayoría sea siempre noble y justo»[632].

No encontrando dificultades para aceptar los argumentos expresados anteriormente, compatibles entre sí, consideramos más acorde con la metodología de este trabajo la posición de Veneziani, que sostiene que «si es cierto que todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, en particular sin distinciones de raza, de lengua, de religión, de condiciones personales y sociales en general, no tiene sentido que precisamente la valoración en sede de culpabilidad tenga lugar "sopesando" los motivos única y exclusivamente sobre la base de parámetros "dominantes": ello constituiría un tratamiento peyorativo respecto de quien, por propias condiciones de raza, de religión, sociales, etc., no pertenezca al "modelo" prevalente, violando no solo el art. 3, primer apartado, de la Constitución, sino también el principio de la personalidad de la responsabilidad penal, que pone en el centro de la atención al *sujeto individual* destinado a sufrir la pena»[633].

No obstante, creemos que el particular valor moral o social de los motivos, respetando el pluralismo social, debe tender a converger hacia un contenido axiológico mínimo que sea deducible ―aunque no coincidente, puesto que ello privaría de valor a la atenuante― de la propia Constitución y no de la mera moral,

---

[629] Cfr. BASILE, *Immigrazione*…, *op.cit.*, p. 435.

[630] Cfr. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali*, *op.cit.*, p. 368;

[631] Cfr. SELLA, *op.cit.*, p. 239.

[632] Cfr. DE MAGLIE, *Los delitos*…, op.cit., p. 263.

[633] Cfr. VENEZIANI, *Motivi*..., *op.cit.*, p. 241.

mayoritaria o minoritaria[634]. Distinta de nuestra posición es el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Penal alemán, que desde su sentencia de 7 de octubre de 1994 utiliza, en los casos de delitos culturales, la siguiente formulación: «el parámetro para la valoración de los motivos para actuar debe ser deducido de las valoraciones propias de la comunidad jurídica presente en Alemania, y no de las creencias de un grupo étnico que no reconoce los valores morales y jurídicos de esta comunidad»[635].

Valores constitucionales —al menos en lo que tienen las constituciones de normas programáticas y contrafactuales— y valores de la comunidad jurídica no tienen, pues, que coincidir necesariamente.

5. Otros criterios de concreción de la responsabilidad penal.

La motivabilidad por parte de las normas penales es el fundamento del carácter personal de la responsabilidad penal, pero esta va más allá y tiene en cuenta otros criterios para concretar la responsabilidad penal y la pena, tales como la *gravedad del hecho* y las *circunstancias personales*.

5.1. La «gravedad del hecho» y las «circunstancia personales» del reo en los delitos culturales.

---

634 En este sentido, entre otros muchos, cfr. PADOVANI, *Diritto penale*, op.cit., p. 261, que da relevancia a «cualquier motivo originado de una concepción de la vida y de la sociedad compatibles con la Constitución» y análogamente los autores ya citado que han tratado nuestro objeto de estudio, especialmente SELLA, *op.cit.*, pp. 239-240.

635 Cfr. BASILE, F., *Premesse…*, op.cit., pp. 168 y ss.: los motivos para actuar son importantes, puesto que se trataba de decidir si se trataba de un *Totschlag* —homicidio simple— o un *Mord* —homicidio cualificado por los «motivos abyectos»—.

En primer lugar, la **gravedad del hecho** es considerada tanto por el ordenamiento español —art. 66.1.6ª CP español— como por el italiano — art. 133 CP italiano— , como criterio-guía para el juez en la determinación de la calidad y cantidad de pena concreta a imponer a partir del marco penal concreto. Además, muchos tipos penales hacen uso, en ambos ordenamientos, de lo que en Italia se denominan *circunstancias atenuantes indefinidas*, es decir, la posibilidad expresamente prevista en el tipo penal de que el juez pueda determinar el marco penal sobre la base de una «menor gravedad» del hecho respecto al tipo básico.

En el caso de delitos culturales, se ha dicho respecto al ordenamiento italiano que la gravedad del hecho puede tener importancia para nuestro objeto de estudio tanto respecto a «la intensidad del dolo y al grado de la culpa», uno de los factores de los que se debe deducir la gravedad del hecho, como respecto a las mencionadas *circunstancias indefinidas*[636], reflexiones que pueden ser aplicadas también en España, puesto que la jurisprudencia de dicho país ha interpretado la «gravedad del hecho» como el «desvalor de la conducta puesta de manifiesto en la infracción, en su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo de un bien jurídico»[637].

En segundo lugar, también las **circunstancias personales del reo** juegan un papel importante en la personalización de la responsabilidad penal y de la pena. El Código penal italiano establece que la «capacidad delictiva», uno de los criterios de determinación de la pena ex art. 133 CP italiano, se debe deducir, entre otros factores, de las «condiciones de vida individual, familiar y social del reo»,

[636] Cfr. BASILE, *Immigrazione…*, op.cit., pp. 425 y 460.

[637] STS de 3 de octubre de 1989.

circunstancia a través de la cual, «el juez podría, por lo tanto, tener en cuenta de forma adecuada la peculiar naturaleza del delito culturalmente motivado»[638].

De forma análoga, las «circunstancias personales» y las «circunstancias del culpable» —de acuerdo, respectivamente, con la regla 6ª de su artículo 66 del Código penal español para los delitos y con el artículo 638 para las faltas— deberán ser atendidas por el juez en la fijación de la pena concreta[639], no viendo nosotros ninguna razón por la 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, antes al contrario, debiera ser así en atención a la mayor exposición a la comisión de un delito de quien no está familiarizado con las normas legales.

5.2. Las cláusulas generales de atenuación.

Además de las circunstancias atenuantes específicas —ya sean comunes para todos los tipos de delito o especiales para algunos de ellos—, la leyes penales italiana y española ofrecen una **cláusula general de atenuación** constituida respectivamente por las *circunstancias atenuantes genéricas* —art. 62 *bis* CP italiano— y las *circunstancias atenuantes analógicas* —art. 21.6ª CP español—, las cuales podrían tener relevancia como espacio de atenuación en el caso de delitos culturales.

---

[638] Cfr. BASILE, *Immigrazione…*, op.cit., p. 428.

[639] La regla 6ª del art. 66 CP español debiera aplicarse, en su sentido literal, solo en los casos en los que no concurriesen circunstancias modificativas, pero parece razonable que esta regla es también de aplicación respecto al marco penal concreto surgido de la aplicación de las mismas. Respecto al art. 638 CP español, «procederán los Jueces y Tribunales, según su prudente arbitrio (…) sin ajustarse a las reglas de los artículos 61 a 72 de este Código».

Respecto a las primeras, la doctrina italiana reconoce que el «factor cultural» constituye una de esas «otras circunstancias distintas» de las que habla el art. 62 *bis* CP italiano, cuya relación con el art. 133 CP italiano es debatida[640]. En especial, Basile trata ampliamente esta posibilidad, proponiendo que las *circunstancias genéricas* podrían dar espacio a la atenuación de los delitos culturales mediante el reconocimiento de las eximentes incompletas, de la ignorancia no inevitable de la ley penal, de los estados pasionales, etc.[641]

En el caso español, el art. 21.7 CP recoge la posibilidad de apreciar una circunstancia atenuante en supuestos de «análoga significación» a las restantes circunstancias atenuantes específicas descritas en el precepto. No obstante, reciente jurisprudencia del Tribunal supremo ha establecido que es suficiente para su apreciación con que la analogía se refiera a la «idea básica o sentido intrínseco» que inspira el sistema de circunstancias atenuantes[642], siendo así que en cualquier caso los términos de comparación entre la circunstancia prevista y la análoga no son los presupuestos estructurales —pues tal sería el caso de la atenuante de eximente incompleta, la cual es, como el resto de atenuantes expresamente previstas, susceptible de ser aplicada analógicamente—, sino el fundamento o razón de ser la circunstancia invocada[643].

---

[640] Se discute sobre la admisibilidad de la doble valoración del mismo elemento de hecho —en nuestro caso el «factor cultural»— tanto en sede de circunstancia atenuante genérica —62 *bis* CP italiano— como de determinación de la pena en sentido estricto —133 CP italiano—. Sobre ello, v. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato: origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, pp. 677 y ss.

[641] Cfr. BASILE, *Immigrazione…*, *op.cit.*, pp. 444-460; en este sentido también: BERNARDI, *Modelli penali…*, op.cit., p.126; GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali…*, *op.cit.*, p. 369

[642] SSTS de 24 de junio de 2005 y 30 de noviembre de 2006.

[643] SSTS de 13 de julio de 1998, 31 de enero de 2000 y 27 de noviembre de 2003. No obstante, se exige que no falten los requisitos básicos o esenciales de la atenuante reconocida expresamente (como la agresión ilegítima en la legítima defensa).

Particularmente interesante sería la aplicación analógica de las circunstancias modificativas de la responsabilidad relativas a las anomalías o alteraciones psíquicas o perceptivas. En este caso el elemento en común entre ambos casos, que permitiría la analogía, sería la situación de imposibilidad subjetiva —probablemente no total— de entender ciertos hechos o prohibiciones en su significación cultural mayoritaria o bien de actuar conforme a tal entendimiento. La diferencia, claro está, estriba en el distinto origen de dicha imputabilidad disminuida: el trastorno mental en el caso de la circunstancia de referencia y la diversidad cultural en la aplicación analógica.

5.3. Posible sustitución de la pena por programas de educación en valores constitucionales.

En los casos de sustitución de la pena de prisión por otra o de suspensión de la ejecución de la misma, a los cuales se ha hecho referencia anteriormente, la ley penal permite en España y en Alemana al juez sentenciador la imposición de ciertas reglas de conducta, entre las que se encuentra «participar en programas (…) de educación (…) » —art. 83.1.5 CP español— u órdenes que se refieren a la «educación» del condenado —art. 56c CP alemán—.

En atención a esta posibilidad, algunas medidas tendentes a la personalización de la pena en función del principio de resocialización podrían consistir en cursos sobre los valores jurídicos fundamentales de los ordenamientos constitucionales, tales como la libertad individual, la solidaridad y la igualdad, en especial, entre hombres y mujeres.

CAPÍTULO IV

RESUMEN Y CONCLUSIONES

1. Primera parte: introducción conceptual, metodológica e histórica.

1.1. Objeto de estudio y contexto del mismo.

El **objeto de estudio** de nuestra investigación ha sido la relevancia que debe tener «lo cultural» en sentido étnico en la determinación de la responsabilidad penal, en especial en los ordenamientos jurídicos de Italia, España y Alemania. Esta materia ha sido tratada en los últimos años por la literatura jurídico-penal y por los tribunales del orden penal de varias jurisdicciones, especialmente en Estados Unidos e Italia. Nuestro estudio analiza pues la cuestión de si, y en qué medida, la diversidad cultural del autor puede ser causa suficiente para eximir de responsabilidad al autor de una conducta tipificada en la ley penal o bien para que dicha responsabilidad se vea atenuada o no agravada. Este tema cubre casi todo el escenario penal: desde la elección de las conductas que deben ser castigas hasta la aplicación de circunstancias y criterios de individualización de la pena concreta o la posible sustitución o suspensión de la misma, incidiendo en la teoría de la norma jurídica —sobre todo en la interpretación de la misma—, en la teoría del delito —especialmente a nivel de justificación y de exigibilidad— y en la teoría de la pena y sus fines. Al formular la cuestión en términos prescriptivos de *deber tener* se pretende alcanzar una respuesta igualmente prescriptiva. Esta no ha sido una investigación esencialmente empírica que haya buscado conocer los hechos,

sino que se ha intentado dar una respuesta jurídica partiendo de ellos cuando ha sido necesario y habiendo hecho uso de las herramientas auxiliares de otras ciencias. Es decir, la cuestión ha sido afrontada desde una perspectiva jurídica tanto en el punto de partida como en el de llegada, recurriendo en el recorrido entre ambos extremos a elementos extrajurídicos, como el propio concepto de cultura.

Hemos situado nuestro objeto de estudio en el **contexto** de la ya clásica cuestión del multiculturalismo, término que puede ser usado con tres grandes significados: el *multiculturalismo como hecho* —situación de convivencia entre grupos étnicos con distintas culturas en un mismo territorio—, el *multiculturalismo como programa* —que propugna la adecuación más o menos profunda de las estructuras e instituciones políticas y jurídicas a dicha situación de hecho— y el *multiculturalismo como disciplina* —conjunto de métodos y paradigmas que estudian la naturaleza y los efectos del pluralismo cultural en las sociedades humanas—. Para entender el surgimiento de la temática de los «delitos culturales», en opinión mayoritaria de la doctrina, se ha de hacer remisión a dos ejes de coordenadas que ayudarían a situar en el mapa este debate: la *globalización*, que se habría visto intensificada en las últimas décadas y con la que se vinculan los *movimientos migratorios de población* entre áreas culturales diversas, y la necesidad de *superar la Modernidad*. En el ámbito jurídico se relativizan principios como la soberanía de los estados, la igualdad de los ciudadanos y el reconocimiento universal de los derechos humanos y, en concreto en el ámbito penal, el principio de legalidad y de culpabilidad.

1.2. Metodología: crítica, comparación y constitución.

La metodología utilizada con el fin de dar respuesta a nuestro objeto de estudio ha estado basada en tres aspectos íntimamente relacionados e interdependientes:

- el ejercicio de la función crítica que puede o debe competer al jurista, reconfigurando en este caso el propio objeto de estudio —o mejor dicho, el preconcepto del mismo «heredado» de la literatura precedente— mediante un análisis crítico de las disposiciones normativas relativas al mismo y del contexto socio-histórico en el que surgen, se desarrollan y aplican;
- como parte de esta actitud crítica, la utilización de un método comparativo basado en el uso de ciertos espacios conceptuales meramente operativos —basados en lo posible en los corolarios tradicionales de los principios superiores en materia penal— en los que sea posible el análisis conjunto de categorías e instituciones de distintos ordenamientos jurídicos;
- un «enfoque constitucionalista» (*approccio costituzionalistico*) del Derecho penal ordinario desde los principios en materia penal de las constituciones estatales, el Derecho de la Unión europea y el Derecho internacional.

1.3. La noción de cultura en perspectiva histórica y crítica.

El término «cultura» tiene varios significados. El diccionario de la Real Academia Española contiene la siguiente variedad de acepciones: en primer lugar, «cultivo»; en segundo lugar, «conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico»; en tercer lugar, «conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.»; y por último, con indicación de uso anticuado, «culto religioso». En resumidas cuentas, han existido dos grandes campos semánticos para el término cultura: «la definición humanista que surgió en la Europa del siglo XVIII en referencia a las artes, la música y las letras, y la definición antropológica que se desarrolló en el siglo XIX para describir la suma total de actividades humanas. Este segundo significado hacía referencia inicialmente a la humanidad

como un todo, pero desarrolló paulatinamente un sentido discreto y pluralista que afirmaba la existencia de culturas diferentes y separadas»[644].

La perspectiva histórica y crítica en el análisis de la cultura es particularmente necesaria, dado que es frecuente encontrar, entre las razones que se aducen como explicación de la indiferencia o intransigencia de los sistemas penales europeo-continentales respecto a los delitos culturales, la pretendida homogeneidad cultural de la base social sobre la que operarían dichos ordenamientos, homogeneidad que se habría visto interrumpida únicamente debido a los recientes movimientos migratorios que habrían llevado al continente poblaciones con nuevas culturas, propias y distintas a las de la sociedad receptora.

Sin embargo, la cultura era ya un criterio de categorización de los seres humanos incluso antes del descubrimiento de poblaciones exóticas allende el mar océano. Los judíos, por ejemplo, ya constituían para Europa una cierta alteridad colectiva, situación construida en parte con los instrumentos jurídicos de la época, pudiéndose traer a colación también los gitanos, otra gran alteridad colectiva, junto con los judíos, en la historia de Europa. No obstante, los discursos que precedieron al nacimiento de la Antropología se formaron sobre todo a partir de la llegada de los europeos a América en 1492, hecho que marcaría el inicio de la larga gestación —durante los siguientes tres siglos— de la disciplina antropológica y del concepto de cultura en el contexto de la conquista de un continente del planeta por parte de otro. En este ínterin surgiría también el concepto de raza para explicar la diversidad humana. Las diferencias entre el *paradigma de la raza* —ya obsoleto— y el *paradigma de la cultura* —actualmente hegemónico— podrían no ser tan profundas como pueda parecer al principio. En ambos casos se relacionan aptitudes psíquicas y físicas del individuo

[644] Cfr. para esta distinción, «Culture», en CALHOUN, C. (ed), *Dictionary of the Social Sciences,* Oxford University Press, Nueva York, 2002, p. 105..

—capacidad legal, imputabilidad, etc., en nuestro caso— con ciertas características del mismo.

Posteriormente, a partir del último cuarto del siglo XIX se acelera la expansión imperialista de las potencias industriales. Es en este contexto en el que debemos encuadrar la conocidísima y citadísima definición de cultura de Tylor, dada en la primera página de su obra *Primitive Culture*:

> «La cultura o civilización, tomada en su sentido etnográfico amplio, es ese todo complejo que incluye conocimiento, creencia, arte, moral, derecho, costumbre y otras aptitudes y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de la sociedad»[645].

Esta definición constituye el substrato sobre el que se apoyó el desarrollo de la teoría antropológica y continúa siendo usado hoy en día, también en el discurso penal. Es cierto que en las teorías de Tylor sobre la evolución social pierden peso los factores biológicos o raciales en comparación con las teorías precedentes, pero el evolucionismo cultural que subyace en su definición ha desarrollado históricamente la una función de desvalorización de las culturas que eran consideradas situadas en un estadio cultura inferior. Es en este sentido en que los posmodernos hablan de la «violencia epistémica» derivada del concepto de cultura, que ha sido definida como «el instrumento [epistemológico] que Occidente se ha dado para construir su conocimiento del Otro» en un contexto de dominación colonial[646].

Por citar solo algunos ejemplos de esta violencia aplicada desde las leyes, podemos recurrir al Acta final de la Conferencia de Berlín de 1885 que pretendía

---

[645] Cfr. TYLOR, E., *Primitive Culture*, John Murrey, Londres, 1871 [reimpreso parcialmente en: «Cultura primitiva», en BOHANNAN / GLAZER (ed.), *Lecturas. Antropología*, 2ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 2007, pp. 64 y ss.].

[646] Cfr. PASQUINELLI / MELLINO, *Cultura…*, op.cit., pp. 12 y ss.

en su artículo 6, entre otras cosas, proteger «sin distinción de nacionalidades y de cultos, todas las instituciones y empresas religiosas, científicas o de caridad, creadas y organizadas para estos fines o encaminadas a instruir a los indígenas y a hacerles comprender y apreciar las ventajas de la civilización». Podemos citar también la política de clasificación racial y étnica de la población practicada en las colonias por las potencias europeas, política que se vio luego aplicada también, con nefastas consecuencias, a la población de la metrópolis, en especial a judíos y gitanos.

Superada la gran catástrofe de la Segunda Guerra Mundial, Europa se convierte —primero los países del norte y luego también los del sur—, en destino de inmigración. El interés actual por los delitos culturales en Europa —surgido principalmente en la última década— se limita casi siempre a esta última parte de la historia de nuestro continente, visión que ha sido criticada en el curso de la investigación. La fuente principal de la que han bebido los europeos en su reflexión han sido las teorías de la *cultural defence*, —originarias en los Estados Unidos en 1985 a partir de una anónima publicación en la *Harvard Law Review*[647]— y definida como «una causa de exclusión o de disminución de la responsabilidad penal alegable por un sujeto perteneciente a una minoría étnica con cultura, costumbres y usos diversos, o en cualquier caso en contraste con los de la cultura del sistema anfitrión»[648].

---

[647] Cfr. *The Cultural Defense in the Criminal Law*, en Harvard Law Review, v. 99, 1986, pp. 1293 y ss.

[648] Cfr. RENTELN, *In Defense of Culture in the Courtroom*, en SHWEDER, MINOW y MARKUS (coord.), *Engaging Cultural Differences. The multicultural Challenge in Liberal Democracies*, 2002, p. 196.

1.4. La recepción de lo étnico-cultural en los textos jurídicos internacionales y constitucionales.

La función discriminatoria del concepto de cultura comienza a cambiar con el reconocimiento de los derechos culturales, en especial en los Pactos Internacionales de 1966. El análisis de esta normativa desarrollado durante la investigación permite concluir respecto al **derecho a la propia cultura** que:

f) los textos jurídicos fundamentales a nivel supranacional prestan atención a la diversidad cultural, partiendo del derecho a participar en la vida cultural de la comunidad —art. 27.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos— y del respeto a la diversidad de cultura y tradiciones —art. 22 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea—;

g) el Derecho internacional reconoce el derecho a no ser discriminado por razón del origen étnico, entre otros ámbitos, respecto a la justicia y respecto a la Administración —art. 5 Convención Internacional de Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial—, dando la posibilidad a los estados a establecer un tratamiento jurídico diferenciado con el objetivo de conseguir la igualdad material —art. 4.1—;

h) el Derecho internacional reconoce, así mismo, a las personas pertenecientes a una minoría étnica, el derecho individual a tener su propia vida cultural —art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—, derecho que consiste en disfrutar —dentro de los límites de la soberanía de los Estados y de otros derechos humanos reconocidos— de

su propia cultura, en todas sus manifestaciones, junto con otros miembros de su grupo[649];

— la existencia del grupo étnico minoritario no depende del reconocimiento del Estado, pero debe poder ser establecida por criterios objetivos y se basa en un concepto étnico y amplio de cultura, diferenciado de la minoría religiosa y lingüística y aplicable también a las personas migrantes, y que podría tomar como base definiciones dadas en otros textos jurídico-internacionales;

— el reconocimiento de este derecho exige al Estado la toma de medidas dirigidas a tutelar el mismo respecto a actos del propio Estado o de particulares, incluso con excepciones a la cláusula de igualdad ante la ley, que serían legítimas si están basadas en criterios razonables y objetivos;

i) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido el derecho a mantener una identidad minoritaria a partir del art. 8 CEDH, como parte de un «emergente consenso internacional» respecto a los derechos de las minorías;

j) este reconocimiento supranacional no se ve reflejado expresamente en las constituciones europeas a nivel penal, sino que debe integrarse con los principios constitucionales de igualdad —en especial, la igualdad material—, de libre desarrollo de la personalidad y de pluralismo.

2. Segunda parte: el «delito cultural» y la responsabilidad penal personal de su autor a la luz de los principios constitucionales.

[649] La relevancia del art. 27 PIDCP para nuestro objeto de estudio ya había sido ha sido sostenida por A. Renteln, que considera el derecho a la cultura como un derecho humano garantizado internacionalmente.

2.1. Esquema general.

Reproducimos aquí el esquema general de la exposición de los capítulos III y IV, ordenada en función del principio constitucional que ha iluminado la reflexión, seguido de la categoría tradicional de la teoría de la norma, del delito o de la pena de la que se ha hecho uso para centrar el análisis y culminada con la consecuencia que la aplicación del principio en cuestión tiene para el objeto de nuestro estudio en cada categoría tradicional.

<table>
<tr><th colspan="2">PRINCIPIOS</th><th>CATEGORÍAS TRADICIONALES</th><th>CONSECUENCIAS EN EL OBJETO DE ESTUDIO</th></tr>
<tr><td colspan="2" rowspan="2">Principio de legalidad, fundamento democrático (III.2.1).</td><td rowspan="2">Tipicidad (función de garantía)</td><td>Exclusión de nuestro objeto de estudio de las infracciones culturales no previstas por la ley penal (III.2.2).</td></tr>
<tr><td>Necesidad de un fundamento adicional para la exención o atenuación en casos de castigo cultural (III.2.2).</td></tr>
<tr><td colspan="2">Principio de ofensividad en potencia (III.2.3).</td><td>Legitimidad de la tipificación</td><td>Propuesta de despenalización de infracciones culturales previstas por la ley penal (III.2.4), en concreto, el incesto (III.3).</td></tr>
<tr><td>respeto de la igualdad (III-4-1-</td><td>Principio de igualdad formal vs. principio de pluralismo (III.4.2).</td><td>Vigencia espacial y personal de la norma (inmunidades personales, etc.) (III.4.1 y III.4.2).</td><td>Posibilidad de elección para el legislador, en el marco constitucional europeo, de un modelo multiculturalista —fuerte o débil— o asimilacionista —igualitario o indulgente— (III.4.1), siempre respetando el principio de igualdad formal (III.4.2).</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td></td><td>Prohibición de analogía vs principio de pluralismo (III.4.3).</td><td colspan="2">Interpretación de la norma (III.4.3).</td><td rowspan="2">Posibilidad en el marco constitucional presente de una interpretación culturalmente pluralista de los elementos normativos del tipo o de las causas de justificación, con ciertos límites (III.4.3)</td></tr>
<tr><td colspan="2" rowspan="3">Principio de ofensividad en acto (III.5.1)</td><td colspan="2">Adecuación sociocultural de la conducta (III.5.2)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Ejercicio de un derecho (III.5.3)</td><td rowspan="2">- Posibilidad de considerar el ejercicio del derecho a la propia cultura como causa de justificación en algunos casos (III.5.3)
- Propuesta de procedimentalización en casos de conflictos con bienes jurídicos importantes, en concreto en la ablación clítoris (III.6)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Estado de necesidad justificante (III.5.3)</td></tr>
<tr><td colspan="2" rowspan="5">Principio de personalidad de la responsabilidad penal y de la pena (IV.1)</td><td rowspan="2">Posibilidad de motivación</td><td>Dolo (IV.2.1)</td><td>Posibilidad de ausencia de dolo como conflicto cognitivo o como error inducido por este (IV.2.1)</td></tr>
<tr><td>Conciencia de antijuridicidad (IV.2.2)</td><td>Posibilidad de error de prohibición culturalmente motivado solo en casos de desconocimiento inevitable de la norma (IV.2.2.)</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Normalidad de la motivabilidad</td><td>Imputabilidad (IV.3)</td><td>El autor de un delito cultural sería inimputable solo por trastorno mental inducido por un conflicto motivacional (IV.3)</td></tr>
<tr><td>Inexigibilidad (IV.4.1)</td><td rowspan="2">Posibilidad de declarar un estado de necesidad exculpante —total o parcial— y de atenuar la pena en casos de conflicto motivacional (IV.4.1 y IV.4.2).</td></tr>
<tr><td>Motivación cultural como factor de individualización de la pena</td></tr>
</table>

		(IV.4.2)	
	Otros criterios de personalización	Gravedad del hecho	*Posibilidad* de dar relevancia residual a la diversidad cultural en esta sede (IV.5.1 y 5.2).
		Circunstancias personales del reo.	
		Cláusulas generales de atenuación.	
		Sustitución de la pena.	*Conveniencia* de sustituir la pena por programas de educación en valores constitucionales (IV.5.3).

2.2. El delito cultural en sentido estricto y en sentido amplio y la distinción entre estos y las infracciones culturales previstas y no previstas por la ley penal.

La noción de delitos culturales cubre en la literatura jurídico-penal un espacio muy heterogéneo. Los criterios de identificación son a veces extraños al dato jurídico, por lo que su valor es limitado a la obra del autor que lo propone. En nuestra investigación hemos intentando, en primer lugar, determinar el espacio del delito cultural excluyendo de su ámbito las meras infracciones culturales, estén o no previstas por la ley, para posteriormente diferenciar entre delito cultural en sentido amplio y delito cultural en sentido estricto.

En primer lugar, de acuerdo con el principio de legalidad, no hay delito sin una expresa incriminación por parte de una ley penal emanada del Parlamento. Por lo tanto, los dictados emanados de instancias distintas no pueden legítimamente vincular penalmente a los ciudadanos, siendo meras **infracciones culturales no previstas por la ley penal**, tales como los pecados, los llamados «delitos coránicos», etc. Otra consecuencia del principio de legalidad sería que no es posible eximir o atenuar la responsabilidad penal cuando el delito supone un **castigo frente a una infracción cultural no prevista por la ley penal**, dado que

ello supondría, siempre que no sea por causas relativas a la personalización de la responsabilidad penal y de la pena, un reconocimiento por parte del Estado de un *ius puniendi* al grupo cultural.

En segundo lugar, de acuerdo con el principio de ofensividad en potencia[650], muchos delitos no deberían ser considerados tales porque su castigo mediante una pena se fundamenta meramente en una moralidad que no es reflejo de una ofensa relevante de un bien jurídico constitucionalmente legítimo: se trata de **meras infracciones culturales previstas por la ley penal**. Despenalizar este tipo de conductas no resuelve por sí solo la cuestión, puesto que seguirán existiendo conductas que ofenden verdaderos bienes jurídicos y que cumplen con el resto de requisitos de la definición de delito cultural, pero será redimensionado a su medida justa. El carácter multicultural de la sociedad se puede convertir así en un revulsivo para una reforma de la parte especial del Derecho penal de carácter despenalizador.

En tercer lugar, es necesario distinguir en el espacio restante entre **delitos culturales en sentido estricto** y delitos culturales en sentido amplio. El primer tipo de delitos está constituido por aquellas conductas que, siendo penalmente típicas, suponen el ejercicio del derecho a la propia cultura, dado que el autor de las mismas permanece fiel, de forma consciente o inconsciente, a su propia cultura minoritaria. Sin embargo, no siempre se dará una exención o atenuación de la

---

[650] Se entiende en primer lugar que falta la **ofensividad en potencia** de un tipo penal cuando ninguno de los hechos que se pueden subsumir en la descripción típica pueden potencialmente lesionar o poner en peligro concreto un bien jurídico constitucionalmente legítimo. Un tipo penal con estas características describe un hecho castigado por la ley penal, pero no un delito en su significado constitucional.

En segundo lugar, la acción u omisión concretamente realizada no será penalmente ofensiva en acto en los casos en los que sea reconocida socioculturalmente como externa al ámbito material de tutela de la norma penal —conductas típicas socialmente adecuadas— y en los que, ante la presencia de una causa de justificación, motivada por la concurrencia de otros intereses en juego, la conducta típica no tenga relevancia penal, es decir, no se considere que deba ser castigada con una pena.

responsabilidad penal en estos casos. El derecho a la propia cultura debe entrar en juego con otros derechos y principios constitucionales. En concreto, en este trabajo analizaremos la posible interpretación pluralista de sus elementos normativo-culturales y su posible justificación por la vía del ejercicio de un derecho o de la procedimentalización. Los **delitos culturales en sentido amplio**, por el contrario, son una categoría mucho menos restringida, conteniendo, además de los delitos culturales en sentido estricto, los delitos culturalmente motivados en general, los delitos religiosos, los delitos por convicción, los delitos por conciencia, etc., es decir, aquellos hechos antijurídicos en los que el autor actúa de acuerdo con un *sistema de valores* o una *cosmovisión* que entra en conflicto cultural con el sistema tutelado por la norma penal.

A grandes rasgos, se puede decir, acudiendo a la distinción hecho por Alessandro Baratta[651], que en los delitos culturales en sentido estricto se da un «conflicto de normas» entre la norma penal y el derecho a la propia cultura, mientras que en el delito cultural en sentido amplio se da un «conflicto de motivación» a nivel de la psique del sujeto individual. A lo largo del estudio, hemos propuestas distintas soluciones a cada uno de los fenómenos.

2.3. Las posibles soluciones para los delitos culturales en sentido estricto.

Las posibles soluciones para los delitos culturales en sentido estricto se basan en el derecho de origen jurídico-internacional a la propia cultura, reflejado e implementado constitucionalmente en los principios de igualdad material, pluralismo, libre desarrollo de la personalidad y ofensividad en acto.

---

[651] Cfr. BARATTA, Alessandro, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofía e alla critica del diritto penale*, Giuffrè, Milán, 1963, pp. 7 y ss.

La primera de las soluciones tratadas consiste en interpretar los **elementos normativo-culturales del tipo** de manera culturalmente pluralista en sede judicial, es decir, determinar el contenido de estos no mediante la remisión a una valoración social mayoritaria, sino minoritaria propia del grupo étnico en cuestión. Esta interpretación pluralista puede verse como una consecuencia de la obligación de los Estados —de todos sus poderes— de respetar el derecho a la propia cultura, incluso en perjuicio del principio de igualdad formal. No obstante, deben existir límites: en primer lugar, como garantía del sujeto activo, la *prohibición de analogía in malam partem* comporta que la eventual interpretación pluralista no pueda tener como consecuencia la condena de una persona por un hecho que no constituiría delito de acuerdo con la interpretación mayoritaria. En segundo lugar, como garantía del sujeto pasivo —cuando se trate de un individuo—, este debe tener acceso a una tutela comparable a la del resto de conciudadanos a menos que, en el ejercicio de su propio *derecho a la propia cultura*, decida voluntariamente —de forma expresa o tácita— permanecer fiel a su propia tradición cultural, aceptando la conducta del sujeto activo.

La segunda de las soluciones es la consideración del propio **ejercicio del derecho a la propia cultura** como causa de justificación. Podemos establecer dos requisitos —relativos a la titularidad y al contenido del mismo— para el pleno despliegue de sus efectos justificadores: a) que mediante la conducta típica se permanezca fiel a la cultura de una minoría étnica, reconocida o no por el Estado, de la que el autor es miembro; b) que el bien jurídico que la conducta típica podría potencialmente ofender no sea la vida, el derecho a no estar sujeto a tortura o trato cruel, inhumano o degradante, el derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre o trabajo forzado, la libertad ambulatoria y de residencia, el derecho a un juicio justo, el honor o vida privada, la libertad de pensamiento, conciencia, religión u opinión, el derecho de reunión, el derecho de asociación y sindicación, la libertad de matrimonio, etc., dado que el reconocimiento del derecho a la propia

cultura está sujeto por el propio Derecho internacional al respeto de estos otros derechos humanos.

La tercera de las soluciones, *de lege ferenda*, es la **procedimentalización**, a la que el Derecho penal moderno recurre con cada vez mayor frecuencia como fundamento de licitud penal en vía excepcional de conductas que en sí mismas el ordenamiento consideraría potencialmente ofensivas, dadas ciertas circunstancias legalmente establecidas[652]. En particular, se ha propuesto la previsión de una causa de justificación procedimental que hiciese lícita la **circuncisión femenina** en algunos casos. El fundamento de esta solución es hacer compatible, en un contexto de seguridad jurídica y de reducción del daño, varios intereses en conflicto: por un lado, respecto a quien ve modificado su cuerpo, el libre desarrollo de su personalidad, el derecho a su propia cultura y el derecho a su salud —entendida como «estado de completo bienestar físico, mental y *social*»—: por otro lado, respecto a los intereses colectivos, el interés de preservar la integridad física de los sujetos y el deber del Estado de promover la igualdad entre hombres y mujeres.

Esta solución podría llevarse a cabo técnicamente mediante una disposición legal especial, la cual no solo describiría las circunstancias que justificarían el hecho penalmente típico de lesiones, sino que incluiría 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. En este sentido, los requisitos mínimos que deberían quedar establecidos para apreciar la situación justificadora podrían ser los siguientes:

- consentimiento informado de la directa afectada o por representación, dependiendo de la edad;

---

[652] Cfr. DONINI, Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra diferenza…,* op.cit., pp. 27 y ss.

- ejecución por parte de un médico cirujano con unos ciertos conocimientos especializados;
- en un espacio cuya adecuación para realizar este tipo de intervenciones en condiciones de seguridad haya sido certificada previamente;
- en el modo más leve y reversible que sea posible dentro del respeto de las exigencias rituales.

Esta solución no debe ser interpretada como un apoyo por parte del ordenamiento jurídico a la práctica de la circuncisión femenina, sino como una alternativa para quien, por ignorancia, no está dispuesto a renunciar a la misma, con el propósito de evitar un perjuicio mayor a las niñas.

2.4. Las posibles soluciones para los delitos culturales en sentido amplio.

Las posibles soluciones para los delitos culturales en sentido amplio se basan en el principio de personalidad de la responsabilidad penal. Los aspectos del mismo que pueden tener relevancia en el contexto de nuestro objeto de estudio serían:

- la exigencia, por un parte, de que se dé la posibilidad objetiva de motivación y de que el autor tenga capacidad personal para motivarse y, por otra parte, de que la capacidad para motivarse sea normal en general y en el caso concreto;
- la ulterior personalización de su responsabilidad penal en función de otros criterios no relativos a la motivabilidad, tales como la gravedad del hecho u otras circunstancias personales;
- la personalización de la pena concreta que le debe ser impuesta a la luz de la función preventivo-especial de resocialización de la pena.

La primera de las posibles soluciones es relativa, por lo tanto, a la ausencia de dolo, que puede deberse a un **conflicto cognitivo** cuando el autor tiene una

representación mental de alguno de los elementos típicos que no coincide con la mayoritaria. Esto es posible porque «las categorías mentales, más que en la naturaleza, residen en la cultura que provee [a los sujetos] los criterios de clasificación»[653]. Cuando el elemento descriptivo es una categoría, el error de tipo cultural surge si los «sentidos» que al mismo le dan la cultura mayoritaria y la minoritaria no coinciden. Nos remitimos aquí a lo dicho para la posibilidad de interpretación pluralista de los elementos típicos. En otros casos, la ausencia de dolo no coincide con el conflicto cognitivo en sí, sino con un **conflicto en la categorización de los hechos**. En estos casos, las categorías con las que piensa el autor coinciden con las categorías socialmente mayoritarias, produciéndose la ausencia de dolo por un error en la asignación de un hecho a una categoría u a otra inducido por la diversidad cultural.

Respecto a la segunda de las posibles soluciones, el posible **error de prohibición culturalmente condicionado**, en nuestra opinión, la inevitabilidad de la ignorancia de la ley debe deducirse sustancialmente de las circunstancias personales del sujeto enjuiciado y de su mayor o menor socialización en la cultura mayoritaria, sea extranjero o no. En este sentido, debe ser necesario un alto grado de desconexión entre el sujeto y la cultura mayoritaria —para lo cual es posible acudir a sus conocimientos lingüísticos, al tiempo de exposición a la cultura mayoritaria, a sus relaciones sociales, etc. — para poder reconocer una ausencia inevitable de conciencia de la antijuridicidad, sobre todo en los casos de delitos más graves o más «visibles» a cualquiera.

Acudir a criterios de imputabilidad, como una tercera posible solución, en nuestra opinión, es compatible con la dignidad del autor de un delito cultural únicamente si se considera la diversidad cultural como una situación equivalente o análoga — no coincidente— con la alteración psíquica con fundamento patológico, por

---

[653] Cfr. ANOLLI, L., *Psicologia della cultura*, Il Mulino, Bolonia, 2004, pp. 150 y ss.

ejemplo, un **estado de alteración psíquica inducido** por una exasperación del conflicto motivacional al que se puede ver sometido el sujeto en cuestión.

En este mismo dirección se mueve la cuarta de las posibles soluciones, basada en criterios de inexigibilidad, cuando exista un **conflicto motivacional** en la psique del autor —que no llega a versa alterada psiquiátricamente— entre la motivación derivada de su propia socialización y la motivación por parte de la norma penal. 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. Este conflicto motivacional no solo está presente en sede de inexigibilidad, sino que los **motivos para cometer el delito** son tenidos en cuenta por las legislaciones penales también dentro del proceso de determinación de la pena en sentido estricto.

En quinto lugar, la motivabilidad por parte de las normas penales es el fundamento del carácter personal de la responsabilidad penal, pero esta va más allá y tiene en cuenta otros criterios para concretar la responsabilidad penal y la pena que pueden también ofrecer un espacio para la atenuación en atención al factor cultural, tales como la **gravedad del hecho**, las **circunstancias personales** o las **cláusulas generales de atenuación**.

Por último, se puede mencionar que en los casos de sustitución de la pena de prisión por otra o de suspensión de la ejecución de la misma, la ley penal permite en España y en Alemana al juez sentenciador la imposición de ciertas reglas de conducta también de carácter formativo y educativo. Algunas de estas medidas podrían consistir en cursos sobre los valores jurídicos fundamentales de los ordenamientos constitucionales, tales como la libertad individual, la solidaridad y la igualdad, en especial, entre hombres y mujeres.

3. Consideraciones conclusivas.

En resumen, podemos concluir que el factor cultural conlleva en el ámbito penal la existencia de conflictos culturales, los cuales inciden sobre el plano jurídico en tres distintos niveles, con distintas consecuencias en cada uno de ellos:

- como **conflictos normativos** entre: *a)* las normas informales o culturales, no necesariamente étnicas y *b)* las normas formales derivadas de las disposiciones penales y de su aplicación práctica: esta manifestación del conflicto cultural se resuelve o bien intentando promover un cambio en la norma cultural a través del control social informal; o bien formalizando jurídicamente el conflicto a través del reconocimiento del derecho a la propia cultura; o bien reinterpretando o reformando la norma formal para alcanzar un punto de acuerdo entre ambos sistemas, sobre todo mediante la procedimentalización;
- como **conflictos cognitivos** entre: *a)* la cosmovisión del sujeto respecto al mundo que lo rodea y *b)* la cosmovisión desde la que el juzgador interpreta los elementos objetivos del tipo; esta manifestación de los conflictos culturales se puede resolver como imposibilidad de motivación derivada de una ausencia de dolo o de la conciencia de la antijuridicidad;
- como **conflictos motivacionales** en la psique del sujeto activo entre: *a)* la motivación normalmente intrínseca derivada de las normas informales adquiridas socioculturalmente y *b)* la motivación normalmente extrínseca derivada de las normas impuestas por la ley; esta manifestación tiende a ser resuelta en sede de inexigibilidad y de determinación de la pena.

CAPITOLO IV

RIASSUNTO E CONCLUSIONI

1. Prima parte: introduzione concettuale, metodologica e storica.

1.1. L'oggetto della ricerca e il suo contesto.

Oggetto della ricerca è stata la rilevanza che il «fattore culturale» in senso etnico deve avere nell'accertamento della responsabilità penale, in particolare nell'ordinamento italiano, spagnolo e tedesco. Tale questione è stata trattata negli ultimi anni dalla letteratura penalistica e dalla giurisprudenza dei tribunali in ambito penale, specialmente negli Stati Uniti ed in Italia. La ricerca ha come obbiettivo, quindi, di individuare se, ed in che misura, la diversità culturale possa essere causa sufficiente per l'esenzione, l'attenuazione o il non aggravamento della responsabilità penale dell'autore di una condotta tipizzata dalla legge penale. Questo tema copre quasi tutto lo scenario penale: dalla scelta delle condotte che devono essere tipizzate all'applicazione delle circostanze e dei criteri di individualizzazione della pena concreta, compresa la possibile sostituzione o sospensione di essa, incidendo così sulla teoria della norma giuridica (soprattutto nell'interpretazione di essa), sulla teoria del reato (specialmente a livello di giustificazione ed esigibilità) e sulla teoria della pena e dei suoi fini. Nel formulare la questione in termini prescrittivi di «*dover avere*» si è cercato di individuare una risposta altrettanto prescrittiva. Non si è trattato di una ricerca volta a conoscere empiricamente i fatti ma, piuttosto, del tentativo di dare una risposta giuridica partendo, ove necessario, da essi, anche attraveso l'uso di

strumenti ausiliari forniti da altre scienze. In altre parole, la questione è stata affrontata da una prospettiva giuridica tanto al punto di partenza quanto alla fine del percorso, ricorrendo ad elementi extragiuridici come lo stesso concetto di cultura.

L'oggetto di ricerca è stato posto nel contesto della ormai classica questione del multiculturalismo, termine al quale si possono ricondurre tre grandi significati: il *multiculturalismo come fatto* (situazione di convivenza fra gruppi etnici con culture diverse in uno stesso territorio), il *multiculturalismo come programma* (che difende l'adeguamento più o meno profondo delle strutture ed istituzioni politiche e giuridiche alla suddetta situazione di fatto) ed il *multiculturalismo come disciplina* (insieme di metodi e paradigmi che studiano la natura e gli effetti del pluralismo culturale nelle società umane). Per capire l'interesse nei confronti dei «reati culturali», secondo l'opinione maggioritaria della letteratura, si deve fare riferimento a due assi coordinati che consentirebbero di tracciare la mappa di questo dibattito: la *globalizzazione*, che si sarebbe vista intensificata negli ultimi decenni, con la quale vengono vincolati i *movimenti migratori di popolazione* fra aree culturali diverse; la *necessità di superare la Modernità*. Nell'ambito strettamente giudico vengono talvolta relativizzati principi fondamentali come quello della sovranità degli Stati, dell'uguaglianza fra i cittadini, del riconoscimento universale dei diritti umani e in ambito penale, in particolare, del principio di legalità e di colpevolezza.

1.2. Metodologia: critica, comparazione e costituzione.

La metodologia utilizzata ai fini di dare una risposta alla questione posta dalla ricerca è stata basata su tre aspetti intimamente vincolati ed interdipendenti:

— l'esercizio della funzione critica che può o deve competere al giurista, riconfigurando in questo caso lo stesso oggetto di ricerca (*rectius*: il

preconcetto di esso che viene «ereditato» dalla letteratura precedente) mediante un'analisi critica delle disposizioni normative relative e del contesto socio-storico nel quale sorgono, si sviluppano e vengono applicate;

— facendo parte di questo atteggiamento critico, l'utilizzo di un metodo comparativo basato sull'uso di certi spazi concettuali meramente operativi (basati sui corollari tradizionali dei principi sovraordinati in materia penale) all'interno dei quali è possibile l'analisi complessiva di categorie ed istituzioni di diversi ordinamenti giuridici;

— un «approccio costituzionalista» alla legislazione penale ordinaria, seguendo il metodo di Bricola e Donini, a partire dai principi in materia penale derivati dalle costituzioni statali, dal diritto dell'Unione europea e dal diritto internazionale.

1.3. La nozione di cultura in prospettiva critica e storica.

Il termine «cultura» ha diversi significati. Lo Zingarelli italiano offre come prima definizione: quel «*complesso di cognizioni, tradizioni, procedimenti tecnici, tipi di comportamento e simili, trasmessi e usati sistematicamente, caratteristico di un dato gruppo sociale, di un popolo, di un gruppo di popoli o dell'intera umanità*» e come seconda: il «*patrimonio di conoscenze di chi è colto*». In questo modo vengono riassunti i due grandi campi semantici che sono esistiti per il termine cultura: «*la definizione umanista che è sorta nell'Europa del Settecento in riferimento alle arte, la musica e le lettere, e la definizione antropologica che si è sviluppata nell'Ottocento per descrivere l'insieme totale di attività umane. Questo secondo significato faceva riferimento inizialmente all'insieme dell'umanità, ma*

si è gradualmente sviluppato un senso discreto e pluralista che affermava l'esistenza di culture diverse e separate»[654].

La prospettiva storica e critica nell'analisi della cultura è necessaria, poiché l'intransigenza dei sistemi penali europei continentali nei confronti dei reati culturali viene frequentemente spiegata dalla pretesa omogeneità culturale della base sociale sulla quale opererebbero i suddetti ordinamenti. Tale omogeneità sarebbe stata interrotta unicamente a causa dei recenti movimenti migratori che avrebbero condotto in Europa popolazioni dotate di nuove culture, proprie e diverse da quelle delle società d'accoglienza.

In realtà, la cultura era già un criterio di «categorizzazione» degli esseri umani anche prima della scoperta di popolazioni esotiche in nuovi continenti: ad esempio, gli ebrei costituivano già per l'Europa una certa alterità collettiva, alterità costruita in parte dagli strumenti giuridici dell'epoca. Un altro esempio, all'interno della storia europea, di gruppo collettivamente differenziato è stato quello degli zingari. Ciò nonostante, i discorsi che avevano preceduto la nascita dell'antropologia culturale si sono formati soprattutto a partire dell'arrivo degli europei in America nel 1492. Questo evento avrebbe segnato l'inizio di una lunga gestazione, nei successivi tre secoli, della disciplina antropologica e del concetto di cultura nel contesto della conquista di un continente del pianeta ad opera di un altro continente. Nel medesimo tempo si sarebbe diffuso inoltre il concetto di *razza* per spiegare la diversità umana. Le differenze fra il *paradigma della razza* (ormai superato) ed il *paradigma della cultura* (ad oggi egemonico) potrebbero talvolta non essere così profonde come possono invece sembrare *prima facie*. In entrambi i casi, infatti, si crea un vincolo fra l'attitudine psichica dell'individuo (nell'ambito legale la capacità, l'imputabilità, ecc.) e certe sue caratteristiche personali.

---

[654] Cfr. «Culture», in CALHOUN, C. (ed), *Dictionary of the Social Sciences*, Oxford University Press, New York, 2002, p. 105.

Successivamente, a partire dell'ultimo quarto dell'Ottocento accresce l'espansione imperialista delle potenze industriali. È in questo contesto che dobbiamo inquadrare la assai nota e citata definizione di cultura di Tylor, apparsa nella prima pagina della sua opera "*Primitive culture*": «*La cultura o civiltà, intesa nel suo ampio senso etnografico, è quell'insieme complesso che include la conoscenza, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, il costume e qualsiasi altra capacità e abitudine acquisita dall'uomo come membro di una società*»[655].

Questa definizione appare particolarmente rilevante in quanto, *in primis*, ha costituito la base su cui si sono sviluppate la teorie antropologiche e, in secondo luogo, continua ancora ad oggi ad essere utilizzata nel dibattito filosofico-politico e giuridico-penale. È certo che i fattori biologici o razziali hanno meno rilevanza nelle teorie di Tylor sull'evoluzione sociale rispetto a quella che possedevano nelle teorie precedentemente formúlate. Ciò nonostante, l'evoluzionismo culturale (che è alla base della definizione di Tylor) ha svolto storicamente una funzione di svalutazione delle culture che erano considerate come site in uno stadio culturale inferiore. È in questo senso che i postmoderni parlano di «violenza epistemica» derivata dal concetto di cultura, che è stata definita come «*lo strumento* [epistemologico] *usato dall'Occidente per costruire la sua conoscenza dell'Altro*» in un contesto di dominazione coloniale[656].

Per citare solo alcuni esempi della violenza applicata da parte delle leggi, possiamo avere riguardo all'Atto finale della Conferenza di Berlino del 1885 che, fra gli altri obbiettivi, pretendeva, all'articolo 6, di «*proteggere e favorire tutte le istituzioni e le imprese religiose, scientifiche e caritatevoli create e organizzate (...), che abbiano per obiettivo l'istruzione dei nativi e il portare nelle loro case le*

---

[655] Cfr. TYLOR, E., *Primitive Culture*, John Murrey, Londres, 1871 [ristampa parziale: «Cultura primitiva», in BOHANNAN / GLAZER (ed.), *Lecturas. Antropología*, 2ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 2007, pp. 64 e ss.].

[656] Cfr. PASQUINELLI, Carla / MELLINO, Miguel, *Cultura. Introduzione all'Antropologia*, Carocci, Roma, 2010, pp. 12 e ss.

benedizioni della civiltà». Possiamo anche citare la politica di classificazione razziale ed etnica della popolazione praticata nelle colonie dalle potenze europee, politica che si è vista successivamente applicata anche, con nefaste conseguenze, alla popolazione delle metropoli, particolarmente ad ebrei e zingari.

Superata la grande catastrofe della Seconda Guerra Mondiale, l'Europa diventa (prima i paesi del nord e dopo anche quelli del sud) una destinazione dell'immigrazione. L'interesse attuale per i «reati culturali» in Europa, sorto principalmente nell'ultimo decenio, è quasi sempre limitato a quest'ultima parte della storia del nostro continente. Tale aspetto è stato oggetto di critica nel corso della ricerca. La fonte principale che ha fornito i maggiori spunti agli europei è stata la teoria sulla *cultural defense*, teoria di origine statounitense del 1985 che prende il nome da un'anonima pubblicazione sull'*Harvard Law Review*[657], definita come «*una causa di esclusione o di attenuazione della responsabilità penale invocabile dal soggetto appartenente ad una minoranza etnica con cultura, abitudini ed usi diversi, o comunque in contrasto con quelli della cultura del sistema ospitante*»[658].

1.4. La ricezione del fattore etnico-culturale nei testi giuridici internazionali e costituzionali.

La funzione discriminatoria del concetto di cultura inizia a cambiare con il riconoscimento dei diritti etnico-culturali, in particolare con il Patto Internazionale

[657] Cfr. «The Cultural Defense in the Criminal Law», in *Harvard Law Review*, vol. 99, 1986, pp. 1293 e ss.

[658] Cfr. RENTELN, «In Defense of Culture in the Courtroom», in SHWEDER, MINOW e MARKUS (coord.), *Engaging Cultural Differences. The multicultural Challenge in Liberal Democracies*, 2002, p. 196.

sui Diritti Civili e Politici del 1966. L'analisi di questa normativa, sviluppata nella ricerca, consente di concludere che nei confronti del **diritto alla propria cultura**:

k) i testi giuridici fondamentali a livello sovranazionale prestano attenzione alla diversità culturale: ad esempio il diritto a partecipare alla vita culturale della comunità (art. 27.1 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948) o il rispetto alla diversità di culture e tradizioni (art. 22 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 2000);

l) l'articolo 5 della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965 riconosce il diritto a non essere discriminato in ragione dell'origine etnica nell'ambito, fra gli altri, della giustizia e della Pubblica Amministrazione, offrendo la possibilità agli Stati di stabilire un trattamento giuridico differenziato ai fini del raggiungimento dell'uguaglianza materiale (art. 4.1 della Convenzione suddetta);

m) il diritto internazionale riconosce, altresì, alle persone appartenenti ad una minoranza etnica, il diritto individuale ad avere la propria vita culturale (art. 27 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1966), diritto che consiste nel godere (entro i limiti della sovranità degli Stati e di altri diritti umani riconosciuti) della loro propria cultura, in tutte le sue manifestazioni, insieme ad altri membri del gruppo;

— l'esistenza del gruppo etnico minoritario non dipende dal riconoscimento dello Stato, ma deve comunque poter essere stabilita in funzione di criteri obbiettivi; essa è basata su un concetto etnico di cultura, diverso dalla minoranza religiosa e linguistica, applicabile anche alle persone migranti e vincolabile al concetto di cultura presente in altri testi giuridici internazionali;

— il riconoscimento di questo diritto richiede allo Stato l'adozione di misure indirizzate alla sua tutela nei confronti di eventuali violazioni da parte

dello Stato stesso o da parte di altri privati, misure che possono consistere anche in eccezioni alla clausula di uguaglianza davanti alla legge, e che risulterebbero legittime qualora fossero basate su criteri ragionevoli ed obbiettivi;

n) la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha riconosciuto il diritto a mantenere un'identità minoritaria sulla base di quanto previsto dall'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo come parte di un «emergente consenso internazionale» nei confronti dei diritti delle minoranze;

o) questo riconoscimento sovranazionale non viene riflesso direttamente nelle costituzioni europee a livello penale, ma deve essere integrato con i principi costituzionali di uguaglianza (in particolare, uguaglianza materiale), libero sviluppo della personalità e pluralismo.

2. Seconda parte: il «reato culturale» e la responsabilità penale personale del suo autore alla luce dei principi costituzionali.

2.1. Schema generale.

Di seguito si riporta in modo schematico il riassunto dell'esposizione dei capitoli III e IV della ricerca. Tale esposizione è stata sistematizzata in funzione dei principi costituzionali che sono stati posti alla base del lavoro analitico, seguiti dalle categorie tradizionali della teoria della norma, del reato e della pena delle quali è stato fatto uso per concretare l'analisi, concludendo con le conseguenze che l'applicazione dei principi menzionati ha sull'oggetto del nostro studio all'interno di ogni categoria.

<table>
<tr><th colspan="2">PRINCIPI</th><th>CATEGORIE TRADIZIONALI</th><th>CONSEGUENZE SULL'OGGETTO DELLA RICERCA</th></tr>
<tr><td colspan="2" rowspan="2">Principio di legalità, fondamento democratico (III.2.1).</td><td rowspan="2">Tipicità (funzione di garanzia)</td><td>Esclusione dal nostro oggetto di ricerca delle infrazioni culturali non previste dalla legge penale (III.2.2).</td></tr>
<tr><td>Necessità di un fondamento addizionale per l'esenzione o attenuazione in casi di punizione culturale (III.2.2).</td></tr>
<tr><td colspan="2">Principio di offensività potenziale (III.2.3).</td><td>Legittimità della tipizzazione</td><td>Proposta di depenalizzazione delle mere infrazioni culturali previste dalla legge penale (III.2.4), in particolare, l'incesto (III.3).</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Sovranità degli stati nel rispetto dell'uguaglianza (III-4-1-)</td><td>Principio di uguaglianza formale vs. principio di pluralismo (III.4.2).</td><td>Vigenza nello spazio e nelle persone della norma (immunità personali, ecc.) (III.4.1 y III.4.2).</td><td>Possibilità di scelta per il legislatore, nella cornice costituzionale europea, fra un modello multiculturalista (forte o debole) o assimilazionista (egualitario o indulgente) (III.4.1), sempre nel rispetto del principio di uguaglianza formale (III.4.2).</td></tr>
<tr><td>Divieto di analogia vs principio di pluralismo (III.4.3).</td><td>Interpretazione della norma (III.4.3).</td><td rowspan="2">Possibilità nell'attuale cornice costituzionale di un'interpretazione culturalmente pluralista degli elementi normativi del tipo e delle cause di giustificazione, entro certi limiti (III.4.3)</td></tr>
<tr><td colspan="2" rowspan="2">Principio di offensività attuale (III.5.1)</td><td>Adeguazione socio-culturale della condotta (III.5.2)</td></tr>
<tr><td>Esercizio di un diritto (III.5.3)</td><td>- Possibilità di considerare l'esercizio del diritto alla propria cultura come causa di</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td></td><td colspan="2">Stato di necessità scriminante (III.5.3)</td><td>giustificazione entro certi limiti (III.5.3)
- Proposta di procedimentalizzazione in casi di conflitti normativi con beni giuridici rilevanti, in particolare nel caso dell’ablazione (III.6)</td></tr>
<tr><td rowspan="7">Principio di personalità della responsabilità penale e della pena (IV.1)</td><td rowspan="2">Possibilità di motivazione</td><td>Dolo (IV.2.1)</td><td>Possibilità di assenza di dolo come conflitto cognitivo o come errore indotto da esso (IV.2.1)</td></tr>
<tr><td>Coscienza dell’antigiuridicità (IV.2.2)</td><td>Possibilità di errore di divieto culturalmente motivato solo nei casi di ignoranza inevitabile della norma (IV.2.2.)</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Normalità della motivabilità</td><td>Imputabilità (IV.3)</td><td>L’autore di un reato culturale sarebbe non imputabile solo per un disturbo mentale indotto da un conflitto motivazionale (IV.3)</td></tr>
<tr><td>Inesigibilità (IV.4.1)</td><td rowspan="2">Possibilità di dichiarare uno stato di necessità scusante (totale o parziale) e di attenuare la pena in casi di conflitto motivazionale (IV.4.1 y IV.4.2).</td></tr>
<tr><td>Motivazione culturale come fattore di individualizzazione della pena (IV.4.2)</td></tr>
<tr><td rowspan="4">Altri criteri di personalizazzazione</td><td>Gravità del fatto</td><td rowspan="3">Possibilità di far rilevare la diversità culturale in questa sede (IV.5.1 y 5.2).</td></tr>
<tr><td>Circostanze personali del reo</td></tr>
<tr><td>Clausole generali di attenuazione</td></tr>
<tr><td>Pene sostitutive</td><td>Convenienza di sostituire la pena per programmi di educazione in valori costituzionali (IV.5.3).</td></tr>
</table>

2.2. Il reato culturale in senso stretto ed in senso lato e la distinzione rispetto alle infrazioni culturali previste e non previste dalla legge penale.

La nozione di reati culturali copre nella letteratura giuridico-penale uno spazio molto eterogeneo. I criteri di individuazione sono talvolta estranei al dato giuridico, per cui il loro valore è limitato all'opera dell'autore che li propone. Nella ricerca si è tentato di accertare lo spazio dei reati culturali escludendo dal loro ambito le mere infrazioni culturali, previste o meno dalla legge penale, per successivamente distinguire fra reato culturale in senso stretto e reato culturale in senso lato.

In primo luogo, secondo il principio di legalità, non vi è reato senza un'espressa incriminazione da parte di una legge penale approvata dal Parlamento. Pertanto, i precetti emanati da istanze diverse non possono legittimamente minacciare i cittadini con una pena, e quindi non costituiscono altro che **mere infrazioni culturali non previste dalla legge penale**, come i peccati, i c.d. «reati coranici», ecc. Il principio di legalità comporta inoltre che non sia possibile esimere o attenuare la responsabilità penale qualora il reato sia la manifestazione di una **punizione nei confronti di un'infrazione culturale non prevista dalla legge penale**, poiché ciò rappresenterebbe, sempre che l'esenzione o attenuazione non sia dovuta a cause relative alla personalizzazione della responsabilità penale, un riconoscimento da parte dello Stato di uno *ius puniendi* al gruppo culturale.

In secondo luogo, secondo il principio di offensività in potenza[659], alcuni reati non dovrebbero essere considerati tali, poiché la loro incriminazione è fondata

[659] Ho sostenuto nel corso della ricerca, in primo luogo, che manca l'**offensività in potenza** di un tipo penale qualora nessuno dei fatti che possono sussumersi nella descrizione tipica siano potenzialmente in grado di ledere o mettere pericolo concreto un bene giuridico costituzionalmente legittimo. Un tipo penale con queste caratteristiche, a mio avviso, descrive un fatto punito dalla legge, ma non un reato in senso giuridico-costituzionale. In secondo luogo, l'azione o omissione concretamente realizzata non sarà penalmente **offensiva in atto** nei casi in cui sia riconosciuta

unicamente su ragioni morali e non sulla prevenzione di un'offesa rilevante in relazione ad un bene giuridico costituzionalmente legittimo: queste sarebbero **mere infrazioni culturali previste dalla legge penale**. Dal momento che vi sono comunque condotte che offendono veri e propri beni giuridici e che rientrano nella categoria di reati culturali, depenalizzare questo tipo di condotte non risolve l'intera questione, ma limita l'ambito della questione alla sua giusta misura. Il carattere multiculturale della società potrebbe diventare così un'opportunità per una riforma della parte speciale del diritto penale tendenzialmente depenalizzatrice.

In terzo luogo, è necessario distinguere, nello spazio restante, fra **reati culturali in senso stretto** e reati culturali in senso lato. Il primo tipo di reati è rappresentato da quelle condotte che, essendo penalmente tipiche, costituiscono un esercizio del diritto alla propria cultura, poiché l'autore di esse rimane fedele, in modo conscio o inconscio, alla propria cultura minoritaria. Ciò nonostante, non vi sarà sempre spazio per un'esenzione o attenuazione della responsabilità penale in questi casi. Il diritto alla propria cultura deve confrontarsi con altri diritti e principi costituzionali. In particolare, in questa ricerca si è analizzata la possibile interpretazione pluralista dei suoi elementi normativo-culturali e la sua possibile giustificazione per via dell'esercizio di un diritto o della procedimentalizzazione. I **reati culturali in senso lato**, al contrario, sono una categoria molto meno ristretta, contenendo, oltre ai reati culturali in senso stretto, tutti i reati culturalmente motivati in senso generale, i reati di matrice religiosa, i reati per convinzioni, i reati per coscienza, ecc., cioè, tutti quei fatti illeciti la cui commissione è attuata dall'agente in funzione di un *sistema di valori* o di una *cosmovisione* che è in conflitto con il sistema tutelato dalla norma penale.

---

socio-culturalmente come esterna all'ambito materiale della norma penale (condotte socialmente adeguate), e nei casi in cui, in presenza di una causa di giustificazione motivata dal concorso di altri interessi in conflitto, la condotta tipica non abbia rilevanza penale, cioè, non sia ritenuta una condotta vietata dalla legge penale.

A grandi linee si può dire, facendo riferimento ad una distinzione fatta da Baratta[660], che nei reati culturali in senso stretto vi è un «conflitto di norme» fra la norma penale ed il diritto alla propria cultura, mentre nel reato culturale in senso lato vi è un «conflitto di motivazione» a livello psichico del soggetto individuale. Nel corso della ricerca sono state poi valutate e proposto alcune soluzioni per ognuna di queste fattispecie.

2.3. Le possibili soluzioni per i reati culturali in senso stretto.

Le possibili soluzioni per i reati culturali in senso stretto sono basate sul diritto alla propria cultura, di origine giuridico-internazionale, e sui principi di uguaglianza materiale, libero sviluppo della personalità ed offensività in atto, di matrice costituzionale.

La prima delle soluzioni analizzate consiste nell'interpretare gli **elementi normativo-culturali del tipo** in modo culturalmente pluralista in sede giudiziaria, cioè accertare il loro contenuto in funzione non di una valutazione sociale maggioritaria ma minoritaria, propria del gruppo etnico in questione. Questa interpretazione pluralista può essere vista come una conseguenza dell'obbligo facente capo a tutti i poteri pubblici statali di rispettare il diritto alla propria cultura dei singoli appartenenti ai gruppi etnici minoritari. Questo obbligo di tenere in conto il pluralismo sociale e culturale deve però confrontarsi con il divieto di analogía *in malam partem* e il principio di uguaglianza formale. In primo luogo, come garanzia per il soggetto attivo, il *divieto di analogia in malam partem* implica che l'eventuale interpretazione pluralista non possa avere come conseguenza la condanna di una persona per un fatto che non costituisca reato

[660] Cfr. BARATTA, Alessandro, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofía e alla critica del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 7 e ss.

secondo l'interpretazione maggioritaria. In secondo luogo, a garanzia del soggetto passivo, qualora si tratti di un individuo, esso deve avere accesso, secondo il contenuto essenziale dell'*uguaglianza formale*, allo stesso grado di tutela prevista per il resto dei consociati a meno che, nell'esercizio del *diritto alla propria cultura*, decida volontariamente, in modo espresso o tacito, di rimanere fedele alla propria tradizione culturale, accettando la condotta del soggetto attivo.

La seconda delle soluzioni riguarda l'**esercizio del diritto alla propria cultura** come causa di giustificazione. E' possibile stabilire due requisiti per la piena efficacia scriminante del diritto suddetto, relativi alla sua titolarità e al suo contenuto: a) che mediante la condotta tipica l'autore rimanga fedele alla cultura di una minoranza etnica della quale è membro, a prescindere dal fatto che essa sia riconosciuta o meno dallo Stato; b) che il bene giuridico che la condotta tipica avrebbe potuto potenzialmente offendere non sia la vita, il diritto a non essere soggetto a tortura o trattamento crudele, inumano o degradante, il diritto a non essere sottomesso a schiavitù, servitù o lavori forzati, la libertà personale e di residenza, il diritto ad un processo giusto, l'onore e la vita privata, la libertà di pensiero, coscienza, religione o opinione, il diritto di riunione, il diritto di associazione e in particolare di costituire associazioni sindacali, la libertà di contrarre matrimonio, ecc., poiché il riconoscimento del diritto alla propria cultura è subordinato dal diritto internazionale stesso al rispetto dei diritti umani summenzionati.

La terza delle soluzioni, *de lege ferenda*, è la **procedimentalizzazione**, alla quale il diritto penale moderno fa ricorso sempre più frequentemente come fondamento della liceità penale in via eccezionale, una volta accertate determinate circostanze legalmente stabilite, di condotte che di per sé l'ordinamento considererebbe potenzialmente offensive[661]. In particolare, si è proposta la previsione di una

[661] Cfr. DONINI, Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*,Giuffrè, Milano, 2004, pp. 27 e ss.

causa di giustificazione procedimentale che andrebbe a scriminare la **circoncisione femminile** in alcuni casi. Il fondamento di questa soluzione sarebbe rendere compatibili, in un contesto di sicurezza giuridica e di riduzione del danno, i diversi interessi in conflitto. Da un lato, nei confronti di colei il cui corpo viene modificato: il libero sviluppo della personalità, il diritto alla propria cultura ed il diritto alla salute (intesa come «*stato di completo benessere fisico, mentale e sociale*»[662]); dall'altro lato, nei confronti degli interessi collettivi: l'interesse di preservare l'integrità fisica dei soggetti ed il dovere dello Stato di promuovere l'uguaglianza fra uomini e donne.

Questa soluzione potrebbe essere eseguita tecnicamente mediante una disposizione legale *ad hoc*, la quale non solo descriverebbe le circostanze che andrebbero a scriminare il fatto penalmente tipico di lesioni ma includerebbe anche misure extrapenali sia di consapevolezza dei possibili rischi a livello generale nei gruppi etnici di riferimento sia di informazione in concreto a chi richiede l'intervento. A questo riguardo, i requisiti minimi che dovrebbero essere stabiliti per accertare la situazione scriminante potrebbero essere i seguenti:

- consenso informato dell'interessata o dei loro rappresentanti;
- esecuzione dell'intervento da parte di un medico chirurgo con una certa specializzazione;
- operazione in un centro la cui idoneità a realizzare questo tipo di interventi in condizioni di sicurezza sia stata certificata in precedenza;
- intervento nel modo più lieve e reversibile possibile rispettando le esigenze rituali.

Questa soluzione non deve essere interpretata come un sostegno da parte dell'ordinamento giuridico alla pratica della circoncisione femminile, ma piuttosto come un'alternativa volta ad evitare mali maggiori alle bambine sottoposte

[662] Cfr. il preambolo della Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Salute.

all'intervento da parte dei genitori che non sono disposti a rinunciare a tale pratica.

2.4. Le possibili soluzioni per i reati culturali in senso lato.

Le possibili soluzioni per i reati culturali in senso lato sono basate sul principio di personalità della responsabilità penale. Gli aspetti di tale principio che possono avere rilevanza nel contesto del nostro oggetto di ricerca sono:

- l'esigenza, da una parte, che vi sia possibilità obbiettiva di motivazione e che l'autore abbia capacità personale per motivarsi e, dall'altra parte, che la capacità per motivarsi sia normale in generale e nel caso concreto;
- l'ulteriore personalizzazione della responsabilità penale dell'auote in funzione di altri criteri non relativi alla motivabilità per norme, come la gravità del fatto o le circostanze personali del reo;
- la personalizzazione della pena concreta che deve essere imposta alla luce della funzione preventivo-speciale di rieducazione della pena.

La prima delle possibili soluzioni è relativa, pertanto, all'assenza di dolo, che può essere dovuta ad un conflitto cognitivo qualora l'autore abbia una rappresentazione mentale di uno degli elementi tipici che non coincide con quella maggioritaria. Questo è possibile giacché «*le categorie mentali, più che nella natura, risiedono nella cultura che fornisce* [ai soggetti] *i criteri di classificazione*»[663]. Pertanto, nei casi in cui l'elemento descrittivo costituisca una categoria, sussisterà un errore sul fatto se l'interpretazione data nella cultura maggioritaria all'elemento citato non coinciderà con quella attribuitale nella cultura minoritaria. Rinviamo in questa sede a quanto riferito sulla possibilità di

[663] Cfr. ANOLLI, L., *Psicologia della cultura*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 150 e ss.

un'interpretazione pluralista degli elementi tipici. In altri casi, l'assenza di dolo non coincide con il conflitto cognitivo in sé, ma con un **conflitto nella classificazione dei fatti**: in questi casi le categorie mentali dell'autore coincidono con quelle socialmente maggioritarie, l'assenza di dolo, invece, è dovuta ad un errore indotto dalla diversità culturale nell'attribuzione di un fatto ad una certa categoria.

Per quanto riguarda la seconda delle possibili soluzioni ossia l'eventuale **errore sul precetto culturalmente condizionato**, si dovrebbe tenere presente che la scusabilità dell'ignoranza della legge è da dedurre sostanzialmente dalle circostanze personali del soggetto e dalla profondità della sua integrazione nella cultura maggioritaria, a prescindere dal fatto che l'autore sia o meno straniero. E' dunque necessario un grande scollamento fra il soggetto e la cultura maggioritaria, scollamento che andrà accertato attraverso le conoscenze linguistiche, il tempo di esposizione alla cultura maggioritaria, i rapporti sociali, ecc., per potere riconoscere l'ignoranza scusabile dalla legge, soprattuto nei casi dei reati la cui antigiuridicità è immediatamente «visibile» da parte di tutti.

Ricorrere a criteri di imputabilità come terza possibile soluzione sembrerebbe compatibile con la dignità dell'autore di un reato culturale unicamente qualora la diversità culturale venga considerata una situazione equivalente o analoga, ma non coincidente, all'alterazione psichica di base patológica ad esempio nel caso di uno **stato di alterazione psichica agevolato** da un'esasperazione del conflitto motivazionale che può subire il soggetto.

In questa direzione si muove la quarta delle possibili soluzioni, basata su criteri di inesigibilità, nel caso di un **conflitto motivazionale** che non sia sufficiente per indurre un'alterazione psichica rilevante a livello di imputabilità. All'interno di tale conflitto si confrontano la motivazione derivata dalla socializzazione dell'autore e la motivazione da parte della norma penale. L'eventuale minore esigibilità si fonderebbe sulla maggiore difficoltà, per chi si è socializzato in valori culturali diversi, nel conformarsi ad una motivazione normale secondo le

esigenze proprie dell'ordinamento. Questo conflitto motivazionale non solo è presente in sede di inesigibilità, ma anche a livello di commisurazione della pena sotto forma di **motivi per delinquere**.

Un'ulteriore, quinta, soluzione potrebbe essere costituita da alcuni criteri di concretizzazione della responsabilità penale e della pena che rispondono ad altri corollari del carattere personale della responsabilità penale, e che potrebbero offrire uno spazio per l'attenuazione in ragione del fattore culturale, ad esempio la **gravità del fatto**, le **circostanze personali** o le **clausole generali di attenuazione**.

Infine, si può dire che nei casi di sostituzione della pena di reclusione o di sospensione della sua esecuzione, la legge penale consente al giudice, in Spagna ed in Germania, di imporre delle regole di condotta anche di carattere formativo o educativo. Alcune di queste misure potrebbero consistere in corsi sui valori giuridici fondamentali degli ordinamenti costituzionali, valori come la libertà individuale, la solidarietà e l'uguaglianza, in modo particolare, fra uomini e donne.

3. Considerazioni conclusive.

Riassumendo, possiamo concludere che il fattore culturale implica nell'ambito penale l'esistenza di conflitti culturali, i quali incidono sul piano giuridico su tre livelli distinti, con diverse conseguenze in ognuna delle sue tre manifestazioni:

- come **conflitti normativi** fra: *a)* le norme informali o culturali, non necessariamente etniche e *b)* le norme formali derivate dalle disposizioni penali e dalla loro applicazione pratica. Questa manifestazione del conflitto culturale viene risolta in tre diversi modi: cercando di promuovere un cambiamento nella norma culturale mediante il controllo sociale informale; rendendo giuridico il conflitto tramite il riconoscimento

del diritto alla propria cultura in alcuni casi; reinterpretando o riformulando la norma formale per trovare un punto di incontro fra entrambi i sistemi, soprattutto mediante la procedimentalizzazione.

— Come **conflitti cognitivi** fra: *a)* la cosmovisione del soggetto nei confronti del mondo che lo circonda e *b)* la cosmovisione attraverso la quale il giudice interpreta gli elementi oggettivi del tipo. Tale manifestazione può essere risolta come impossibilità di motivazione derivata da un'assenza di dolo o dall'ignoranza scusabile della legge.

— Come **conflitti motivazionali** nella psiche del soggetto attivo fra: *a)* la motivazione normalmente intrinseca derivata dalle norme informali socio-culturalmente acquiste e *b)* la motivazione normalmente estrinseca derivata dalle norme imposte dalla legge. Quest'ultima manifestazione è tendenzialmente risolta in sede di inesigibilità e di commisurazione della pena.

KAPITEL IV

FAZIT

1. Ertser Teil: begriffliche, methodologische und historische Grundlagen.

1.1. Forschungsfrage im Kontext.

Unsere **Forschungsfrage** ist die Relevanz des kulturellen Umstandes im ethnischen Sinn für die strafrechtliche Haftung, insbesondere nach den spanischen, italienischen und deutschen Rechtsordnungen. Dieses Thema haben Lehre und Rechtsprechung in den letzten Jahren behandelt, besonders in den Vereigneten Staaten und Italien. Unsere Untersuchung geht mit der Frage um, ob und inwieweit die kulturelle Verschiedenheit des Täters in der Lage ist, die strafrechtliche Verantwortung auszuschließen oder sie zu mildern bzw. nicht zu erschweren. Diese Frage breitet sich auf das ganzes *theatrum poenarum* aus: von der gesetzgeberischen Auswahl der Handlungen, die bestraft sollten, bis zur Anwendung Milderungsgründe oder Strafzumessungsregeln, oder der eventuellen Aussetzung oder Ersetzung der Strafe. Sie bezieht sich auf die Normentheorie (besonders auf die Auslegung der Normen), auf die Verbrechenslehre (besonders auf rechtsfertigendem und verantwortungsauschließendem Ebene) und auf die Strafzweckstheorie. Diese Forschung ist nicht wesentlich empirisch gewesen. Sie hat nicht danach gestrebt, Kenntnis von objektiven Tatsachen zu erhalten, sondern, anchand der schon vorhandenen wissenschaftlichen Kenntnisse über die

Kultur, eine juristisch normative Antwort zu geben. Also, die Untersuchung geht von einer juristischen Frage aus, versucht in eine juristische Antwort einzutreffen und greift inzwischen auf außerrechtliche Begriffe zurück, wie z.B. Kultur, kulturelle Vielfalt, kulturelle Identität, usw.

Wir haben unsere Forschungsfrage im **Kontext** der schon klassischen Problems des Multikulturalismus gestellt, mehrdeutiger Ausdruck mit drei Hauptbedeutungen: der *Multikulturalismus als Tatsache* (auch als Multikulturalität gennant: tasächliches Zusammenleben von ethnischen Gruppen mit unterschiedlichen Kulturen im selben Gebiet), der *Multikulturalismus als Programm* (der Schutz und die Anerkennung der tatsächlichen Multikulturalität) und der *Multikulturalismus als Lehrfach* (Inbegriff von Fragen und Methoden, der den Eigenschaften und Auswirkungen der Multikulturalität wissenschaftlich behandelt). Um die Entstehung des Themas der «kulturellen Delikte» zu verstehen, muss man nach herrschender Meinung Bezug auf zwei Koordinatenachsen nehmen: die *Globalisierung*, die in den letzten Jahre intensiver geworden und mit den zwischen unterschiedlichen Kulturkreise *Bevölkerungswanderungen* verbunden sei, und die Tendenz zur *Überwindung der Modernität*. Im juristischen Bereich findet manchmal eine Relativierung von Grundsätze statt, wie z.B. die Souveränität der Staaten, die Gleichheit der Bürger, die Anerkennung der Menschenrechte und, besonders im strafrechtlichen Bereich, eine Relativierung der Gesetzlichkeits- und Schuldprinzipien.

1.2. Kritische, rechtsvergleichende und verfassungsorientierte Methodologie.

Die mit dem Ziel dazu angewendete Methodologie, eine Antwort auf unsere Forschungsfrage zu geben, basiert sich auf drei sehr eng verbundenen, voneinander abhängigen Merkmale:

- die kritische Funktion, die die Juristen ausüben sollten, erfordert, in diesem Fall ‚das Wiederaufwerfen derselben Forschungfrage mittels einer kritischen Analyse über den sozialen und historischen Kontext der Entstehung und der Entwicklung der Rechtsvorschriften;
- die Anwendung eines rechtsvergleichenden, auf der Benutzung von weiten Prinzipien und Begriffe basierenden Methode, die verschiedenartigen Kategorien von verschiedenen Rechtsordnungen in einem einzigen Raum in der Lage ist, zu versammeln;
- ein der Spur von Bricola und Donini folgender[664], «verfassungsorientierter Ansatz» (*approccio costituzionalistico*), der von den staatlichen verfassungs-, unions- und völkerrechtlichen Grundsätze ausgeht, zum strafrechtlichen Gesetze.

1.3. Der Kulturbegriff aus historisch-kritischen Sicht.

«Kultur» ist ein mehrdeutiger Ausdruck. Das Wörterbuch Duden enthält fünf Definitionen, von denen manchen für uns relevant sind: zuerst, die «Gesamtheit der von einer bestimmten Gemeinschaft auf einem bestimmten Gebiet während einer bestimmten Epoche geschaffenen, charakteristischen geistigen, künstlerischen, gestaltenden Leistungen»; zweitens: «Verfeinerung, Kultiviertheit einer menschlichen Betätigung, Äußerung, Hervorbringung» oder «Kultiviertheit

---

[664] Vgl. BRICOLA, Franco, «Teoria generale del reato», in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Turin, 1973, SS. 7-93; DONINI, Massimo, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Mailand, 2011; ID., «L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali», in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2012, SS. 51-74.

einer Person». Kurz gesagt, zwei sind die Wortfelder von Kultur: «die humanistische Definition, die in Europa im 18. Jahrhundert unter Hinweis auf die Künste, die Musik und die Literatur entstand, und die anthropologische Definition, die sich im 19. Jahrhundert entwickelte, um den Inbegriff aller menschlichen Tätigkeiten zu beschreiben. Die zweite Bedeutung nahm Bezug anfänglich auf die Menschheit zur Gänze, aber entwickelte allmhälich einen diskreten und pluralisten Sinne, der die Existenz von unterschiedlichen und getrennten Kulturen behauptet»[665].

Der historisch-kritische Standpunkt für die Analyse des Kulturbegriffes ist besonders notwendig, da die Indifferenz und Intolleranz der europäischen Rechtsordnungen gegenüber der kulturellen Verschiedenheit begründet wird, indem die herrschende Meinung einer (vermutenen) kulturellen Homogenität des sozialen Unterbaues vorbringet, auf der die Rechtsordnungen sich entwickelten würden. Die erwähnte Homogenität sei verschwunden lediglich oder hauptsächlich aufgrund der zeitgeschichtlichen, internationalen Migrationen, die Menschen mit anderen, neuen, eingenen Kulturen nach Europa gebracht hätte.

Im Gegegsatz dazu, kulturähnliche Begriffe waren schon vor der «Entdeckung» der exotischen Bevölkerung aus Übersee ein Kategorisierungskriterium. Nach diesem Kriterium wurden die Menschen in verschiedenen Gruppen sortiert. Zum Beispiel stellten Juden, teilweise aufgrund des in jener Zeit vorhandenen Rechts, ein «kollektives Anderssein» dar. Auch mit Zigeuner ist in dieser Hinsicht zu rechnen. Allerdings, die Diskurse, die der Geburt der Anthropologie vorausgingen, entwickelten sich hauptsächlich seit der Ankunft der Europäer nach Amerika im Jahre 1492. Dieses Ereignis zeigt den Beginn der drei Jahrhunderte langer Reifungsprozess der Disziplin der Kulturanthropologie und des Kulturbegriffes im Zusammenhang mit der Eroberung eines ganzes Kontinents

---

[665] Vgl. «Culture», in CALHOUN, C. (herausg.), *Dictionary of the Social Sciences*, Oxford University Press, New York, 2002, S. 105.

des Planetes an. In der Zwischenzeit verbreitete sich auch, um menschliche Vielfalt zu erklären, das Rassenbegriff. Die Unterschiede zwischen dem *Rassenparadigma* (schon überholt) und dem *Kulturparadigma* (heute hegemonisch) sind vielleicht nicht so tief, wie sie zunächst aussiehen. In beiden Fällen werden geistigen und körperlichen Fähigkeiten des Einzelnen (im Strafrechtsgebiet: Schuldfähigkeit, usw.) mit bestimmten persönlichen Eigenschaften in Verbindung gebracht.

Seit dem letzten Viertel des 19. Jahunderts, wird die imperialistische Ausdehnung der Kolonialmächte intensiver. Genau aus diesem Kontext entstand der weltberühmter Kulturbegriff Tylors, der auf der ersten Seite seines Werkes „Primitive Culture“ gegebne wurde:

> « jener Inbegriff von Wissen, Glauben, Kunst, Moral, Gesetz, Sitte und alle übrigen Fähigkeiten und Gewohnheiten, welche der Mensch als Glied der Gesellschaft sich angeeignet hat »[666].

Diese Definition bildet das Substrat, auf dem die Entwicklung der anthropologischen Theorie beruhte und wird, auch im strafrechtlichen Gebiet, weiterhin heute verwendet. Es ist wahr, dass nach Tylors Theorien der sozialen Evolution verlieren biologischen und rassischen Faktoren Gewicht, im Vergleich zu früheren Theorien, Die biologischen und rassischen Faktoren verlieren zwar Gewicht nach Tylors Theorien der soziokulturellen Evolution im Vergliech mit früheren Einstellungen, aber der kultureller Evolutionismus, der zugrunde der Definition Tylors liegt, hat im Verlauf der Geschichte eine Abwertungsfunktion der ethnisch-kulturullen Gruppen ausgeübt, die in minder ziviliserten Entwicklungstufen gelegt würden. Es ist in diesem Sinne, dass die Postmoderne über eine aus dem Kulturbegriff stammende, „epistemische Gewalt“ redet. Die Kultur sei „das (epistemologische) Werkzeug mit dem der Westen sich eingedeckt

---

[666] Vgl. TYLOR, E., *Primitive Culture*, John Murrey, London, 1871.

hat, um sein Verständnis über dem Andere“ in einem Kontext von Kolonialherrschaft „zu bauen“[667].

Ein Beispiel für diese durch den Rechtsvorschriften angewendete Gewalt kann der Artikel 6 der General-Akte der Berliner Konferenz (Kongokonferenz) von 1885 sein. Gemäß diesem Artikel „werden [die Staaten] ohne Unterschied der Nationalität oder des Kultus alle religiösen, wissenschaftlichen und wohlthätigen Einrichtungen und Unternehmungen schützen und begünstigen, welche zu jenem Zweck geschaffen und organisiert sind, oder dahin zielen, die Eingeborenen zu unterrichten und ihnen die Vorteile der Zivilisation verständlich und werth zu machen“. Die rassische und ethnische Klassifizierungspolitik im Hinsicht der kolonisierten Bevölkerung ist auch anzuführen. Sie wurde mit schlimmen Folgen auch für die Bevölkerung der Metropole (vor allen Juden und Zigeuner) durch die Rassengesetze angewendet.

Nach dem Zweiten Weltkriegs wurden zuerst nordeuropäische und danach auch südeuropäische Länder Migrationszielen. Das gegenwärtige, in den letzten zehn Jahren verstärkende Interesse an kulturellen Delikte in Europa entsteht hauptsächlich aus diesem letzten Teil der Geschichte unseres Kontinents. Diese ist meiner Meinung nach eine beschränkte Sichtweise, die wir im Laufe der Untersuchung kritisiert haben. Die wichtigste Quelle, aus der die Europäer ihre Überlegungen exzerpiert haben, war die Theorie der *cultural defense*. Sie entspringte in den Vereinigten Staaten im Jahr 1985 aus einer anonymer Veröffentlichung im *Harvard Law Review*[668].

---

[667] Vgl. PASQUINELLI / MELLINO, *Cultura…*, cit., SS. 12 ff.

[668] Vgl. *The Cultural Defense in the Criminal Law*, Harvard Law Review, v. 99, 1986, SS. 1293 ff.

1.4. Die Übernahme des Kulturbegriffes als Inhalt der kulturellen Rechte in die völker- und verfassungsrechtlichen Texten.

Die diskriminierende Wirkung des Kulturbegriffes beginnt, sich mit der Anerkennung der kulturellen Delikte (insbosondere durch den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte) zu verändern. Es folgert aus unseren Analyse über den **Recht auf die eigene Kultur**, dass:

a) die grundlegenden Texte über Grundrechte beachten die kulturellen Rechte im ethnischen Sinne, z. B. der Artikel 27.1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte („das Recht, am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen") oder der Artikel 22 der Charta der Grundrechte der Europäische Union („Die Union achtet die Vielfalt der Kulturen");

b) das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung erkennt das Recht „auf Gleichbehandlung vor den Gerichten und allen sonstigen Organen der Rechtspflege" (Artikel 5);

c) der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte fest außerdem setz, dass „in Staaten mit ethnischen (...) Minderheiten darf Angehörigen solcher Minderheiten nicht das Recht vorenthalten werden, gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen" (Artikel 27); nache dem dem UN-Menschenrechtsausschuss besteht dieses Recht darin, aus der eigenen Kultur individuell und kollektiv ein durch die Souveränität der Staaten und andere Menschenrechte begrenztes Nutzen zu ziehen;

– die Existenz der ethnischen Minderheit hänge nicht von der Anerkennung des Staates an, sie sei aber durch „objektive Kriterien" festzustellen; dieses Recht basiere auf einem breiten, ethnischen Kulturbegriff, die sich von der religiösen oder sprachlichen Minderheit unterschiede, und gelte auch für Migranten;

— die Anerkennung dieses Rechtes verpflichte den Staat, Maßnahmen mit dem Zweck zu ergreifen, seine Ausübung im Hinsicht des Staates oder anderer Menschen zu schützen; diese Verpflichtung umfasst auch eventuelle Ausnahmen von der Gleichbehandlungsklausel, deren Legitimität auf der Berücksichtigung vernüftigen und objektiven Kriterien abhängigkeit ist;

d) der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat nach dem Artikel 8 EMRK das Recht anerkannt, als Teil eines „neuen internationalen Konsenses“ in Bezug auf die Rechte von Minderheiten, eine ethnische Minderheitsidentität zu erhalten;

e) diese supranationale Anerkennung entspricht keiner expliziten, strafrechtlich relevanten Übernahme in europäischen Verfassungen, sondern muss mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen von Gleichheit (besonders materielle Gleichheit), freie Entfaltung der Persönlichkeit und Pluralismus integriert werden.

2. Zweiter Teil: der «kulturelle Delikt» und die persönliche strafrechtliche Haftung des Täters nach den verfassungsrechtlichen Grundsätze.

2.1. Schematische Vorstellung.

Die folgende schematische Vorstellung der Kapitel III und IV dieser Untersuchung ist nach den Grundsätzen geordnet, die von Fall zu Fall die Analyse klar gemacht hat; kommen danach die traditionellen Kategorien der Normentheorie, der Verbrechenslehre oder der Strafzweckstheorie, und schließlich die Auswirkungen, die die Anwendung jeder Grundsätze in jede traditionelle Kategorie für die Forschungsfrage hat.

<table>
<tr><th colspan="2">GRUNDSÄTZE</th><th>TRADIZIONELLEN KATEGORIEN</th><th>AUSWIRKUNGEN FÜR DIE FORSCHUNGSFRAGE</th></tr>
<tr><td colspan="2" rowspan="2">Gesetzlichkeitsprinzip, demokratische Funktion der Parlamentvorbehalt (III.2.1).</td><td rowspan="2">Garantietatbestand</td><td>Abgrenzung zwischen kulturellen Delikte und nicht strafbaren Verstoßë gegen Moral (III.2.2).</td></tr>
<tr><td>Notwendigkeit eines ausdrücklichen Grundes für die Strafsausschließung oder Milderung falls „kulturelle Bestrafung“ (III.2.2).</td></tr>
<tr><td colspan="2">Prinzip der potenziellen strafrechtlichen Schädigung (III.2.3).</td><td>Verfassungsmäßigkeit der Kriminilasierung</td><td>Vorschlag für die Entkriminalisierung der rein strafbaren Verstoßë gegen Moral (III.2.4) am Beispiel des Inzests (III.3).</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Souveränität der Staaten und Gleichheit der Bürger (III-4-1-)</td><td>Formelle Gleichheit vs. Pluralismus (III.4.2).</td><td>Personeller und territorialer Geltungs- oder Anwendungsbereich der Normen (III.4.1 y III.4.2).</td><td>Verschiedenen kriminalpolitischen Modelle in den verfassungsrechtlichen Rahmen möglich: „starker“ oder „schwacher“ Multikulturalismus oder „egalitärer“ oder „nachsichtiger“ Assimilationismus (III.4.1), immer mit Achtung vor der formellen Gleichheit der Bürger (III.4.2).</td></tr>
<tr><td>Analogieverbot vs Pluralismus (III.4.3).</td><td>Auslegung des Strafvorschrifts (III.4.3).</td><td rowspan="2">Beschränkte möglichkeit einer kulturell pluralistische Auslegung der normativen Tatbestands- oder Rechtsfertigunsgrundsmerkmale in bestimmten Fällen (III.4.3)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Prinzip der aktualen strafrechtlichen</td><td>Soziale Adäquanz der Handlung (III.5.2)</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td rowspan="2">Schädigung (III.5.1)</td><td colspan="2">Ausübung eines Rechtes (III.5.3)</td><td rowspan="2">- Ausübung des Rechtes auf die eigene Kultur als mögliche Rechtfertigungsgrund in bestimmten Fällen (III.5.3)
- Vorschlag einer prozeduralen Rechtsfertigung falls bedeutenden normativen Konflikten am Beispiel weiblicher Genitalbeschneidigung (III.6)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Rechtsfertigender Notstand (III.5.3)</td></tr>
<tr><td rowspan="6">Prinzip der persönlichen strafrechtlichen Haftung (IV.1)</td><td rowspan="2">Motivierbarkeit</td><td>Kognitve Element des Vorsatzes (IV.2.1)</td><td>Eventueller Tatbestandsirrtum als „Wahrnehmungsonflikt“ oder „Wahrnehmungskonflikt motivierter“ Irrtum (IV.2.1)</td></tr>
<tr><td>Unrechtsbewusstein (IV.2.2)</td><td>Eventueller kulturell motivierter Erlaubnis- oder Verbotsirrtum, nur im Fall von Unvermeidbarkeit des Irrtums (IV.2.2.)</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Normale Motivierbarkeit</td><td>Schuldfähigkeit (IV.3)</td><td>Der Täter hat keine Schulfähigkeit nur im Fall einer Motivationskonflikt motivierten seelischen Störung oder Abartigkeit (IV.3)</td></tr>
<tr><td>Entschuldigender Notstand (IV.4.1)</td><td rowspan="2">Motivationskonflikt als Grund für einen entschuldigenden Notstand oder eine Strafmilderung (IV.4.1 y IV.4.2).</td></tr>
<tr><td>Motivation des Täters als Strafzumessungskriterium (IV.4.2)</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Strafzumessungskriterien</td><td>Schwere der Tat</td><td rowspan="3">Möglichke Relevanz der kulturellen Umstände an diesen Stellen (IV.5.1 y 5.2).</td></tr>
<tr><td>Persönliche Umstände des Täters</td></tr>
<tr><td>Allgemeine Milderungsgründe</td></tr>
</table>

		Ersatz der Strafe.	*Zweckmäßigkeit* des Ersatzes kurzer Freiheitstrafe durch Ausbildungsprogramme über Verfassungsgrundwerte (IV.5.3).

2.2. Die kulturellen Delikte *im engeren Sinne* und *im weiteren Sinne*: Definitionen und Abgrenzung von rein strafbaren und nicht strafbaren Verstöße gegen Moral.

Der Begriff der kulturellen Delikte breitet sich nach der strafrechtlichen Literatur auf einer sehr heterogenen Bereich aus. Ich habe versucht zuerst den Begriff der kulturellen Delikte durch den Ausschluss der reinen strafbaren oder nicht strafbaren Verstöße gegen Moral zu bestimmen, und danach die kulturellen Delikte im engeren Sinne von denen im weiteren Sinne abzugrenzen.

Erstens, nach den Gesetzlichkeits- und Parlamentvorbehaltsprinzipien gibt es kein Verbrechen ohne parlamentarisches Gesetz. Demzufolge sind die kulturellen, moralischen oder religiösen Normen ohne eine demokratische Entscheidung kein Grund, den Bürger legitim aufzuzwingen; die Verletzungen dieser nichgesetzlichen Normen (christliche Sünde, koranische «Verbrechen», usw.) sind **rein nicht strafbare Verstöße gegen die Moral**. Noch eine Auswirkung des Gesetzlichkeitsprinzips: kein Ausschluss, keine Milderung der strafrechtlichen Haftung is möglich, wenn das Verbrechen in einer **Bestrafung für nicht strafbare Verstöße gegen die Moral** (z.B. Bestrafung für Ehebruch, homosexuelle Tätigkeit, usw.) besteht, da dies (wenn der Ausschluss oder die Milderung nicht mit der Schuld oder der Strafzumessung verbunden ist) eine Anerkennung eines eigenen *Ius puniendi* für die ethnisch-kulturelle Gruppe wäre.

Zweitens, nach dem „potentiellen strafrechtlichen Schädigungsprinzip“[669], viele Straftaten nicht existieren sollten, da in diesen Fällen sich die Strafe auf der Moralität (nicht auf dem Schutz eines verfassungsmäßigen Rechtsguts gegen eine strafrechtliche relevante Schädigung) stützt: sie sollten nicht als wahre Straftaten, sondern als **strafbare Verstöße gegen die Moral** betracht werden. Die Entkriminalisierung derartigen Verhalten würde die Frage nicht direkt lösen, da es weiterhin Rechtgüter verletzende, kulturelle Delikte geben wird, aber würde sich an eine verfassungsmäßige Messung anpassen. Die Multikulturalität der Gesellschaft ist demzufolge eine Gelegenheit für eine entkriminalisierende Reform des Besonderen Teils des Strafrechts.

Drittens, es ist notwendig die **kulturellen Delikte im engeren Sinne** von denen im weiteren Sinne abzugrenzen. Die erste Kategorie besteht in tatbestandsmäßigen Verhalten, durch den der Täter das Recht auf seine eigene Minderheitskultur ausübt, da er (davon bewusst oder nicht) seiner Kultur durch seines Verhalten treu bleibt. Allerdings, die Ausübung dieses Rechts bring mit sich nicht immer die Ausschluss oder Milderung der strafrechtlichen Haftung. Das Recht auf die eigene Kultur kommt mit andere Rechte und Grundsätze zusammen. In dieser Untersuchung wird die eventuelle kulturell pluralistische Auslegung der normativen Tatbestandsmerkamale und der Rechtsfertigung mittels der Ausübung eines Rechtes oder einer Prozeduralisierung behandelt. Im Gegenstaz dazu sind die **kulturellen Delikte im weiteren Sinne**, eine viel minder beschränkte

---

[669] Wir haben in dieser Forschung dafür eingetreten, dass nach dem „Prinzip der strafrechtlichen Schädigung“ (*principio di offensività penale*) ein Tatbestand nicht **potentiell strafrechtlich schädlich** ist, wenn eine Handlung, die unter dem Tatbestand subsumiert werden kann, kein verfassungsmäßiges Rechtsgut potentiell verletzen oder gefährden kann. Ein derartiger Tatbestand beschreibt meiner Meinung nach eine rein potentielle strafbare Tat, aber kein potentielles Verbrechen im verfassungsrechtlichen Sinne. Zweitens, die begangene Handlung sei nicht **aktuell strafrechtlich schädlich** in den Fälle, in denen die Handlung „sozialadäquat“ ist und in denen die tatbestandmäßige Handlung nicht strafrechtlich verboten ist (und dann nicht strafbar ist), weil es einen Rechtsfertigungsgrund gibt, der die aktuelle strafrechtliche Schädigung (dem Unrecht) ausschließt.

Kategorie, die enthält die kulturellen Delikte in engeren Sinne und die anderswie kulturell, moralisch oder religiös motivierten Delikte (wie z.B. die Gewissen- und Überzeugungstäter), d.h. die rechtswidrigen Taten, dessen Täter gemäß *eigener Wertvorstellungen* oder *eigener Weltanschauung* gehandelt hat, die verschieden von den Wertvorstellungen oder Weltanschauung der Mehrheit sind.

Im Großen und Ganzen kann man sagen, dass es bei den kulturellen Delikte im engeren Sinne ein *Normenkonflikt* zwischen den Rechtsnormen und den Kulturnormen und bei den kulturelle Delikte im weiteren Sinne ein *Motivationskonflikt* im Inneren der Einzelnes Psyche gibt[670]. Kommen jetzt verschiedenen eventuellen Lösungen für jede Kategorie.

2.3. Eventuelle Lösungen für die kulturellen Delikte im engeren Sinne.

Die eventuellen Lösungen für die kulturellen Delikte im engeren Sinne basieren auf dem völkerrechtlichen Recht auf die eigene Kultur, das mit den verfassungsrechtlichen Grundsätze verbunden ist , und zwar die materielle Gleichheit, die freie Entfaltung der Persönlichkeit und der Pluralismus.

Die erste vorschlagene Lösung besteht darin, dass der Richter die **normative Tatbestandsmerkmale** in einer kulturell pluralistischen Art auslegt, so dass diese Merkmale nicht mit Merheitswertvorstellungen, sondern mit Minderheitswertvorstellungen ausgefüllt werden. Diese pluralistische Auslegung kann als Folge der Verpflichtung aller Kräfte der Staaten betracht werden, das Recht auf die eigene Kultur zu achten, auch wenn dies die Wirksamkeit des formellen Gleichheitsgrundsatzes beschränken. Es gibt aber auch Grenzen:

---

[670] Vgl., für diese Unterschied, BARATTA, Alessandro, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofía e alla critica del diritto penale*, Giuffrè, Mailand, 1963, SS. 7 ff.

erstens, das *Analogieverbot „in malam partem"* schließt jede pluralistische Auslegung aus, nach der der Täter für ein Verhalten besfraft würde, das nach der Mehrheitsauslegung nicht strafbar wäre. Zweitens, das Opfer (wenn es ein Einzelwesen ist) soll durch das Strafrecht gliechmäßig geschützt werden, sofern es in Ausübung seines *Rechtes auf die eigene Kultur* freiwillig entscheidet (ausdrücklich oder stillschweigend), seiner kulturellen Verschiedenheit treu zu bleiben und das Verhalten des Täters zu akzeptieren.

Die zweite Lösung ist, die Möglichkeit einer **Ausübung des Rechtes auf die eigene Kultur** als Rechtfertigungsgrund zu betrachten. Um rechtfertigenden Wirkungen anzuerkennen, sind wegen der Trägerschaft und des Inhaltes des Rechtes zwei Voraussetzungen sind nach festzusetzen: a) dass, der Täter mittels des Verhaltens der Kultur seiner amtlich anerkannten oder nicht anerkannten Minderheit treu bleibt; b) dass, das potenziell verletztes Rechtsgut keines der auch völkerrechtlich anerkannten Rechte ist, und zwar das Recht auf Leben, das Recht darauf, der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung nicht entworfen zu werden und darauf, in Sklaverei, Leibeingeschaft oder Zwangarbeit nicht gehalten zu werden, die Ehefreiheit, usw., da die Ausübung des Rechtes auf die eigene Kultur nach dem Internationalen Pakt diese andere Menschenrechte achten muss.

Die dritte, *de lege ferenda* Lösung ist die **Prozeduralisierung**, an die das gegewärtige Strafecht sich als Rechtsfertigunsgrund für bestimmten Verhalten in bestimmten Fälle vermehrt wendet[671]. Am Beispiel haben wir die Einführung eines prozeduralen Rechtsfertigungsgrundes vorgeschlagen, um die **weibliche Beschneidung** in bestimmten Fällen für rechtmäßig zu halten. Die Begründung dieser Lösung ist das Vereinbaren von verschiedenen, zusammenspielenden rechtlich geschützten Interessen in einem Kontext von Rechtssicherheit und

[671] Vgl. DONINI, Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra diferenza…*,cit., SS. 27 ff.

Schadensminimierung: einerseits, im Hinsicht der Interessen des Einzelnes, dessen Leib durch die Beschneidung modifiziert wird, sind die freie Entfaltung der Persönlichkeit, das Recht auf das eigene Kultur und das Recht auf Gesundheit (wie „ein Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und *sozialen* Wohlergehens und nicht nur das Fehlen von Krankheit oder Gebrechen" definiert[672]) zu schützen; andererseits, im Hinsicht der kollektiven Interessen, sind die körperliche Unversehrheit und die Gleichheit zwischen Männer und Frauen zu berücksichtigen.

Diese Lösung könnte technisch durch ein Gesetz zustande kommen, das nicht nur die Umstände beschreiben würde, unter denen die Beschneidigung straflos ausgehe, sondern auch außerstrafrechtliche Sensibilisierungs- und Informationsmaßnahmen (sowohl für die ganzen ethnischen Gruppen als auch für die Einzelwesen, das den Eingriff beantragt) durchführen würden. Manche Grundvorausetzungen, um den Rechtsfertigungsgrund festzulegen, könnten sein:

- informierte Einwilligung der Frau oder des jeweiligen gesetzlichen Vertreter;
- den Eingriff soll ein spezialisierter Chirurg erfolgen
- in eine Einrichtungmit mit amtlich, im Voraus anerkannten Geeignetheit für die Erfolgung des Eingriffes;
- auf eine so harmlose und reversibele Weise wie möglich, aber mit Achtung vor den kulturellen Forderungen.

Dieser Vorschlag muss nicht als eine positive Bewertung der Rechtsordnung gegenüber der weiblichen Beschneidung, sondern als eine Alternative betracht werden, für wen aus Unwissenheit oder kulturellen Verschiedenheit nicht bereit ist, auf diesen Brauch zu verzichten. Der kriminalpolitische Zweck ist, den Kinder größeren Schaden abzuwenden.

---

[672] Vgl. *Verfassung der Weltgesundheitsorganisation*.

2.4. Eventuelle Lösungen für die kulturellen Delikte im weiteren Sinne.

Die mögliche Lösungen für die kulturellen Delikte im weiteren Sinne basieren auf dem „Prinzip der persönlichen strafrechtlichen Haftung". Die Auswirkungen dieses Prinzips, die Relevanz für unsere Forschungsfrage haben, sind:

- die Forderung, einerseits, einer objektiven Motivierbarkeit durch Normen und einer persönlichen Motivationsfähigkeit des Täters und, andererseits, der Normalität der Motivationsfähigkeit, so im Allgemeinem wie im konkreten Fall;
- die Weiterpersonalisierung der strafrechtlichen Haftung gemäß anderen, nicht motivationsorientierten Kriterien, wie die Schwere der Tat und die persönliche Umstände des Täters;
- die Personalisierung der im Konkreten Fall verhängten Strafe gemäß der positiven generalpräventiven Zweck der Strafe.

Die erste der möglichen Lösungen steht in Verbindung mit dem Fehlen des Vorsatzes. Meiner Meinung nach, fehlt der Vorsatz aufgrund eines **Wahrnehmungskonflikts**, wenn der Täter eine Vorstellung eines der Tatbestandsmerkmale hat, die mit der Vorstellung der Mehrheit koinzidiert nicht. Dies ist darauf zurückzuführen, dass «die Kategorien des Denkens befinden sich auf der Natur nicht, sondern auf der Kultur, die den Menschen mit Klassifisierungskriterien ausstattet»[673]. Es gibt einen Tatbestandsirrtum, wenn das Tatbestandsmerkmal in eine Kategorie des Denkens besteht und diese „geistige Kategorie" unterschiedlichen materiellen Phänomene der in den Bereichen der Mehrheits- und der Minderheitskultur entsprechen. Hier ist es auf das

[673] Vgl. ANOLLI, L., *Psicologia della cultura*, Il Mulino, Bologna, 2004, SS. 150 ff.

Obengesagte über die pluralistische Auslegung der Tatbestandsmerkmale zu verweisen. In anderen Fällen entspricht das Fehlen des Vorsatzes einen reinen Wahrnehmungskonflikt nicht, sondern einen **Konflikt der Tatsachekategorisierung.** In diesen Fällen gibt es keine Unterschied zwischen den „geistigen Kategorien" der Minderheitskultur des Täters und der Mehrheitskultur (wie in Wahrnehmungskonflikt). Der Täter begeht aber einen kulturell motivierten Tatbestandsirrtum, der in einer falschen Kategorisierung einer tatsächlichen Begebenheit besteht.

Hinsichtlich eines eventuellen, **kulturell motivierten Verbotsirrtum** als zweite vorschlagene Lösung, bin ich der Meinung, die Unvermeidlichkeit des Unrechtsbewussteins ist im Wesentlichen aus den persönlichen Umstände des Täters und aus ihrem Grad an Integration in der Mehrheitskultur zu schließen. Es ist notwendig, ein hohes Maß an Trennung zwischen dem Täter und der Mehrheitskultur zu bestimmen (aufgrund z.B. seiner Sprachkenntnisse, seiner sozialen Beziehungen, usw., nicht aber nur ausgrund seiner Staatsangehörigkeit), um ein unvermeidbares Unrechtsbewusstein zu erkennen, insbesondere in Fällen von schwerer, „sichtbarer" Rechtswidrigkeit.

An die Schuldfähigkeit für eine eventuelle dritte Lösung sich zu wenden, meiner Meinung nach, ist mit der Menschenwürde des Täters vereinbar, nur wenn die kulturelle Unterschied als eine mit der seelischen Störung gleichbedeutenden oder analogen (aber nicht übereinstimmenden) Lagen betracht wird, z.B. im Fall einer **seelischen Störung oder Abartigkeit aufgrund eines schweren Motivationskonflikt**, den der Täter erleiden haben konnte.

In diese Richtung geht auch die vierte mögliche Lösung, die einer (zumindest partiellen) Unzumutbarkeit normgemäßer Alternative anerkennen würde, wenn es ein **Motivationskonflikt** im Inneren der Psyche des Täters (der aber keine seelische Störung oder Abartigkeit hervorruft) zwischen der Motivation durch Kulturnormen (oder eigenen Wertvorstellungen) und der Motivation durch Rechtsnormen gibt. Dieser Motivationskonflikt könnte auch an der

Strafzummesungsphase berücksichtigt werden, im Besonderen wenn das **Motiv des Täters** kulturell bedeutend war.

Fünftens, die Motivierbarkeit durch Normen ist zwar die Grundlage des Prinzips der persönlichen strafrechtlichen Haftung, aber es hat andere Auswirkungen, die relevant für unsere Forschungsfrage sein könnten, wie etwa die **Schwere der Tat**, die **persönlichen Umstände des Täters** oder die **allgemeine Milderungsgründe**.

Letztens ist es zu erwähnen, dass in den Fällen von Aussetzung oder Ersatz der Freiheitsstrafe zur Bewährung, das spanische und das deutsche Recht erlaubten dem Gericht, Weisungen oder Verhaltensregeln zu erteilen, die auch mit Ausbildung umgehen können. Diese Maßnahmen könnten darin bestehen, an einem Lehrgang über verfassungsrechtlichen Wertvorstellungen wie Freiheit, Solidarität und Gleichheit (besonders zwischen Männer und Frauen) teilzunehmen.

3. Abschließende Bermerkungen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die kulturelle Verschiedenheit des Täters im strafrechtlichen Raum *Kulturkonflikte* auslösen kann, dessen drei Äußerungen auf dem Rechtsgebiet verschiedenen Auswirkungen haben:

- die **Normenkonflikte** zwischen den Kulturnormen (nicht unbedingt im ethnischen Sinne) und den Strafrechtsnormen können auf drei Weisen gelöst werden: a) indem die Instanzen der informellen Sozialkontrolle eine Veränderung der Kulturnormen anstrebt; b) indem der Normenkonflikt durch die Anerkennung des Rechtes auf die eigene Kultur ein reiner Rechtsnormenkonflikt wird; c) indem der Rechtsnorm durch eine Prozeduralisierung einen Anknüpfungspunkt zwischen beiden Normensysteme schafft;

- die **Wahrnehmungskonflikte** zwischen der Weltanschauung des Täters und der Weltanschauung, durch die das Gericht die Tatbestandsmerkmale auslegt, sind strafrechtlich als Tatbestandsirrtum oder als Verbotsirrtum zu betrachten;
- die **Motivationskonflikte**, die zwischen einer normal inneren Motivation durch soziokulturell verinnerlichten Normen und einer normal äußere Motivation durch Strafrechtsnormen stattfindet, macht das rechtsnormgemäßes Verhalten minder zumutbar und die Strafe milderungswürdig; wenn der Konflikt sehr schwer ist, könnte daraus auch eine seelische Störung oder Abartigkeit sich ableitet.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, Miguel, «Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios», en *Revista penal*, nº 25, 2010, pp. 3-11.

—, « ¿Un nuevo sistema de penas?: La *probation* y la suspensión de la ejecución de la pena», en *Revista penal*, nº 27, 2011, pp. 93-110.

ANNOLI, Luigi, *Psicología della cultura,* Il Mulino, Bolonia, 2004, 389 pp.

ANOSSOV, I. I., «Cultura e Diritto penale», en *La giustizia penale*, parte primera, 1936, columnas 449-475.

ARDÈVOL ARMENGOL, Elisenda, «Antropología jurídica y etnografía», en AÑÓN, María José y otros (coords.), *Derecho y sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 291-318.

ARROYO ZAPATERO, Luis, «Control constitucional del Derecho y de la Justicia penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 17, 1982, pp. 385-406.

—, «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 8, 1983, pp. 9-46.

—, «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 1, 1987, pp. 97-110.

ASÚA BATARRITA, Adela, «Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina», en *Eguzkilore*, 18, 2004, pp. 83-101.

AYMERICH OJEA, Ignacio, «Contractualismo y pluralismo jurídico», en AÑÓN, María José y otros (coords.), *Derecho y sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 49-71.

AZZARITI, Gaetano, «Cittadinanza e multiculturalismo: immagini riflesse e giudizio politico», en *Diritto pubblico*, v. 14/1, 2008, pp. 185-196.

BACCELLI, Luca, *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 199 pp.

BASILE, Fabio, «La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili», en *Diritto penale e processo*, 2006, pp. 678-692.

—, «Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, pp. 1297-1345; versión en castellano: «El Derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en especial las mutilaciones genitales femeninas)» en GARCÍA VALDÉS, C. y otros, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, vol. 2, 2008, pp. 1835-1878.

—, «Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati», in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, nº 51/1, 2008, pp. 149-212.

—, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Giuffrè, Milán, 2010, 496 pp.

BARATTA, Alessandro, *Antinomie giuridiche e confltti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Giuffrè, Milán, 1963.

—, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, 1ª reimpr., Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, 258 pp. (original italiano: *Criminologia critica e critica del diritto penale, introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Il Mulino, Bolonia, 1982).

BARAZZETTA, Aurelio, «Casi giurisprudenziali in materia di multiculturalismo», en *Lircocervo*, 2008, nº 1, descargable en http://www.lircocervo.it/index/?p=442

BARBERA, Augusto, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, 11ª ed., Laterza, Roma-Bari, 2011, 319 pp.

BELMONTE MEDINA, Pedro María, «Penología e indigenismo en la antigua Guinea española», en *Especio, Tiempo y Forma*, serie V (*Historia contemporánea*), t. 11, 1998, pp. 113-138.

BELVISI, Francesco, *Società multiculturale, diritti, costituzione, Una prospettiva realista*, CLUEB, Bolonia, 2000, 180 pp.

—, «Diritti e Giustizia in una società multiculturale. Le sfide del diritto in Italia oggi», en *Diritto ecclesiastico*, 02/2002, pp. 435 y ss.

—, «Sociedad multicultural, persona y constitución: el inmigrante como pariah», en *Derechos y Libertades*, nº 22, enero 2010, pp. 161-178.

—, *Verso l'inclusione. La teoria delle istituzioni e l'integrazione sociale mediante il diritto*, CLUEB, Bolonia, 2012, 137 pp.

BERGALLI, Roberto, «Derecho y sociedad en el ámbito español: una reflexión crítica», en AÑÓN, María José y otros (coords.), *Derecho y sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 195-208.

—, «Jurisdicción, cultura e ideologías de los jueces», en AÑÓN, María José y otros (coords.), *Derecho y sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 467-507.

BERDUGO-GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / GARCÍA RIVAS, Nicolás / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón / TERRADILLOS BASOCO, Juan / DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario / ACALE SÁNCHEZ, María / NIETO MARTÍN, Adán / DEMETRIO CRESPO, Eduardo / PÉREZ CEPEDA, Ana, *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Experiencia, Barcelona, 2010, 657 pp.

BERNARDI, Alessandro, «Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo», en *Rivista Italiana di Diritto pubblico comunitario*, 2002, pp. 485-534, y en MONSIGNORI, F., GRECO, T., *Un solo mondo, un solo diritto*, Edizioni Plus – Pisa University Press, Pisa, 2007, pp. 101-144; versión en castellano: «El Derecho penal ante la globalización y el multiculturalismo», en *Revista Derecho y Proceso penal*, nº 8, 2002 y en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista internacional*, nº 4, julio-septiembre 2003, pp. 5-42.

—, «Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, pp. 673-709; y en *I diritti fondamentali in Europa (Atti del XV Colloquio biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato, Taormina, 31 maggio - 2 giugno 2001)*, Giuffrè, Milán, 2002, p. 729-775.

—, «Il diritto penale tra unificazione europea e culture nazionali», en *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XVIII, 2004, pp. 35-66.

—, «Minoranze culturali e diritto penale», en *Diritto penale e processo*, 2005, p. 1193-1201.

—, «Società multiculturale e "reati culturali". Spunti per una riflessione», en DOLCINI, E., PALIERO, C. E., *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milán, 2006, vol. I, pp. 45-98

—, *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Turín, 2006,138 pp.

—, «Diritto europeo dell'ambiente e pluralismo culturale», en *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XXI, 2007, pp. 1-14

—, «L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"», en *Politica del diritto*, 2007, p. 3-48; y en VOGLIOTTI, M. (coord.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Turín, 2008, pp. 277-322

—, «"Fattore culturale" e personalizzazione dell'illecito penale», en RISICATO, L., LA ROSA E., *Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali*, Giappichelli, Turín, 2009, p. 126-205.

—, «Relativismo dei valori e diritto penale», en CANESTRARI / STORTONI (coord.), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bononia University Press, Bolonia, 2009, pp. 239-258.

—, *Il "fattore culturale" nel Diritto penale*, Giappichelli, Turín, 2010, 163 pp.

BERNARDI, Alessandro (coord.), *Multiculturalidmo, diritti umani, pena*, Giuffrè, Milán, 2006, 193 pp.

BERNARDI, A. / PASTORE, B. / PUGIOTTO A., «Legalità penale: tre atti di una crisi», en BERNARDI, A. / PASTORE, B. / PUGIOTTO A., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milán, 2008, pp. 3-27.

BOHANNAN, P. / GLAZER, M., *Antropología. Lecturas*, 2ª ed. rev., McGraw-Hill, Madrid, 2007

BONILLA MALDONADO, Daniel, «Los derechos fundamentales y la diversidad cultural: análisis del caso colombiano», en *Los derechos fundamentales*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2003.

—, «El principio de unidad política y el autogobierno de las minorías culturales», en BONILLA e ITURRALDE (eds.), *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogota, 2005.

—, *La Constitución Multicultural*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2006, 298 pp.

—, «El pluralismo jurídico: contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico», estudio preliminar en TAMANAHA, ENGLE MERRY y GRIFFITHS (coords.) *Pluralismo Jurídico*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, 2007 (coautor: LIBARDO ARIZA).

—, «Confianza, instituciones políticas y minorías culturales», en SIERRA, Rubén (ed), *El conflicto colombiano. Reflexiones filosóficas*, Universidad Nacional de Colombia, 2008.

—, «Las comunidades negras en Colombia: entre la diversidad cultural, la diferencia racial y los derechos diferenciados» en VIANA, A. (coord.), en *Repensar la pluralidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

BONILLA MALDONADO, D. / LIBARDO ARIZA, «El pluralismo jurídico: contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico», estudio preliminar en TAMANAHA, ENGLE MERRY y GRIFFITHS (coords.) *Pluralismo Jurídico*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, 2007 (coautor:).

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España», en *Cuadernos de Política Criminal*, 63, 1997, pp. 595-652.

—, «El fundamento intercultural del Derecho penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 62, 2009, pp. 283-311.

—, «Sobre la universalidad del sistema penal y sus planteamientos metodológicos», en CARBONELL MATEU y otros, (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema*

penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor. Tomás Salvador Vives Antón, vol. I, 2009, pp. 223-255; y en *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, nº 2, 2010, pp. 3-56.

BRICOLA, Franco, *Teoria general del derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2012, 368 pp., traducción de Diana RESTREPO RODRÍGUEZ del original en lengua italiana: «Teoria generale del reato», en *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Turín, 1973, pp. 7-93.

BRITZ, Gabriele, *Kulturelle Rechte und Verfassung*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2000, 337 pp.

BRUNELLI, Giuditta, «Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogía (e limiti) di una legge», en BERNARDI, A. / PASTORE, B. / PUGIOTTO A., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milán, 2008, pp. 203-230.

CADOPPI, Alberto, *Il reato omissivo proprio*, vol. I, CEDAM, Padova, 1988, 738 pp.

— *Il ruolo delle* Kulturnormen *nella 'opzione penale' con particolare riferimento agli illeciti economici*, en Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia, 1989, p. 289-315.

CADOPPI, A. / VENEZIANI, P., *Elementi di Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., CEDAM, Padua, 2010, XXXIII-545 pp.

CADOPPI, A. / DONINI, M. / FORNASARI, G. y otros, *Introduzione al sistema penale*, 2 volúmenes, Giappichelli, Turín, 2000-2001, 2 volúmenes.

CANESTRARI, S. / CORNACCHIA, L. / DE SIMONE, G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, il Mulino, Bolonia, 2007, 900 pp.

CANESTRARI, L. / STORTONI, L. (coord.), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bolonia, Bononia University Press, 2009.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 253 pp.

CARLIZZI, Gaetano, «Categorie del multiculturalismo ed ermeneutica giuridica», en *Ars interpretandi*, I/2012, pp. 59-79.

CARRASCO GONZÁLEZ, Antonio Manuel, *Derecho colonial en África y su aplicación al origen del ordenamiento español en Guinea (1777-1858)*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 2007, 605 pp.

CARRIÓN WAM, Roque, «La cuestión peruana replanteada: hacia la reforma del Estado peruano», en *Anuario de Derecho penal*, 2006, pp. 419-436.

CASELEGNO, P. y otros, *Filosofia del linguaggio*, Raffaelo Cortina ed., Milán, 2003, 301 pp.

CATANIA / ABDULCADIR, «Proposta di un rito alternativo all'infibulazione su minori. Il punto di vista medico e deontologico», en FUNGHI / GIUNTA, *Medicina, bioetica e diritto. I problema e la loro dimensione normativa*, 2005, pp. 116 y ss.

CHEOLIOTIS, Leonidas K., «La meccanica sociospaziale della dominazione. Trascendere la dualità esclusione/inclusione», en *Studi sulla questione criminale*, IV/2, 2009, pp. 7-23.

CHIZZONTI, Antonio G., «Multiculturalismo, libertà religiosa e norme penali», en DE FRANCESCO / PIEMONTESE / VENAFRO (coord..), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Turín, 2007, pp. 29-67.

COTESTA, Vittorio, *Sociologia dei conflitti etnici. Razzismo, immigrazione e società multiculturale*, Editore Laterza, Roma-Bari, 1999.

D'AGOSTINO, Francesco, «Pluralità delle culture e universalità dei diritti», en VIGNA, C. / ZAMAGNI, S. (coord.), *Multiculturalismo e identità*, Vita&Pensiero, Milán, 2002, pp. 33-50.

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, «Política migratoria y Derecho: análisis y juicio crítico de una relación perversa», en SANZ MULAS, Nieves (coord.), *El derecho penal y la nueva sociedad*, Comares, 2007, pp. 123-152.

—, «La gestación de la xenofobia: mitos y (pre)juicios de la inmigración», en SANZ MULAS, Nieves (coord.), *Dos décadas de reformas penales*, Comares, 2008, pp. 113-145.

DE CRISTOFARO, Ernesto, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Giappichelli, Turín, 2007, 415 pp.

DE FRANCESCO, «Autonomia individuale, condizionamenti culturali, responsabilità penale: metamorfosi e crisi di un paradigma», en *Politica del diritto*, 2003, pp. 393 y ss.

DE LUCAS, Javier, «¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del derecho frente al proyecto intercultural», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 31, 1994, pp. 15-39.

—, «La sociedad multicultural. Problemas jurídicos y políticos», en AÑÓN, María José y otros (coords.), *Derecho y sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 19-46.

—, «Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes», en PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, UNIA-AKAL, Madrid, 2005, pp. 205-219.

DE MAGLIE, Cristina, «Società multiculturali e Diritto penale: la *cultural defense*», en Dolcini y Paliero (coord.), *Studi in Onore di Giorgio Marinucci*, tomo I, Giuffrè, 2006, pp. 215-237.

—, «Culture e Diritto penale. Premesse metodologiche», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 51/3, 2008, pp. 1088-1119.

—, *Los delitos culturalmente motivados. Ideología y modelos penales*, Macial Pons, Madrid, 2012, 303 pp.; original en italiano: *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, Florencia, 2010;

DONINI, Massimo, *Teoria del reato. Una Introduzione*, CEDAM, Padua, 1996, 475 pp.

—, «Teoria del reato», en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. XIV, Utet, Turín, 1999, pp. 221-298.

—, «Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana», en *Il foro italiano*, 2001, V, pp. 29-45, trad. en castellano: «Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana», en *Revista Penal*, 8, 2001, pp. 24-38.

—, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democracia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milán, 2004, 381 pp.

—, «L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale», en *Rivista trimestrale di diritto penale economico*, nº 2/2002, pp. 477-498, trad. en castellano: «La armonización del Derecho penal europeo en el contexto global» en *Revista de ciencias jurídicas ¿Más derecho?*, 2004/4, pp. 15-42.

—, « "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridic, a margine della categoria dell'"*offense*" di Joel Feinberg», en *Rivista italiana di diritto e processo penale*, 2008, pp. 1546-1593.

—, «Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, solo una critica, per il diritto penale moderno?», en *Rivista italiana di diritto e processo penale*, 2009, pp. 1646-1678.

—, «Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma», en *Ius17@unibo.it*, 2/2009, pp. 421-433.

—, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milán, 2011, 212 pp.

—, «L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali», en *Diritto penale contemporaneo*, 2/2012, pp. 51-74.

EGETER, Istok, *Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt*, Schultess, Zúrich, 2002, 184 pp.

European Court of Human Rights – Reseach Division, *Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights*, 2011, 26 pp.

FACCHI, Alessandra, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Laterza, Roma-Bari, 2001, 174 pp.

FALCONIERI, Silvia, *La legge della razza. Strategie e luoghi del discorso giuridico fascista*, Il Mulino, Bolonia, 2011, 321 pp.

FAMIGLIETTI, Gianluca, *Diritti culturali e diritto della cultura. La voce "cultura" dal campo* delle tutele *a quello* della tutela, Giappichelli, Turín, 328 pp.

FARIÑAS DULCE, María José, «Marco teórico de la sociología del Derecho "clásica"», en AÑÓN, María José y otros (coords.), *Derecho y sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 367-385.

—, «Sociología de los derechos humanos», en AÑÓN, María José y otros (coords.), *Derecho y sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 687-701.

FERNÁNDEZ PUYANA, David, «El régimen jurídico para la protección de las minorías nacionales en los países de la Europa Oriental conforme al Derecho previsto en Naciones Unidas», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 43/44, 2003, pp. 125-131.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, «Diversidad cultural y Derecho penal», en *Revista Penal*, nº 22, julio 2008, pp. 33-42.

—, «El Derecho penal consuetudinario en América Latina: ¿Supone un avance o un retroceso para los derechos fundamentales de los pueblos indígenas», en AA.VV., *Reforma Prawa Carnego. Propozycje i Komentarze (Libro Homenaje Prof. Barbara Kunicka Michalska)*, Institut Nauk Prawnych- Polskiej Akademii Nauk., Varsovia, 2008.

FERRÉ OLIVÉ, J.C. / NÚÑEZ PAZ, M.A. / RAMÍREZ BARBOSA, P.A., *Derecho penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema*, Ibáñez, Bogotá, 2010, 817 pp.

FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Zanichelli, Bolonia, 2007, XXXVIII-882 pp.

FISCHER, Michael, «The Human Rights Implications of a "Cultural Defense"», en el *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 1998, pp. 663 y ss.

FISTETTI, Francesco, *Multiculturalismo. Una mappa tra filosofia e scienze sociali*, UTET, Turín, 2008, 155 pp.

FOBLETS, Marie-Claire, «Cultural Delicts: the Repercussion of Cultural Conflicts on Delinquent Behaviour. Reflections on the Contribution of Legal Anthropology to a Contemporary Debate», en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6/3, 1998, pp. 187-207.

FORNASARI, Gabriele, «Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalisticio», en BERNARDI, PASTORE, PUGIOTTO, *Legalità penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare*, Pubblicazioni della Facoltà giuridica dell'Università di Ferrara, serie II, v. 54, Giuffré, 2008. pp. 179-202.

—, «Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo», en HASSEMER / KEMPF / MOCCIA, *In dubio pro libértate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Gerburtstag*, Beck, 2009, pp. 177-191.

FOUCALT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1976, 314 pp. [original: *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975]

GALDÓN MANGAS, María de la O, «Multiculturalidad: el rito matrimonial gitano y su posible virtualidad para constituir un vínculo matrimonial válido en España», en PROVENCIO GARRIGÓS, L. (coord.), *Abarrotes: la construcción social de las identidades colectivas en América Latina*, 2006, pp. 517-535.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina, «La mutilación genital femenina en Italia: antecedentes criminológicos, políticas de prevención y tutela penal», en *La ley penal*, 78, 2011, p. 5.

—, «La mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico: ¿violencia intrafamiliar, delito de lesiones o violencia de género?», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 62/1, 2009, pp. 517-539.

GARCÍA VITOR, Enrique, «Culturas diversas y sistema penal», en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos*

Comparados, vol. I (*Derecho penal*), Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México D.F., 2005, pp. 117-177.

GEMMA, Gladio, «Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire», en *Diritto e società*, nº 3, 1988, pp. 450-501.

GEERTZ, Clifford, *Interpretazione di culture*, 2ª ed. italiana, Il Mulino, Bolonia, 1998, 440 pp. . [original en lengua inglesa: *The Interpretation of Cultures: Selected Essays*, Basic Books, Nueva York, 1973].

—, *El antropólogo como autor*, Paidós, Barcelona, 5ª reimpr., 2010, 163 pp. [original en lengua inglesa: *Woks and Lives. The Anthropologist as Author*, Stanford University Press, Palo Alto, 1988].

GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther / ROMÁN MAESTRE, Begoña, «Criminología e inmigración en una sociedad pluralista», en *Eguzkilore*, nº 18, 2004, pp. 145-157.

GHIZZI GOLA, Eleonora, *Multiculturalismo e diritti delle donne. Il trattamento giuridico delle mutilazioni genital femminili in Europa: casi giurisprudenziali e soluzioni normative*, accessible en línea en http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/migranti/ghizzi .

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *Estado de Cultura, Derechos Culturales y Libertad religiosa*, Civitas, Madrid, 2003.

GRANDI, Ciro, «Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive di jure condendo», en *L'Indice penale*, 2007, pp. 245-288.

—, «Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati dal fattore culturale», en *Diritto penale e processo*, 2008, pp. 498-507.

GRAMSCI, Antonio, *Quaderni del carcere*, 7ª ed., Einaudi, Turín, 2007, 4 volúmenes, 3370 pp. [escritos originariamente entre 1929 y 1935]

GRIFFITHS, John, «Recent anthropology of law in the Netherlands and its historical background», en VON BENDA-BECKMANN / STRIJBOSCH (ed.), *Anthropology of Law in the Netherlands. Essays on Legal Pluralism*, Foris, 1986, pp. 11-51.

GRISWOLD, Wendy, *Sociologia della Cultura*, 2ª ed., Il Mulino, Bolonia, 2005, 222 pp.

HARRIS, Marvin, *El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura*, 16ª ed., Siglo XXI, Madrid, 2008, 690 pp. [*The rise of anthropological theory. A history of theories of culture*, Thomas Y. Cromwell, 1968]

—, *Antropología cultural*, 2ª ed., Alianza, 1998, 622 pp. [*Cultural Anthropology*, 2ª ed., Harper & Row, 1983]

HASSEMER, Winfried, «Interkulturelles Strafrecht», en ZACZYK, R. / KÖHLER, M. / KAHLO, M., *Festschrift für E. A. Wolff: zum 70. Gerbutstag am 1.10.1998*, Springer, Berlin, 1998, pp. 101-123.

—, «Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts», en HÖFFE, Otfried, *Gibt es ein intekulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Suhrkamp, Fráncfurt, 1999, pp. 157-180.

HESPANHA, Antonio M., *La Gracia del Derecho: Economía de la Cultura en la Edad Moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 351 pp.

HILGENDORF / DREIER (coord.), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts. Akten der IVR-Tagung vom 28.-30. September 2006 in Würzburg*, Franz Steiner / Nomos, Stuttgart, 2008.

HÖFFE, Otfried, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Suhrkamp, Fráncfurt, 1999; versión en castellano: *Derecho intercultural*, Gedisa, 2000; versión en italiano: *Globalizzazione e diritto penale*, Comunità, Turín, 2001.

HOLLEMAN, J.F., «Trouble-cases and trouble-less cases in the study of customary law and legal reform», en *Law & Society Review*, vol.7, num. 4, 1973, pp. 585-610.

HORWITZ, Allan v., *The Logic of Social Control*, Springer, 1990, 290 pp.

HURTADO POZO, José, «Impunidad de personas con patrones culturales distintos», en Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, nº 49, 1995, pp. 157-162.

—, «Derecho penal y derechos culturales», en AA.VV. *Derechos culturales*, Lima, 1996.

JAKOBS, Günther, «Die Schuld der Fremden», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 118-4, 2007, pp. 831-854.

JOSEPH, S. / SCHULTZ, J. / CASTAN, M., *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, 2ª ed., Oxford University Press, 2004.

JUNG, Heike, «Recht und kulturelle Identität – Anmerkungen zur Rezeption, Transplantation und Diffusion von Recht», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 121/2, 2009, pp. 467-500.

KOHN, Margaret, «Colonialism», en ZALTA, Edward N. (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2012, en http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/colonialism

KYMLICKA, Will, *Multicultural Citizenship*, Clarendon Press, Oxford, 1995, 280 pp.

LAMNEK, Siegfried, «Ausländerfeindlichkeit als Syndrom – Multidimensionalität des Phänomens und Interdisziplinarität der Analyse», en *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Gerburtstag*, Carl Heymanns, Köln, 1993, pp. 91-110.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Igualdad penal: un esbozo», en CARBONELL MATEU y otros, (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor. Tomás Salvador Vives Antón*, vol. II, 2009, pp. 1107-1125.

LÓPEZ-JURADO, Francisco B., «El contenido implícito del Derecho», en *Persona y Derecho*, 56, 2007, pp. 127-138.

MACÍAS CARO, Víctor Manuel, «Fundamentos y límites constitucionales de una política criminal sobre la diversidad cultural», en NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel (ed.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 713-743.

—, «¿Qué hacer con las 'otras' culturas? Una respuesta desde Italia.», introducción a la edición española de DE MAGLIE, Cristina, *Los delitos culturalmente motivados*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 17-25.

—, «El delito de incesto en Colombia: razones para su despenalización», en *Nuevo Foro Penal*, nº 73, 2012, pp. 101-127.

MANCINI, Lancini, «I *rom* tra cultura e devianza», en *Diritto penale e proceso*, nº 6, 1998, pp. 770-773.

MANES, Vittorio, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, cuaderno preparado para el encuentro trilateral de los tribunales constitucionales italiano, español y portugués, 2011, 76 pp.

MANSILLA, H.C.F., «Los procesos de globalización en el Área andina, los fenómenos de interculturalidad y la influencia normativa de la modernidad», en *Anuario de Derecho penal*, 2006, pp. 325-339.

MANZANOS BILBAO, César, «Introducción a las cuestiones metodológicas en los estudios socio-jurídicos», en en AÑÓN, María José y otros (coords.), *Derecho y sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 219-235.

MARÍN GONZÁLEZ, José, «Breve historia del Estado-nación y de la política de integración en Europa y en América Latina», en *Anuario de Derecho penal*, 2006, pp. 341-356.

MARTÍN DE LA GUARDIA, Ricardo M. / PÉREZ SÁNCHEZ, GUILLERMO Á, «Derecho a la cultura», en LAGEOT, Celine (dir.), *Diccionario plurilingüe de los derechos y libertades del espíritu*, Bruilant y otros, Bruselas, 2008, pp. 840-845.

MARTÍNEZ VEIGA, Ubaldo, *Historia de la Antropología. Teorías, praxis y lugares de estudio*, 2ª ed., UNED, Madrid, 2008, 576 pp.

MAYER, Max Ernst, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1965 [reimpresión de la edición original en Breslau, 1903].

MERRY, Sally Engle, «Legal Pluralism», en *Law & Society Review*, 22-5, 1988, pp. 869-896.

MIAZZI, Lorenzo, «Immigrazione, regole familiari e criteri di giudizio», en *Questione Giustizia*, 4/2005, p. 761

MINER, Horace Mitchell, «Body Ritual among the Nacirema», en *American Anthropologist*, nº 58, 1956, pp. 503-507.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General.*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008.

—, «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», en CARBONELL MATEU y otros, (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor. Tomás Salvador Vives Antón*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1357-1382.

MONCERI, Flavia, «Multiculturalismo: disincanto o disorientamento del diritto?», en DE FRANCESCO / PIEMONTESE / VENAFRO (coord.), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Turín, 2007, pp. 69-94.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *El extranjero frente al derecho penal: el error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Bosch, 2008, 140 pp.

MONTICELLI, Luca, «Consenso dell'avente diritto e norme di cultura», en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. (coord.), *Casi e materiali di Diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milán, 2002, pp. 202-233

—, «Le "cultural defenses" (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati". Possibili divergenze tras pluralismo culturale e sistema penale», en *L'indice penale*, 2003, pp. 535-585.

—, «Le "esimenti culturali" e il principio di laicità», en BALBI / ESPOSITO, *Laicità, valori e diritto penale*, Giappichelli, Turín, 2011, pp. 9-28.

MOORE, Sally Falk, «Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study», en *Law & Society Review*, v. 7, nº 4, verano 1973, pp. 719-746.

MÜLLAER-SEICHTER, Traude, *Historia de la Antropología social. Escuelas y corrientes*, 2ª ed., UNED, Madrid, 2005, 286 pp.

MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio, «Derecho penal intercultural y crisis del principio de soberanía», en PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, UNIA-AKAL, Madrid, 2005, pp. 181-203.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Bosch, 1975

MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Naciones Unidas - Asamblea General - Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Experta independiente en la esfera de los derechos culturales, Sra. Farida Shaheed, presentado de conformidad con la resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos*, 2010, 22 pp. (número de referencia: A/HRC/14/36).

NIETO MARTÍN, Adán, «La armonización del derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo. *European Criminal Policy Iniciative* y el Manifiesto sobre Política Criminal Europea», en *Revista penal*, nº 27, 2011, pp. 78-92.

PADOVANI, Tullio, «Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1987, pp. 798-835.

—, *Diritto penale*, 8ª ed., Giuffrè, Milán.

PADRÓS REIG, Carlos, *Derecho y cultura*, Atelier, Barcelona, 2000.

PALAZZO, Francesco, «Costituzione e scriminanti», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 52/3, 2009, pp. 1033-1061.

—, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Editoriale Scientifica, 2011, 50 pp.

PARISI, Francesco, *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, Giappichelli, Turín, 169 pp.

PASQUINELLI, Carla / MELLINO, Miguel, *Cultura. Introduzione all'antropologia*, Carocci, Roma, 2010, 330 pp.

PASTORE / LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Turín, 2008.

PETIT, Carlos, «De la historia a la memoria. A propósito de una reciente obra de historia universitaria», en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad*, 2005, nº 8, p. 237-279.

POULTER, Sebastian, *English Law and Ethnic Minority Customs*, Londres, Butterworths, 1986.

PHILLIPS, Anne, *Multiculturalism without Culture*, Princenton University Press, Princeton y Oxford, 2007, 202 pp.

PRIETO DE PEDRO, Jesús, *Cultura, culturas y Constitución*, 4ª reimpr., CEPC, Madrid, 2006, 294 pp.

PULITANÒ, Domenico, *Diritto penale*, 4ª ed., XXIX-671 pp.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *Homofobia en la aplicación de atenuantes y eximentes a homicidios de homosexuales: países del* Common Law *y un caso español*, en Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, nº 22, 2009-2, pp. 51-82

RENTELN, Alison-Dundes., «*The Use and Abuse of the Cultural Defense*», en *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 20/1, 2005, pp. 47-67.

— *The Cultural Defense*, Oxford University Press, 2005, 416 pp.

REQUERO IBÁÑEZ, J. L., *Sociedad multicultural y derechos fundamentales*, Madrid, CGPJ, 2007, 347 pp.

RIVAYA, Benjamín, *El materialismo jurídico. La* presunta *teorá del Derecho de Marvin Harris*, dykinson, Madrid, 2007, 277 pp.

RIONDATO, «Diritto penale e reato culturale, tra globalizzazione e multiculturalismo. Recenti novità legislative in tema di opinione, religione, discriminazione razziale, mutilazione genitale femmenile, personalità dello Stato», en RIONDATO (coord.), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso – Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006.

ROMEO-CASABONA, Carlos M., *Diversidad cultural y pluralismo en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, en Casado, María (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universisal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, Civitas, 2009, pp. 335-355

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I (*Grundlagen – Der Afbau der Verbrechenslehre*), 4ª ed., C.H. Beck, Múniche, 2006, 1136 pp.

RUGGIU, Ilenia, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecnica di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milán, 2012, 400 pp.

SALCUNI, «Libertà di religione e limiti alla punibilità. Dalla "paura del diverso" al dialogo», en *Indice penale*, 2003, pp. 535 y ss.

SCIOLA, Loredana, *Sociologia dei processi culturali*, nueva ed., Il Mulino, Bolonia, 2007, 310 pp.

SELLA, Chiara, *Alcuni riflessi penalistici dell'"enigma multiculturale": considerazioni in tema di cause di giustificazione, scusanti e funzioni della pena*, tesis de doctorado, Universidad de Trento, 2009, 300 pp.

SELLIN, Thorsten, *Culture conflicto and crime*, Social Science Research Council, 1938.

SERRANO GÓMEZ, A. SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte Especial*, 14ª ed., Dykinson, Madrid, 2009

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, 425 pp

— *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999, 127 pp

SOTIRIADIS, Georgios, «Die Berücksichtigung kultureller Identität und Differenz durch das Recht am Beispiel der „cultural defenses"», en PILGRAM, BÖLLINGER, JASCH y otros, *Einheitliches Recht für die Vielfalt der Kulturen? Strafrecht und Kriminologie in Zeiten transkultureller Gesellschaften und transnationalen Rechts*, Liet, Berlin, 2012, pp. 207-

STRIJBOSCH, F., *Culturele delicten in de Moluske gemeenschap*, en Nederland Juristenblad, 1991, pp. 666 y ss.

TEDESCO, Francescomaria, *Diritti umani e relativismo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 138 pp.

The Cultural Defense in the Criminal Law, en Harvard Law Review, 99, 1986, pp. 1293-1311.

TERRADILLOS BASOCO, Juan, *La Constitucion penal. Los derechos de la libertad*, en Capella (ed.) *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 355 s.

TIEDEMANN, Klaus, «Constitución y Derecho penal», en *Libro Homenaje a Peña Cabrera*, Lima, 1990, pp. 639 y ss., y en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 33, 1991, pp. 145 y ss.

—, «La constitucionalización de la materia penal en Alemania», en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 1994, p. 59 y ss.

TIE, W., *Legal pluralism: towards a multicultural conception of law*, Aldershot, 1999.

TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, «La mutilación genital femenina: un delito culturalmente motivado», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 17, pp. 1-21.

VALERIUS, Brian, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, Dunker & Humblot, Berlin, 2011, 424 pp.

VAN BROECK, Jeroen, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, en European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 9, 2001, pp. 1-32

VAQUER CABALLERÍA, MARCOS: Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española. Ed. Ramón Areces. Madrid, 1999.

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, 234 pp.

VELASCO MAÍLLO, Honorio M., *Cuerpo y espacio. Símbolos y metáforas, representación y expresividad en las culturas*, CERA, Madrid, 2007, 459 pp.

VELLUZZI, Vito, *Le clausole generali. Semantica e política del diritto*, Giuffrè, Milán, 2010, 109 pp.

WIEVIORKA, Michel, *La differenza culturale. Una prospettiva sociologica*, Laterza, Roma, 2002, 215 pp. (edición original: *La différence*, Balland, 2001)

WOLFGANG, Marvin E. (ed.), *Crime and Culture. Essays in Honor of Thorsten Sellin*, John Wiley & Sons, Nueva York, 1968.

YRURETA, Gladys, *El indígena ante la ley penal*, Procuraduría Agraria Nacional y Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, 138 pp.

ZANETTI, «Argomenti normativi in tema di escissione», en BERNARDI / PASTORE / PUGIOTTO (coords.), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*», Giuffrè, Milán, 2008, pp. 231-248.

AGRADECIMIENTOS

La redacción de este trabajo de investigación no habría sido posible sin el apoyo incondicional de mis maestros, el Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé y el Prof. Dr. Miguel Ángel Núñez Paz, de la Universidad de Huelva, quienes han puesto siempre en mí su confianza desde que comenzaron a enseñarme Derecho penal y tantas otras cosas. He de mostrar la misma gratitud al Prof. Dr. Luigi Foffani, de la Universidad de Módena y Reggio Emilia, persona de extraordinaria calidad humana que fue más que un tutor para mí durante los cuatro años que pasé en Italia y al Prof. Dr. Gerhard Werle, de la Universidad Humboldt, que cuidó con especial atención y amabilidad de mi estancia en Berlín.

Igualmente debido es el agradecimiento a algunos miembros de la Academia que me han guiado en este recorrido aconsejándome y alentándome en el trabajo: Prof. Dr. Massimo Donini, Prof. Dr. Donato Castronuovo, Prof. Dr. Vincenzo Pacillo, Prof. Dr. Francesco Belvisi, Porf. Gladio Gemma, Prof. Dr. José Antonio Ramos Vázquez, Prof. Dr. Carlos Petit Calvo, Prof. Dra. Nuria Arenas Hidalgo, Prof. Dr. Esteban Conde Naranjo, Prof. Dra. Aurora López Medina; y además al personal administrativo y de servicio de las universidades modenesa y humboldtiana, en particular a Gabriella Liberatori y Anja Schepke y a todo el personal de la Biblioteca Jurídica de Módena.

He de dirigir además un agradecimiento especial por su inolvidable hospitalidad a Giorgio Berrino, Paolina Frate y a sus maravillosos hijos Giobatta y Giorgia Berrino, a quien quiero como a una hermana. No puedo en este contesto sustraerme a mencionar con profundo afecto algunos compañeros y amigos de los que he tenido, en distintos momentos y circunstancias, el apoyo necesario: Alberto, Andrea Bosi, Andrea Vaccari, Bonfy, Chico, Cristian, David Carpio, Diana, Fran Baluffo, Francesco, Enrico, Gianluca, Giovanni, Giorgia e Chiara Gregoraci ed i loro genitori, Iris, José García, Juliet, Lucia, Mancho, Migue, Olmo, Paola, Paz y Silvia.

Para mis padres, mi hermana, mi hermano y el pequeño Bernat no tengo palabras. Solo puedo decir que os quiero mucho.