

IDENTIDAD, CREENCIAS Y ORDEN PENAL: LA EXIMENTE CULTURAL

M. Elena TORRES FERNÁNDEZ *

Resumen

Las sociedades contemporáneas se caracterizan por su considerable diversidad. Esa diversidad suscita toda una serie de cuestiones, que convergen en la necesidad de lograr un consenso político sobre las diferencias, que son significativas para determinar un trato distinto en orden alcanzar los mismos niveles de inclusión social y posibilidades de participación de todos los individuos. Trasladada al ámbito penal, la diversidad plantea la cuestión de qué tratamiento dar a quienes cometen un delito condicionado por una socialización diferenciada de la que ha quedado plasmada en el Ordenamiento jurídico positivo, al tiempo que nos enfrenta a los límites del Derecho penal como instrumento de control social.

Abstract

Contemporary societies are characterized by a deep diversity. This diversity raises several issues, which converge on the need to achieve a political agreement about differences that are decisive in order to determine a differentiated treatment with a view to reaching the same levels of social inclusion and of participation by all individuals. Transposed in the field of criminal matters, diversity gives rise to the question concerning how to deal with the persons who have committed a crime that was conditioned by a different cultural background, which is reflected in rules embodied in the legal system, while facing the limits inherent in criminal law, seen as a tool of social control.

Palabras clave

Multiculturalismo, delito culturalmente condicionado, eximente cultural.

Keywords

Multiculturalism, cultural offense, cultural defense, new excuses.

* Profesora Titular de Derecho Penal.

SUMARIO: I. Introducción; II. Cultura y Derecho; III. Cultura, conducta y Derecho penal; IV. El Derecho Penal en sociedades multiculturales; A. Delitos culturalmente condicionados (*cultural offenses*); B. Eximente cultural (*cultural defense*); C. Instrumentos normativos para canalizar la diferencia cultural (*de lege lata*). D. ¿Es necesaria la regulación expresa de una eximente por motivos culturales? V. Reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN**

MUCHO se ha escrito en los últimos años sobre multiculturalismo y variadas son las cuestiones que éste suscita para los poderes públicos en estas primeras décadas del siglo XXI, sin que las mismas hayan pasado desapercibidas para quienes se dedican al estudio, la interpretación y aplicación del Derecho penal, pues no son pocos los interrogantes que plantea el tema en este terreno en concreto. Para situar el objeto del trabajo conviene comenzar con una primera aproximación terminológica, pues pese a tratarse de vocablos muy repetidos, y a veces usados como sinónimos, multiculturalidad y multiculturalismo, no son del todo intercambiables (1). Así la *multiculturalidad*, en sentido amplio, se refiere a la presencia de grupos humanos diversos que coexisten en el seno de una misma sociedad, de manera que puede decirse que una sociedad es multicultural cuando en ella interactúan culturas diversas de manera significativa. Se trataría de un término descriptivo de un hecho. Mientras que el multiculturalismo sería la corriente de pensamiento que se ocupa del adecuado tratamiento a distintos niveles (legal, político, económico...) de la diversidad cultural y religiosa (2). En ese sentido, la multiculturalidad no es un fenómeno nuevo (3), pero sí es novedoso su alcance como hecho en el

** Trabajo realizado durante la estancia de investigación completada en el Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, Alemania, julio 2012-enero 2013.

(1) Una distinción similar, si bien bajo el empleo de los términos de sociedad multicultural e interculturalismo, para referirse con el primero a la multiculturalidad como un hecho que es una realidad social, y en ese sentido, inevitable, mientras que el interculturalismo, sería la «propuesta de una sociedad regida por el diálogo, la convivencia entre diversas culturas, lo que plantea inmediatamente el problema del código normativo común a todas ellas, de los criterios que en ese caso han de regular las conductas», en DE LUCAS, F. J., «Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)», *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 3, 1994, p. 281. En la misma línea, ANDREO TUDELA, J. C., «Políticas multiculturalistas y programas de orientación multiculturalista», *Suplementos Ofrim*, núm. 11, 2004, p. 12.

(2) Stanford Encyclopedia of Philosophy.<http://plato.stanford.edu/entries/multiculturalism/>
Sobre el origen de la corriente teórica de multiculturalismo *vid.* DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, traducción de V. M. Macías Caro. Madrid, 2012, p. 48.

(3) Vid. por todos, HÖFFE, O., *Derecho Intercultural*, traducción por R. Sevilla del original alemán *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?. Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main, 1999, Barcelona, 2000, p. 29.

Quien propone como ejemplo histórico de convivencia de distintas culturas y la respuesta jurídica diseñada al efecto, como un derecho intercultural, el *Ius Gentium* del Derecho Romano construido sobre la base de una igualdad jurídica instaurada fundamentalmente por consideraciones puramente pragmáticas, si bien en gran medida limitada al ámbito jurídico contractual, pp. 37-42.

contexto de la globalización, así como los desafíos que presenta su encaje en los ordenamientos jurídicos contemporáneos (4). Mientras que el multiculturalismo representaría el interés por el análisis y la reflexión teórica sobre el hecho de la multiculturalidad en el mundo actual, así como la búsqueda de respuestas para las cuestiones que suscita, de manera que el auge experimentado por el tema en las distintas disciplinas integradas en el marco de las Ciencias Sociales estaría plenamente justificado por la envergadura alcanzada por la conformación de sociedades con una diversidad de sus miembros cada vez mayor (5), producto de la generalización de los movimientos de personas a lo largo y ancho del planeta por efecto de la globalización, y que pasa a sumarse a la diversidad originaria presente en numerosos Estados desde su constitución (6). Característica de esa realidad social contemporánea es la tensión entre la tendencia hacia la homogeneización favorecida, en gran medida, aunque no exclusivamente, por el estilo de vida propio de la sociedad de consumo por un lado, y por otro, la búsqueda de referentes en las formas de identidad colectiva más próximas sobre las que construir un sentimiento de pertenencia, una especie de identidad de resistencia, en pos de una seguridad frente a la incertidumbre en la acelerada dinámica impuesta por las nuevas formas de vida en la era de información (7).

Como se ha señalado la coexistencia de grupos humanos con distintos rasgos culturales no es una novedad de nuestros días, pero la manera de abordarla en el marco de la articulación política de las sociedades sí ha experimentado cambios. En Europa a lo largo del siglo xx, el modelo político ha evolucionado desde la imagen monolítica del Estado-Nación, como expresión de un grupo humano de población uniforme, que proyectaba su identidad a través un único conjunto de símbolos: lengua, religión, historia, arte y tradición comunes, desarrollando mecanismos de asimilación o de exclusión hacia quienes no pertenecían a esa representación forjada por el grupo dominante. Sin embargo, pocos Estados responden a ese modelo ideal de nación unitaria, habiendo experimentado una transformación en sus formas de organización política y abriendo paso al reconocimiento de la diversidad en la composición de su base humana, admitiendo la presencia de minorías de población de base territorial y cultural a un nivel inferior al del Estado, a las que se les reconocen distintos niveles de representatividad y de autogobierno, dando lugar a distintas formas de Estados (federados, de regio-

(4) Vid. DE LUCAS, J., «La democracia pluralista. ¿Redefinir el pluralismo?», *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Prof. T. Vives Antón*, coord. J. C. Carbonell, vol. I, Valencia, 2009, p. 467; MARTÍN VIDA, M. A., «Igualdad, diferencia y reconocimiento de derechos específicos en el contexto de las sociedades multiculturales: las reivindicaciones de las minorías culturales y de otros colectivos», *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, coord. F. Balaguer Callejón, Madrid, 2004, p. 715.

(5) Diversidad cultural, que se impone como un hecho inevitable y frente a la que no cabe abordar políticas de asimilación forzosa con expectativas de éxito, sino que la única opción realista es la de afrontar su gestión e integrarla, como señala PAREKH, B., *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*, trad. S. Chaparro, Madrid, 2005, p. 258.

(6) Sobre el diferente origen de la diversidad de las sociedades contemporáneas, vid. CARDUCCI, M., «El multiculturalismo. Entre círculo hegeliano y constitucionalismo de la alteridad», *Multiculturalismo y Derecho penal*, dirs. L. Cornacchia, y P. Sánchez-Ostiz, Navarra, 2012, p. 84.

(7) CASTELLS, M., «La era de la información. Economía, sociedad y cultura», vol. 2, *El poder de la identidad*, Madrid, 1998, 6.ª reimpresión, 2002, pp. 83-90.

nes,...) que oficializan de ese modo la existencia de una diversidad dotándola de una articulación política, bajo un ordenamiento jurídico con un estándar común de configuración estatal (8), sobre el que tiene lugar la construcción de una identidad ciudadana, de naturaleza política, compartida por todos los miembros de esa sociedad (9).

Junto a esa muestra de multiculturalismo, que pudiera llamarse originario, la inmigración representa otra fuente de diversidad ligada, en este caso, al establecimiento de poblaciones asentadas en el territorio de otros Estados en los que aspiran a integrarse de manera permanente. La respuesta a las necesidades de esos grupos formados en los países de destino ha evolucionado desde políticas selectivas sobre los colectivos llamados a inmigrar (de determinadas razas y procedencia cultural), así como meramente asimilacionistas en cuanto a las condiciones en las que tenía lugar su permanencia, sin concesiones a la diferencia, hacia políticas que no discriminan el acceso entre migrantes y que buscan la integración en la sociedad de acogida tomando en consideración la diferencia y dando cabida a sus demandas en distintos contextos: educativos, sanitarios, laborales, de seguridad... (10).

Específicamente, como un colectivo con una singularidad propia y que reclama una intervención adecuada en orden a su integración en las sociedades de destino, y respecto del cual no cabe desconocer sus especiales necesidades, se alza el grupo de inmigrantes en condiciones de irregularidad. Al respecto de la gestión de la inmigración ilegal, parece abrirse paso lentamente en el marco del Derecho Internacional Humanitario un *status mínimo* de los extranjeros en situación irregular, que parte de considerar su especial vulnerabilidad personal precisamente por la irregularidad de su estancia, lo que les convierte en víctimas fáciles de toda clase de abusos. Así los organismos internacionales empiezan a trabajar partiendo de la premisa de que, sea cual sea la política de control de flujos migratorios en los Estados destinatarios de la inmigración, siempre habrá un número más o menos extenso de extranjeros en situación irregular, que necesitan que se garantice la protección de sus derechos humanos al margen de la regularidad o no de su estancia conforme al derecho interno de un Estado (11). De acuerdo con ello, y pese a las reticencias de los Estados hacia tal clase de medidas, acaba imponiéndose la aplicación de formas de regularización extraordinaria, por cupos o por contingentes, como respuesta a la situación de quienes se encuentran en el territorio nacional tras haber completado su proyecto migratorio de manera irregular, como manera de consolidar grupos de población establecida de manera permanente y frente a los

(8) En esa línea HABERMAS, J., «La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho», *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento»*, trad. M. Utrilla de Neira, L. Andrade Llanas, y G. Vilar Roca, 2.ª ed., México, 2009, p. 192.

(9) Vid. con detalle KYMLICKA, W., «Multiculturalismo», *Dialogo Político. Publicación Trimestral Konrad Adenauer Stiftung*, año XXIV, núm. 2, 2007, pp. 12-16.

(10) KYMLICKA, W., «Multiculturalismo...», cit. pp. 17-18.

(11) Y en la línea de asegurar unos niveles mínimos surgen algunas propuestas, que incluyen límites a las posibilidades de expulsión por causa de la irregularidad del extranjero. Así la Resolución 1509 (2006), de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Derechos fundamentales de los migrantes www://assembly.coe.int/documents/adoptedtext/ta06/fres1509.htm, o los trabajos iniciados en la Comisión de Derecho Internacional en Naciones Unidas, sin que exista aún un consenso suficiente en los contenidos mínimos vid. ampliamente en PÉREZ GONZÁLEZ, C., «La expulsión de los extranjeros en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2010, pp. 6-7.

cuales no cabe esperar fundadamente su retorno voluntario, lo que contribuye igualmente a extender la base de multiculturalidad presente en la sociedad (12).

La cuestión de la diferencia cultural, y en particular, su relevancia para el derecho penal, no empieza a ser considerada en España hasta la llegada sostenida de inmigrantes y el establecimiento de comunidades humanas procedentes de distintas latitudes geográficas, y extrañas a la civilización occidental, con costumbres y usos diferentes, que en algunos casos entran dentro de las prohibiciones incorporadas al Código penal, siendo el caso paradigmático el de las mutilaciones genitales practicadas a niñas de origen africano. La conversión de nuestro país, de país de emigrantes en los años sesenta y setenta, a destino para la inmigración determinada por motivos económicos tiene lugar a lo largo de las dos últimas décadas del siglo pasado y primera del presente (13), sin que la gestión de tal fenómeno se haya visto acompañada de una política de inmigración de largo alcance y regida por un modelo de intervención bien definido en torno al estatus jurídico de los sujetos que encarnan esa nueva diversidad. Más bien al contrario, la sucesión de Leyes de extranjería, la primera de 1985 y la segunda de 2000, con sucesivas modificaciones en el mismo año de su aprobación, en 2003 y 2009 evidencian la errática trayectoria seguida en las últimas legislaturas en una materia muy sensible al populismo a merced de las demandas securitarias frente al fantasma de la inmigración, percibida socialmente como una amenaza, y su instrumentalización por los partidos por su innegable potencial de rentabilidad electoral (14).

La llegada de inmigrantes procedentes de otras culturas ha acentuado la diversidad presente en la sociedad contemporánea de nuestro país, sin embargo, ni las cifras totales de la inmigración (15), ni sus características permiten hablar de la realidad española como una sociedad multicultural en la que esté en juego la definición de la identidad nacional y que exija una política multicultural estatista, sino que más bien nos encontramos ante una manifestación de una multiculturalidad incipiente y distinta de la que quedó reflejada en el proceso de elaboración constitucional, que precisa ser abordada con decisión, para lo que se nos muestra, como lo más ajustado, el tratar de «definir una política de gestión de la integración de los inmigrantes con un determinado nivel de apertura hacia el pluralismo cultural (16). Sin embargo, si bien el peso de las cifras parece restar importancia a la gestión de la multiculturalidad al menos desde un enfoque meramente cuantitativo, no así desde el punto de vista cualitativo, pues permanece abierta la cuestión de qué respuesta dar desde el ordenamiento jurídico a las cada vez más variadas

(12) KYMLICKA, W., «Multiculturalismo...», cit. pp. 18-19.

(13) Para un análisis de los perfiles de la inmigración presente en España hasta finales de la primera década del siglo XXI, vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes*, Madrid, 2010, pp. 63-67.

(14) Sobre el discurso securitario en materia de inmigración y su instrumentalización con fines electorales vid. MOSCONI, G., «La seguridad de la inseguridad. Retóricas y giros de la legislación italiana», *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, dir. J. A. Brandariz, Granada, 2010, pp. 321-343; CARAMMIA, M., y GARCÍA LUPATO, F., «La política de inmigración en Italia y España. ¿Cómo cambian las propuestas de los partidos políticos? Una exploración del caso italiano y español», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 19, 2008, pp. 285-305.

(15) El número total de extranjeros en España está cuantificado en 5.252.473 a fecha de 1 de noviembre de 2011 según la nota de prensa publicada por el Instituto Nacional de Estadística el 14 de diciembre de 2012, representando un 11,21% de la población. <http://www.ine.es/prensa/np756.pdf>

(16) ANDREO TUDELA, J. C., «Políticas...», cit., pp. 15-16.

demandas de tratamiento diferenciado para satisfacer las necesidades o las expectativas de personas con una socialización distinta, y que no siempre resultan reconducibles a los cauces ya explorados en el ordenamiento y consolidados en la práctica jurídica (17).

El objetivo de este trabajo se centra en analizar los retos que plantea la diversidad cultural al ordenamiento jurídico penal, manifestada en la comisión de hechos que si bien tienen la consideración de delitos, sin embargo son permitidos o incluso exigidos entre los miembros de otras culturas, los llamados delitos culturales, y la posible o posibles respuestas a la situación planteada por su comisión, en orden a la exigencia de responsabilidad a sus autores.

II. CULTURA Y DERECHO

Abordar la cuestión de *qué es la cultura* no es tarea en absoluto fácil, en este caso, no por falta de una definición o de desarrollo teórico sobre tal concepto, sino más bien al contrario, por la abundancia de ellas desde los distintos y variados enfoques, que nos ofrecen las disciplinas incluidas en el conjunto más amplio de las Ciencias Sociales (Antropología, Sociología, Historia, Filosofía...), sin que ninguna agote todos sus potenciales aspectos y de modo que cada una aporta matices y perfiles adecuados a las finalidades características de cada especialidad (18). Sin embargo, excede las posibilidades de este trabajo abordar un estudio a fondo sobre el objeto de la cultura, ni ello constituye su meta última, sin que, por otra parte, la elección del concepto de cultura no esté en cierto modo mediatizada por el objetivo al que se dirige el análisis (19).

(17) De la actualidad del tema, así como de la previsible aparición de nuevas cuestiones conflictivas en el futuro, nos da cuenta la polémica suscitada por la sentencia dictada por el tribunal de Colonia de 7 de mayo de 2012 donde declara la tipicidad penal por lesiones, sobre la base de la realización de la circuncisión masculina a un niño sin estar indicada terapéuticamente, si bien estima la concurrencia en su realización de un error de prohibición invencible. Dicha decisión fue recibida con enorme preocupación y rechazo por los colectivos de judíos y musulmanes, que la practican ancestralmente, hasta el punto de motivar la aparición de una nota de prensa del Parlamento alemán, en vísperas del cese de su actividad por las vacaciones, anunciando la consideración de la necesidad de elaborar una ley, que garantice a judíos y musulmanes la continuación de sus prácticas, sin riesgo de incurrir en responsabilidad penal. Anuncio que ha sido seguido de la elaboración de un proyecto de ley que ha culminado su tramitación con la aprobación de la Ley de 20 de diciembre de 2012 [Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes (MännlBeschnG), Bundesgesetzblatt, 27 de diciembre de 2012].

Sobre dicha sentencia *vid.* FATEH-MOGHADAM, B., «Criminalizing male circumcision? Case Note: Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012, núm. 151 NS 169/11», *German Law Journal*, vol. 13, núm. 9, 2012, pp. 1131 y ss. En España, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Circuncisión infantil», *In Dret Penal*, Editorial, enero 2013, pp. 1-5.

(18) Sobre la pluralidad de significados del término cultura *vid.* SERRANO PIEDECASAS, J. R., y DEMETRIO CRESPO, E., «Reflexiones sobre filosofía del lenguaje, diversidad cultural y su influencia en el Derecho penal», *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Prof. T. Vives Antón*, coord. J. C. Carbonell, vol. II, Valencia, 2009, p. 1774.

(19) Así una reflexión en esa línea puede verse en BASILE, F., *Inmigrazione e reati culturalmente motivati. Il Diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, pp. 29-31.

Al objeto de fijar el punto de partida de este estudio, puede tomarse como referencia inicial la definición de cultura incorporada a la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural (2001) (20), que la entiende como «el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias» (21), o más simplícidamente como un «modo de vivir y de pensar», como acervo que sirve a la construcción de identidad personal de los individuos en la línea de la definición perfilada desde la Antropología (22), y en gran medida coincidente con la clásica de Tylor, que la entiende como «un todo complejo conformado por los conocimientos, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y las demás capacidades o hábitos adquiridos por el hombre en tanto miembro de la sociedad» (23). En otra acepción del término, aplicada a un grupo humano, la idea de cultura ha sido definida por Kymlicka como «comunidad intergeneracional más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una patria determinada y comparte un lenguaje y una historia específicas» (24).

Desde la definición de cultura ofrecida, el ordenamiento jurídico puede ser considerado como una elaboración cultural de la sociedad que lo crea, y en ese sentido el ordenamiento jurídico sería un objeto de la cultura (25), sin embargo desde su función de regular la convivencia social, el derecho también incorpora a su contenido una concepción de la cultura, como realidad prejurídica valiosa para la vida social estableciendo en qué términos es relevante su consideración por el Derecho. Es en este sentido en el que nos interesa ahondar sobre el concepto de cultura, con el fin de acotar más precisamente de qué manera la cultura define al individuo, como sujeto susceptible de responsabilidad y al grupo humano sobre el que se proyecta el ordenamiento jurídico.

El reconocimiento de la cultura queda plasmado al más alto nivel, deducible del texto constitucional aprobado en 1978, dentro del marco valorativo que sienta las bases de la convivencia de la sociedad española, como comunidad políticamen-

(20) Definición conforme a las conclusiones de la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales (Mondiacult, México, 1982), de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo (Nuestra Diversidad Creativa, 1995) y la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo (Estocolmo, 1998). Vid. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

(21) Sobre el concepto de cultura de esa Declaración vid. WOUTERS, J., y VIDAL, M., «International Normative Action for Cultural Diversity: the Contribution of UNESCO», *Cultural Diversity and the Law: State Responses from Around the World*, eds. M. C. Foblets, y J. F. Gaudreault-DesBiens. Brussels, 2010, cit. pp. 783-784.

(22) Para una conocer del concepto de cultura y la evolución de éste vid. SUARDÍA, P., *Antropología general*, Miami, 2010, pp. 97-99; MARTÍNEZ, C., y OJEDA, M. N., *Antropología: la cultura*, Miami, 2010, pp. 13-21.

(23) Definición de cultura ofrecida por Tylor contenida en *Primitive Culture: Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom*, 1871, citada y recogida en GIORDANO, CH., «Las nociones de cultura y de derecho en Antropología». *Anuario de Derecho penal*, 2010, p. 29.

(24) KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, 1996, p. 36. En sentido parecido, el concepto de comunidad cultural vid. PAREKH, B., *Repensando...* cit., pp. 234-235.

(25) En ese sentido, GIORDANO, CH., «Las nociones...», cit. pp. 45-46.

te organizada. En ese sentido son numerosas las ocasiones en las que la Constitución se refiere a la cultura (26), usando en otras el adjetivo cultural (27), pudiéndose advertir en su uso que no es un término unívoco, sino que se trata de una palabra portadora de varios significados, los cuales se utilizan indistintamente, siendo el contexto en el que la misma se emplea, el que va a marcar el sentido sobre el que se quiere proyectar la voluntad del constituyente (28). De las posibles acepciones de cultura, podemos destacar fundamentalmente dos, la de cultura en su sentido más universal, que se identifica con el acervo «de conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico de la sociedad en un momento dado» (29), sentido en el que parece empleado el vocablo en el párrafo quinto del Preámbulo y en los artículos 9.2, 25.2, 44, 48, 50 y 194.1.28 de la CE. Mientras que, en el sentido de «conjunto de manifestaciones en las que se expresa la vida tradicional de un pueblo» (costumbres, modos de vida e instituciones) (30), la cultura es mencionada en el párrafo cuarto del preámbulo cuando se proclama la voluntad de la Nación Española de «proteger a todos los españoles y “pueblos de España en el ejercicio de” los derechos humanos, “sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones” (31). Puede advertirse pues en nuestra Constitución un reconocimiento de la diversidad cultural de base de la sociedad, si bien, ligada al concepto de *pueblo*, en su sentido de sociedad o grupo humano con un acervo compartido, que sirve de base a la soberanía como realidad previa a la constitución política del Estado. Si bien en ese sentido, la diversidad cultural sobre la que se pronuncia la Constitución nada tiene que ver con la presencia de minorías étnico culturales, como pudiera ser *v. gr.* el caso de los gitanos, pues si bien pueden considerarse una comunidad de largo arraigo en España, su peculiaridad no ha tenido reflejo en la norma fundamental, ni tampoco parece poder abarcar las minorías surgidas por influjo de la inmigración, pues en el momento de la redacción constitucional, la realidad española no presentaba aún los perfiles que ha alcanzado décadas después al convertirse el territorio nacional en destino de una inmigración determinada, principalmente, por motivos económicos.

El reconocimiento de la diversidad en el programa constitucional, expresado sobre la presencia de diferentes pueblos con una realidad cultural propia, se muestra fuertemente apegado a las necesidades de diseño del mapa de la ordenación política y territorial para la atribución de distintos niveles de autogobierno, como confirma el artículo 143.1 de la CE, cuando atribuye el ejercicio del derecho a la autonomía a las provincias *con características* históricas y *culturales* comunes. Es por ello que el desarrollo constitucional de los aspectos relacionados con la diversidad se muestra, de alguna manera, limitado para afrontar las cuestiones que se suscitan ligadas a la caleidoscópica realidad social de los últimos decenios producto de la inmigración,

(26) Párrafos cuarto y quinto del Preámbulo y artículos 25.2, 44, 50, 148.1.17 y 149.2 de la CE.

(27) Artículos 3.3, 9.2, 46, 48, 143.1, 149.1.28.^a y 149.2 de la CE.

(28) Sobre la presencia de dos conceptos distintos de cultura en la Constitución *vid.* GARCÍA HERRERA, M. A., «Consideraciones sobre Constitución y cultura», *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, coord. F. Balaguer Callejón, Madrid, 2004, p. 123.

(29) Y que vendría a coincidir básicamente con la acepción tercera de cultura en el Diccionario de la Real Academia.

(30) Coincidente con la definición de cultura popular del mismo Diccionario.

(31) Sobre el sentido de la expresión «Pueblos de España», PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura, culturas y constitución*, Madrid, 2006, pp. 118-130.

y se impone elaborar un desarrollo teórico y jurídico adecuado para dar cabida a la respuesta frente a las nuevas cuestiones planteadas por la coexistencia en una misma sociedad de distintas formas de ver y entender la vida, el mundo y las relaciones personales, los distintos credos e ideologías y los distintos modos de encarar el día a día presente y futuro y que definen de manera consciente e inconsciente la identidad del individuo (32).

En el ámbito internacional, una mención de la identidad cultural no aparece reconocida expresamente hasta la celebración del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1966, que en su artículo 27 se refiere al *derecho de las personas que pertenezcan a minorías* étnicas, religiosas o lingüísticas, compartido con los demás miembros del grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y a practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (33). Se trata de un derecho con dos vertientes reconocibles: una de carácter individual, pues como puede observarse, el artículo 27 del Pacto se refiere al derecho que le corresponde a los miembros de tales minorías a tener su propia vida cultural, a su propia religión y a emplear su propio idioma, que obliga al Estado a abstenerse de interferir en tales exteriorizaciones de los individuos, pero que también puede, en ciertas circunstancias, obligar a los Estados a intervenir para adoptar medidas de acción positiva para garantizar su ejercicio a los individuos de la minoría (34). Lo que sería el *aspecto positivo* de ese derecho consistente en la posibilidad de *exteriorizar la propia cultura como elemento de identidad individual*, pero que integra también un *aspecto negativo*, el de no ser obligado o constreñido a permanecer contra la propia voluntad en el grupo o a conservar y asumir su tradición. De acuerdo con ello, se trataría de *la libertad más íntima para determinarse a continuar manteniendo o bien a no seguir satisfaciendo las exigencias de una determinada cultura*.

En cuanto a la vertiente colectiva, manifestada en la *reivindicación de la cultura como elemento de identidad grupal* en el contexto más amplio del Estado en el que se integra una comunidad humana, hay que señalar que su atribución suele hacerse a partir del concepto de *minoría* (35). No es fácil abordar qué se entiende por tal, pero puede considerarse a una comunidad humana, numéricamente menor, sin que este dato sea absolutamente determinante, y situada entre otras mayores o dominantes, con una conciencia de pertenencia a una identidad compartida diferenciada del resto de la población y con voluntad de preservarla. Se trata de un

(32) Sobre la confusión generada por esta nueva fuente de multiculturalidad, así como los retos que suscita *vid.* DE LUCAS, J., «La democracia pluralista. ¿Redefinir el pluralismo?...», cit. pp. 464-465.

(33) Con anterioridad la DUDH no contenía ningún reconocimiento explícito de los derechos de las minorías, pues se consideraba que, con el logro de un nivel adecuado de tutela de los derechos individuales, sería suficiente para materializar las exigencias de la expresión de la propia identidad cultural, a través de las libertades de expresión y opinión, de conciencia y religión, o para canalizar sus expresiones colectivas, las de reunión y asociación. Con detalle, MARTÍN VIDA, M. A., «Igualdad...», cit. p. 721.

(34) Por ejemplo, sobre la necesidad de intervención positiva para procurar las condiciones que permitan el ejercicio de la libertad religiosa *vid.* GRIMM, D., «Multiculturalidad y derechos fundamentales», *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, D. Grimm, E. Denninger, Madrid, 2007, p. 68.

(35) Sobre las dificultades para definir el concepto de minoría, así como el establecimiento de su posible regulación *vid.* DE LUCAS, J., «La tolerancia como respuesta a las demandas de las minorías culturales», *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1995, p. 156.

concepto con un importante componente relacional o contextual y dinámico en la identificación y definición de su alcance (36). Como elementos contingentes se puede citar (37), el carácter oprimido o perseguido del grupo o el carácter de minoría nacional, habida cuenta de la formación de comunidades culturales derivadas de la inmigración y que no responden a esa consideración, si bien respecto de éstas se suele discutir si constituyen auténticas minorías, pues en cierta medida tienden a integrarse voluntariamente en la sociedad receptora, si bien no sucede con todos los grupos de inmigrantes o no sucede al menos con igual intensidad (38).

Dentro de esta aproximación general a las minorías se pueden apreciar matices o aspectos diferenciados según la naturaleza del colectivo (39), así las *minorías de base nacional* suelen orientar sus demandas hacia el reconocimiento de determinados niveles de *autogobierno* o bien la conservación de sus instituciones históricas (40); mientras que las *minorías únicamente de base étnica o cultural*, así como las formadas por comunidades establecidas a raíz de la inmigración, parecen orientar sus exigencias a poder *mantener su herencia cultural* expresada en diversas manifestaciones (uso de una lengua, práctica de una religión o determinadas tradiciones) (41). No constituyen minorías, aunque sus reivindicaciones puedan ser en cierto modo similares, colectivos que han padecido históricamente alguna diferencia de trato, pero que están presentes en todas las formaciones humanas y que de algún modo conformarían las *minorías de las minorías* (así sucede respecto de las reivindicaciones de género, o las del colectivo homosexual, las de los discapacitados...) (42).

Como corolarios de ese derecho a la diversidad cabe señalar tanto la reivindicación de la igualdad como equiparación, el derecho a ser tratados como iguales a

(36) DE LUCAS, J., «Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 15, 1993, pp. 100-104.

(37) Con detalle del concepto de minoría *vid.* APARICIO WIHELMI, M., «Diversidad cultural, convivencia y derechos. Un análisis en el marco de la Constitución Española», *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 40, 2010, pp. 12-13; MARTÍN VIDA, M. A., «Igualdad...», *cit.* pp. 717-718, notas a pie de página 5 y 8.

(38) BERNARDI, A., «Società multiculturale e “reati culturali”. Spunti per una riflessione», *Studi in onore di G. Marinucci, A cura di, E. Dolcini, y C. E. Paliero*, vol. I, Milano, 2006, p. 68; BASILE, F., *Inmigrazione...* *cit.*, pp. 44-46; DE LUCAS, J., «Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías...» *cit.*, p. 105.

(39) Sobre la existencia de distintos tipos de minorías y distinta orientación reivindicativa, *vid.* ALONSO ALAMO, M., «Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural. (Lucha por el reconocimiento y bien jurídico penal)», *Revista General de Derecho Penal*, 18, 2012, pp. 5-6; KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural...*, *cit.* pp. 25-26; BERNARDI, A., «Società multiculturale...», *cit.* pp. 50-51.

(40) Ejemplo de ello sería el reconocimiento de instituciones jurídicas o de ciertos niveles de autogobierno a las comunidades indígenas en Hispanoamérica. Sobre el tema existe una importante literatura, a modo de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, cabe citar a BORJA JIMÉNEZ, E., «Derecho Penal y Derecho indígena: cuatro tesis», *Constitución y pluralismo jurídico*, coord. F. Flores Jiménez, Quito, 2004, pp. 111-152; el mismo, «Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos», *Nuevo Foro Penal*, núm. 73, 2009, pp. 12-35; FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Diversidad cultural y sistema penal», *Revista Penal*, núm. 22, 2008, pp. 36-39; BERNARDI, A., «Società multiculturale e “reati culturali”...», *cit.* pp. 51-52.

(41) *Vid.* con detalle MARTÍN VIDA, M. A., «Igualdad...», *cit.*, pp. 723-724.

(42) KYMLICKA, W., *Ciudadanía...*, *cit.* pp. 36-37; MARTÍN VIDA, M. A., «Igualdad...» *cit.* p. 717.

pesar de la diferencia, como la igualdad como diferenciación, esto es el derecho a ser tratados de modo diferente, sin que esa diferencia se convierta en un obstáculo para el acceso a un mismo nivel de inclusión jurídica (43).

De acuerdo con la variedad de necesidades que puede suscitar el reconocimiento de la peculiaridad de cada minoría y las posibilidades de dar satisfacción a lo exigido para el mantenimiento de la identidad cultural, en cualquiera de las dimensiones expresadas, se suscitan numerosos desafíos al ordenamiento jurídico para poder canalizar adecuadamente el debido trato y la conflictividad, que puede originarse en el ejercicio de las expresiones de diversidad cultural con el contenido de otros derechos fundamentales (44), lo que implica la puesta en marcha de distintos mecanismos y técnicas jurídicas: a veces la regulación expresa de las prácticas culturales dentro del ordenamiento, así por ejemplo respecto a los días de fiesta conforme a distintas religiones y culturas, las formas de producción de alimentos conforme al precepto religioso de judíos y musulmanes, así como el sacrificio ritual de animales, la regulación de la presencia de símbolos religiosos en espacios públicos, en otros casos por la vía del reconocimiento de efectos jurídicos a actuaciones realizadas conforme a la propia tradición, así la validez jurídica de los matrimonios celebrados conforme a distintos ritos religiosos, o la excepción del cumplimiento de la norma jurídica, *v. gr.* la no exigencia a indios *sihjks* de la obligación de conducir con casco protector que les impediría el uso del turbante tradicional, o bien por la vía de la integración del elemento cultural a través del ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos, cuando ello sea posible. Así, son bastante variados los supuestos reconducibles a través del ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de conciencia conforme a su propios parámetros constitucionales (45). Sin embargo, no existe aún un consenso acerca de la estrategia global a seguir para atender a las exigencias planteadas por la diferencia cultural, existiendo una amplia gama de posicionamientos en la que algunos autores comienzan a advertir de la estrechez de los intentos de reconducir todos los aspectos que la multiculturalidad suscita al catálogo de derechos fundamentales ya incorporados a los textos constitucionales (46), proponiendo algunos de ellos en consecuencia, la necesidad de su regulación expresa (47) y pasando así de enfocar la cuestión planteada en el marco del alcance del pluralismo social a mirar desde un prisma más ambicioso, cual es la redefinición de los criterios de inclusión en la ciudadanía (48).

Como derecho humano con una doble dimensión, individual y colectiva, el derecho a la identidad cultural está sujeto a limitaciones en un doble sentido. En primer lugar, en cuanto que no se reconoce aisladamente, no es absoluto, sino que

(43) Sobre el particular *vid.* con detalle DE LUCAS, F. J., «Para una discusión de la nota de universalidad...», cit., pp. 301-302.

(44) DE LUCAS, F. J., *ibidem*.

(45) Sobre el amplio margen de protección a la diversidad cultural a través del catálogo de derechos comunes de ciudadanía KYMLICKA, W., *Ciudadanía...*, cit. p. 46.

(46) Afirma la existencia de conflictos imposibles de resolver a través del catálogo de derechos ya incorporados a la Constitución PRIETO DE PEDRO, J., «Derechos Culturales: el hijo pródigo de los derechos». *Revista Crítica*, núm. 952, 2008, p. 19; KYMLICKA, W., *Ciudadanía...*, cit. p. 47.

(47) Una propuesta a favor del reconocimiento de los derechos culturales, incardinados entre los derechos fundamentales en PRIETO DE PEDRO, J., «Derechos Culturales...», cit. pp. 19-23.

(48) En ese sentido AÑON, M. J., «La multiculturalidad posible: la mirada del Derecho», *Jornadas sobre ciudadanía europea y conflictos culturales*, Valencia, 2003, pp. 4 y ss.; DE LUCAS, J., «La democracia pluralista. ¿Redefinir el pluralismo?...», cit. pp. 458-459.

en el marco de un conjunto más amplio, se ve limitado por la coexistencia con otros derechos humanos, de manera que no cabrá apelar a la propia cultura, en ninguna de sus dos dimensiones, ni individual ni colectiva para amparar violaciones de otros derechos, lo que constituiría un límite extrínseco.

Límite que estaría conformado por los derechos humanos, que constituyen el mínimo común denominador en el que el reconocimiento de la diversidad se hace posible, pues no cabe admitir una construcción de la diferencia sobre elementos que lesionen la dignidad humana, ni los valores fundamentales para la convivencia (49), si bien, con el componente de incertidumbre que marca la propia historicidad en el reconocimiento de un tal catálogo de derechos (50), así como la existencia de un cierto margen para la introducción del elemento cultural en la concreción de su contenido, lo que nos sitúa ante la necesidad de definir el núcleo duro o el mínimo irreducible de su formulación, como concreción de la idea de justicia asumible universalmente (51).

Y desde una perspectiva intrínseca, esto es, del propio contenido del derecho a la identidad cultural, si se atiende a la forma en la que tiene lugar tanto su reconocimiento, *a los individuos integrados en las minorías* (52), como el valor conferido a la libertad personal respecto su objeto, *la diversidad cultural sólo puede aspirar a construirse sobre y no al margen de la libertad de los individuos que forman el grupo* (53). Ello supone que la protección de un derecho a la cultura no permite la imposición de la pertenencia a colectivo o la imposición de determinadas prácticas en contra de la voluntad del individuo en aras de su conservación (54). En ese sentido, un eventual reconocimiento del derecho a la cultura, de titularidad supraindividual más o menos difusa (55), con una exaltación de lo colectivo apta para silenciar

(49) Vid. DE LUCAS, J., «El reconocimiento de los derechos. ¿Camino de ida y vuelta? (A propósito de los derechos de las minorías)». *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1993, pp. 265-266.

(50) DE LUCAS, F. J., «Para una discusión de la nota de universalidad...», cit., p. 293.

(51) HÖFFE, O., *Derecho intercultural...*, cit. p. 115.

(52) Por ello, más que de derechos colectivos, Kymlicka habla de «derechos diferenciados en función del grupo», KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural...*, cit. pp. 74, 76.

(53) En ese sentido, entre otros, GUTMAN, A., «Introducción», *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento»*, trad. M. Utrilla de Neira, L. Andrade Llanas, y G. Vilar Roca, 2.ª ed., México, 2009, pp. 32 y 36; DE LUCAS, J., «Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías...», cit. p. 104; DE LUCAS, F. J., «Para una discusión de la nota de universalidad...», cit., p. 307; BERNARDI, A., «Società multiculturale e “reaticulturali”...», cit. p. 69; GRIMM, D., «Multiculturalidad...», cit. p. 66.

(54) Sobre los límites infranqueables para garantizar la preservación de una cultura *vid.* entre otros SAAVEDRA LÓPEZ, M., «La Constitución como objeto y como límite de la cultura», *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, coord. F. Balaguer Callejón, Madrid, 2004, pp. 153-154; MARTÍN VIDA, M. A., «Igualdad...», cit., p. 722.

(55) Así se ha señalado lo inadecuado de que las técnicas de protección de la cultura, como bien colectivo, puedan ser las de los derechos fundamentales de libertad, pues la atribución de un derecho público subjetivo a los grupos generaría conflictos irresolubles con los derechos individuales y, aparte, como el mismo autor señala, no sería funcional, PRIETO DE PEDRO, J., «Derechos Culturales...», cit. pp. 19-23, en la misma línea, HABERMAS, J., «La lucha...», cit. p. 186.

Kymlicka distingue entre «restricciones internas» como reivindicaciones de los colectivos minoritarios que autorizarían a reprimir el disenso interno, limitando los derechos y libertades del grupo y «protecciones externas», como reivindicaciones dirigidas a proteger al colectivo de decisiones del grupo dominante, de manera que no estaría justificado en aras del multiculturalismo ceder a la concesión de reivindicaciones que amparan la opresión interna de los miembros del grupo, *vid.* KYMLICKA, W., *Ciudadanía...* cit., pp. 58 y ss.

la voz de los individuos y su posible disidencia interna, entrañaría el riesgo de abrir el camino a posibles mecanismos de opresión dentro de las minorías reconocidas o cuando menos la consagración de prácticas contrarias a la dignidad humana en nombre de la cultura (56), y con ella, una cierta indiferencia culpable ante esas violaciones, que vendría a encubrir la representación la inferioridad cultural por parte la sociedad que las tolerase así como de su ordenamiento jurídico (57).

De acuerdo con lo expuesto, los derechos humanos conforman en su formulación un núcleo básico, apto para convertirse en un elemento externo a la propia cultura y definido por su potencial crítico con una insustituible función en la evolución de los elementos sobre los que se construye la identidad colectiva.

Referencias expresas al límite a la diversidad cultural representado por la necesidad de respetar los derechos humanos fundamentados en la dignidad de la personas las encontramos en textos posteriores. Así en la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño (1989), con valor normativo, al tiempo que reconoce, en su artículo 29, el derecho de los niños a ser educados conforme a su propia identidad cultural, establece también, en su artículo 24.3 la obligación de los Estados de abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud. También la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 5 (58), y los artículos 1.3 y 5.5 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o en las Convicciones (59).

Con posterioridad, la Declaración Universal de la UNESCO sobre diversidad cultural (2001) establece expresamente en su artículo 4, que «nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance» (60).

En la línea de reconocer explícitamente la libertad individual ínsita en el derecho a la diversidad cultural, la Convención sobre protección y promoción de las expresiones culturales (2005) (61), establece que: «sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos..., así como la “*posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales*”» (art. 2), en lo que ha sido calificado como un concepto nuevo, el de *libertad cultural*, que da un paso más allá, al incorporar explícitamente entre los elementos definitorios de la cultura jurídicamente amparable, la *libertad de elección del individuo* sobre la misma (62).

(56) MOLLER OKIN, S., «Is Multiculturalism Bad for Women?», *Boston Review. A Political and Literary Froum*, october-november, 1997, p. 8 del texto impreso; SAMBUC, B., «La justicia frente a la diversidad cultural: reflexiones sobre la tentación culturalista en Derecho penal y sus consecuencias discriminatorias para la mujer», *Anuario de Derecho penal*, 2010, p. 199.

(57) DE LUCAS, F. J., «Para una discusión de la nota de universalidad...», cit., p. 276.

(58) Resolución 34/180 Asamblea General de Naciones Unidas. 18 de diciembre de 1979.

(59) Resolución 36/55 Asamblea General de Naciones Unidas. 25 de noviembre de 1981.

(60) Adoptada en por la Conferencia General de la UNESCO, 31.ª sesión, París, 2 de noviembre de 2001.

(61) <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919s.pdf>

(62) Vid. BARREIRO CARRIL, B., «Un análisis de la relación entre diversidad cultural y la universalidad de los derechos humanos: especial referencia a algunos elementos novedosos aportados por la Convención de la UNESCO para la diversidad cultural», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 27, 2011, pp. 73-74; SAMBUC, B., «La justicia...», cit. p. 186; DE LUCAS, F. J., «Para una discusión de la nota de universalidad...», cit., pp. 292.

Las demandas de un mayor reconocimiento de los derechos de las minorías frecuentemente vienen acompañadas del cuestionamiento de la universalidad de los derechos humanos, bajo la acusación de un cierto etnocentrismo occidental, por entender que muchos Estados, representativos de la diversidad cultural contemporánea, no han tenido una participación significativa o suficiente en la elaboración y aprobación de esos textos normativos, por lo que el patrón internacionalmente reconocido de los derechos humanos no reflejaría el entendimiento de esos derechos desde otras culturas distintas a la occidental (63). En ese sentido se alude a la relatividad del concepto mismo de derechos desde la perspectiva de las distintas grandes culturas (las orientales, la islámica, las africanas) y muy especialmente, la propia noción de sujeto que es su titular (64), así como al distinto peso de la relación entre el individuo y la comunidad, que dista mucho de coincidir con la centralidad alcanzada por aquel en el mundo occidental, lo que puede sin duda distorsionar el entendimiento de qué es lo que queda garantizado bajo el concepto de derechos humanos desde el prisma de las otras culturas (65). No obstante, pese a la identificación generalizada de la modernidad con lo occidental es posible hallar una imagen común del ser humano en todas las culturas (66), así como un cierto sustrato compartido en el contenido y fundamento de los derechos humanos en todas las culturas capaz de legitimar los esfuerzos en orden a su protección (67).

Así cabe reconocer un concepto de persona como ser vivo de la especie humana, dotado de conciencia de sí mismo y autonomía para relacionarse en sociedad, que es reconocido como tal por las otras personas, y por tanto, capaz de responsabilidad por sus actos (68). De ese concepto de persona, reconocible en todas las formaciones sociales por diferentes que sean, se deriva una serie de derechos, los más básicos, a la vida y la integridad personal, así como de su consideración como sujeto capaz de responsabilidad, el derecho a la integridad moral, con la consiguiente prohibición de la tortura y el trato degradante, como corolario de la digni-

(63) Sobre el cuestionamiento de la universalidad de los derechos humanos *vid.* entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, 2002, pp. 85-86; CARTABIA, M., «Derechos humanos y pluralidad de las culturas: un camino posible», *Los retos del multiculturalismo. En el origen de la diversidad*, eds. J. Prades; M. Oriol. Madrid, 2009, pp. 46-47; HÖFFE, O., *Derecho Intercultural...*, cit. pp. 58-598; DE LUCAS, F. J., «Para una discusión de la nota de universalidad...», cit. pp. 271-272, 284; BARREIRO CARRIL, B., «Un análisis...», cit. pp. 65-66.

(64) De manera que las diferencias no vendrían dadas a través del reconocimiento de derechos, sino por quedar fuera del concepto de sujeto, que bajo la neutralidad de su formulación, sin embargo, está construido a «imagen y semejanza» del individuo de una determinada cultura. En ese sentido, HÖFFE, O., *Derecho intercultural...* cit. pp. 75-76.

(65) Sobre la concepción de la relación entre individuo y comunidad en las distintas culturas ASÚA BATARRITA, A., «Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina», *Eguzkilore*, núm. 18, 2004, pp. 87-88; BORJA JIMÉNEZ, E., *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, Valencia, 2012, pp. 129-130. 133-135; DE LUCAS, F. J., «Para una discusión de la nota de universalidad...», cit. pp. 273-275, 278.

(66) En ese sentido la advertencia de no confundir la necesidad de respetar la dignidad humana con el individualismo occidental *vid.* PAREKH, B., *Repensando...*, cit. p. 266.

(67) *Vid.* con detalle HÖFFE, O., *Derecho intercultural...*, cit. pp. 75, 79-80, BORJA JIMÉNEZ, E., *Acerca...* cit. p. 164.

(68) HÖFFE, O., *Derecho intercultural...*, cit. pp. 77-78; BORJA JIMÉNEZ, E., *Acerca...*, cit. pp. 186-191.

dad humana, así como la seguridad jurídica en relación con los hechos sancionables y sus consecuencias y el respeto a las garantías de un proceso (69).

A la vista de este nada desdeñable germen común en la idea de persona, que subyace a la representación del mundo de cualquier formación social, así como la propia fuerza expansiva de la idea de la existencia unos derechos vinculados a la dignidad y universalmente reconocidos, las críticas de etnocentrismo occidental o de relativismo en la plasmación del concreto catálogo de derechos incorporados a las distintas declaraciones internacionales no constituyen un obstáculo a su consideración como barrera infranqueable al ejercicio de la diversidad cultural, sino que más bien suponen un estímulo para lograr que su contenido quede garantizado para cualquier ser humano en cualquier contexto en un esfuerzo por hacer accesible el disfrute efectivo de esos derechos desde cualquier modo de vida o cultura por constituir el mínimo inalienable a la condición de ser humano (70). Y como señala Asúa Batarrita, «la reivindicación de la pluralidad cultural es perfectamente compatible con la reivindicación de la adaptación de las culturas a las concepciones de la igualdad del ser humano» (71).

El ordenamiento jurídico en vigor es claro al respecto cuando establece en el artículo 3.2 de la LO de derechos y libertades de los extranjeros que: «las normas relativas a los derechos fundamentales serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, “sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas”» (72).

III. CULTURA, CONDUCTA Y DERECHO PENAL

La importancia de la cultura, entendida como modo de vivir y de pensar que conforma el acervo de valoraciones sobre el que se edifica la identidad personal, reside en su potencial como criterio de orientación de la actuación del individuo, y en lo que interesa al Derecho penal, su posible incidencia en las motivaciones para cometer un delito.

Corresponde a la Sociología el mérito de haber evidenciado la función desempeñada por la cultura en cuanto representación simbólica apta para incidir sobre la

(69) BORJA JIMÉNEZ, E., *Acerca...*, cit. pp. 191-197. También sobre el catálogo mínimo de derechos atribuidos a la persona por su condición de tal BENHABIB, S., «Otro universalismo: sobre unidad y diversidad de los derechos humanos», *Isegoría. Revista de Filosofía, Moral y Política*, núm. 39, 2008, pp. 196-197.

(70) En ese sentido las palabras de Vargas Llosa: «Todas las culturas, creencias y costumbres deben tener cabida en una sociedad abierta, siempre y cuando no entren en colisión frontal con aquellos derechos humanos y principios de tolerancia y libertad que constituyen la esencia de la democracia». VARGAS LLOSA, M., *La civilización del espectáculo*. Madrid, 2012, p. 102.

(71) ASÚA BATARRITA, A., «Criminología...», cit. p. 85.

(72) Sobre los derechos humanos, o la dignidad que está en su base, como límite infranqueable a las concesiones hacia la diferencia cultural *vid.* entre otros, ROPERO CARRASCO, J., «Derecho penal, libertad de creencias y diversidad cultural», *El principio de no confesionalidad del Estado español y los Acuerdos con la Santa Sede*, coord. E. Jordá Capitán, Madrid, 2008, pp. 250-251; ALONSO ÁLAMO, M., «Bases...», pp. 28-29, 34.

capacidad de conocer y valorar la realidad. En ese sentido, se trataría de la cultura como «una serie de dispositivos simbólicos para controlar la conducta, como una serie de fuentes extrasomáticas de información» (73). De ese modo, la cultura conforma el conjunto de representaciones, que permiten reconocer e interpretar la realidad, así como atribuirle significado a cuanto nos sucede, conformando un conjunto de reglas y en cuanto tal (74), forma parte de los instrumentos y medios de control social.

El proceso por el cual un individuo adquiere una cultura recibe el nombre de *enculturación* (75). Conscientes de su potencial orientador sobre la conducta humana numerosos autores destacan su importancia en relación con la recepción e internalización por el sujeto de los elementos de interrelación característicos de la sociedad a la que pertenece. E igualmente, la consideración del individuo como un ser social, determina que la definición de su identidad tenga lugar en un diálogo permanente de relaciones interpersonales sostenidas dentro un sistema de expectativas recíprocas a través del cual la persona alcanza su realización en el reconocimiento de los otros (76). El juego de expectativas sociales en el que se desarrolla el individuo se basa en la observancia de las *normas de conducta*, que definen la actitud esperada por el grupo en una determinada situación (77). De ese modo la socialización del individuo tiene lugar mediante su participación en distintos contextos humanos: familia, escuela, profesión, amistades incorporando de ese modo las distintas normas, sin que pueda descartarse totalmente el conflicto entre ellas, cuando regulan una misma situación de manera diferente (78). Conflicto que a veces cobra forma en el interior del sujeto, cuando se encuentra sometido a dos códigos normativos diferentes, que aspiran a condicionar su comportamiento en sentido contrario entre sí (79). Asimismo, la vinculación a distintas culturas como efecto de la incorporación a una sociedad en pos la realización de un proyecto migratorio, añade un factor adicional al proceso de formación de la identidad del individuo, y que puede ser un elemento de tensión, si el individuo se ve sometido constantemente a la necesidad de definirse por oposición a los miembros de otros grupos para lograr el reconocimiento dentro de cada comunidad o grupo al que pertenece, o bien, la expresión de la propia personalidad puede efectuarse de manera armónica, si el sujeto encuentra el contexto idóneo para ser reconocido plenamente dentro de su diferencia en la sociedad de acogida. En ese sentido, hay que señalar un factor diferenciado, pero no menos importante, la consecución de determinados niveles de inclusión en términos económicos, que permitan a todos los

(73) GEERTZ, C., «El impacto del concepto de cultura en el concepto de hombre», *Lecturas de etnología: una introducción a la comparación en antropología*, Madrid, 2007, p. 221.

(74) Sobre la cultura como conjunto de significados para interpretar la realidad y de reglas para actuar *vid.* PAREKH, B., *Repensando...*, cit. pp. 232 y 238.

(75) Sobre el proceso de enculturación *vid.* HALLER, D., *Atlas de etnología*, trad. M. D. Ábalos, Madrid, 2011, pp. 121-123; KOTTAK, C. P., *Antropología cultural*, 14.ª edición, México D. F., 2011, p. 29.

(76) Sobre la realización dialógica del ser humano *vid.* TAYLOR, CH., «La política del reconocimiento», *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento»*, trad. M. Utrilla de Neira, L. Andrade Llanas, y G. Vilar Roca, 2.ª ed., México, 2009, pp. 62-63.

(77) Sobre las normas de conducta y su significación social *vid.* SELLIN, T., *Conflicts de culture et criminalité*, París, 1984, pp. 28-29.

(78) SELLIN, T., *Conflicts de culture...*, cit. p. 29. Una caracterización del conflicto de culturas en PAREKH, B., *Repensando...*, cit. p. 227.

(79) SELLIN, T., *Conflicts de culture...*, cit. pp. 58-68.

individuos un acceso en igualdad de condiciones a la participación social. Elemento que se muestra como un factor fundamental para la integración, sin el cual las condiciones de desventaja pueden derivar en la construcción de identidades de resistencia, fundamentadas en el apego a las versiones más radicales y las prácticas más cuestionables de cada cultura (80).

Por lo expuesto, cabe concluir que el proceso por el que se forma la identidad de individuo no es tan simple como algunos estudiosos de la multiculturalidad lo representan (81), ni tiene lugar sólo en el contexto de su propia cultura, ni ésta representa tampoco una realidad fosilizada e inmóvil; sino que el reconocimiento dialógico del que habla Tylor, no tiene lugar solo en el estrecho contexto de la cultura de origen, sino en el más amplio, complejo y diverso de la entera, plural y dinámica sociedad entre las constituidas en el mundo contemporáneo (82), y teniendo como punto de partida insoslayable el reconocimiento de la persona como un ser libre, con diversos vínculos de pertenencia, por lo que la cultura con ser un factor condicionante del comportamiento, no es sin embargo, ni el único, ni el que más efecto haya de tener en cualquier situación a la que se enfrente el sujeto.

Para valorar el peso de la incidencia de la cultura en la conducta del sujeto hay que tener en cuenta el propio carácter no uniforme y dinámico de la cultura. La cultura no permanece estable e inmutable en un determinado estadio, sino que así como su contenido puede distar mucho de ser homogéneo por la propia diversidad de los individuos que la mantienen, también está en permanente cambio por la interacción y la integración de sus miembros en diversos contextos y la influencia o el contagio de otros modelos (83), pues como ha señalado Appiah, las identidades culturales no pueden reducirse a un visión esencialista y monológica (84). La propia complejidad de los mecanismos de formación de la identidad, y en definitiva, la variedad de influencias a las que está sometido el individuo es lo que permite cuestionar o relativizar el peso de la cultura en su motivación o al menos, la intensidad que le atribuyen algunos autores, de manera que no puede decirse que la cultura sea factor absolutamente condicionante de la acción del sujeto, en una especie de

(80) En la misma línea las reflexiones de SAMBUC, B., «Los peligros del relativismo cultural», *Anuario de Derecho penal*, 2006, p. 270. A la «vulnerabilidad ante involuciones fundamentalistas que pretenden el retorno a un prístino pasado» se refiere PAREKH, B., *Repensando...*, cit. p. 249. Como ejemplo de una deriva semejante ante la insatisfacción por la situación de marginalidad entre determinados sectores de la población de origen turco residente en Alemania, *vid.* MAIER, S., «Honor Killings and the Cultural Defense in Germany», *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, eds. M. C. Foblets, A. Dundes Renteln, Oxford & Portland Oregon, UP, 2009. pp. 232-233.

(81) Criticando el reduccionismo en que incurren algunas teorías sobre el multiculturalismo en la definición de los procesos mediante los que se construyen las identidades individuales y colectivas, APPIAH, A., «Identidad, autenticidad, supervivencia. Sociedades multiculturales y reproducción social», *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento»*, trad. M. Utrilla de Neira, L. Andrade Llanas, y G. Vilar Roca, 2.ª edición, México, 2009, p. 222.

(82) APPIAH, A., «Identidad...», cit., p. 220.

(83) Sobre los distintos niveles de adhesión a la propia cultura y el dinamismo interno del grupo *vid.* PAREKH, B., *Repensando...*, cit. pp. 226-228.

(84) *Vid.* APPIAH, A., «Identidad...», cit. p. 222. Expresamente en contra de esa suerte de determinismo cultural que algunos culturalistas han creído reconocer *vid.* PAREKH, B., *Repensando...*, cit. pp. 238-239.

determinismo cultural (85), sino un elemento más entre los distintos factores de motivación bajo los cuales el sujeto actúa cuando ejerce su facultad de autodeterminación (86). Y ello permite un margen de posibilidades muy amplio tanto en orden a negar como a admitir la influencia de la cultura en la actuación del sujeto penalmente relevante y también cuál haya de ser su tratamiento jurídico, y que exige, en todo caso abordar la cuestión sin prejuicios, en ningún sentido de los posibles, así como incorporar el elemento cultural como un factor más a tener en cuenta en la interpretación de la significación del hecho cometido.

Como sistema normativo, que aspira también a ordenar la convivencia, el derecho penal, y dentro de él, las normas penales, como una clase de normas, diferenciadas de otras por la formalización de su contenido al pertenecer al ordenamiento jurídico, aspiran también a cumplir una función de control social, conteniendo en el interior de su enunciado una norma primaria, con la finalidad de orientar el comportamiento de sus destinatarios en el sentido querido por el Derecho (87), de manera que presupuesto para que la norma pueda cumplir su función es la posibilidad de ser conocida por sus destinatarios (88). A partir del siglo XVIII los Estados van adoptando mecanismos de publicación general de las leyes con el fin de alcanzar fórmulas que permitan legitimar la presunción de conocimiento del Derecho (89), considerándose en la actualidad que el significado del alcance de tal principio debe conectarse con la garantía de seguridad jurídica para el ciudadano, en el sentido de reducir la posibilidad legal de imponer una sanción a la posibilidad de conocimiento anticipado de las normas (90), pero no la imposición de un deber de conocerlas, sino tan sólo una presunción de tal conocimiento, lo que permite dar cabida en el ordenamiento jurídico a una «regulación del efecto del desconocimiento de la norma en la exigencia de responsabilidad penal», que en nuestro ordenamiento tiene lugar mediante la inclusión de la figura del error en el artículo 14 del CP (91).

Se ha sostenido, que en el conocimiento de las normas penales desempeña un papel muy importante la cultura del sujeto, pues usualmente el mismo no tiene lugar de manera directa, sino que es a través de las normas de cultura, que actúan como vehículo de transmisión de lo obligado en cada situación social, como el sujeto accede al objeto de la prohibición, por lo que las posibilidades de motivarse por la norma penal van a estar mediatizadas por la coincidencia entre la norma jurídica y la norma de cultura (92). Ello deja abierto un espacio para admitir que la socialización en una cultura diferente puede, de hecho, condicionar de manera significativa la situación en la que el sujeto comete un hecho delictivo, y consiguien-

(85) Sobre la deriva determinista del relativismo culturalista, *vid.* SAMBUC, B., «Los peligros...», *cit.* pp. 262-263.

(86) En el mismo sentido, PARISI, F., *Cultura dell' «altro» e Diritto penale*, Torino, 2010, p. 20.

(87) Y en ese sentido la norma actúa como una razón excluyente, en cierto modo, de razones contrapuestas *vid.* MAÑALICH, J. P., «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *In Dret*, 2013, p. 3.

(88) Así DE LA CUESTA AGUADO, M. P., *Conocimiento de la ilicitud. Aproximación al conocimiento de la antijuridicidad del hecho desde las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo*, Madrid, 2007, pp. 41 y 42.

(89) Sobre el particular *vid.* DE LA CUESTA AGUADO, M. P., *Conocimiento...*, *cit.* pp. 36-37.

(90) En ese sentido QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, Pamplona, 1999, p. 243.

(91) DE LA CUESTA AGUADO, M. P., *Conocimiento...*, *cit.* pp. 64-67.

(92) Con detalle sobre ese parecer, MAYER, M. E., *Normas jurídicas y normas de cultura*, traducción J. L. Guzmán Dálbora, Buenos Aires, 2000, p. 56.

temente, ello haya de ser valorado en la exigencia de responsabilidad en la búsqueda de la justicia material del caso. En particular, sobre las posibilidades de conocimiento de la prohibición penal de una conducta, y tratándose de los ilícitos penales que conforman el núcleo duro de la legislación penal más clásica de cualquier Estado constitucional, esto es, los delitos que ofenden los bienes jurídicos más personales (vida, integridad, libertad,...) el simple hecho de ser extranjero no puede conducir a una especie de presunción del desconocimiento de la norma penal (93), ni tampoco a una falta de legitimidad del *Ius Puniendi* del Estado con jurisdicción para enjuiciar el hecho, por no haber tenido el extranjero opción a la participación en la elaboración de las leyes penales, pues la elaboración de la legislación penal en la generalidad de los Estados tiene lugar conforme a «la categoría del bien jurídico vinculado a los derechos fundamentales como criterio de legitimación de la creación y de la existencia de normas penales» (94), con idéntica aspiración de conservación de las condiciones imprescindibles para la continuidad de la vida social (95). En ese sentido podría hablarse de un catálogo de ilícitos penales, que es transversal a cualquier cultura y que aparecen incorporados a la generalidad de los Códigos penales (96). Es por ello, que respecto al posible conocimiento de la norma penal la situación de partida de un extranjero no es de entrada muy diferente al de una persona nacional del Estado de que se trate, por lo que para valorar individualizadamente su posibilidad de conocimiento de la norma o de sus elementos habrá de estarse, al igual que en cualquier otro caso, a todas las circunstancias concurrentes y peculiaridades del propio sujeto, entre las cuales, se situaría como una más la cultura de pertenencia (97).

La socialización en una cultura diferente también puede manifestarse de otra forma respecto de la situación personal en la que el sujeto lleva a cabo su actuación delictiva. Así cuando el sujeto socializado en una cultura diferente conozca la prohibición penal, pero actúe siguiendo los dictados de su pauta cultural (98), lo que nos sitúa directamente ante el límite a la disidencia que puede admitir el ordenamiento penal como instrumento de regulación de la convivencia, cuando entra en conflicto con otros órdenes normativos (99). Dilema que se expresa o cobra forma

(93) Así como señala HÖFFE, O., *Derecho intercultural...*, cit. p. 27.

(94) BORJA JIMÉNEZ, E., *Acerca...*, cit. pp. 85-86. Apelando también a la legitimidad material de la norma penal por su contenido, lo que la haría exigible también al extranjero SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Buenos Aires-Montevideo, 2006, p. 118.

(95) ROXIN, C., «I compiti futuri della scienza penalistica», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2000, pp. 4-5.

(96) En ese sentido *vid.* HÖFFE, O., *Derecho intercultural...*, cit. p. 27, pp. 150-153; BORJA JIMÉNEZ, E., *Acerca...*, cit. p. 93.

(97) Sobre la imposibilidad de presumir la situación del sujeto extranjero respecto al conocimiento de las normas, y las muestras de que en muchos casos los extranjeros poseen un conocimiento cualificado de los entresijos del ordenamiento penal *vid.* HÖFFE, O., *Derecho intercultural...*, cit. p. 49.

(98) Una diferenciación semejante de la posible incidencia de la cultura en la comisión del delito afectando al elemento cognoscitivo o al volitivo en PARISI, F., *Cultura dell' «altro»...*, cit. p. 21.

(99) *Vid.* la reflexión de Tamarit Sumalla, cuando afirma que: «la evolución hacia una sociedad multicultural ofrece nuevas perspectivas desde las que cabe repensar el sentido de la justicia penal, aunque sea, en gran parte, para confirmar nuestra conciencia de los límites y los grandes inconvenientes de este torpe remedio», en TAMARIT SUMALLA, J., «Conflictos culturales y dilemas penales», Recensión a DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, traducción de V. M. Macías Caro, Madrid, 2012, *In Dret*, enero de 2013, pp. 3-4.

en la cuestión de si la norma de cultura del sujeto es suficiente para hacer inexigible el cumplimiento de la norma penal o si la cultura sólo puede ser atendida en los mismos términos, que cualquier otro potencial motivo que haya dirigido al sujeto hacia la actuación criminal.

IV. EL DERECHO PENAL EN SOCIEDADES MULTICULTURALES

Al igual que en otros sectores del ordenamiento jurídico, la diferencia cultural comienza a hacerse visible para el Derecho penal al diversificarse el tejido social por efecto la presencia de inmigrantes, al convertirse España, a partir de los años ochenta del siglo pasado, en país de destino de importantes flujos migratorios, lo que supone un significativo cambio respecto a la sociedad relativamente homogénea de hasta hace algunas décadas. Ello saca a la luz pública el difícil problema de cómo abordar las cuestiones que plantea la multiculturalidad, que llevado al terreno penal, se focaliza sobre la cuestión de qué tratamiento penal dar al factor cultural, cuestión relevante no sólo a nivel legislativo, sino también en la práctica aplicativa de los tribunales, así como el resto de agentes del sistema penal (100).

En el plano legislativo, situados en el momento de la aprobación del Código penal, por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, hay que señalar que su redacción se muestra por así decirlo *culturalmente neutra*, en el sentido de no incorporar ninguna disposición que tenga en cuenta, específicamente, la cultura del individuo como factor diferencial en el contenido de normas penales de la naturaleza que sean, ni inculpativas de delitos, ni reguladoras de causas de exención o de atenuación de la responsabilidad penal (101). No hay ninguna norma que diferencie de ningún modo posible por razón de la pertenencia cultural del sujeto potencialmente responsable de un hecho delictivo (102). La diferencia cultural, no recibe un tratamiento específico, sino que su relevancia en sede penal habría de ser canalizada de manera indirecta a través de las formas de tutela de la pluralidad ideológica reflejada en el modelo de convivencia política diseñado por la Constitución. De esa manera, puede decirse que la diferencia cultural sólo puede aspirar a hacerse presente a través de la protección dispensada a las condiciones para el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de conciencia (arts. 523-525), de los derechos cívicos (art. 542), la introducción de las figuras delictivas contra la discriminación en el ámbito de los servicios públicos y privados (arts. 511 y 512),

(100) Sobre la falta de una actitud claramente receptiva hacia las cuestiones, que suscita el multiculturalismo entre los distintos operadores jurídicos, *vid.* ELOSEGUI, M., y ARJONA, C., «Law and Cultural Diversity in Spain», *Cultural Diversity and the Law. State Responses from Around the World*, Bruselas, 2010, pp. 349-350, 363.

(101) En ese sentido se inscribe en la tendencia de los ordenamientos europeos en relación con la cuestión de la diversidad cultural, *vid.* ANTONINI, L.; BARAZZETTA, A., y PIN, A., «Multiculturalismo y *hard cases*». *Los retos del multiculturalismo. En el origen de la diversidad*, eds. J. Prades, y M. Oriol, Madrid, 2009, p. 31.

(102) Modalidad de tratamiento de la cuestión cultural por el derecho penal que ha sido calificada como un modelo asimilacionista igualitario, construido sobre el principio de igualdad en la respuesta sancionatoria frente a cualquier tipo de infractor, sin diferencia por su cultura. Sobre el mismo *vid.* DE MAGLIE, C., *Los delitos...*, cit. pp. 69-70.

las conductas de provocación al odio (art. 510), así como la agravante genérica de cometer el hecho por motivos racistas (art. 22.4), e instrumentalmente, la protección de la intimidación en cuanto que mediante su tutela se alcanza también a la protección de cualquier otro derecho fundamental, que pueda verse comprometido por la revelación de datos especialmente sensibles relativos a la ideología, religión, creencias, salud, origen racial (art. 197.5). Por lo que podría concluirse que *la relevancia penal de la diferencia cultural se limita a la protección fragmentaria de las condiciones que permiten al individuo la exteriorización de esa diferencia, y a la no discriminación en el acceso al disfrute o al ejercicio de determinadas servicios, sin que la diferencia se constituya en un obstáculo para acceder a su logro en igualdad de condiciones.*

Sin embargo, conocida la importancia que tiene el proceso de adscripción y pertenencia del individuo a una cultura, de manera que define su forma de pensar y de actuar, incluso inconscientemente, puede entonces decirse que está pendiente la reflexión científica, pero también de política criminal acerca del condicionante cultural, y más específicamente, la consideración que merece su posible efecto en el comportamiento del individuo, cuando se enfrenta a la exigencia de responsabilidad penal. Lejos de ser una cuestión con una respuesta definida, puede decirse que las posibles actitudes del legislador ante ese condicionante pueden ser muy distintas. En otras palabras, la constatación de la influencia de la cultura en el comportamiento de un individuo, es a su vez un hecho neutro, cuya valoración por el ordenamiento jurídico penal no está predeterminada en ningún sentido.

Al respecto se pueden intuir distintas percepciones ante la cuestión de cómo enfocar la incidencia de la cultura en la actuación del individuo, cuando se trata de un sujeto percibido como diferente por no pertenecer a la cultura, que ha quedado plasmada en el ordenamiento jurídico (103). Así cabe señalar la posible tentación de creación de tipos penales específicos en los que el elemento cultural actúe como factor cualificador de la responsabilidad penal, sirviéndose del considerable potencial simbólico de la amenaza de pena para socializar al diferente (104). De acuerdo con ello, cabría imaginar tipificaciones penales en las que el factor cultural pudiera servir como un elemento sobre el que sustentar un incremento punitivo, que no se compadecería con la gravedad objetiva ni subjetiva del hecho (105), en una tendencia que puede fácilmente conectar con las demandas populistas de un mayor punitivismo, canalizando así el temor irracional hacia los otros, hacia los diferentes, que son percibidos como una amenaza, sirviendo así para exorcizar nuestros propios demonios (106) o como señalan otros autores

(103) Sobre la consideración de la cultura como un segmento de la cultura dominante, y por tanto no neutro *vid.* GIORDANO, CH., «Las nociones...», cit. p. 46.

(104) En ese sentido ha sido interpretada la introducción del delito de mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico italiano, con una pena más grave que las lesiones equivalentes preexistentes en el mismo cuerpo legal, *vid.* BASILE, F., *Inmigrazione...*, cit. p. 467; BERNARDI, A., «Società multiculturale e “reati culturali”...», cit. p. 90; DE MAGLIE, C., *Los delitos...*, cit. p. 70, en lo que define como un modelo asimilacionista discriminatorio de abordar la diferencia cultural.

(105) Sobre lo inadecuado del uso del derecho penal frente a lesiones de bienes jurídicos focalizadas en sectores minoritarios de la ciudadanía *vid.* BORJA JIMÉNEZ, E., *Acerca...*, cit. pp. 57-58.

(106) En la misma línea las reflexiones de Díez RIPOLLÉS, J. L., *La política criminal en la encrucijada*, Buenos Aires-Montevideo, 2007, p. 116.

reforzar el sentimiento de civilidad de la mayoría (107). Tal entendimiento parece venir abonado también, por el menor consenso social que respalda la norma en el seno de sociedades multiculturales, por lo que un mayor rigor punitivo puede encontrar plausible explicación en su necesidad para restaurar la vigencia norma (108).

Considerando la cultura en relación con las posibilidades reales del sujeto para adecuar su actuación a los dictados de la norma jurídica, habría que valorar su efecto como una merma, que le situaría en una posición diferente, de cierta inferioridad frente a quienes han sido socializados en la cultura incorporada al ordenamiento jurídico, por lo que la valoración del elemento cultural habría de ser en términos de mitigar la responsabilidad (109). Sin embargo, tal opción no está exenta de serias dificultades, siendo la primera de ellas la forma en la cual articular su operatividad. Así la posibilidad regulación expresa de una circunstancia eximente o atenuante no cuenta con precedentes en el entorno jurídico europeo, además de haber sido objeto de serias objeciones en tanto que puede ser percibida por el resto de miembros de la sociedad como una exención o un privilegio injustificado y contrario al principio de igualdad ante la ley (110), con un efecto de disminución de la prevención general (111), que puede servir para reforzar los estereotipos negativos sobre los grupos destinatarios de tal regulación, además del riesgo de ser entendida entre sus destinatarios como un incentivo para no integrar en sus patrones de conducta el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico, y por último, la potencial deriva hacia la pérdida de eficacia del ordenamiento jurídico, y con ello, una seria amenaza para su legitimidad (112).

Por otra parte, cuando se intenta canalizar el elemento cultural a través de la regulación de las instituciones penales preexistentes, ello no siempre va acompañado de una reflexión profunda sobre el fundamento de la aplicación diferenciada de la norma sobre la base de la cual se exime o se atenúa la responsabilidad, evidenciándose en distintos países una práctica jurídica un tanto errática (113), con decisiones basadas sobre fundamentaciones jurídicas discutibles (114), y que no pocas veces, evidencian una cierta indiferencia hacia la protección de las víctimas de

(107) BRION, F., «¿Utilizar el género para hacer la diferencia? La doctrina de los delitos culturales y de la defensa cultural», *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, S. Palidda, y J. A. Brandariz García, Granada, 2010, p. 83.

(108) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, cit. pp. 116-117; BERNARDI, A., *Il «fattore culturale» nel sistema penale*, Torino, 2010, pp. 91-92. En el mismo sentido, Díez RIPOLLÉS, J. L., *La política...*, cit. p. 190; SAMBUC, B., «La justicia...», p. 202.

(109) En ese sentido BERNARDI, A., *Società multiculturale e «reaticulturali»...*, cit. pp. 79-80.

(110) BERNARDI, A., «Società multiculturale e “reati culturali”...», cit. pp. 70, 73.

(111) MONTICELLI, L., «Le “cultural defenses” (esimenti culturali). E i reati “culturalmente orientati”. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale», *L'Indice Penale*, 2003, pp. 560-561; BERNARDI, A., «Società multiculturale e “reati culturali”...», cit. p. 72.

(112) En el mismo sentido, las reflexiones de HURTADO POZO, J., «Schuld, individuelle Strafzumessung und kulturelle Faktoren», *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen: Festschrift für Klaus Tiedemann*, Köln-München, 2008, pp. 371-372, apuntando incluso el cuestionamiento del principio de territorialidad, que rige la aplicación de la ley penal.

(113) Sobre esa jurisprudencia *vid.* con detalle BERNARDI, A., «Società multiculturale e “reati culturali”...», cit. pp. 84-87; el mismo, *Il «fattore culturale»...*, cit. pp. 98-102.

(114) De «una suerte de inconfesada comprensión» habla BERNARDI, A., «Società multiculturale e “reati culturali”...», cit. p. 83.

tales hechos, que cubiertos por el velo del condicionante cultural (115), ponen de manifiesto la conciencia de una cierta superioridad de quienes aplican las normas (116), cuando no una importante distorsión del sentido de las propias instituciones penales (117), o bien, se basan directamente, en una imagen estática, reduccionista y reificada de la cultura, que no justifica el tratamiento atenuatorio del hecho cometido y plasma los prejuicios y estereotipos negativos del operador jurídico hacia las otras culturas (118).

El adecuado tratamiento del elemento cultural cuenta con la dificultad añadida de que la diferencia, significativa en nuestro contexto social, comienza a ser visible en relación con la incorporación de inmigrantes a la sociedad, por lo que existe un considerable riesgo de amalgamar su tratamiento con el de las infracciones relacionadas con el propio fenómeno migratorio, así como con la mayor visibilidad de la criminalidad de los inmigrantes, desde su categorización como un grupo de riesgo (119), con lo que se dificulta sensiblemente la adecuada ponderación del factor cultural, desvinculado tanto de la criminalidad común cometida por extranjeros, como de la condición de irregularidad, lo que, de nuevo, parece abonar una cierta tendencia a considerar la diferencia en sentido agravatorio, enlazando con las demandas securitarias de control y gestión de riesgos (120). El mismo efecto, de complicar la justa valoración que lo cultural ha de tener en sede penal, produce el contagio de formas comisivas de los ilícitos culturales, o bien la inclusión del elemento cultural en los ilícitos instrumentales a la irregularidad de la situación del extranjero, v. gr. matrimonios forzados y de conveniencia para regularizar la situación del migrante (121), así como el uso interesado del argumento cultural en busca de un tratamiento punitivo más benigno de lo que no son sino delitos comunes, en algunos casos relacionados con la inmigración ilegal (122).

(115) BERNARDI, A., *Il «fattore culturale»...*, cit. p. 100.

(116) De «indiferencia próxima al racismo» lo ha calificado SAMBUC, B., *La justicia...*, cit. p. 183.

(117) BERNARDI, A., «Società multiculturale e “reati culturali”...», cit. p. 88.

(118) Al respecto *vid.* la jurisprudencia canadiense y el análisis de la misma en DECKHA, M., «The Paradox of the Cultural Defence: Gender and Cultural Othering in Canada», *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defence*, eds. M. C. Foblets, y A. Dundes Renteln, Oxford & Portland Oregon, UP, 2009, pp. 263-269.

(119) BRANDARIZ GARCÍA, J. A., y FERNÁNDEZ BESSA, C., «La construcción de los migrantes como categoría de riesgo para el sistema penal español», *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, S. Palidda, y J. A. Brandariz García, Granada, 2010, pp. 271-289.

(120) Con el consiguiente riesgo de confundir y analizar disposiciones orientadas hacia la represión de la inmigración irregular con preceptos de contenido cultural, así por ejemplo el análisis que algunos autores hacen de la circunstancia agravante del artículo 61.11 bis del CP italiano, consistente en que «el hecho haya sido cometido por un sujeto que se encuentre ilegalmente en el territorio nacional», riesgo que es advertido por BERNARDI, A., *Il «fattore culturale»...*, cit. *vid.* pp. 77-80.

(121) Sobre como los elementos de cultura se filtran en las infracciones ligadas a la permanencia irregular *vid.* FOLETS, M. C., «Les délits culturels: de la repercussion des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l'apport de l'anthropologie du droit à un débat contemporain», *Droit et Cultures*, 35, 1998, p. 210; BRION, F., «¿Utilizar...», cit. pp. 82 y 86.

(122) Así el supuesto de un sujeto dedicado al tráfico de personas con fines de explotación sexual, que además eran introducidas ilegalmente en otro Estado, donde eran dedicadas a la práctica de la prostitución, *vid.* con detalle DUNDES RENTELN, A., «The Use and Abuse of the Cultural Defense», *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 20, núm. 1, 2005, pp. 59-63.

A. Delitos culturalmente condicionados (*cultural offenses*)

Cuando se trata el tema de la relevancia que haya de tener lo cultural en el Derecho penal se alza, como cuestión central, la definición de delito culturalmente determinado o simplemente de «delito cultural», pues es propiamente respecto de tal tipo de hechos de los que se suscita la necesidad o la conveniencia de una respuesta penal específica para sus autores, en atención, precisamente, a su particular situación respecto de la de los individuos que han sido socializados en la cultura incorporada al ordenamiento jurídico (123).

Es usual definir el *delito cultural* como «un acto realizado por un miembro de una minoría cultural, el cual es considerado delito por el sistema legal de la cultura dominante. Sin embargo, en el grupo cultural del ofensor el mismo acto es permitido, aceptado como un comportamiento normal y aprobado o incluso promovido y estimulado en una determinada situación» (124). En sentido amplio, y en cierta medida, impropio, y que por ello no es apto para delimitar el objeto de este trabajo se habla, también, de delito cultural para referirse a los hechos que son fruto de un conflicto normativo, entre las normas del Estado en el que el delito se ha cometido y las normas del Estado de origen del autor. No se trataría de delitos cometidos por miembros de minorías culturales, sino de sujetos que delinquen en un Estado diferente, con una cultura no especialmente diferenciada de la de sus países vecinos, así *v. gr.* entre distintos Estados occidentales, pero con una distinta valoración de una clase de hechos o una distinta forma de tipificar la misma clase de ilícitos (125).

En la base del delito cultural en sentido propio subyace un conflicto normativo entre la valoración de la norma del ordenamiento estatal, la norma penal, que prohíbe una determinada clase de hechos y la valoración cultural, que permite o incluso obliga a su realización en determinados contextos. La propia definición admite *distintos niveles de exigencia de la conducta dentro del colectivo*, que pueden ir desde la obligatoriedad de su realización hasta la mera tolerancia, con lo que no siempre el conflicto suscitado por el cumplimiento de la norma de cultura será absoluto (126), así como la propia *extensión de la práctica de tales hechos dentro de los colectivos es variable*, pudiendo estar generalizada o bien, ser sólo minoritaria dentro del propio colectivo (127).

Para valorar cuando nos encontramos ante un delito cultural han de satisfacerse tres órdenes de cuestiones si bien han sido formuladas de manera diversa por los distintos autores. En primer lugar se ha de atender a la motivación del sujeto, en el sentido de que su actuación responda a su deseo de satisfacer los dictados de su cultura, lo que ha sido expresado en términos, de que el comportamiento realizado

(123) En la misma línea MONTICELLI, L., *Le «cultural...»*, cit. p. 546.

(124) VAN BROECK, J., «Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 9, fasc. 1, 2001, p. 5; DE MAGLIE, C., «Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano», *Scritti per Federico Stella*, Milano, 2007, p. 28; MONTICELLI, L., *Le «cultural...»*, cit. p. 540; BASILE, F., *Immigrazione...*, cit. pp. 41-42.

(125) En particular, sobre tal concepto y posibles muestras de delito cultural entendido en tal sentido *vid.* BERNARDI, A., *Il «fattore culturale»...*, cit. pp. 5-6 nota a pie de página número 5.

(126) Con detalle VAN BROECK, J., *Cultural Defence...*, cit. pp. 15-16.

(127) VAN BROECK, J., *Cultural Defence...*, cit. p. 17.

responda a una explicación cultural (128). Se trataría del elemento subjetivo del delito cultural. Para ello no basta la simple alegación de la influencia de la cultura en el acusado, sino que es necesario verificar una correspondencia de su actuación con un patrón de conducta del grupo al que pertenece, por lo que es requerido un segundo elemento, que implicaría la objetivación de ese parámetro en la línea de comprobar que la motivación del individuo se corresponde con la valoración del hecho en el contexto de su cultura de pertenencia (129), y que esa sea la conducta esperable entre los miembros del grupo (130), si bien para ello no es necesario que la práctica cultural sea de observancia unánime, bastando considerar si otra persona con el mismo trasfondo cultural y en la misma situación que el autor se hubiera comportado de la misma manera, por considerar que era una forma adecuada de actuar, lo que admite cierto margen para la estimación (131). El último elemento definitorio sería la constatación de la contradicción entre la actuación del sujeto y las normas del ordenamiento jurídico penal (132).

La consideración de la calificación de un delito como cultural necesita de la posibilidad de incorporar la prueba del efecto de la cultura, como elemento que ha condicionado la actuación del sujeto, sin que exista usualmente en los ordenamientos jurídicos una regulación sobre la forma en la que ha de llevarse a cabo, ni tampoco una especial receptividad de los operadores jurídicos hacia su admisión (133). Sobre el sentido de la incorporación de lo cultural a la valoración jurídica del hecho, se ha señalado que no se trata de «justificar moral o jurídicamente una conducta», sino «descubrir detrás de una acción una posible lógica oculta de naturaleza social o cultural, que, al principio, no logra convencernos y nos parece ilógica debido a nuestros valores o estándares sobre lo que es deseable y normal» (134). Y en particular, sobre las condiciones en que ha de tener lugar la pericia antropológica, se considera insuficiente por los defensores de la postura de dotar de relevancia

(128) VAN BROECK, J., *Cultural Defence...*, cit. p. 23; DE MAGLIE, C., *Multiculturalismo e diritto penale...*, cit. pp. 29-30; la misma, «Società multiculturali e diritto penale: la *cultural defense*», *Studi in Onore di G. Marinucci. A cura di E. Dolcini, C. E. Paliero*, Milano, 2006, p. 233.

(129) DE MAGLIE, C., *Multiculturalismo e diritto penale...*, cit. pp. 30-31; la misma, *Società multiculturali e diritto penale...*, cit. p. 234.

(130) Sobre el peso de este requisito en orden a definir la infracción como culturalmente determinada DE MAGLIE, C., *Los delitos...*, cit. p. 90.

(131) VAN BROECK, J., *Cultural Defence...*, cit. p. 23; DE MAGLIE, C., *Multiculturalismo e diritto penale...*, cit. p. 24, la misma, *Los delitos...*, cit. p. 150.

(132) VAN BROECK, J., *Cultural Defence...*, cit. p. 24; DE MAGLIE, C., *Multiculturalismo e diritto penale...*, cit. pp. 32-33; la misma, *Società multiculturali e diritto penale...*, cit. p. 235.

Dundes Renteln establece los siguientes niveles para verificar el test cultural, en primer lugar, si el acusado es miembro de un grupo étnico, a continuación si el grupo tiene esa tradición y en tercer lugar, si el acusado actuó influido por la tradición. *Vid.* DUNDES RENTELN, A., *The Cultural Defense*, 2004, pp. 206-207; la misma, *The Use and Abuse...*, cit. pp. 49-50. También, GODEL, T., «Aperçu du facteur culturel en droit penal suisse», *Droit penal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de J. Hurtado Pozo*, Ginebra, 2012, p. 69; y CORCOY BIDASOLO, M., «Violencia en el ámbito familiar de los inmigrantes», *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, p. 1240.

(133) Sobre las dificultades y retos que plantea la pericia sobre el elemento cultural *vid.* DUNDES RENTELN, A., «The Cultural Defense: challenging the Monocultural Paradigm», *Cultural Diversity and the Law: State Responses from Around the World*, Brussels, 2010, pp. 803-807.

(134) GIORDANO, C., «Las infracciones penales y las lógicas culturales: el antropólogo en los tribunales», *Anuario de Derecho penal*, 2010, p. 359.

al elemento cultural, el simple testimonio de algún miembro del grupo (135), siendo necesario, disponer la forma de incorporar la pericia de especialistas en tales materias, antropólogos, etnólogos, así como proporcionar a los distintos operadores jurídicos un mínimo de formación sobre la necesidad de conocimiento de la cultura del encausado, como factor a tener en cuenta para alcanzar a comprender adecuadamente el valor o el significado de sus actos en orden a depurar su posible responsabilidad penal (136).

En cuanto al posible catálogo de hechos susceptibles de integrar en un determinado contexto social y jurídico la categoría de «ilícitos culturales» es muy variado dependiendo de la distancia entre lo permitido en la cultura del grupo minoritario y las prohibiciones del ordenamiento jurídico del Estado en el que se inserta la minoría. Entre esos hechos cabe señalar los homicidios y las violaciones por honor, distintas formas de abuso a niños (el maltrato realizado sobre la base de un entendimiento cuestionable del derecho de corrección (137), el uso de menores para la mendicidad...), comportamientos relacionados con el tráfico y consumo de drogas, relaciones sexuales con menores de edad, matrimonios forzados o con personas de una edad inferior a la exigida para consentir, poligamia, maltrato en el ámbito familiar, distintas formas de lesiones rituales (mutilación genital femenina, cicatrices tribales) (138).

Más desapercibida ha pasado la posibilidad de aplicar el calificativo de cultural a la delincuencia relacionada con el movimiento *okupa*. Al respecto, algunos autores no dudan en considerarlo una muestra de tal clase de ilícitos, destacando su carácter de contra cultura urbana, si bien su tratamiento jurídico en el foro no ha sido enfocado explícitamente por la vía del argumento cultural (139). No obstante, el importante peso del factor económico en esa tipología de hechos, especialmente en los últimos casos de ocupación pacífica de inmuebles del artículo 245 CP, que en el fondo responde a una situación de necesidad, proyecta muy serias dudas sobre su posible caracterización como fenómeno cultural propio de ciertas «tribus urbanas».

E igualmente, tampoco ha sido suficientemente evidenciado el trasfondo cultural, que subyace a los actos de manipulación del cuerpo humano para la obtención de órganos aptos para trasplante, y que podría conllevar distintas valoraciones de

(135) Con detalle sobre el objeto de la pericia cultural *vid.* DE MAGLIE, C., *Los delitos...*, cit. pp. 184-186.

(136) Específicamente sobre las dificultades de una pericia de tal clase en la realidad jurídica española TRUFFIN, B., y ARJONA, C., «The Cultural Defence in Spain», *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, eds. M. C. Foblets, y A. Dundes Renteln, Oxford & Portland Oregon, UP, 2009, p. 108.

(137) Sobre la variedad de hechos cometidos sobre niños, que pueden tratar de ser explicados en clave cultural *vid.* DUNDES RENTELN, A., «Corporal Punishment and the Cultural Defense», *Law and Contemporary Problems*, vol. 73, fasc. 2, 2010, pp. 253-279.

(138) Con detalle sobre el catálogo de hechos, que siendo culturalmente admitidos en determinados grupos, pueden en otros casos colisionar contra las normas estatales analizados en el marco del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos *vid.* extensamente DUNDES RENTELN, A., *The Cultural Defense...*, cit., pp. 23-182.

(139) TRUFFIN, B., y ARJONA, C., *The Cultural Defence in Spain...*, cit. pp. 112-113.

esa clase de hechos desde la perspectiva de personas con orígenes culturales diferentes (140).

Con carácter general, en contra de la regulación de tipos penales que responden al modelo de tipificación diferenciada conforme al concepto de delito cultural, hay quienes la consideran inútil y disfuncional, por distintas razones. En primer lugar, si se parte del planteamiento de que se trata de hechos que responden a una socialización diferente, el incremento de pena o el tratamiento diferenciado de tales hechos no va a desplegar un efecto de prevención general en los destinatarios de la norma, que van a continuar actuando conforme a su propia valoración, bien por desconocimiento, bien por adhesión a otros valores, sin que el mayor peso en la socialización corresponda a las posibilidades de intervención mediante el Derecho penal (141). Si por el contrario se considera que la amenaza de pena ejerce algún efecto inhibitorio sobre los miembros de colectivos que han sido socializados de manera diferente, entonces no tiene sentido una tipificación penal diferenciada, considerándose suficientes los tipos comunes, pues el castigo diferenciado puede, por el contrario, reforzar los estereotipos negativos frente a los miembros del colectivo minoritario al tiempo que perseguir un fuerte efecto simbólico, de cohesión de la mayoría en torno a su conciencia de civilidad, sin que el aumento de pena se corresponda con una necesidad real de protección de bienes jurídicos (142).

En otro orden de consideraciones, a la luz del catálogo de infracciones en las que más frecuentemente se hace uso de argumento cultural, la admisión de su consideración como delitos condicionados por la socialización de su autor, en orden a la adopción de una respuesta penal más benévola, cuenta con muy serios obstáculos. Así sucede en el maltrato en el ámbito doméstico hacia mujeres o niños, como delitos que se cometen en el ámbito privado y afectan a los miembros más débiles dentro del grupo minoritario, así como los llamados crímenes de honor. En primer lugar, en cuanto que la consideración de tales hechos como prácticas culturalmente admisibles podría suponer una injustificada dejación de la protección de bienes jurídicos fundamentales a cuya tutela el ordenamiento jurídico no puede renunciar sin poner en riesgo su propia legitimidad como mecanismo de control social (143). La considerable desorientación valorativa a que puede conducir la apreciación irre-

(140) En una lectura del importante componente cultural que subyace al fenómeno de los trasplantes, y que permitiría la convivencia de distintos modelos de regulación de su extracción para trasplante *vid.* BORGHI, M., «Le “commerce” des transplants entre diversités culturelles et droit penal», *Droit penal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de J. Hurtado Pozo*, Ginebra, 2012, pp. 149-168.

(141) FORNASARI, G., «Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo», *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, p. 190; BERNARDI, A., *Società multiculturale e «reati culturali»...*, cit. p. 78.

(142) Una conclusión semejante aunque desde una perspectiva totalmente diversa, como es la del análisis económico del derecho, en BRION, F., *¿Utilizar...*, cit. pp. 81-83.

(143) De violación del principio de igual tutela a todas las víctimas habla PARISI, F., *Cultura dell' «altro...»*, cit. p. 83, de naturaleza selectiva y discriminatoria del derecho a la protección del Estado con respecto a una parte de su propia población habla SAMBUC, B., *La giustizia...*, p. 187; DE MAGLIE, C., *Los delitos...*, cit. p. 162, en esa línea también CARNEVALI, R., «El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno», *Política Criminal*, núm. 3, 2007, p. 19, y en la misma línea la reflexión de SILVA DIAS, A., «Faz sentido punir o ritual do *fanado*? Reflexoes sobre a punibilidade da excisao clitoridiana», <http://www.fjd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/DiasAugusto1.pdf>, p. 27.

flexiva del condicionante cultural exige arrojar luz sobre las distintas tradiciones para discernir qué prácticas tradicionales merecen ser conservadas en una sociedad multicultural, por expresar la riqueza de distintos modos de vida y separarlas de dudosos atavismos, que si bien, mantenidos secularmente, no justifican su conservación como una muestra del grado de desarrollo humano alcanzado por un determinado grupo o colectivo, sino más bien al contrario son formas de sometimiento y vejación difícilmente encuadrables en la propia idea de cultura, como valor humano con una dimensión colectiva (144). Se trata de conjurar el riesgo de incurrir en el llamado *relativismo diferencialista*, como forma de legitimación de cualquier tipo de comportamiento (145).

Advertencias frente a la consideración como ilícitos culturales de formas de maltrato hacia la mujer las encontramos en una considerable doctrina (146), que pone al descubierto como el argumento cultural suele encontrar acomodo en las resoluciones judiciales, cuando logra conectar con los prejuicios subyacentes en la sociedad mayoritaria, o enlaza con conexiones de la relación entre sexos vigentes hasta hace no tanto tiempo, retroalimentándose recíprocamente, y produciendo el efecto perverso de tolerar en los otros, como muestras de barbarie, lo que no reconocemos en nosotros mismos, en una muestra de pretendida superioridad (147), con el riesgo adicional de sufrir un retroceso en el consenso en torno a valores, que si bien ampliamente reconocidos, necesitan ser afirmados en el día a día la convivencia (148).

En cuanto a la recuperación del concepto de delitos de honor en la realidad criminológica de los Estados europeos (149), éste tiene lugar en paralelo a la conformación comunidades inmigrantes de un mismo origen étnico nacional, con una impor-

(144) La consideración de la cultura como el modo de vida de un pueblo o un determinado grupo humano hace que la existencia de distintas culturas sea indicativo de variedad, pero esa variedad no implica un valor por sí misma. En ese sentido, HABERMAS, J., *La lucha...*, cit. p. 186.

Sobre tal prejuicio y el efecto que produce de imposibilidad de confrontar las distintas culturas vid. VARGAS LLOSA, M., *La civilización...*, cit. pp. 66-70. En el mismo sentido, COMANDUCCI, P., «La irrelevancia moral de la diversidad cultural», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007, pp. 90-91.

(145) Sobre el mismo vid. con detalle GIORDANO, C., *Las infracciones...*, cit. pp. 366-367.

(146) Vid. Entre otros DICK, C., «A Tale of Two Cultures: Intimate Femicide, Cultural Defences, and Law of Provocation», *Canadian Journal of Women and the Law. Revue Femmes et Droit*, vol. 23, 2011, pp. 519-547; PHILLIPS, A., «When Culture Means Gender: Issues of Cultural Defence in the English Courts», *Modern Law Review*, 66, 2003, pp. 510-531, 473-489; SONG, S., «Majority Norms, Multiculturalism, and Gender Equality», *American Political Science Review*, 99, 2005, pp. 473-489; COLEMAN, D. L., «Individualizing justice through multiculturalism: the liberals' dilemma», *Columbia Law Review*, vol. 96, núm. 5, 1996, pp. 1093-1167, y MOLLER OKIN, S., *Is Multiculturalism Bad for Women?...*, cit. pp. 8-9.

(147) Considerando que la eximente cultural operaría, paradójicamente, como un mecanismo de uniformización cultural vid. PARISI, F., *Cultura dell' «altro»...*, cit. p. 84, o de reforzamiento de los prejuicios sexistas en la cultura mayoritaria; SONG, S., *Majority Norms...*, cit. p. 482, y SAMBUC, B., *La justicia...*, cit. pp. 196-197.

(148) Sobre lo enraizado en el inconsciente colectivo de la idea de sometimiento de la mujer al varón en la sociedad española contemporánea vid. ARROYO ZAPATERO, L., «La violencia de género en la pareja en el Derecho penal español», *www.cienciaspenales.net*. pp. 4-5, También publicado en *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en homenaje de la Prof. Dra. M. M. Díaz Pita*, coord. F. Muñoz Conde, Valencia, 2008; ASÚA BATARRITA, A., *Criminología...*, cit. p. 89. Argumentos similares sobre el sexismo en las sociedades europeas hasta hace no tantos años, SAMBUC, B., *Los peligros...*, cit. p. 267.

(149) Sobre los delitos de honor vid. MAIER, S., *Honor Killings...*, cit. pp. 234-237.

tante presencia de población en un determinado territorio, donde las posibilidades de integración en el grupo están estrechamente ligadas al reconocimiento social en el que adquiere un importante papel el honor, patrimonio moral, sujeto a importantes expectativas de su titular. De ese modo, los llamados crímenes de honor, lejos de la idea común de ser sucesos pasionales, producto de la impulsividad del momento, cometidos de manera poco meditada, responden a una consciente ponderación de las expectativas que supone el incumplimiento de la tradición en el grupo de pertenencia, y obedecen a una racionalidad según la cual los sujetos cumplen una norma cultural o una ley estatal si el interés que tienen en respetarla es mayor que el interés en no respetarla (150). Es por ello que, para la consideración del aspecto cultural en el delito de honor, el peritaje antropológico se encuentra con el difícil reto de desenmascarar las motivaciones del autor, sin presuponer que obedecen a una ciega e irreal observancia de las normas de cultura, sino que se trata de saber si el hecho responde a una cierta lógica cultural o simplemente a una lógica criminal (151).

Caracterizada una infracción como delito de honor queda pendiente cual haya de ser su tratamiento jurídico. Y en ese sentido, tampoco parece admisible caracterizar los llamados «crímenes de honor», en cuanto formas de venganza privada para restaurar la honra del grupo familiar, o más específicamente de los varones de ese grupo, como delitos que hacen a sus autores merecedores de un tratamiento penal más benigno (152). En nuestro ordenamiento jurídico (153), la Constitución reconoce el honor como un bien personalísimo, ubicado entre los derechos fundamentales, estableciendo el adecuado equilibrio entre los medios para su defensa y la necesaria protección de otros derechos fundamentales, sin que pueda entenderse subsistente ningún concepto supraindividual de honor o referido a ningún grupo o colectivo susceptible de amparar de alguna forma el ataque a importantes bienes personales bajo alguna modalidad de causa de justificación, para su resarcimiento o restitución, estando expresamente prohibidos los tribunales de honor (art. 26 CE) (154). No parece pues, que la consideración de un delito como

(150) GIORDANO, C., «Crimes d'honneur, droits coutumiers et droit positif: une perspective anthropologique», *Droit penal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de J. Hurtado Pozo*, Ginebra, 2012, pp. 54-55.

(151) GIORDANO, C., *Las infracciones...*, cit. p. 365, 370-371.

(152) En ese sentido, algunos autores categorizan un porcentaje de los homicidios y asesinatos de mujeres a manos de sus parejas masculinas como uxoricidios por honor, considerando que el concepto de honor ha pesado en la comisión del delito y actúa también como factor explicativo del suicidio o posterior intento de suicidio del agresor, aunque tales hechos no cuentan en nuestro derecho vigente con un tratamiento jurídico privilegiado respecto al que merecería cualquier otro homicidio o asesinato en su caso. *Vid.* PÉREZ, J. A., NAVARRO-PERTUSA, E., y ARIAS, A., «Conflicto de mentalidades: cultura del honor frente a la liberación de la mujer», *Revista Española de Motivación y Emoción*, núm. 3, 2002, pp. 143-158; CLEMENTE, M., «Casandra versus Patricia: la violencia sobre la mujer y los medios de comunicación», *Comunicación y Justicia en violencia de género*, coord. I. Iglesias, y M. Lameiras, Madrid, 2012, pp. 27-29.

(153) En el mismo sentido de negar cualquier tratamiento exculpativo o atenuatorio a los delitos de honor en el derecho inglés *vid.* WOODMAN, G. R., «The Cultural Defence in English Common Law: the Potential for Development», *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, eds. M. C. Foblets, y A. Dundes Renteln, Oxford & Portland Oregon, UP, 2009. p. 18.

(154) Aún admitiendo el carácter transcultural del honor, aunque ello no implique que en todas las culturas se le confiera el mismo significado, como señala GIORDANO, CH., *vid.*, *Crimes d'honneur, droits coutumiers...*, cit. p. 56.

crimen de honor merezca ningún tipo de tratamiento privilegiado a la luz del orden de valores encarnados en nuestro ordenamiento jurídico (155), y por tanto, no sería susceptible de activar ningún tipo de mecanismo de exención (156). En primer lugar, no cabría la eficacia de ninguna causa de justificación, por no encontrarse el honor por encima de los otros bienes jurídicos cuya lesión se trata de justificar. También parece muy difícilmente aceptable la aplicación de alguna causa de inculpabilidad por la comisión de tan graves hechos basada en la inexigibilidad de una conducta distinta, ni tampoco atenuación alguna específica de la responsabilidad penal más allá de lo que permiten los estrechos márgenes de la genérica referencia a las «circunstancias del hecho y del autor» en sede de determinación de la pena en el artículo 66.6.^a del CP (157). Y ello por distintas razones. En primer lugar porque la cultura, con tener un peso en la motivación del sujeto, no ejerce una suerte de determinismo cultural, esto es, como se ha señalado, no todas las personas que

(155) Sin embargo, no siempre ha sido así, pues en nuestra legislación histórica, hasta fechas no demasiado lejanas, pervivía una regulación muy permisiva del uxoricidio, así como de otros delitos cometidos *honoris causa*, como el infanticidio o el aborto, en orden a restaurar el honor mancillado de los varones de la familia. Sobre dicha regulación y el trasnochado concepto de honor masculino que la sustenta *vid.* con detalle, DEMETRIO CRESPO, E., «Der Gattenmord wegen Ehebruch im Spanischen Strafrecht vor Einführung der Demokratie», *International Symposium on Issue of Custom and Honour Killing: Viewpoint of Sociology and Law*, 26-27 september, Diyarbakir, Turkey, 2003, pp. 214-219; CRUZ BLANCA, M. J., «Derecho penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal», *Estudios penales sobre violencia doméstica*, coord. L. Morillas Cueva, Madrid, 2002, pp. 28-30; GIMBERNAT ORDEIG, E., «La mujer y el Código Penal Español», *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, pp. 78-82; ASÚA BATARRITA, A., *Criminología...*, cit. pp. 88-89.

Sobre la existencia de regulaciones semejantes en otros países europeos hasta fechas no muy lejanas, GIORDANO, C., *Crimes d'honneur, droits coutumiers...*, cit. pp. 52-53. Sobre los delitos por honor en el derecho penal italiano DE MAGLIE, C., *Los delitos...*, cit. p. 72.

(156) Sobre la evolución experimentada en la jurisprudencia de los tribunales alemanes, pasando de una admisión *de facto* de un tratamiento más benigno para los delitos de honor, cometidos mayoritariamente por varones de origen turco, materializada a través del expediente de la calificación de tales hechos como homicidios frente a la más grave de asesinato, y el progresivo abandono de esa línea jurisprudencial, *vid.* con detalle, MAIER, S., *Honor Killings...*, cit. pp. 240-244.

(157) Un caso, que podría responder a la consideración de homicidio de honor, si bien no se plantea como tal expresamente, es el tratado en la STS 306/2005 de 8 de marzo. Se trataría de un tiroteo en el curso de una reunión entre miembros de dos familias gitanas en el que resultan muertas dos personas. La reunión tenía por objeto tratar el asunto del rapto de la hija para formalizar la convivencia con el hijo de la otra familia. La defensa efectúa un intento de encauzar la comisión de los dos homicidios por la concurrencia de la circunstancia atenuante de arrebató u obcecación del artículo 21.3.º del CP, por haberse cometido los mismos en el curso de una gran tensión por la cuestión que se estaba tratando en esa reunión. Descartando cualquier referencia a la cuestión del honor mancillado de la familia, la sentencia se remite a la cierta tolerancia cultural entre las familias gitanas de la convivencia de pareja posterior al rapto, afirmando al respecto que: «respetando las costumbres entre familias de etnia gitana, no cabe pasar por alto que unos y otros se hallan inmersos en una sociedad y ambiente social que admite tales situaciones como normales (se entiende que lo normal es una cierta tolerancia con llevarse a la novia). No puede contemplarse el hecho como un atentado a las Leyes o normas jurídicas elementales en una sociedad democrática y libre. El artículo 14 de la Constitución no permitiría dar un trato discriminatorio y justificar legalmente determinadas actitudes o situaciones, a pesar de que puedan encontrar cierto arraigo en costumbres ancestrales». Cuestiona por tanto que se trate de una ofensa al honor, y en cualquier caso, no la considera en absoluto en orden a justificar la reacción posterior de la familia cuyo honor ha sido ofendido.

Respecto de la apreciación de la atenuante de arrebató u obcecación considera que: «no se explica ninguna situación pasional de entidad suficiente para provocar arrebató, obcecación y otro resultado psíquico semejante».

vivan en una cultura del honor reaccionaran igual ante una ofensa, aunque la incidencia de una respuesta violenta en tales contextos pueda ser más alta (158). Es por ello que si no todos los individuos miembros de una cultura de honor reaccionarían indefectiblemente de manera violenta es porque a pesar del condicionamiento cultural, también son sensibles al condicionamiento que ejercen otras normas muy elementales del trato interpersonal y transversales a cualquier cultura, centradas en la más genérica de no dañar a otros, y por ello, también, les sería exigible, no cometer asesinatos, lesiones o violaciones por honor. Y en directa relación con ello, la diversidad cultural digna de protección, sobre la que se sustentaría la inexigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma motivado por la socialización diversa del autor, tiene como límite infranqueable el no amparar la causación de daños irreparables a otras personas. A la misma conclusión, pero con una argumentación distinta, se puede llegar siguiendo el criterio aplicado por De la Cuesta Aguado, en coherencia con su postura de construir la verificación de la exigibilidad en un juicio de tres niveles, cuando entiende que el poder autonormativo reconocido al sujeto sobre el que se basa la exigibilidad de una conducta, no le permite llevar a cabo actuaciones de las sujetas a su propia competencia normativa sobre terceros e imponerles de ese modo sus propias convicciones, cuando con ello lesiona bienes jurídicos fundamentales, respecto a los cuales el ordenamiento jurídico no le reconoce competencia, pues la misma sólo es admitida respecto a la dirección de su propia vida (159).

B. Eximente cultural (*cultural defense*)

El modo de abordar el tratamiento de los delitos culturalmente condicionados en orden a la exigencia de responsabilidad puede orientarse en dos sentidos. En un sentido, bajo la denominación de *cultural evidence* o también *cultural defence* en sentido amplio, se agrupa una serie de estrategias para enfocar la exigencia de responsabilidad de quienes han cometido un delito bajo el peso del condicionante cultural (160). En su base tiene como presupuesto la consideración de que la cultura del individuo influye, incluso inconscientemente, sobre su forma de pensar y actuar, de manera que ha de tenerse en consideración el efecto que sobre el individuo ejerce una diferente socialización, con el fin de individualizar la respuesta penal a su capacidad real para adecuar su comportamiento a las exigencias de la norma penal. Su elaboración conceptual, así como las primeras aproximaciones a su puesta en práctica se sitúan en el ámbito anglosajón, en el marco más amplio del tratamiento dis-

(158) En ese sentido LÓPEZ-ZAFRA, E., «Elaboración de una escala para medir Cultura del Honor», *Revista de Psicología Social*, núm. 22, 2007, p. 34.

(159) Sobre la postura mencionada *vid.* DE LA CUESTA AGUADO, M. P., *Culpabilidad, exigibilidad y razones para la exculpación*, Madrid, 2005, pp. 231-232.

(160) La *cultural evidence* también es referida a veces como *cultural defense* en sentido amplio, por contraposición a la *cultural defense* en sentido estricto. Sobre la estrategia de la *cultural defense* *vid.* LI, J., «The Nature of the Offense: An Ignored Factor in Determining the Application of the Cultural Defense», *University Haway Law Review*, 1996, pp. 765, 767-768; KIM, N. S., «Blameworthiness, Intent and Cultural Dissonance: the unequal Treatment of Cultural Defense Defendants», *University of Florida. Journal of Law and Public Policy*, vol. 17, núm. 2, 2006, p. 200; LEE, C., «Cultural Convergence: Interest Convergence Theory Meets the Cultural Defense», *Arizona Law Review*, vol. 49, 2007, p. 915; DUNDES RENTELN, A., *The Cultural Defense...*, cit., pp. 6-7.

pensado a la diferencia cultural en una sociedad de arraigada diversidad, tanto originaria, como producto de la inmigración, cual es el caso de Estados Unidos.

La otra opción más específica en orden a perfilar lo definitorio del condicionante cultural, coincidiría con la regulación dentro de un determinado ordenamiento jurídico de una eximente o una causa de atenuación de responsabilidad específicamente basada en haber cometido un delito, que sin embargo es considerado como una costumbre conforme a la cultura del grupo al que pertenece su autor (161).

De acuerdo con la incidencia reconocida a la cultura en la conducta del individuo, de condicionamiento de las posibilidades de atender a los dictados de la norma penal, el sistema jurídico habría de permitir la posibilidad de entrar a conocer sus efectos en orden a una cuando menos posible atemperación o, llegado el caso, exclusión de responsabilidad penal, si el efecto de la cultura sobre el individuo fue tan intenso hasta el punto de excluir totalmente la posibilidad de actuar conforme a los dictados del ordenamiento jurídico (162). Las formas en las que la cultura puede ejercer un efecto sobre el sujeto con relevancia para el Derecho penal son básicamente dos: el sujeto desconoce que el hecho realizado infringe la ley, o bien, el sujeto conoce la prohibición legal, pero actúa considerándose obligado por su norma de cultura (163). En apoyo de la posición a favor de dotar de relevancia jurídica al condicionante cultural, con efectos mitigadores de la responsabilidad penal se alega el derecho a la propia cultura reconocido en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como derecho humano capaz de integrarlo dentro de su contenido propio. En ese sentido, tal derecho exigiría que se pueda tomar en consideración el efecto de la cultura del encausado en la posibilidad de ajustar el comportamiento a los dictados de la norma jurídica, con el fin de individualizar la decisión jurídica en la búsqueda de la justicia material para la solución del caso, de manera que la respuesta penal sea ajustada a la culpabilidad por el hecho realizado, en relación con los derechos a un juicio justo y a la igualdad de trato (164). Ello exige como mínimo el poder considerar la cultura del acusado, lo cual no implica que siempre deba ser eximido de responsabilidad, pero sí que sea posible acceder a conocer su bagaje cultural para poder valorar con justeza el alcance de sus actos (165).

No obstante su consideración como derecho humano, el derecho a la cultura, no tiene carácter absoluto, sino que está limitado por su concurrencia con otros derechos que también han de quedar garantizados por el ordenamiento jurídico, lo que ha de servir de límite de cara a una eventual configuración jurídica de las posibilidades de aplicación, así como la extensión posible de la eficacia de una posible eximente cultural (166).

(161) MONTICELLI, L., *Le «cultural...»*, cit., p. 546.

(162) Sobre los distintos efectos posibles de la *eximente cultural* en la exigencia de responsabilidad penal *vid.* MONTICELLI, L., *Le «cultural...»*, cit., p. 547.

(163) DUNDES RENTELN, A., *ibidem*; MONTICELLI, L., *Le «cultural...»*, cit., p. 547.

(164) DUNDES RENTELN, A., «Raising cultural defenses», *Cultural Issues in Criminal Defense*, ed. L. Friedman Ramírez, Juris Publishing, Estados Unidos & Canada, 2007, pp. 464-465; la misma *The Cultural Defense...*, cit., pp. 187-189; FRIEDMAN RAMIREZ, L., «The Virtues of the cultural defense», *Judicature*, núm. 5, 2009, p. 209; LI, J., *The Nature of the Offense: An Ignored...*, cit. p. 769, y DE MAGLIE, C., *Los delitos...*, cit. pp. 160-161.

(165) DUNDES RENTELN, A., *The Cultural Defense...*, cit., pp. 14-15.

(166) DUNDES RENTELN, A., *The Cultural Defense...*, cit., pp. 185-187.

Los posibles caminos a seguir para dotar de relevancia al efecto de la cultura en la actuación del sujeto son dos. Uno de ellos es su regulación expresa como causa de exención o de aminoración de la responsabilidad; el otro, es la de dar entrada a la consideración del elemento cultural en la interpretación de los distintos preceptos del Código penal cuya aplicación esté en juego.

La primera posibilidad, de regular expresamente el efecto eximente de la socialización en una cultura diferente ha sido tomada en cuenta fundamentalmente en los ordenamientos jurídicos de Hispanoamérica, en países con una significativa diversidad originaria representada por los pueblos indígenas, que conservan tradiciones que, en ocasiones pueden colisionar con lo establecido en el Código penal. Así el Código penal de Perú de 1991 regula en su artículo 15 el denominado error de prohibición culturalmente condicionado, con una regulación que parece albergar dos situaciones diferenciadas (167). Por una parte, bajo la referencia a la «falta de comprensión» se acerca el sentido de esa causa de inculpabilidad al error, pues bajo ella es reconocible la falta absoluta o cuanto menos un cierto «déficit de conocimiento de la valoración negativa o de la desaprobación de la conducta» o cuando menos un conocimiento distorsionado (168), basado en un punto de partida equivocado sobre los presupuestos por los que se valora negativamente esa conducta (169). Por otro lado, la referencia en la redacción de esa causa específica de exclusión de la responsabilidad penal del CP peruano a la «incapacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión» parece abrir la puerta a supuestos en los siendo posible el conocimiento de esa desvaloración el sujeto «no acate el contenido directivo de la norma penal» (170), lo que abre el ámbito de exclusión de la responsabilidad a supuestos de un conflicto de normas o de diferentes órdenes normativos, el jurídico y el de la cultura de pertenencia imposibles de resolver, si no es con la renuncia al cumplimiento de lo exigido por uno de ellos (171). Una regulación similar se incorpora en el Anteproyecto de Código penal de Bolivia (172).

(167) Que establece que «el que por su cultura o sus costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictivo de su acto o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena».

(168) MANSO PORTO, T., «La regulación del error en el Código penal peruano», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núms. 11-12, 2002, p. 77.

(169) HURTADO POZO, J., «Responsabilidad penal, derechos humanos y diferencias culturales», *La Administración de justicia en los albores del tercer milenio*, coord. J. A. Sampedro, 2001, p. 149.

(170) En ese sentido, VILLAVICENCIO TERREROS, F., «Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal del Perú», *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 82, 2011, p. 563; CEREZO MIR, J., «La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el Código Penal peruano», *Universitas Vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, coord. F. Pérez Álvarez, Salamanca, 2007, p. 105; ARMAZA GALDÓS, J. J., «El condicionamiento cultural en el derecho peruano», *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 548-549.

(171) Interpreta esa causa de exención de responsabilidad como un supuesto de inimputabilidad, MEINI, I., «Diversidad cultural, imputabilidad y culpabilidad», *Droit penal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de J. Hurlado Pozo*, Ginebra, 2012, pp. 282-283.

(172) HURTADO POZO, J., «Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación del Perú», *Anuario de Derecho penal*, 2010, pp. 151-153. Sobre la regulación precedente, que confiere al condicionante cultural la consideración de atenuante, *vid.* VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración...*, cit. pp. 156-157.

La opción de tomar en consideración el elemento cultural en la interpretación del contenido de las normas penales de aplicación al caso ha sido seguida en cierta jurisprudencia de Estados Unidos (173), de manera que la cultura del sujeto se ha considerado relevante para la valoración de la concurrencia o no de los elementos del tipo penal de cuya aplicación se trate (174), o bien en la aplicación de las distintas eximentes de responsabilidad penal (175), y sólo muy excepcionalmente con valor eximente, siendo las más de las veces utilizada como criterio para la medición de la pena (176). No obstante, tal jurisprudencia dista mucho de ser uniforme y consolidada, sino más bien al contrario no existe una práctica judicial homogénea ante el tratamiento jurídico que ha de darse a lo cultural (177), lo que puede deberse a que a falta de una norma que expresamente exija a los operadores jurídicos tener en cuenta el bagaje del acusado, la entrada de consideraciones culturales en la valoración de la responsabilidad por el hecho va a depender en gran medida de la actitud de los operadores jurídicos implicados (178).

C. Instrumentos normativos para canalizar la diferencia cultural (de *lege lata*)

En el derecho penal vigente en España no existe regulación alguna que trate de manera expresa la diferencia cultural del autor del hecho punible en orden a excluir o cuando menos atemperar su grado de responsabilidad penal. Sin embargo, ello no impide tomar en consideración dicha diferencia, y sobre todo, su efecto sobre el sujeto para poder cumplir con el contenido de la norma penal, en la interpretación tanto de los elementos del tipo penal de que se trate, pudiendo determinar la falta de alguno de ellos, o bien del conjunto de circunstancias eximentes y atenuantes actualmente previstas en el Código penal. Ello supone un esfuerzo interpretativo para introducir el influjo del condicionante cultural a través de la integración de los elementos de los tipos penales cuya aplicación esté en juego, así como también en los elementos y el fundamento definitorio de cada una de las causas de exención de responsabilidad y circunstancias atenuantes en particular.

La considerable variedad de hechos delictivos, que pueden resultar cometidos en el marco de una actuación culturalmente condicionada, impide descartar a priori la consideración de ninguna de las categorías de posible exclusión o de atemperación de la responsabilidad, ni causas de justificación, ni causas de inculpabilidad, ni simples atenuantes. Sin embargo, tal afirmación habrá de ser matizada en cuanto que a mayor valor del bien jurídico lesionado como consecuencia del hecho reali-

(173) LI, J., *The Nature of the Offense: An Ignored...*, cit. pp. 774-777; SAMS, J. P., «The Availability of the “Cultural Defense” as an Excuse for criminal Behavior», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1986, pp. 339-345.

Sobre un conjunto de criterios similares elaborados por la doctrina brasileña en relación con su realidad social y jurídica, *vid.* SILVEIRA, R., «Multiculturalism and Criminal Law: the Brazilian Case», *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 82, 2011, p. 520.

(174) Conocido en terminología anglosajona como una *Derivative Defense*, FISCHER, M., «The Human Rights Implications of a “Cultural Defense”», *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 1998, pp. 674-676; MONTICELLI, L., *Le «cultural...»*, cit., p. 552.

(175) En terminología anglosajona como una *Affirmative Defense*, FISCHER, M., *The Human Rights Implications...*, cit. pp. 671-673; MONTICELLI, L., *Le «cultural...»*, cit., pp. 547-548.

(176) MONTICELLI, L., *Le «cultural...»*, cit., p. 563.

(177) DUNDES RENTELN, A., *The Cultural Defense...*, cit., p. 185.

(178) DE MAGLIE, C., *Los delitos...*, cit. p. 129.

zado, y tratándose de los valores más directamente conectados al núcleo de la dignidad humana (vida, integridad personal...) más difícil resultará la posibilidad de apreciar la concurrencia de una causa de justificación con efectos eximentes sobre la base de considerar lícita su realización, tal y como proclama el art. 3.2 de la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros, cuando establece que las convicciones ideológicas o culturales de signo diverso no pueden servir para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las normas que protegen los derechos humanos.

Cuando los hechos cometidos bajo el influjo cultural sean de notable gravedad, afectando a los bienes jurídicos fundamentales, la apreciación rigurosa de los requisitos de cada causa de justificación en particular, con el nivel de exigencia establecido por la jurisprudencia para cada uno de ellos, así la actualidad de la agresión y la necesidad racional del medio empleado en la legítima defensa, que el mal causado no sea superior al que se trata de evitar, así como la inminencia del mal en el estado de necesidad (179), o el carácter jurídico del deber a cuyo cumplimiento se apela (180) van a determinar la inviabilidad de la apreciación de las mismas respecto a delitos contra bienes que constituyen el núcleo más intangible de la dignidad humana.

Algunas infracciones, que según algunos autores, pudieran ser caracterizadas como delitos culturales tienen un perfil lesivo contra bienes cuya afectación, en último término, es reconducible a un perjuicio económico, así sucede con la actividad desplegada por el movimiento *okupa* considerada delictiva en el Código penal bajo el tipo de ocupación pacífica de inmuebles del artículo 245.2, si bien su tratamiento ante los tribunales no se ha realizado planteándolo de manera expresa como una cuestión cultural. Y cierta línea jurisprudencial, excluye la responsabilidad penal por considerar que tales hechos, pese a integrar formalmente los elementos del tipo, no realizan, sin embargo, la lesión del bien jurídico, tratándose como supuestos de atipicidad por considerar que los hechos no realizan el contenido lesivo del objeto de la prohibición; si bien no es una jurisprudencia unánime, pues también existen sentencias en sentido contrario (181). No obstante, como se ha señalado con anterioridad, el importante componente económico que está presente en estos hechos, marcados por situaciones de acuciante necesidad y en muchos casos desvinculados de cualquier forma o modalidad de vida expresiva de una diversidad social, que pudiera hacerla eventualmente merecedora de un cierto nivel de tutela, hacen cuando menos dudoso su enfoque como ilícitos culturalmente condicionados, como sostienen algunos autores.

En otros casos la cultura del sujeto puede afectar al conocimiento de los elementos que conforman la infracción penal, determinando la falta de alguno de ellos, o provocando un conocimiento distorsionado del objeto de la prohibición de

(179) Una reflexión semejante específicamente respecto del estado de necesidad en DE LA CUESTA AGUADO, M. P., *Culpabilidad...*, cit. p. 181.

(180) Sobre la necesidad de que se trate de un deber amparado en una norma legal para poder apreciar el ejercicio de la eximente de actuar en cumplimiento *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas realizadas por motivos de conciencia», *Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*, ed. G. Peces Barba, Madrid, 1993, p. 75.

(181) TRUFFIN, B., y ARJONA, C., *The Cultural Defence in Spain...*, cit. pp. 114-115, sobre la línea jurisprudencial que considera la atipicidad por falta de lesión al bien jurídico, p. 116.

manera que no sea posible imputar el hecho por faltar el dolo a su autor (182). Se trataría de supuestos de *error de tipo* (183), que de acuerdo con la regulación del Código Penal en vigor excluye la responsabilidad si ha sido invencible, o habrían de ser castigados como imprudentes caso de tratarse de un error vencible, cuando esté expresamente prevista esa modalidad comisiva respecto del delito de que se trate, determinando la falta de conocimiento del elemento del hecho de que se trate la impunidad del hecho, si no se ha tipificado la posibilidad de comisión imprudente.

No parece descartable la operatividad del error de tipo, excluyente del dolo, cuando en algunos casos la cultura del autor condicione la falta de conocimiento de los elementos sobre los que se construye la tipicidad del hecho realizado. Así en el caso de relaciones sexuales con menores por debajo de la edad exigida para consentir, cuando el infractor procede de culturas en las que es usual la iniciación sexual muy temprana, o el matrimonio con menores por debajo de la edad de consentir prevista en el ordenamiento jurídico.

La culpabilidad, como juicio de reproche personal y de contenido normativo, es el elemento dogmático de la teoría del delito donde se valora la situación del sujeto respecto al hecho, y por ello, la sede más idónea para poder tomar en consideración los posibles efectos de la socialización en una cultura diferente respecto de la exigencia de responsabilidad penal» (184).

La culpabilidad ha sido concebida como reprochabilidad por la formación de la voluntad (185), siendo el juicio en el que se valoran todos los elementos que intervienen en ese proceso (186), estando individualizados los mismos como la capacidad de culpabilidad, conformada por la situación de normalidad psíquica, el conocimiento de la antijuridicidad y la normalidad de las circunstancias en las que tiene lugar la motivación (187). La concurrencia de esos elementos, que hacen posible el reproche del hecho a su autor, se constata a través de la verificación de que no concurre ninguna causa normativa de exclusión de alguno de ellos. Y entre ellas se distingue entre causas de exclusión de la culpabilidad, en las que falta la capacidad de conocer el injusto o de actuar conforme a esa comprensión y causas de exculpación, a las que se les reconoce el efecto de disminuir tanto el contenido

(182) Sobre la posibilidad de canalizar el efecto de la cultura a través del error de tipo *vid.* MACÍAS CARO, V. M., «Fundamentos y límites constitucionales de una política criminal sobre la diversidad cultural», *Un derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Landrove Díaz*, dir. F. Muñoz Conde, Valencia, 2011, pp. 735-736.

(183) Considerando el error de tipo como el reverso del dolo o la cara negativa del dolo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*, Madrid, 2008, p. 141; MANSO PORTO, T., «El error de prohibición en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español desde la perspectiva de la actual discusión doctrinal», *Dogmática y Ley Penal*, tomo I, Madrid, 2004, p. 57.

(184) En ese sentido HASSEMER, W., «Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts»; HÖFFE, O., *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main, 1999, pp. 163-164.

(185) JESCHECK H. H., y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. M. OLMEDO CARDENETE, Granada, 2002, p. 434.

(186) JESCHECK H. H., y WEIGEND, T., *Tratado...*, cit. p. 446.

(187) JESCHECK H. H., y WEIGEND, T., *Tratado...*, cit. pp. 460-461.

de injusto como la culpabilidad por el hecho, a las que se reconoce fuerza liberadora de pena por tratarse de hechos no merecedores de ella (188).

En el catálogo de causas eximentes de responsabilidad penal del Código penal español se contienen algunas de ellas que pueden ser caracterizadas en referencia a esas categorías mencionadas, causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación y todas ellas, han sido analizadas por la doctrina en orden a poder considerar el efecto de la cultura del autor en su capacidad de adecuar su conducta al mandato normativo.

Empezando por las causas de exclusión de la culpabilidad hay autores que han tratado de encontrar respuesta a la influencia de la cultura del autor en la realización del hecho a través de las causas de falta de culpabilidad de *anomalía psíquica* y alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia del artículo 20.1.º y 3.º respectivamente del CP.

Desde una perspectiva de otorgar relevancia a la diversidad cultural hay quienes consideran que los condicionantes para la actuación humana no se limitan a aquellos que afectan a las facultades psíquicas, entendiéndose que los condicionantes socioculturales provocan el mismo efecto en la capacidad de acceder al dictado normativo, que las eximentes basadas sobre las condiciones psicobiológicas del sujeto, y por ello, merecerían una equiparación (189). En la doctrina alemana Jakobs sugiere la eximente de incapacidad psíquica del §20 del StGB como la sede más idónea para tratar los supuestos de socialización en una cultura diferente, por parecer susceptible de afectar a la capacidad de discernimiento en el sentido exigido por ese precepto legal, sin embargo, finalmente descarta dicha posibilidad, considerando suficiente para satisfacer el requisito de discernimiento exigido por la norma que el sujeto sepa que su comportamiento es una perturbación para la sociedad, a lo que añade consideraciones sobre las consecuencias de relativización de la eficacia del derecho que puede tener tal solución (190). Como plasmación de una regulación semejante cabe señalar el artículo 33 del CP colombiano que establece que: «es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender la ilicitud o de determinarse de acuerdo a esa comprensión por *diversidad cultural*», si bien tal regulación ha sido sometida a la interpretación del Tribunal Constitucional, que en su sentencia C-370/02 de 14 de mayo de 2002, ponente Montealegre Lynett, ha declarado su constitucionalidad siempre que se entienda, que la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y que en los casos de error invencible de prohibición procedente de esa diversidad cultural, la decisión debe ser de absolución y no declaración de la inimputabilidad del sujeto (191).

(188) JESCHECK H. H., y WEIGEND, T., *Tratado...*, cit. pp. 512-513.

(189) *Vid.* en ese sentido la tesis sostenida por CABEZAS SALMERÓN, J., *La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales*, tesis doctoral Universidad de Barcelona, 1998, pp. 404-407.

(190) JAKOBS, G., «La culpabilidad de los foráneos», *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con G. Jakobs en la Universidad Autónoma de Madrid*, traducción del capítulo F. Perdomo Torres, Navarra, 2008, pp. 120-125.

(191) Un comentario de esa sentencia puede verse en COLÁS TURÉGANO, A., «Tratamiento penal de la diversidad cultural», *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, coord. E. Borja Jiménez. Valencia, 2006, pp. 404-411.

En cuanto a la eximente de «alteración de la percepción» desde el nacimiento o la infancia del art. 20.3.º del CP, algunos autores han intentado incluir bajo su cobertura los supuestos de pertenencia a ambientes de grave o profundo subdesarrollo cultural. Así hay quienes proponen la posibilidad de exculpar, total o parcialmente, sobre la base de la eximente de padecer alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia, que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad (192). No obstante ello no parece asumible sobre la base del texto de la ley pues, si bien de quienes vienen de una cultura diferente y no comparten las mismas valoraciones que las plasmadas en el ordenamiento jurídico, puede decirse que padecen el mismo efecto que el producido por dichas alteraciones, dado que tienen distorsionada gravemente su conciencia de la realidad en lo que atañe a la comprensión de lo ilícito, sin embargo, de ellos no puede afirmarse que padezcan el sustrato material de la eximente del art. 20.3.º CP; en tanto que la socialización en unos valores culturales diferentes a los mayoritarios no puede considerarse, propiamente, que sea una «alteración en la percepción» (193).

Por lo expuesto, ninguna de las dos causas de exclusión de la culpabilidad parecen adecuadas para dar soporte a la socialización en una cultura diferente, y una equiparación tal de su efecto sobre el sujeto supondría considerarla como una especie de incapacidad personal por factores psicosociales, lo que implicaría «consagrar la sospechosa doctrina de la *eficacia incapacitante* de determinadas culturas» (194).

Sí cabría plantearse la eventual operatividad del *trastorno mental transitorio* del artículo 20.1.º del CP, cuando elemento cultural tenga un peso decisivo en su producción, tanto si se trata de un sujeto con una base patológica previa a la que se sume un estímulo externo, como si carece de ella pues no se considera aquélla como requisito indispensable (195). No es descartable que el estímulo externo, que desencadena el trastorno sólo sea inteligible si se considera desde el código cultural del autor.

El instrumento legal más idóneo de los regulados en nuestro derecho penal parece ser el del *error de prohibición*, para una clase de hechos culturalmente determinados, cuando el efecto de la cultura es el desconocimiento de la ilicitud penal, basado en el desconocimiento del carácter prohibido del hecho (error directo). La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre su aplicabilidad respecto de un supuesto de mutilación genital femenina en el que aprecia el error de prohibición vencible en la actuación de la madre, que sometió a su hija de corta

(192) En ese sentido, *vid.* MORALES PRATS, F., «Comentario al artículo 20.3», *Comentarios al Código Penal Español*, dir. G. Quintero Olivares, tomo I, 6.ª edición, Pamplona, 2011, pp. 205-207; TAMARIT SUMALLA, J. M., «Comentario al artículo 149», *ibidem*, p. 941.

(193) Considera artificiosa dicha construcción para aplicarla a los supuestos de subdesarrollo cultural profundo CARMONA SALGADO, C., *Comentarios al Código Penal*, dir. M. Cobo del Rosal, tomo II, Madrid, 1999, p. 300.

(194) En ese sentido *vid.* entre otros, HERRERA MORENO, M., «Multiculturalismo y tutela penal: a propósito sobre la mutilación genital femenina», *Revista de Derecho Penal*, núm. 5, 2002, p. 74; FOLETS, M. C., *Les délits culturels...*, cit. pp. 214, 258; DE MAGLIE, C., *Los delitos...*, cit. p. 128.

(195) Sobre la posibilidad de establecer la eximente con o sin la concurrencia de una base patológica en el sujeto que padece el trastorno, *vid.* CASTELLÓ NICÁS, N., «Comentario al artículo 20.1», *Comentarios al Código Penal*, tomo II, dir. M. Cobo del Rosal, Madrid, 1999, pp. 131-136; MORALES PRATS, F., «Comentario al artículo 20.1», *Comentarios...*, cit. p. 191.

edad a la ablación del clítoris, por considerar que el escaso tiempo de permanencia en España, así como su desconocimiento del idioma y la falta de contacto con personas de orígenes distintos a los de su propia cultura determinaron el error, si bien, lo estima vencible, pues considera que la madre pudo con cierta facilidad haber accedido al conocimiento de la prohibición, simplemente, hablando con su marido, con una permanencia de diez años en España, con perfecto conocimiento de la lengua y conocedor de la prohibición penal (196).

La creencia errónea de actuar a cubierto de una causa de justificación (error indirecto) parece la tipología más probable, pues como señala Corcoy Bidasolo, en las culturas en las que se justifica la violencia familiar o la superioridad del varón sobre la mujer el sujeto no desconoce la prohibición del hecho, sino que se considera autorizado a realizarlo: así mantener relaciones sexuales en contra de la voluntad de su compañera o el maltrato a la pareja o a los hijos (197).

Sin embargo, el error no es apto para tratar los supuestos en que, como bien describe la STAP de Teruel, el sujeto tiene conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, pero no la acepta como tal por el peso de sus creencias o la presión del grupo social. Son casos en que el potencial motivador de la norma de cultura es más eficaz que el de la norma penal (198). Para esos casos parece necesario dirigir el análisis hacia otros recursos disponibles en el derecho vigente, como son las causas de exculpación, basadas sobre la inexigibilidad por la anormalidad de las circunstancias en las que tiene lugar la motivación del sujeto (199), o bien las circunstancias atenuantes del artículo 21 CP.

Entre las causas de inexigibilidad cabría plantearse la aplicabilidad del *estado de necesidad* con efecto *exculpante*, cuando el mal causado es igual o superior al que se pretende evitar, si bien no siempre va a ser posible configurar todos sus elementos, especialmente la inminencia del mal, que ponga en peligro de pérdida el bien para cuya salvaguarda el sujeto actúa (200).

Otra opción legal sería la eximente de *miedo insuperable* del artículo 20.6.º CP, como causa de exculpación basada en la inexigibilidad. El principal escollo para la aplicabilidad de esta eximente en casos de socialización en una cultura diferente es determinar si la presión social entre los miembros de la comunidad de origen se puede considerar como factor determinante del miedo, en los términos de la eximente (201), y si se responde a ello afirmativamente, si ese miedo tiene el carácter de insuperable, para lo que no puede perderse de vista el valor del bien lesionado en esa situación, por más que la presión para mantener la práctica tradicional sea intensa, lo que va a limitar considerablemente los posibles hechos culturalmente condicionados, que pudieran

(196) STAP de Teruel sección 1.ª, sentencia núm. 26/2011, de 15 de noviembre.

(197) CORCOY BIDASOLO, M., *Violencia...*, cit. pp. 1243-1244.

(198) DE MAGLIE, C., *Los delitos...*, cit. pp. 258-259.

(199) Apunta la inexigibilidad como sede idónea para tratar el conflicto en la motivación del sujeto SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, cit. p. 118. Así la exculpación ha sido entendida como «la demarcación (situacional) de la expectativa de motivación con arreglo a la norma» o en otras palabras, «una situación en la cual ya no sea esperable del autor una motivación a la altura del estatus excluyente de persona», MAÑALICH, J. P., *La exculpación...*, cit. pp. 11 y 23.

(200) Sobre ese requisito, MARTÍN LORENZO, M., *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Valencia, 2009, p. 420.

(201) Expresa sus dudas al respecto JERICÓ OJER, L., *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, Madrid, 2007, p. 576.

quedar exentos o limitados en la intensidad de la respuesta punitiva por mor de esta eximente (202).

Aunque la exigibilidad se reconoce como un principio regulador, no parece admitirse en nuestro ordenamiento la exigencia de una causa supralegal de inculpa-bilidad (203), aunque de estimarse dicha posibilidad, como apuntan algunos auto-res (204), la situación de quien delinque bajo la motivación de una socialización diversa realizaría plenamente el supuesto fundamentador de una causa de ese tenor (205).

Respecto de la posible aplicabilidad de circunstancias atenuantes de la respon-sabilidad no parece totalmente descartable la posible eficacia de la atenuante del 21.3.º de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arre-bato, obcecación u otro estado pasional semejante, cuando el estímulo o la causa del arrebato hunda sus raíces en elementos, que sólo interpretados desde el código cultural del sujeto alcancen a ser comprendidos.

D. ¿Es necesaria la regulación expresa de una eximente por motivos culturales?

Llegados a este punto, en el que conocemos los medios de que dispone actual-mente el ordenamiento jurídico para tratar la diferencia cultural del sujeto que comete un delito, se plantea la cuestión de si *es necesaria la regulación expresa de una eximente cultural o algún otro mecanismo legal para poder tomar en conside-ración la incidencia de la cultura en la actuación del sujeto*, y de qué modo.

Atendidos los dos efectos posibles de la socialización en una cultura diferente, la falta de conocimiento del delito o de la prohibición penal por un lado, y por otro, la actuación bajo el influjo del condicionante cultural pese a conocer la prohibición del hecho, es esta última situación la que parece encontrar más dificultades para recibir una adecuada respuesta, que permita valorar la situación motivacional del autor desde el catálogo de instituciones jurídico penales dirigidas a calibrar la medida exacta de la culpabilidad por el hecho, pues las eximentes fundamentadas en la inexigibilidad de una conducta adecuada a la norma, miedo insuperable, estado de necesidad exculpante aparecen limitadas en sus posibilidades de aplicación en relación con la especificidad del condicionamiento cultural del sujeto.

Respeto al otro efecto posible de la cultura sobre la capacidad de actuar del sujeto, de acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior de este trabajo, no parece haber grandes escollos para dar adecuada respuesta al desconocimiento del autor

(202) Vid. CORCOY BIDASOLO, M., *Violencia...*, cit. pp. 1242-1243.

(203) En contra de la admisibilidad de una causa supralegal de inexigibilidad *vid.* AGUADO CORREA, T., *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, Granada, 2004, pp. 50-51.

(204) En el sentido de considerar la exigibilidad como un elemento positivo del juicio de culpa-bilidad y que admite su comprobación en el caso concreto, *vid.* DE LA CUESTA AGUADO, M. P., *Culpa-bilidad...*, cit. pp. 218-220. En el sentido de dotar de efectos al conflicto de conciencia, si es extremo, con eficacia exculpante por inexigibilidad, como una cusa de exculpación supralegal, o por la vía de la analogía con las causas de exculpación legalmente admitidas, con una posible gradación de intensidad, pudiendo apreciarse como exculpación parcial, *vid.* LUZÓN PEÑA, D. M., «Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción», *In Dret*, núm. 1, 2013, p. 11.

(205) En ese sentido, HERRERA MORENO, M., *Multiculturalismo...*, cit. pp. 75-76.

por mor de su diferente socialización a través de la regulación del error en sus distintas modalidades, de tipo o de prohibición, pero si es de destacar la necesidad de enfocar bajo la lente de la diversidad cultural la interpretación de sus elementos, como puede ser la vencibilidad o no del error (206) con el criterio del hombre socializado en la cultura del autor, lo que va a depender en cierta medida de la conciencia o la sensibilidad al respecto entre los operadores jurídicos, y también, de la sociedad en su conjunto para reconocer la multiculturalidad que la conforma.

Los defensores de la regulación expresa de los efectos del condicionamiento cultural sobre la capacidad del sujeto en la legislación penal argumentan que la misma rodearía su aplicación de seguridad jurídica, dejando de estar sujeta a la mayor o menor sensibilidad de los aplicadores del derecho respecto a la posibilidad de su toma en consideración. A partir de ahí las posiciones al respecto de cuál haya de ser la concreta fórmula legal para dotar de relevancia a los efectos del condicionante cultural sobre el sujeto se encaminan por diferentes vías, si bien la mayoría de ellas se orienta en la línea de conferir únicamente efectos limitados configurándola como una semieximente o semiexcusa (207), una atenuante (208) o una causa de exclusión de pena (209), salvo el posicionamiento expreso a favor de una eximente específica y susceptible de eximir completamente de responsabilidad de algunos ordenamientos latinoamericanos, como sucede en los Códigos penales de Perú, Bolivia y Colombia caracterizados por su vigencia en sociedades con una significativa diversidad cultural originaria (210).

Las opciones expresadas ofrecen un significativo abanico de posibilidades de política criminal, que sintetiza el equilibrio entre la necesidad de confirmar el mensaje normativo expresado por la norma, pues el hecho realizado no deja de ser antijurídico, y la necesidad de adecuar la respuesta penal a la culpabilidad del autor, y adaptarla a la menor reprochabilidad de su actuación, ofreciéndole una solución diferenciada y comprometida con la humanización del Derecho penal. En ese sentido se trata de situaciones en las hay una menor necesidad de pena basada tanto en la disminución del desvalor de su acción por efecto de los motivos que han guiado la conducta, como la menor culpabilidad (211), por el conflicto motivacional sufrido, permitiendo en algunas condiciones, incluso la renuncia total a la pena (212).

En contra de la regulación de una cláusula que dé cobertura a la eximente cultural se alega el riesgo de pérdida de eficacia de la norma estatal, así como también es posible un uso abusivo de la eximente, si bien tales amenazas no tienen necesi-

(206) En general sobre los criterios para considerar la vencibilidad o no de error, *vid.* TRAPERO BARREALES, M. A., *El error en las causas de justificación*, Valencia, 2004, pp. 503-511.

(207) DUNDES RENTELN, A., *The Cultural Defense...*, cit., pp. 188-190.

(208) VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración...*, cit. p. 209.

(209) DE MAGLIE, C., *Los delitos...*, cit. pp. 272-278; HERRERA MORENO, M., *Multiculturalismo...*, cit. p. 76.

(210) Específicamente sobre la regulación de un tratamiento penal diverso respecto de determinadas infracciones para los habitantes de la Isla de Pascua y lo insatisfactorio de tal regulación, *vid.* CARNEVALI, R., *El multiculturalismo...*, cit. pp. 19 y 23.

(211) En ese sentido *vid.* con detalle, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 2.ª ed., Buenos Aires, 2010, pp. 667-668, AGUADO CORREA, T., *Inexigibilidad...*, cit. p. 96.

(212) Sobre la vinculación entre exigibilidad, su graduación y necesidad de pena, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación...*, cit. pp. 665-666.

riamente que materializarse si la configuración de la cláusula legal y sus elementos permanece fiel al fundamento que la inspira y refleja en su redacción la forma en la que tiene lugar la anormalidad motivacional sobre la que reside la menor reprochabilidad al autor. No sería admisible la mera referencia legal a la diversidad cultural del autor, pues atraería sobre sí el primer riesgo advertido, así como también habría de dotarse a su regulación, cualquiera que sea la fórmula elegida, de la regulación de instrumentos de prueba adecuados que permitan constatar la veracidad de su alegación. Y como ha apuntado Corcoy Bidasolo, el texto del artículo 3.2 de la Ley de extranjería no constituye un obstáculo para una posible consideración del elemento cultural, sólo excluye su operatividad a través de una causa de exclusión de la antijuridicidad del hecho (213).

V. REFLEXIÓN FINAL

La sociedad española contemporánea ha incorporado al tejido humano que la conforma una considerable variedad de colectivos con actitudes, creencias y modos de vida diferentes producto del asentamiento de inmigrantes de muy diversos orígenes. Esa diversidad social y humana suscita toda una serie de cuestiones, que convergen en la necesidad de lograr un consenso político sobre las diferencias, que son significativas para determinar un trato diferente en orden alcanzar los mismos niveles de inclusión social y posibilidades de participación de todos los individuos. Se trata del difícil reto al que se enfrentan las sociedades de los Estados de destino de los flujos de migratorios, definidos como un fenómeno estructural en la era de la globalización. Sin embargo, si bien la llegada de la inmigración es la que más concretamente ha sacado a la luz la cuestión de la diferencia bajo la forma de delitos culturalmente condicionados en las sociedades europeas, dicha diversidad se superpone o viene a completar el mosaico de la ya existente en las sociedades contemporáneas, que desde hace algunos decenios tienen asumido en su existencia un considerable pluralismo en todos los sentidos: ideológico, religioso, de modos de vida...

Trasladada al terreno penal, la diversidad plantea la cuestión de qué tratamiento dar a quien comete un delito condicionado por su bagaje cultural diferenciado del que ha quedado plasmado en el Ordenamiento jurídico positivo. Y frente a quienes abogan por la regulación expresa del efecto de la cultura bien a través de una causa de exención de responsabilidad específica, bien de una circunstancia atenuante, o incluso una causa de exención de pena, parece posible encauzar adecuadamente la individualización de la responsabilidad del autor condicionado por su diferente socialización a través del catálogo de las figuras que dan forma a la teoría jurídica del delito (214). Se evita con ello el riesgo de que a través de la regulación expresa de la diferencia cultural pueda abrirse una vía que subjetivice en exceso la exigencia de responsabilidad a las motivaciones personales del autor, introduciendo un factor para un posible desgaste del nivel de protección estableci-

(213) CORCOY BIDASOLO, M., *Violencia...*, cit. p. 1241.

(214) En esa posición entre otros BERNARDI, A., *Società multiculturale...*, cit. pp. 98; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, cit. p. 118, y CARNEVALI, R., *El multiculturalismo...*, cit. p. 28.

do para los valores que integran el consenso mínimo sobre el que se construye la convivencia en un ordenamiento jurídico, en el cual ya se llevó a efecto el proceso de depuración de los objetos de protección, dejando fuera contenidos moralizantes ajenos al modelo de Estado y de convivencia política plasmado en la Constitución.

En la línea propuesta de encauzar la diferencia a través de la teoría jurídica del delito, la regulación del error en sus distintas modalidades, se muestra suficiente para atender los casos en los que la comisión de hecho penalmente prohibido haya tenido lugar en el desconocimiento provocado por la diferente socialización del autor del hecho. No obstante, doctrina y jurisprudencia se muestran cautelosas frente al potencial descrédito del ordenamiento jurídico, que pudiera derivarse del uso generalizado al error en tales casos (215) y se apela al rigor en la apreciación de sus elementos, en una tendencia a incorporar argumentos que limiten su operatividad cuando están en juego los bienes más directamente vinculados a la esencia del ser humano (216).

Los supuestos en los que el sujeto ha decidido inclinarse por el dictado de la norma de cultura siendo consciente de la ilicitud, sólo serán susceptibles de modular la responsabilidad del autor en la medida en que encajen en alguna de las causas de inexigibilidad de las reguladas en el ordenamiento jurídico. De acuerdo con ello, la valoración de lo exigible al individuo en el caso concreto no se separa de los criterios fijados para determinar lo exigible conforme a las valoraciones expresadas indiferenciadamente para cualquier sujeto, en los términos que concretan los elementos de cada causa de exculpación (217), si bien con la posibilidad de prestar atención al posible efecto de la cultura del sujeto en la constatación de los elementos y el fundamento de la causa de que se trate.

La sombra de falta de legitimidad del *Ius Puniendi* del Estado con jurisdicción para enjuiciar el hecho cuando se trata de un extranjero de otra cultura, debido a que no ha estado representado políticamente en la elaboración de las leyes penales, no es suficiente para excluir la aplicabilidad de la ley penal a tales sujetos, pues la legislación penal de los distintos Estados cuenta con un catálogo muy amplio de delitos que aparecen reconocidos como tales en la generalidad de los ordenamientos jurídicos, que comparten todos ellos, la misma meta de conservación de las condiciones imprescindibles para la continuidad de la vida social. Es por ello que parece muy difícil aceptar el argumento cultural cuando se trata de excluir la res-

(215) En ese sentido, *vid.*, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, cit. p. 118.

(216) *Vid.* la STS núm. 1399 de 8 de enero de 2009, Ponente Excmo. Sr. Maza Martín, desestimatoria del error de prohibición. Así cuando afirma: «El error de prohibición podrá predicarse de aquellas figuras delictivas propias de un concreto ordenamiento jurídico que suponen la especial protección penal de aquellos bienes que, en términos relativos, son tenidos por tales a efectos de la norma punitiva, en una determinada sociedad y momento histórico, y que, por tanto, de acuerdo con los criterios culpabilísticos de nuestro Derecho penal, no pueden predicarse con carácter absoluto y general para todas las personas, culturas o sistemas jurídicos, pero que en modo alguno ha de reconocerse como causa de exoneración, ni total ni parcial, en relación con infracciones atentatorias contra principios tan básico, hoy en día superadas ya antiguas y rechazables prácticas pretéritas, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad en sus diferentes ámbitos, etc.». En la misma línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9.ª, de 13 de mayo de 2013.

(217) En ese sentido *vid.* DE FRANCESCO, G., «Multiculturalismo e diritto penale nazionale», *Multiculturalismo, diritti umani, pena. Atti del convegno in occasione del conferimento della laurea h. c. a M. Delmas-Marty. A cura di A. Bernardi*, Milano, 2006, pp. 145-146.

ponsabilidad por hechos, que constituyen el núcleo clásico de delitos contra los bienes jurídicos de titularidad individual y que están en la base de la dignidad de la persona en cuanto tal.

Por otra parte, la existencia de grupos humanos o sociedades con costumbres y prácticas diferenciadas muy difícilmente tiene lugar al margen la organización formal, territorial y política de un Estado. En el mundo contemporáneo la generalidad de los Estados constituidos han suscrito los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, e incorporan en sus respectivas legislaciones internas disposiciones para protegerlos, por lo que difícilmente la simple condición de extranjería sea un elemento suficiente para poder alegar el desconocimiento de las prohibiciones más básicas del Derecho penal. Sólo muy excepcionalmente, frente a las comunidades o grupos humanos aislados en localizaciones territoriales muy concretas y que han permanecido ajenos al contacto o la comunicación con personas procedentes de otros contextos, como pueden ser la realidad muy circunscrita geográficamente de ciertas tribus, puede explicarse la ausencia total de conocimiento de esos valores incorporados a la generalidad de los ordenamientos contemporáneos.

Específicamente en los llamados crímenes de honor, contrasta la incorporación de los ilícitos contra los bienes jurídicos más comunes en la generalidad de las legislaciones penales en vigor, con la ineptitud de algunos Estados en la persecución de tales crímenes. En ese sentido no cabe apelar a la aplicabilidad del tratamiento más benévolo de los ilícitos culturales para los *crímenes de honor*, cuando tales hechos cuentan con la desvaloración del ordenamiento jurídico del Estado de origen de quienes los cometen, si bien, por desidia o desinterés u otras razones, tales hechos no resultan efectivamente perseguidos (218). La contradicción entre la prohibición de crímenes de tanta gravedad y la dejación de su efectiva persecución en los Estados de origen de quienes apelan a la exención de responsabilidad por razones culturales no puede servir para importar el patrón de dejación en la persecución o la tolerancia hacia su comisión en los Estados de destino de la inmigración, como una concesión a una malentendida diversidad cultural.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, T., *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, Granada, 2004.
- ALONSO ÁLAMO, M., «Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural, (Lucha por el reconocimiento y bien jurídico penal)», *Revista General de Derecho Penal*, 18, 2012.
- ANDREO TUDELA, J. C., «Políticas multiculturalistas y programas de orientación multiculturalista», *Suplementos Afrim*, núm. 11, 2004.

(218) GIORDANO, C., *Crimes d'honneur, droits coutumiers...*, cit. pp. 55-56; HÖFFE, O., *Derecho intercultural...*, cit. p. 48, p. 32; VAN BROECK, J., *Cultural Defence...*, cit. p. 6. En particular respecto de la situación en Pakistán destacando el contraste entre la desaparición de la legislación en vigor de la regulación atenuatoria de los delitos de honor y su pervivencia en la práctica *vid.* DE MAGLIE, C., *Los delitos...*, cit. pp. 95-96.

- ANTONINI, L.; BARAZZETTA, A., y PIN, A., «Multiculturalismo y *hard cases*», *Los retos del multiculturalismo. En el origen de la diversidad*, Eds. J. Prades, y M. Oriol. Madrid, 2009.
- AÑÓN, M. J., «La multiculturalidad posible: la mirada del Derecho», *Jornadas sobre ciudadanía europea y conflictos culturales*, Valencia, 2003.
- APARICIO WIHELMI, M., «Diversidad cultural, convivencia y derechos. Un análisis en el marco de la Constitución Española», *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 40, 2010.
- APPIAH, A., «Identidad, autenticidad, supervivencia. Sociedades multiculturales y reproducción social», *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento»*, trad. M. Utrilla de Neira, L. Andrade Llanas y G. Vilar Roca. 2.^a edición. México, 2009.
- ARMAZA GALDÓS, J., «El condicionamiento cultural en el derecho peruano», *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*. Madrid, 2002.
- ARROYO ZAPATERO, L., «La violencia de género en la pareja en el Derecho penal español», www.cienciaspenales.net
- ASÚA BATARRITA, A., «Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina», *Eguzkilore*, núm. 18, 2004.
- BARREIRO CARRIL, B., «Un análisis de la relación entre diversidad cultural y la universalidad de los derechos humanos: especial referencia a algunos elementos novedosos aportados por la Convención de la UNESCO para la diversidad cultural», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 27, 2011.
- BASILE, F., *Inmigrazione e reati culturalmente motivati. Il Diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.
- BENHABIB, S., «Otro universalismo: sobre unidad y diversidad de los derechos humanos», *Isegoría. Revista de Filosofía, Moral y Política*, núm. 39, 2008.
- BERNARDI, A., «Società multiculturale e “reati culturali”. Spunti per una riflessione», *Studi in onore di G. Marinucci, A cura di E. Dolcini y C. E. Paliero*. vol. I, Milano, 2006.
- *Il «fattore culturale» nel sistema penale*, Torino, 2010.
- BORGHI, M., «Le “commerce” des transplants entre diversités culturelles et droit penal», *Droit penal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de J. Hurtado Pozo*, Ginebra, 2012.
- BORJA JIMÉNEZ, E., «Derecho Penal y Derecho indígena: cuatro tesis», *Constitución y pluralismo jurídico*, Coord. F. Flores Jiménez, Quito, 2004.
- «Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos», *Nuevo Foro Penal*, núm. 73, 2009.
- *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, Valencia, 2012.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A., y FERNÁNDEZ BESSA, C., «La construcción de los migrantes como categoría de riesgo para el sistema penal español», *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, S. Palidda, y J. A. Brandariz García, Granada, 2010.
- BRION, F., «¿Utilizar el género para hacer la diferencia? La doctrina de los delitos culturales y de la defensa cultural», *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, S. Palidda y J. A. Brandariz García, Granada, 2010.
- CARAMMIA, M., y GARCÍA LUPATO, F., «La política de inmigración en Italia y España. ¿Cómo cambian las propuestas de los partidos políticos? Una exploración del caso italiano y español», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 19, 2008.
- CARDUCCI, M., «El multiculturalismo. Entre círculo hegeliano y constitucionalismo de la alteridad», *Multiculturalismo y Derecho penal*, Dirs. L. Cornacchia, y P. Sánchez-Ostiz, Navarra, 2012.

- CARNEVALI, R., «El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno», *Política Criminal*, núm. 3, 2007.
- CASTELLÓ NICÁS, N., «Comentario al artículo 20.1», *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Dir. M. Cobo del Rosal, Madrid, 1999.
- CASTELLS, M., «La era de la información. Economía, sociedad y cultura», vol. 2. *El poder de la identidad*, Madrid, 1998, 6.ª reimpresión, 2002.
- CEREZO MIR, J., «La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el Código Penal peruano», *Universitas Vitae: homenaje a Ruperto Nuñez Barbero*, coord. F. Pérez Álvarez, Salamanca, 2007.
- CLEMENTE, M., «Cassandra versus Patricia: la violencia sobre la mujer y los medios de comunicación», *Comunicación y Justicia en violencia de género*, coords. I. Iglesias, y M. Lameiras, Madrid, 2012.
- COLÁS TURÉGANO, A., «Tratamiento penal de la diversidad cultural», *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, coord. E. Borja Jiménez, Valencia, 2006.
- COMANDUCCI, P., «La irrelevancia moral de la diversidad cultural», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007.
- CORCOY BIDASOLO, M., «Violencia en el ámbito familiar de los inmigrantes», *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005.
- CRUZ BLANCA, M. J., «Derecho penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal», *Estudios penales sobre violencia doméstica*, coord. L. Morillas Cueva, Madrid, 2002.
- DE FRANCESCO, G., «Multiculturalismo e diritto penale nazionale», *Multiculturalismo, diritti umani, pena. Atti del convegno in occasione del conferimento della laurea h. c. a M. Delmas-Marty*, A cura di A. Bernardi, Milano, 2006.
- DE LA CUESTA AGUADO, M. P., *Culpabilidad, exigibilidad y razones para la exculpación*, Madrid, 2005.
- *Conocimiento de la ilicitud. Aproximación al conocimiento de la antijuridicidad del hecho desde las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo*, Madrid, 2007.
- DE LUCAS, J., «El reconocimiento de los derechos. ¿Camino de ida y vuelta? (A propósito de los derechos de las minorías)», *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1993.
- «Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 15, 1993.
- «Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)», *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 3, 1994.
- «La tolerancia como respuesta a las demandas de las minorías culturales», *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1995.
- «La democracia pluralista. ¿Redefinir el pluralismo?», *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Prof. T. Vives Antón*, coord. J. C. Carbonell, vol. I, Valencia, 2009.
- DE MAGLIE, C., «Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano», *Scritti per Federico Stella*, Milano, 2007.
- «Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense», *Studi in Onore di G. Marinucci*, A cura di E. Dolcini, y C. E. Paliero, Milano, 2006.
- *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, traducción de V. M. Macías Caro, Madrid, 2012.

- DECKHA, M., «The Paradox of the Cultural Defence: Gender and Cultural Othering in Canada», *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, eds. M. C. Foblets, y A. Dundes Renteln, Oxford & Portland Oregon, UP, 2009.
- DEMETRIO CRESPO, E., «Der Gattenmord wegen Ehebruch im Spanischen Strafrecht vor Einführung der Demokratie», *International Symposium on Issue of Custom adn Honour Killing: Viewpoint of Sociology and Law*, 26-27 september, Diyarbakir, Turkey, 2003.
- DICK, C., «A Tale of Two Cultures: Intimate Femicide, Cultural Defences, and Law of Provocation», *Canadian Journal of Women and the Law. Revue Femmes et Droit*, vol. 23, 2011.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*, Madrid, 2008.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La política criminal en la encrucijada*, Buenos Aires-Montevideo, 2007.
- DUNDES RENTELN, A., *The Cultural Defense*, 2004.
- «Raising cultural defenses», *Cultural Issues in Criminal Defense*. Ed. L. Friedman Ramírez. Juris Publishing, Estados Unidos y Canada. 2007.
- «The Use und Abuse of the Cultural Defense», *Canadian Journal of law and Society*, vol. 20, núm. 1, 2005.
- «Corporal Punishment and the Cultural Defense», *Law and Contemporary Problems*, vol. 73, fasc. 2, 2010.
- «The Cultural Defense: challenging the Monocultural Paradigm», *Cultural Diversity and the Law: State Responses from Around the World*, eds. M. C. Foblets, y J. F. Gaudreault-DesBiens, Brussels, 2010.
- ELOSEGUI, M., y ARJONA, C., «Law and Cultural Diversity in Spain», *Cultural Diversity and the Law. State Responses from Around the World*, eds. M. C. Foblets, y J. F. Gaudreault-DesBiens, Bruselas, 2010.
- FATEH-MOGHADAM, B., «Criminalizing male circumcision? Case Note: Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012, núm. 151 NS 169/11», *German Law Journal*, vol. 13, núm. 9, 2012.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Diversidad cultural y sistema penal», *Revista Penal*, núm. 22, 2008.
- FISCHER, M., «The Human Rights Implications of a “Cultural Defense”», *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 1998.
- FOBLETS, M. C., «Les délits culturels: de la repercussion des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l’apport de l’anthropologie du droit à un débat contemporain», *Droit et Cultures*, 35, 1998.
- FRIEDMAN RAMIREZ, L., «The Virtues of the cultural defense», *Judicature*, núm. 5, 2009.
- GARCÍA HERRERA, M. A., «Consideraciones sobre Constitución y cultura», *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, coord. F. Balaguer Callejón, Madrid, 2004.
- GEERTZ, C., «El impacto del concepto de cultura en el concepto de hombre», *Lecturas de etnología: una introducción a la comparación en antropología*, Madrid, 2007.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «La mujer y el Código Penal Español», *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990.

- GIORDANO, C., «Las infracciones penales y las lógicas culturales: el antropólogo en los tribunales», *Anuario de Derecho penal*, 2010, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2012_11.pdf
- «Crimes d'honneur, droits coutumiers et droit positif: une perspective anthropologique», *Droit penal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de J. Hurtado Pozo*, Ginebra, 2012.
- «Las nociones de cultura y de derecho en Antropología», *Anuario de Derecho penal*, 2010, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2012_02.pdf
- GODEL, T., «Aperçu du facteur culturel en droit penal suisse», *Droit penal et diversités culturelles, Mélanges en l'honneur de J. Hurtado Pozo*, Ginebra, 2012.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas realizadas por motivos de conciencia», *Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*, ed. G. Peces Barba. Madrid, 1993.
- GRIMM, D., «Multiculturalidad y derechos fundamentales», *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, D. Grimm, y E. Denninger, Madrid, 2007.
- GUTMAN, A., «Introducción», *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento»*, trad. M. Utrilla de Neira, L. Andrade Llanas y G. Vilar Roca, 2.ª ed. México, 2009.
- HABERMAS, J., «La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho», *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento»*, trad. M. Utrilla de Neira, L. Andrade Llanas, G. Vilar Roca, 2.ª ed., México, 2009.
- HALLER, D., *Atlas de etnología*, trad. M. D. Abalos, Madrid, 2011.
- HASSEMER, W., «Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts», HÖFFE; O., *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main, 1999.
- HERRERA MORENO, M.; «Multiculturalismo y tutela penal: a propósito sobre la mutilación genital femenina», *Revista de Derecho Penal*, núm. 5, 2002.
- HÖFFE, O., *Derecho Intercultural*. Traducción por R. Sevilla del original alemán *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?. Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main, 1999, Barcelona, 2000.
- HURTADO POZO, J., «Responsabilidad penal, derechos humanos y diferencias culturales», *La Administración de justicia en los albores del tercer milenio*, coord. J. A. Samperdo, 2001.
- «Schuld, individuelle Strafzumessung und kulturelle Faktoren», *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen: Festschrift für Klaus Tiedemann*, Köln-München, 2008.
- «Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación del Perú», *Anuario de Derecho penal*, 2010, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2012_05.pdf
- JAKOBS, G., «La culpabilidad de los foráneos», *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con G. Jakobs en la Universidad Autónoma de Madrid*, traducción del capítulo F. Perdomo Torres, Navarra, 2008.
- JERICÓ OJER, L., *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, Madrid, 2007.
- JESCHECK, H. H., y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. M. Olmedo Cardenete, Granada, 2002.
- KIM, N. S., «Blameworthiness, Intent and Cultural Dissonance: the unequal Treatment of Cultural Defense Defendants», *University of Florida. Journal of law and Public Policy*, vol. 17, núm. 2, 2006.

- KOTTAK, C. P., *Antropología cultural*, 14.ª edición, México DF, 2011.
- KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, 1996.
- «Multiculturalismo», «Diálogo Político», *Publicación Trimestral Konrad Adenauer Stiftung*, año XXIV, núm. 2, 2007.
- LEE, C., «Cultural Convergence: Interest Convergence Theory Meets the Cultural Defense», *Arizona Law Review*, vol. 49, 2007.
- LI, J., «The Nature of the Offense: An Ignored Factor in Determining the Application of the Cultural Defense», *University Haway Law Review*, 1996.
- LÓPEZ-ZAFRA, E., «Elaboración de una escala para medir Cultura del Honor», *Revista de Psicología Social*, núm. 22, 2007.
- LUZÓN PEÑA, D. M., «Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción», *In Dret*, 2013.
- MACÍAS CARO, V. M., «Fundamentos y límites constitucionales de una política criminal sobre la diversidad cultural», *Un derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Landrove Díaz*, dir. F. Muñoz Conde, Valencia, 2011.
- MAIER, S., «Honor Killings and the Cultural Defense in Germany», *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, eds. M. C. Foblets, y A. Dundes Renteln, Oxford & Portland Oregon, UP, 2009.
- MAÑALICH, J. P., «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *In Dret*, 2013.
- MARTÍN LORENZO, M., *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Valencia, 2009.
- MARTÍN VIDA, M. A., «Igualdad, diferencia y reconocimiento de derechos específicos en el contexto de las sociedades multiculturales: las reivindicaciones de las minorías culturales y de otros colectivos», *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, coord. F. Balaguer Callejón, Madrid, 2004.
- MARTÍNEZ, C., y OJEDA, M. N., *Antropología: la cultura*, Miami, 2010.
- MANSO PORTO, T. M., «La regulación del error en el Código penal peruano», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núms. 11-12, 2002.
- MEINI, I., «Diversidad cultural, imputabilidad y culpabilidad», *Droit penal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de J. Hurtado Pozo*, Ginebra, 2012.
- MOLLER OKIN, S., «Is Multiculturalism Bad for Women?», *Boston Review. A Political and Literary Froum*, october-november, 1997, <http://www.bostonreview.net/BR22.5/okin.html>
- MONTICELLI, L., «Le “cultural defenses” (esimenti culturali). E i reati “culturalmente orientati”. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale», *L'Indice Penale*, 2003.
- MOSCONI, G., «La seguridad de la inseguridad. Retóricas y giros de la legislación italiana», *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, dir. J. A. Brandariz, Granada, 2010.
- PAREKH, B., *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*, trad. S. Chaparro, Madrid, 2005.
- PARISI, F., *Cultura dell' «altro» e Diritto penale*, Torino, 2010.
- PÉREZ, J. A., NAVARRO-PERTUSA, E., y ARIAS, A., «Conflicto de mentalidades: cultura del honor frente a la liberación de la mujer», *Revista Española de Motivación y Emoción*, núm. 3, 2002.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C., «La expulsión de los extranjeros en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2010.

- PHILLIPS, A., «When Culture Means Gender: Issues of Cultural Defence in the English Courts», *Modern Law Review*, 66, 2003.
- PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura, culturas y constitución*, Madrid, 2006.
- «Derechos Culturales: el hijo pródigo de los derechos», *Revista Crítica*, núm. 952, 2008.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, Pamplona, 1999.
- ROXIN, C., «I compiti futuri della scienza penalistica», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2000.
- SAAVEDRA LÓPEZ, M., «La Constitución como objeto y límite de la cultura», *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, coord. F. Balaguer Callejón, Madrid, 2004.
- SAMBUC, B., «Los peligros del relativismo cultural», *Anuario de Derecho penal*, 2006, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_13.pdf
- «La justicia frente a la diversidad cultural: reflexiones sobre la tentación culturalista en Derecho penal y sus consecuencias discriminatorias para la mujer», *Anuario de Derecho penal*, 2010, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2012_06.pdf
- SAMS, J. P., «The Availability of the “Cultural Defense” as an Excuse for criminal Behavior», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1986.
- SELLIN, T., *Conflicts de culture et criminalité*, París, 1984.
- SERRANO PIEDECASAS, J. R., y DEMETRIO CRESPO, E., «Reflexiones sobre filosofía del lenguaje, diversidad cultural y su influencia en el Derecho penal», *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Prof. T. Vives Antón*, coord. J. C. Carbonell, vol. II, Valencia, 2009.
- SILVA DIAS, A., «Faz sentido punir o ritual do *fanado*? Reflexoes sobre a punibilidade da excisao clitoridiana», <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/DiasAugusto1.pdf>
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, 2002.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Buenos Aires-Montevideo, 2006.
- *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 2.^a ed. Buenos Aires, 2010.
- «Circuncisión infantil», *In Dret Penal*, 2013.
- SILVEIRA, R., «Multiculturalism and Criminal Law: the Brazilian Case», *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 82, 2011.
- SONG, S., «Majority Norms, Multiculturalism, and Gender Equality», *American Political Science Review*, 99, 2005.
- SUARDÍA, P., *Antropología general*, Miami, 2010.
- TAMARIT SUMALLA, J., «Conflictos culturales y dilemas penales», Recensión a DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, traducción de V. M. Macías Caro, Madrid, 2012, *In Dret*, 2013.
- TAYLOR, J., «La política del reconocimiento», *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento»*, trans. M. Utrilla de Neira, L. Andrade Llanas y G. Vilar Roca, 2.^a edición, México, 2009.
- TRAPERO BARREALES, M. A., *El error en las causas de justificación*, Valencia, 2004.
- TRUFFIN, B., y ARJONA, C., «The Cultural Defence in Spain», *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, eds. M. C. Foblets, A. Dundes Renteln, Oxford & Portland Oregon, UP, 2009.
- VAN BROECK, J., «Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 9, fasc. 1, 2001.

- VARGAS LLOSA, M., *La civilización del espectáculo*, Madrid, 2012.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes*, Madrid, 2010.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F., «Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal del Perú», *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 82, 2011.
- WOUTERS, J., y VIDAL, M., «International Normative Action for Cultural Diversity: the Contribution of UNESCO», *Cultural Diversity and the Law: State Responses from Around the World*, eds. M. C. Foblets, y J. F. Gaudreault-DesBiens, Brussels, 2010.

