



European Journal of Legal Studies

Title: Delitos Culturalmente Motivados. Diversidad Cultural, Derecho e Inmigración

Author(s): Oscar Pérez de la Fuente

Source: European Journal of Legal Studies, Volume 5, Issue 1 (Spring/Summer 2012), p. 65-95

Resumen:

Este artículo analiza la defensa cultural o delitos culturalmente motivados. En concreto, se estudia la relación entre Derecho y diversidad cultural desde el enfoque de la aplicación judicial del derecho. La inmigración supone que existen nuevas dimensiones asociadas a la noción de pluralismo. Se explicarán los argumentos en contra del universalismo, del Feminismo y de la seguridad jurídica e igualdad en la ley y los argumentos a favor de que la diversidad cultural es inescapable y enriquecedora, frente al localismo y la no “neutralidad cultural” del Derecho Penal y la aplicación del Derecho sensible a la diferencia cultural.

Abstract:

This article analyses culturally motivated crimes and the use of culture as means of criminal defense. In particular, it studies the relationship between law and cultural diversity with a focus on the judicial application of law, and examines emergent dimensions to the notion of pluralism due to immigration. The article therefore explains arguments against universalism, feminism, and legal certainty and equal application of the law; and argues rather that cultural diversity is inescapable and enriching, and that criminal law must confront local specificities and take a non-“culturally-neutral” position, as well as provide for a culturally sensitive application of the law.

Article

**DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS. DIVERSIDAD
CULTURAL, DERECHO E INMIGRACIÓN**

Oscar Pérez de la Fuente*

TABLE OF CONTENTS

1. CUANDO LA CULTURA DE UNA PERSONA ES DELITO EN OTRA	64
2. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS	65
2.1 Universalismo	65
2.2 Feminismo	69
2.3 Seguridad Jurídica e Igualdad ante la Ley	70
3. ARGUMENTOS A FAVOR DE LOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS	71
3.1 La Diversidad Cultural es Inescapable y Enriquecedora.....	72
3.2 Frente al Localismo y la no “Neutralidad Cultural” del Derecho Penal	75
3.3 La Aplicación del Derecho Sensible a la Diferencia Cultural.....	81
3.3.1 <i>Caso Kimura</i>	82
3.3.2 <i>Caso Mouea</i>	84
3.3.3 <i>Caso Lu Chen</i>	86
3.3.4 <i>Caso Pahn</i>	87
3.3.5 <i>Caso Cenizas Hindú</i>	89
3.3.6 <i>Caso Kargar</i>	90
3.3.7 <i>Caso Ablación</i>	92
3.3.8 <i>Caso Bebé Albino</i>	93
4. ALGUNAS CONCLUSIONES	94

* Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. E-mail:oscar.perez@uc3m.es. Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” (CSD2008-00007).

1. CUANDO LA CULTURA DE UNA PERSONA ES DELITO EN OTRA¹

Uno de los efectos de la globalización y de los crecientes flujos migratorios ha sido que las sociedades occidentales son más diversas culturalmente. La gestión del pluralismo es una de las tareas actuales de las sociedades democráticas y la acomodación de los inmigrantes implica una serie de políticas específicas en diferentes niveles y, en ocasiones, un cambio de mentalidad de anteriores visiones homogeneizadoras y uniformizadoras. Una de las consecuencias de vivir sociedades más diversas es que en, ocasiones, la diferencia produce perplejidad. Una de las cuestiones que suelen ser objeto de debate en las sociedades occidentales, y quizá donde más genuinamente se han establecido las polémicas, es qué límites debe tener el papel punitivo del Estado en una sociedad multicultural.

La cuestión que subyace es que una de las decisiones de mayor calado de una sociedad es determinar la lista de los delitos y determinar los mecanismos de aplicación judicial del Derecho Penal. Desde este punto de vista, parece relevante analizar si la creación y aplicación del Derecho varía y de qué modo por la inmigración y la diversidad cultural. Estas cuestiones suelen conocerse como *delitos culturales*, *delitos culturalmente motivados* o *defensa cultural*.² Como explica Van Broek, existe una gran diferencia entre la literatura del Derecho continental y la *Common Law* tratando el problema de los delitos que son culturalmente motivados. Mientras la doctrina europea tiende a centrarse en el acto en sí mismo, llamándolos *delitos culturales*, la doctrina americana tiende a tratar el problema desde el punto de vista de la defensa del acusado, llamándolo *defensa cultural*.³

Para delimitar la cuestión, se podría definir defensa cultural, según Lyman, cuando se *negará o mitigará la responsabilidad penal donde los actos son cometidos bajo una creencia de buena fe, razonable en su propiedad, basada en la herencia o tradición cultural del actor*.⁴ Otra definición la ofrece Van Broeck cuando considera que un delito cultural *es un acto de un miembro de una cultura minoritaria, que es considerado un delito por el sistema jurídico de la cultura dominante. El mismo acto es, sin embargo, dentro de un grupo cultural del delincuente, condonado, aceptado como un comportamiento normal y aprobado o, incluso, promovido en una situación dada*.⁵

¹ M.M. Sheybani, 'Cultural defense: One person's is another crime' (1986-1987) 9 Loyola Los Angeles International and Comparative Law Journal 751.

² J. Van Broeck, 'Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)' (2001) 9/11 European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 1.

³ Ibid 31.

⁴ J.C. Lyman, 'Cultural defense: Viable doctrine or wishful thinking?' (1986) 9 Criminal Justice Journal 88.

⁵ Van Broeck, 'Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)' (n 4) 5.

Los delitos culturales son un fenómeno donde, a nivel penal, revela una situación de *pluralismo jurídico*. Explica Foblets que esta situación — en que las concepciones son inconmensurables, si no contradictorias— puede producirse en dos circunstancias típicas. Primero, varios grupos normativos simultáneamente influyen a un individuo: aquí el conflicto de normas forma un elemento constitutivo de la personalidad del delincuente. Es el caso entre ciertos inmigrantes jóvenes de la segunda generación que están pobremente aculturados y pobremente “deculturados”. Segundo, el individuo puede simplemente desconocer la norma del grupo que está intentado regular este comportamiento. En este caso, los elementos primarios de su personalidad derivan de un grupo cultural que no es familiar con la normas de comportamiento de la sociedad que establece el castigo. Es la experiencia de poblaciones colonizadas y de inmigrantes de primera generación.⁶ Como señala Van Broek, el aspecto esencial se basa en el hecho de que un delito cultural está causado por la adherencia a normas morales o jurídicas discrepantes.⁷

Para analizar la cuestión de los *delitos culturalmente motivados* se estudiarán los argumentos en contra del universalismo, del Feminismo y de la seguridad jurídica e igualdad en la ley. Los argumentos a favor de que la diversidad cultural es inescapable y enriquecedora, frente al localismo y la no “neutralidad cultural” del Derecho Penal y la aplicación del Derecho sensible a la diferencia cultural.

2. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS

A continuación se analizará *los argumentos en contra* del universalismo, Feminismo y de la seguridad jurídica e igualdad en la ley.

2.1 Universalismo

La primera línea de argumentación contra la noción de los delitos culturalmente motivados tiene que ver con la plena vigencia de los derechos humanos. El Derecho Penal tiene como objetivo la protección de determinados bienes jurídicos a través de sanciones. La explicitación de esos bienes jurídicos es una decisión de gran calado que toman las diversas sociedades y que depende de aquello que se considere socialmente relevante o moralmente justificado. En suma, la lista de delitos en una sociedad determinada requiere de un ejercicio especial de justificación que puede

⁶ M.C. Foblets, ‘Cultural delicts: the repercussion of cultural conflicts on delinquent behaviour. Reflections on the contribution of legal anthropology to contemporary debate’ (1998) 6/3 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 191-2.

⁷ J. Van Broeck, ‘Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)’ (n 4) 21.

tener diversos itinerarios: a) Aquello socialmente relevante puede responder a los valores de una mayoría parlamentaria *argumento democrático*- o a los valores vigentes de la moral social *argumento de moralismo jurídico*- b) Aquello moralmente justificado puede responder a determinada concepción de la justicia, en general basada en alguna visión de la naturaleza humana *argumento iusnaturalista*- o basado en los derechos humanos *argumento de la universalidad*-.

Los argumentos fuertes en contra de los *delitos culturalmente motivados* son el argumento democrático y el argumento de la universalidad. La delimitación conceptual frente al argumento de moralismo jurídico y al argumento iusnaturalista es necesaria ya que, en el debate, se producen algunas confusiones que merecen clarificación. Una de las preguntas más importantes de toda Filosofía del Derecho es “¿Por qué debo obedecer? La respuesta a esta cuestión está vinculada, en parte, por los criterios de justificación de las decisiones públicas. Lo cual suele relacionarse con términos con legitimidad o justicia. El debate sobre los *delitos culturalmente motivados* esta estrechamente vinculado a los argumentos que se utilizan para justificar una de las decisiones públicas más relevantes: cuál es la lista de delitos y cómo deben aplicarla los jueces. La clave es que no es lo mismo condenar por trasgredir un delito natural *argumento iusnaturalista*-, la moral social *argumento del moralismo jurídico*-, los derechos humanos *argumento de la universalidad*- o un delito establecido por la ley positiva *argumento democrático*-.

Según este último, la mayoría parlamentaria delimita una serie de bienes jurídicos que deben ser protegidos por el *ius puniendi* del Estado, la máxima capacidad de intervención jurídica. Los motivos del legislador para desarrollar su política criminológica pueden ser variados y responden a diversas concepciones ideológicas. El argumento que aquí es relevante es que admitir los delitos culturalmente motivados va contra la vigencia de los derechos humanos, a cuya protección el legislador ha consagrado, en gran medida, la legislación penal.

Según Laporta, los derechos humanos se caracterizan por la *universalidad*, *absolutibilidad* e *inalienabilidad*. Para este autor, los derechos humanos serían derechos morales, que no dependen de circunstancias contextuales, que son exigencias fuertes, en forma de bienes o necesidades básicas, y son irrenunciables para el titular.⁸

La noción de derechos humanos suele recibir la crítica de la *abstracción*. La apelación a la universalidad implica un esfuerzo de justificación metaética que puede recibir una crítica similar -a la que Sandel realizaba a Rawls- sobre el mecanismo de abstracción de las circunstancias contextuales, que

para el primero responderían a la parte más valiosa del mundo moral.⁹ Una crítica similar frente a la abstracción en las visiones universalistas de base kantiana, está presente en algunas visiones feministas¹⁰. Como sostiene Pérez Luño sobre los derechos humanos, “no se puede hacer abstracción de su trama real y concreta, es decir contextualizada.” Esa aproximación, desde la abstracción, sería *ajurídica, amoral y apolítica*.¹¹ En el contexto de los delitos culturales, es particularmente relevante esta interpretación *contextualizada* de los derechos humanos ya que un derecho humano, en concreto, podría interpretarse, de forma diversa, en relación con circunstancias particulares, pero habría un núcleo de certeza un contenido esencial- que debería respetarse para poder hablar de ese derecho propiamente. Lo relevante es que el problema, como se verá, se traslada a una cuestión de interpretación y aplicación intercultural de los derechos. Y, desde otro punto de vista, que el contexto es relevante al analizar los derechos humanos

Otra crítica habitual a la noción de derechos humanos es la crítica del *etnocentrismo*. En concreto, su origen occidental se correspondería con la visión de una parte limitada de la humanidad debido a este origen- y pondría en duda que fueran realmente universales. Frente a esta crítica del etnocentrismo, se pueden desarrollar el argumento *pragmático* y el argumento de la *interpretación intercultural* sobre la universalidad de los derechos humanos.

El argumento *pragmático* sería un una visión interesante contra la crítica del etnocentrismo de los derechos humanos que desarrolla Pareck. Este autor afirma la importancia de la Declaración de Derechos Humanos de la ONU de 1948, que “se ha convertido con el tiempo en una parte importante de la moralidad doméstica e internacional”¹². La legitimidad del texto vendría del hecho de que la declaración está firmada por un gran número de gobiernos representando diferentes culturas, áreas geográficas y sistemas políticos, y que, además, las personas de todo el mundo han apelado frecuentemente a

⁹ He analizado la crítica de Sandel a Rawls en O. Pérez de la Fuente, La polémica liberal comunitarista. Paisajes después de la batalla (Dykinson, 2005).

¹⁰ Vid., O. Pérez de la Fuente, ‘Feminismo, Liberalismo y Comunitarismo. Una aproximación a sus relaciones, implicaciones y dilemas’ (2010) 217 Sistema 77-98.

¹¹ Pérez Luño explica que sería “ajurídica: por prescindir no sólo de los cauces normativos, sino de los propios avatares jurisdiccionales que dan la medida efectiva de la tutela de los derechos humanos; amoral, porque crecería de la fuerte convicción y el compromiso con los valores éticos de liberación y la emancipación humanas; y apolítica, por extrañar, a lo sumo, un concepto, pero no una concepción de los derechos humanos al no explicitar la voluntad de realizarlos.” A.E. Pérez Luño, ‘Concepto y concepción de los derechos humanos’ (1987) 4 Doxa 62.

¹² B. Pareck, ‘The cultural particularity of Liberal Democracy’, en D. Held (ed.), Prospects for Democracy: North, South, East, West (Polity Press 1994) 173. He analizado las relaciones entre universalismo y particularismo en O. Pérez de la Fuente, Pluralismo cultural y derechos de las minorías (Dykinson, 2005).

esos principios en sus luchas contra gobiernos represivos¹³. Pareck considera que la Declaración de Derechos Humanos “provee la base más valiosa para un consenso libremente negociado y constantemente evolucionado de los principios universalmente válidos de buen gobierno”¹⁴. La posición de Pareck no niega que existan valores universales, lo que pone en cuestión es que hayan de coincidir necesariamente con los valores liberales. La idea clave que desarrolla el argumento *pragmático* sería que, en la práctica, los derechos humanos son universales, son un referente necesario de la moralidad nacional e internacional. Como afirma Ansuategui Roig, “la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948-, en su sentido de expresión de un determinado consenso histórico en relación con la moralidad de los derechos, constituye un punto de referencia inexcusable en la configuración de la moralidad que se expresa a través de los derechos.”¹⁵ El argumento pragmático es relevante para delimitar la diferencias entre el argumento iusnaturalista y el argumento de la universalidad. Como sostienen algunos, parte de tradicional contenido del Derecho Natural se ha positivizado. Existe una Carta Universal de Derechos Humanos desde 1948, que es una norma vigente y la forma de justificar su universalidad es *pragmática*, no apelando a una común naturaleza humana o planteamientos similares.

El argumento de la *interpretación intercultural* proviene de determinada lectura de Walzer. Este autor habla de la moralidad tenue *thick-* y moralidad densa *thin-* donde la universalidad es posible en el primer nivel, desarrollándose en el segundo. De esta forma, afirma: “un (tenue) conjunto de principios universales (densamente) adaptado a estas o esas circunstancias históricas. He sugerido anteriormente la imagen de un núcleo de moralidad elaborado de formas distintas en diferentes culturas.”¹⁶ De esta manera, se podría hablar de la universalidad de los derechos humanos, que serían interpretados de forma intercultural en las diversas culturas. Así, la cuestión de los *delitos culturalmente motivados* sería una cuestión de interpretación intercultural. Tras lo que subyace si existen límites interpretativos entre las diferentes culturas. Se puede analizar el artículo 3 de la Carta de Derechos Humanos donde se establece: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” ¿Cabe una interpretación intercultural de derecho a la vida, que justifique o atenúe determinados asesinatos por motivos rituales o culturales? ¿Debe prevalecer una interpretación occidental de la libertad o caben otras alternativas?

¹³ Pareck, ‘The cultural particularity of Liberal Democracy’ (n 14) 174.

¹⁴ Ibid 175.

¹⁵ J. Ansuategui Roig, De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos (Universidad Externado de Colombia, 2007) 236.

¹⁶ M. Walzer, Moralidad en el ámbito local e internacional (Rafael del Aguila, tr., Alianza, 1996) 36.

Si se analiza el artículo 5 de Carta de Derechos Humanos, se establece “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.” La Corte Constitucional Colombiana ha considerado que la pena comunal del fuste castigo por latigazos- no es un una pena cruel ni degradante¹⁷. Lo cual, según algunas visiones occidentales, podría ser criticado pero sería un ejemplo de interpretación intercultural. Este es un caso interesante donde se pone en evidencia que detrás de las teorías de la interpretación existen diversas teorías metaéticas, epistemológicas y semánticas implicadas. Decantarse por un enfoque tendrá consecuencias prácticas en los casos de *delitos culturalmente motivados*.

Por tanto la interpretación intercultural de los derechos humanos es una algo abierta. Sin embargo, Coleman considera que “el uso de pruebas culturales tiende al riesgo a la balcanización peligrosa del Derecho penal, donde los americanos no inmigrantes son sujetos de un conjunto de leyes y los inmigrantes americanos a otro.”¹⁸

2.2 Feminismo

No existe un Feminismo, sino más propiamente Feminismos. Pero si algo puede caracterizar una visión como feminista es la crítica de la subordinación de las mujeres. El argumento sería que aceptar los delitos culturalmente motivados supondría aumentar la discriminación de las mujeres y los niños, que suelen ser su víctimas, ya que, de esta forma, se aprobarían o condonarían tradiciones culturales patriarcales. Esta sería una faceta más de las tensiones entre Feminismo y multiculturalismo.¹⁹ Desde esta perspectiva, es relevante la visión de Okin que considera que el reconocimiento de derechos colectivos de las minorías culturales no es parte de la solución, sino que refuerza el problema de la igualdad de las mujeres

La réplica desde otras visiones feministas trata de mostrar como la situación de las mujeres de las minorías culturales tiene una doble vulnerabilidad, en base al género y en base a la identidad. No existe una esencia de mujer, sino

¹⁷ La figura simbólica del fuste no constituye tortura ni pena degradante. S. T-523/97 Corte Constitucional Colombiana.

¹⁸ D.L. Coleman, ‘Individualizing justice through multiculturalism: The liberals’ dilemma’ (1996) 96/5 Columbia Law Review 1098.

¹⁹ He tratado las relaciones entre multiculturalismo y Feminismo en: O.Pérez de la Fuente, ‘Mujeres gitanas. De la exclusión a la esperanza’ (2008) 7 Universitat 109-146; O.Pérez de la Fuente, ‘Indígenas y derechos colectivos. ¿es el multiculturalismo malo para las mujeres?’ (2004) 13 Derechos y Libertades 399-430 O.Pérez de la Fuente ‘Mujeres musulmanas, velo islámico y valores de la esfera pública’ en O.Pérez de la Fuente (ed.) Mujeres: Luchando por la igualdad, Reivindicando la diferencia (Dykinson 2010) 255-84; O.Pérez de la Fuente ‘La polémica del velo islámico: algunas estrategias feministas en la laberinto de las identidades’ (2010) Working Paper el Tiempo de los Derechos 19; O.Pérez de la Fuente, ‘Feminismo y multiculturalismo. Una versión de Ariadna en el laberinto de las identidades’ en AA.VV., Perspectivas sobre feminismo y Derecho (Dykinson, 2012).

mujeres en diferentes contextos. En ocasiones, las visiones de las mujeres occidentales frente a otros colectivos de mujeres se basan en la superioridad y eso crea algunas tensiones.

Sin embargo, el caso de los *delitos culturalmente motivados* que suelen afectar a bienes jurídicos, tan relevantes como la vida o la libertad sexual, parece claro que el argumento contra la subordinación de las mujeres debe ser especialmente considerado. Se denominará el *argumento de la igual dignidad*. Según el art. 1 de la Carta Universal de Derechos Humanos de la ONU, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

Muchos de estos delitos tienen que ver con *códigos de honor* que, en diversas culturas, representan el control tradicional de la sexualidad de las mujeres por maridos, padres y familiares. Un cuerno del dilema con la *defensa cultural* es si la cultura puede servir para explicar o justificar la conducta del agresor en estos casos. El otro cuerno es, desde el punto de vista de la víctima, si se acepta esa *defensa cultural*, esto va contra su igual dignidad.

El argumento sería que la mayoría de las víctimas de los *delitos culturalmente motivados* son mujeres y su regulación especial redundaría en la discriminación por razón de género. Sería aceptar, de alguna forma, en las sociedades occidentales costumbres patriarcales de origen cultural diverso. Como afirma Coleman, “el interés del acusado de utilizar pruebas culturales que incorporan normas y comportamientos discriminatorios debe ser ponderada contra los intereses de las víctimas y potenciales víctimas en obtener protección y desagravio a través de una aplicación no discriminatoria del Derecho Penal.”²⁰

2.3 Seguridad Jurídica e Igualdad ante la Ley

Es una característica que suele predicarse del Derecho ofrecer un horizonte de publicidad y claridad para aquellas conductas que se consideran prohibidas y, por tanto, son susceptibles de recibir una sanción. Es algo que está implícito en la noción de seguridad jurídica. Dentro de este principio, también se suele incluir la certeza de que ante supuestos de hecho, iguales o parecidos, se recibirá una respuesta jurídica similar. El argumento sería que aceptar los delitos culturalmente motivados iría contra la seguridad jurídica ya que no estaría claro lo que está prohibido en Derecho y tampoco estaría claro cómo se aplica ya que dependería de *quién* comete el acto. Como

²⁰ Coleman, ‘Individualizing justice through multiculturalism: The liberals’ dilemma’ (n 20) 1097.

sostiene Coleman, esto daría lugar a en “un tratamiento disparatado entre inmigrantes y otros miembros de la sociedad.”²¹

Este argumento se desarrolla dentro de la ideología del *centralismo jurídico*, que se podría sintetizar en que el Derecho es y debe ser el Derecho del Estado, uniforme para todas las personas, exclusivo de todo otro derecho, y administrado por un conjunto sencillo de instituciones estatales.²² Como representantes de esta visión menciona a Bodino, Hobbes, Austin, Kelsen y Hart. Es relevante, para comprender las dimensiones de esta compleja cuestión, que no es lo mismo el sistema europeo, donde algunos, de forma incipiente, podrían defender un pluralismo jurídico de tipo subjetivo - Facchi, Banderbieden-, que el sistema de la *Common Law*, basado en precedentes y costumbres, o los sistemas jurídicos latinoamericanos donde existen crecientes reivindicaciones sobre el pluralismo jurídico, basado en el reconocimiento de la ley tradicional indígena.

Un argumento relevante, que tendrá desarrollo posterior, es la noción de delito de Kelsen que se opone al argumento del moralismo legal y al argumento iusnaturalista. Según este autor, el delito o acto ilícito es la conducta humana que, exclusiva y únicamente, el orden jurídico positivo convierte en condición de un acto coactivo sanción-, sin que pueda predicarse de ninguna propiedad inmanente, ni relación con ninguna norma metajurídica, natural o divina. De esta forma, Kelsen concluye “no hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibita*.”²³

El argumento de la *seguridad jurídica e igualdad ante la ley* sostendría que es un principio del Estado de Derecho que las leyes son iguales para todos y deben aplicarse de forma igual. Sería una consecuencia del principio de legalidad. Admitir los *delitos culturalmente motivados* sería pretender una excepción en la ley para los extranjeros. Sería admitir que la *cultura es una excusa* que exculpa o mitiga la condena. Esto redundaría en falta de certeza sobre el ordenamiento jurídico seguridad jurídica- y supondría un agravio para quienes sí cumplen la ley.

3. ARGUMENTOS A FAVOR DE LOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS

²¹ Ibid 1097.

²² J Griffins, ‘What is legal pluralism?’ (1986) 24 Journal of legal pluralism and unofficial law 3.

²³ Según Kelsen, no se trata de ninguna propiedad ‘La doctrina predominante en la jurisprudencia tradicional, según la cual los conceptos de ilicitud y de sanción consecuente contienen un elemento axiológico moral; de que la ilicitud es necesariamente algo inmoral; que la pena tiene que significar algo difamante, es insostenible, aunque no fuera más por el carácter altamente relativo de los juicios axiológicos que entrarían en juego.’ H. Kelsen, Teoría Pura del Derecho (tr. Roberto Vernengo, Porrúa, 1998) 126.

A continuación se expondrán los *argumentos a favor* de que la diversidad cultural es inescapable y enriquecedora, frente al localismo y la no “neutralidad cultural” del Derecho Penal y la aplicación del Derecho sensible a la diferencia cultural.

3.1 La Diversidad Cultural es Inescapable y Enriquecedora

El argumento a favor de considerar los *delitos culturalmente motivados* está vinculado, con mayor o menor intensidad, con la tesis de que la diferencia cultural es positiva y debe ser tenida en cuenta en el ámbito de la moral y del Derecho. Esta visión está asociada habitualmente al multiculturalismo. Sin embargo, es necesario hacer algunas precisiones para tratar esta cuestión. Existen versiones del multiculturalismo, tras las que subyace una diferente metaética y una forma distinta de relacionar moral y cultura.

Frente a la tentación de mostrar al multiculturalismo como esencialmente relativista, donde el valor de una práctica viene dado por la comunidad, cabe una versión pluralista del multiculturalismo, donde se acepte la universalidad de los derechos humanos y una interpretación intercultural de éstos. Esta es la visión de Pareck, Taylor y Young. Y en su versión del culturalismo liberal se podría incluir a Kymlicka y Raz. Lo relevante es que el argumento culturalista ha sido habitualmente utilizado en los actuales debates de Filosofía política. Es uno de los tópicos comunes sobre los que posicionarse.

El principal argumento del multiculturalismo, según Pareck, afirma que la visión que puede aportar una cultura es siempre limitada y, por tanto, la diversidad cultural es una realidad enriquecedora que muestra la pluralidad de las posibilidades de la condición humana. Esta diversidad es algo positivo de lo que no se puede escapar. Las culturas son procesos dinámicos, plurales internamente, y se produce un diálogo entre las culturas que es provechoso, ya que permite ser consciente de la propia particularidad, de las similitudes y diferencias entre culturas y de que están abiertas a influencias, cambios y crítica²⁴. Los seres humanos están *incardinados* en una cultura y esto es central para su comprensión del mundo y de las relaciones entre individuo y comunidad.

En relación con los delitos culturalmente motivados, son relevantes dos argumentos relacionados con la visión multicultural: el que tiene que ver con el *pluralismo jurídico* y el relacionado con el *determinismo cultural*.

El *argumento del pluralismo jurídico* suele utilizarse en el contexto de países de pasado colonial donde existen normas de las autoridades legales y normas tradicionales de las comunidades. Sin embargo, en un esfuerzo de análisis,

11 ²⁴ B. Pareck, *Rethinking multiculturalism* (Harvard University Press, 2000) 338.

Facchi propone la categoría de *pluralismo jurídico de tipo subjetivo* para la realidad de que viven los inmigrantes en Europa. Desde esta perspectiva, esta autora afirma “la locución “pluralismo jurídico” indica al mismo tiempo, que estamos frente una pluralidad de normas, más que de ordenamientos o sistemas, y que estas normas tienen varios orígenes, no siempre calificables como jurídicos.”²⁵

Los fenómenos de pluralismo normativo ligados a la inmigración, que tienen mayor correspondencia con el plano judicial y administrativo que el legislativo, deben ser abordados a partir de dos puntos de vista según Facchi: Al primero centrado en el individuo- le corresponde un enfoque de tipo antropológico orientado a identificar las costumbres, las creencias, los mecanismos jurídicos de los inmigrantes; al segundo vinculado a las instituciones- uno de política legislativa y sociología jurídica dirigido a analizar la interacción social y normativa y a proponer directivas de acción pública. Naturalmente los dos enfoques se integran.²⁶

Esta perspectiva es una forma de tomar en serio la existencia de diversos códigos morales y culturales en una misma sociedad, que reflejan la realidad de los inmigrantes. Es una forma de gestión de la diversidad, sensible a la diferencia cultural. En este sentido, son interesantes las reflexiones de Javier de Lucas sobre el pluralismo normativo:

No es que sostenga que la existencia de hecho de una diversidad de culturas comporte como modelo, como aspiración, o sencillamente, como deber ser la exigencia de la diversidad de códigos valorativos, sino muy simplemente que puesto que hay pluralidad cultural no puede no haber pluralidad normativa. Y es de ahí de donde se da el paso siguientes ¿Cuál es el criterio para defender la superioridad de un código sobre otro?; qué es lo que permite erigir uno de ellos en criterio, de modelo, en supracódigo al que han de ajustarse los demás, que, por consiguiente, han de ser evaluados por aquél? La respuesta no hace más que reforzar las críticas de los relativistas: es mejor aquel que recoge más fielmente las exigencias de dignidad, la autonomía, la libertad, la emancipación o el progreso humano.²⁷

El argumento del *pluralismo normativo de tipo subjetivo* parte de valorar las diversas presiones normativas que reciben los individuos provenientes de otras culturas- en las sociedades occidentales. Esta cuestión tiene diversas dimensiones de interés filosófico. Sin entrar en un esquema complejo de la

²⁵ A. Facchi, Los derechos en la Europa multicultural. Pluralismo normativo e inmigración (Ana Aliverti tr., La Ley, 2005) 37.

²⁶ Ibid 38.

²⁷ J de Lucas, ‘Para un discusión de la nota de la universalidad de los derechos (a propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)’ (1994) 3 Derechos y Libertades 275-6.

teoría de las razones para la acción, como el que utiliza Raz, se podría sintetizar como un posible conflicto de una obligación legal y una obligación moral. La moral que se debería obedecer se compondría del conjunto de valores, creencias y principios de una cultura que determinaría la adopción de un comportamiento concreto. La cuestión entonces es fijar cuáles son los elementos clave para decidir un comportamiento y si el peso de las razones para actuar tras las creencias de una determinada cultura es más decisivo que cumplir con el precepto legal.

El panorama es más complejo. En ocasiones, el individuo no conoce que exista obligación legal *error de prohibición directo*- o cree que la trasgresión de la norma legal está justificada o excusada *error de prohibición indirecto*-. La clave en estos casos es que el Derecho penal exige una voluntad consciente de que se comete un delito, para que se origine un castigo.

Otra cuestión relevante asociada es qué es una ‘norma obligatoria’ y, en última instancia, cuál es realmente el concepto de Derecho. Desde la Sociología del Derecho, algunas visiones reivindican que determinadas normas tradicionales tienen carácter jurídicamente obligatorio para los pertenecientes a esa cultura. Este es un punto clave de los *delitos culturalmente motivados*. La idea que subyace es si una tradición o una costumbre implica obligación y en qué sentido y si realmente son normas vigentes y efectivas en la comunidad de origen.

Esta última consideración se relaciona con el *argumento del determinismo cultural*. Esta visión sostendría que los valores y creencias de una cultura determinan el comportamiento de sus miembros de tal forma que no pueden ser culpabilizados, ni sancionados por acciones que sigan esos valores. No se podría condenar a los griegos por practicar la esclavitud porque pertenecía a su concepción del mundo. De esta forma, las culturas establecerían los horizontes de significación que permiten orientarse moralmente a los individuos, pero qué ocurre si esos individuos son juzgados por los horizontes de significación de otra cultura.

El argumento del *determinismo cultural* puede someterse a algunas críticas. La primera es la relevancia de la libertad individual que puede trascender marcos culturales dados y adaptarse a unos nuevos. Sin embargo, para comprender el significado de los *delitos culturalmente motivados* es necesario analizar el grado de obligatoriedad para el individuo de las normas de una determinada cultura de origen. En este sentido, Basile propone un esquema que se basa en los siguientes elementos: a) Acción típica cometida; b) Norma cultural “observada”; c) Grado de vinculación de esa norma cultural; d)

Grado de adhesión del sujeto agente a la propia cultura; e) Grado de integración del sujeto agente en la cultura del país de llegada.²⁸

En el mismo sentido, Levine considera que las determinaciones de razonabilidad (o habilidad de resistir un esquema cultural dado) deben responder, entre otros temas, a: *grado de asimilación*, la extensión del acusado del tiempo en residencia, educación y empleo en los Estados Unidos; *identificabilidad*, la existencia de atributos culturales que dan a un grupo étnico una identidad que lo sitúan aparte de otros grupos; *auto-contención*, la extensión en que la comunidad étnica está físicamente segregada de otras comunidades. Finalmente, un acusado demuestra que su comportamiento es consistente con unas creencias o prácticas culturales existentes y vigentes: él no puede inventar nuevas prácticas culturales o recurrir a prácticas culturales que previamente se han extinguido.²⁹

Estos factores pueden determinar el grado de adhesión y vinculatoriedad de un individuo a una norma cultural determinada y también el grado de conocimiento del carácter delictivo de la acción. Los supuestos que se pueden dar son múltiples y, por tanto, estos casos de *delitos culturalmente motivados* tienen un componente importante de aplicación en el caso concreto.

3.2 Frente al Localismo y la no “Neutralidad Cultural” del Derecho Penal

La primera aproximación desde este argumento afirma que el Derecho Penal es local y refleja una cultura. La segunda aproximación sostiene que la legislación penal debería justificarse en valores distintos de la apelación a la cultura y tendiera a ser más neutral culturalmente y, además, la aplicación al caso concreto del Derecho Penal fuera sensible a la diferencia cultural.

En su análisis, Basile parte de considerar el *localismo* del Derecho Penal. En suma, la situación parece tal que, parafraseando un dicho popular, se podría decir sin más: “*país al que vas, delito que encuentras*”.³⁰ En esta línea, Silva Sánchez sostiene que la *supranacionalidad* de la ciencia del Derecho penal, de la dogmática y de la Política criminal, no debe identificarse con la *supraculturalidad*.³¹

²⁸ F. Basile, *Immigrazione e reati ‘culturalmente motivati’.Il diritto penale nelle società multiculturali europee* (CUEM, 2008) 275-6.

²⁹ K.L. Levine, ‘Negotiating the boundaries of crime and culture: A sociolegal perspective on cultural defense strategies’ (2003) 28 *Law and Social Inquiry* 48.

³⁰ F. Basile, *Immigrazione e reati ‘culturalmente motivati’.Il diritto penale nelle società multiculturali europee* (n 30) 72.

³¹ J.M Silva Sanchez, ‘Retos científicos y resto políticos de la ciencia del Derecho Penal’, en L. Arroyo Zapatero, U. Neumann, A. Nieto Martín (Coords.) *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo* (Ediciones de la Universidad Castilla La Mancha, 2003) 26.

Realmente, -sostiene Ambos- para el Derecho Penal, así como para cualquier otra ciencia socialmente relevante, resulta aplicable el famoso proverbio propio de las políticas de desarrollo “toda política es local, todo gobierno es local.”³² Como sostiene, Basile, Radbruch ya proclamaba que “el derecho es manifestación de cultura”. Entre los criminólogos más recientes, Gian Luigi Ponti escribe que “la norma penal es una de las expresiones más explícitas de los valores prevalecientes en una cierta área cultural.”³³

En esta línea, Silva Sánchez sostiene que “la dogmática, en la representación más generalizada de la misma, no se reduce a espacios lógicos estructurales, sino que entra en cuestiones de contenido, de las que es imposible excluir la valoración o, en todo caso, su vinculación con una determinada forma del ver el mundo.”³⁴

Para poder desarrollar la segunda parte de este argumento, es relevante antes hacer mención de los tipos de *delitos culturalmente motivados*. De esta forma, expone Basile, los *sectores* del ordenamiento penal, dentro de los cuales se encuentran intersecciones significativas entre el círculo de las normas penales y el círculo de las normas culturales son:

a.-) el sector de los llamados *delitos naturales* (“*mala in se*”), es decir, los delitos que reflejan valoraciones y convicciones radicadas en la cultura, y que sancionan hechos considerados odiosos o detestables por los ciudadanos, incluso en base a una valoración pre-jurídica.

b.-) el sector de los tipos penales construidos mediante el recurso a los llamados *elementos normativos culturales*, es decir, los elementos típicos que “se refieren a datos que pueden ser pensados y representados sólo bajo el presupuesto lógico de una norma” y, particularmente, de una norma *cultural*. Piénsese, por ejemplo, en los delitos de actos obscenos y de publicaciones y espectáculos obscenos, que giran en torno al concepto de “*sentido común del pudor*”. Piénsese también en los conceptos de “*decencia pública*”, “*escándalo público*” y “*orden y moral de las familias*”, los cuales aparecen en otros tantos tipos penales: a través de tales elementos, ¡el legislador penal se vale plenamente de la cultura!

c.-) el *sector* ocupado por las incriminaciones tan *impregnadas de cultura* que su inserción en la legislación penal italiana y su posterior permanencia, modificación o desaparición del derecho vigente se explica sólo en función de la evolución que, paralelamente, conocen las normas culturales

³² K. Ambos, ‘Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible’ (2008) 5 Política Criminal 9.

³³ F. Basile, ‘Immigrazione e reati ‘culturalmente motivati’. Il diritto penale nelle società multiculturali europee (n 30) 72.

³⁴ J.M. Silva Sanchez, ‘Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho Penal’ (n. 33) 26.

correspondientes. Piénsese, por ejemplo, en el delito de duelo, los delitos de adulterio y concubinato, los viejos delitos contra la libertad sexual, originalmente encuadrados en los crímenes contra la moralidad pública y las buenas costumbres, en la previsión del denominado *matrimonio reparador* y en la llamada *causa de honor* que aseguraba penas ridículas para los autores de delitos como el aborto y el homicidio.

Los delitos culturalmente motivados suelen tratar de:

1) *violencia familiar*, maltrato y secuestro de personas, realizada en contextos culturales caracterizados por una concepción de los poderes del *pater familia* distinta a la que hoy inspira a la cultura occidental prevalente.

2) *delitos en defensa del honor*: honor familiar o grupal; honor sexual; u honor personal.

3) *delitos de reducción a la esclavitud en perjuicio de menores*.

4) *delitos contra la libertad sexual*, cuyas víctimas son, a veces, muchachas menores que en la cultura de origen del imputado no gozarían de una protección particular en virtud de su edad. Otras veces las víctimas son mujeres adultas a las que la cultura de origen del inmigrante no reconoce una plena libertad de autodeterminación en el ámbito sexual.

5) hechos de lesión personal, consistentes en *mutilaciones genitales rituales o sacrificios estéticos*.

6) *delitos en materia de sustancias estupefacientes*, relativos a drogas cuyo consumo es considerado absolutamente lícito y, a veces, nada menos que recomendado en el grupo cultural de pertenencia del inmigrante.

7) quizás también *delitos de terrorismo internacional*, por lo menos limitadamente a los casos en que una consideración atenta del *background* religioso-cultural del imputado permite que los jueces lleguen a una reconstrucción más correcta de los hechos en los que se basaba la imputación.

8) finalmente, una última macro-categoría, residual respecto de las anteriores, está compuesta de varios delitos, todos acomunados por el hecho de que el imputado a causa de la diversidad cultural que lo distingue de la sociedad hospedante- cae en una situación de *error* (sobre el hecho que constituye delito o sobre la ley que prevé el hecho como delito).³⁵

El argumento del localismo y no neutralidad cultural del Derecho Penal en los términos expuestos parece dar la razón a Devlin y su visión del moralismo legal frente a Hart y su defensa del liberalismo. Es llamativo que aunque sea de forma moderada el argumento del localismo, que es reivindicado por eminentes penalistas, es una versión del moralismo legal. La posición que desarrolla Devlin es la de considerar que la preservación de los valores morales es una cuestión tan vital para la existencia de la

³⁵ Basile, *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati'*. Il diritto penale nelle società multiculturali europee (n 30) 159-61.

comunidad que éstos deben ser impuestos por ley³⁶. En esta línea, asimila los actos de traición y de sedición contra la sociedad con los actos inmorales que van contra el cemento social que es la moralidad³⁷. Devlin afirma: “la sociedad no puede ignorar la moralidad del individuo más que pueda ignorar su lealtad; ambas florecen juntas y sin ellas la sociedad muere”³⁸. Las pruebas que respaldan la ley moral de las que ninguna sociedad puede prescindir son la intolerancia, la indignación y la repugnancia³⁹. Según su visión, el contenido de la moralidad ha de seguir los criterios del hombre de la calle⁴⁰. En *Law, liberty and morality*, Hart realizó una crítica de los argumentos que Devlin sostenía sobre la base de la defensa del valor de la libertad individual, siguiendo el principio de Stuart Mill, que considera que la coerción sólo está justificada para prevenir el daño a terceros.⁴¹ Y por tanto cabe establecer una separación entre las acciones que los individuos lleven a cabo en el ámbito público y en el ámbito privado. Hart afirma que

³⁶ Devlin afirma que ‘Si la sociedad tiene el derecho de hacer un juicio y lo tiene sobre la base de que una moralidad reconocida es tan necesaria para la sociedad como un gobierno reconocido, entonces la sociedad debe usar la ley para preservar la moralidad en la misma forma como usa para salvaguardar cualquier cosa que sea esencial para su existencia’. P. Devlin, *The Enforcement of Morals* (Oxford University Press, 1965) 11. Existe traducción en castellano P. Devlin, *La imposición de la moral* (Miguel Angel Ramiro tr., Dykinson, 2010).

³⁷ Devlin sostiene que ‘La supresión del vicio es tanto más asunto de la ley como la supresión de las actividades subversivas; no es posible definir una esfera de moralidad privada más que definir una actividad privada subversiva’. Y más adelante afirma: ‘No hay límites teóricos al poder del Estado para legislar contra la traición y sedición, y de la misma forma creo que no hay límites teóricos a la legislación contra la inmoralidad’. Devlin, *The Enforcement of Morals* (n 38) 14.

³⁸ *Ibid* 22.

³⁹ Devlin afirma que ‘No todo ha de tolerarse. Ninguna sociedad es capaz de prescindir de la intransigencia, la indignación y la repugnancia; son éstas las pruebas que respaldan la ley moral, y ciertamente puede argumentarse que, si no están presentes ellas u otras semejantes, los sentimientos de la sociedad no influirán lo bastante para privar al individuo de la libertad de elección’. *Ibid* 17.

⁴⁰ Devlin también utiliza las expresiones ‘el hombre del autobús’ de Clapham, ‘el hombre de mente recta’ o ‘el hombre razonable’ para expresar esta idea. *Ibid* 15.

⁴¹ Stuart Mill afirma que ‘este principio consiste en que el único fin que justifica la intervención de la especie humana, colectiva o individualmente, en la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es su propia protección. Que el único propósito para el que puede ejercitarse legítimamente el poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, sea físico o moral, no constituye justificación suficiente. Él no puede ser justificadamente forzado a actuar o a abstenerse de hacerlo porque sea mejor para él hacerlo así, porque ello le haga sentirse más feliz, porque en opinión de los demás hacerlo así sería de sentido común, o incluso justo. Éstas son buenas razones para amonestarle, para razonar con él, para persuadirle o para suplicarle, pero no para obligarle o inflingirle cualquier mal en caso que actúe en forma diferente. Para justificar esto, la conducta de la que se desea disuadirle tendría que haber sido calculada para perjudicar a las otras personas. En la parte que le concierne meramente a él, a su independencia es, por derecho, absoluta. El individuo es soberano sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y sobre su mente’. J. Stuart Mill, *Sobre la libertad* (Cristina García Cay tr., Espasa Calpe, 1991) 74-5.

“esto no es equivalente a castigar a personas simplemente porque otros objetan sobre lo que hacen”⁴².

La visión de Devlin sostenía que la moral social constituía la moral crítica y que la sociedad debía estar cohesionada de acuerdo a sus valores morales, evitando, mediante la ley, que los individuos se comportaran contra estos valores. Hart afirma que es aceptable que sostener que “*alguna* moralidad compartida es esencial para la existencia de cualquier sociedad”⁴³. Lo que sería equivalente a afirmar que todas las sociedades tienen alguna moral social. Sin embargo, Hart considera inaceptable y absurdo señalar que “la sociedad es idéntica con su moralidad como lo es en cualquier momento dado de su historia, por tanto, cualquier cambio en su moralidad es equivalente a la destrucción de la sociedad”⁴⁴. Es una crítica a la visión de Devlin que afirma que los comportamientos que vayan contra la moralidad compartida traicionan la existencia de la sociedad. Lo que subyace a la persecución de cualquier disidencia de una determinada moral social es una valoración complaciente del *status quo* y un inmovilismo que no se justifica necesariamente.

Basar la moral crítica en la moral social no garantiza la corrección moral de los principios que la sostienen. Hart alega que todas las moralidades sociales hacen la previsión, en algún grado, de los valores universales de la libertad individual, la seguridad de la vida, y la protección por el daño deliberadamente causado. Seguramente, una sociedad que no reconociera estos valores no es una posibilidad lógica, ni empírica, ya que tal sociedad no tendría valor práctico para los seres humanos. Hart concluye que “podemos con Mill vivir en la verdad de que aunque estos valores esenciales universales deben estar asegurados, la sociedad no sólo sobrevivirá a las divergencias individuales en otros campos desde su moralidad prevalente, sino que sacará provecho de éstas”⁴⁵. La argumentación de Hart consiste en afirmar que la moralidad crítica asegura la libertad individual como valor universal y que esto, en mayor o menor grado, debería estar reconocido en las diferentes morales sociales. Con lo cual, la imposición coercitiva del valor libertad individual debería suponer una consideración diferente de los comportamientos divergentes, incluso valorarlos positivamente como una muestra de la diversidad humana.

La cuestión es compleja: ¿Hasta qué punto el Código Penal debe reflejar los valores de la moral social? ¿Debería ser relevante la categoría de delitos naturales?

⁴² H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality* (Oxford University Press, 1981) 47-8. Existe traducción en castellano H.L.A. Hart, *Derecho, libertad y moralidad* (Miguel Angel Ramiro tr, Dykinson, 2006).

⁴³ Hart, *Law, Liberty and Morality* (n 44) 51.

⁴⁴ *Ibid* 51.

⁴⁵ *Ibid* 71.

En este punto, como se ha visto, se oponen el argumento del *moralismo jurídico* y el argumento *iusnaturalista* frente al argumento del *daño a terceros* y el argumento *democrático*. La primera perspectiva, sostiene que el Derecho penal debe considerar delito los actos inmorales en términos de moral social, mientras que la segunda visión defendería que los delitos naturales - *mala in se*- deberían estar castigados penalmente y estarían definidos por el derecho Natural. Frente a estas visiones, el argumento liberal considera que deben ser delito aquellas acciones de los individuos que provoquen daño a terceros y que los delitos son exclusivamente lo que ha aprobado el órgano legal que tiene la competencia, el Parlamento elegido democráticamente, lo que se conoce como delitos *mala prohibita*.

Por ejemplo, en el caso de un legislador democrático decidiera despenalizar el aborto durante las primeras semanas de gestación, el *argumento iusnaturalista* se opondría, el argumento del *moralismo jurídico* lo haría depender de la moral social, el *argumento liberal* lo aceptaría basándolo en la noción de autonomía individual y *argumento democrático* lo aceptaría como manifestación de la ley positiva, producto de la voluntad democráticamente elegida.

Es relevante estas diferencias en la justificación de las decisiones públicas ya que en la interpretación que hacen algunos jueces, en ocasiones, se utilizan argumentos que se basan en la idea de que el individuo conocía necesariamente que estaba cometiendo un delito porque era un delito natural y no podía no conocerlo. O era contrario a la moral social y eso lo haría depender del grado de asimilación del individuo a la cultura receptora.

La tarea, en el contexto de los *delitos culturalmente motivados*, sería delimitar específicamente qué fundamento está detrás de los bienes jurídicos que se protegen a través del Código Penal. Si ese fundamento está vinculado con los derechos humanos *argumento de la universalidad*-, con una visión de la moralidad social *argumento del moralismo jurídico*-, con los principios del Derecho Natural *argumento de iusnaturalismo*- o como protección de la autonomía individual *argumento del liberalismo*-. La cuestión que se plantea, con estos delitos, es cuál es la legitimidad de juzgar acciones cuando el fundamento de los bienes jurídicos que se quiere proteger es localista y cultural.

Una posible respuesta es “*estos son nuestros valores y los queremos proteger*”. Pero esto pone en evidencia que el Derecho tiene un impacto diferente para los miembros de las minorías y definitivamente no es un instrumento neutral. Como afirma Facchi, “es obviamente imposible crear normas que realmente traten todos los componentes culturales de la misma sociedad

igualmente mientras la adopción de las categorías lingüísticas y conceptuales occidentales implica una pérdida de neutralidad.”⁴⁶

Una aproximación para abordar los elementos culturales en el Derecho Penal sería analizar la noción de *tabú*. Esta noción se define, según Freud, como “una serie de limitaciones a las que se someten los pueblos primitivos, ignorando sus razones y sin preocuparse siquiera de investigarlas, pero considerándolas cosas naturales y perfectamente convencidos de que su violación les traería los peores castigos.”⁴⁷ Existe un componente cultural en el Derecho Penal y no es necesariamente neutral para los miembros de las minorías.

Viendo la lista de *delitos culturalmente motivados*, que ofrece Basile, es preciso recordar el *argumento de la igual dignidad* en el sentido de que las víctimas habituales de estos delitos son mujeres y menores. La cultura no puede ser excusa para discriminar más a las mujeres o atenuar la pena a sus agresores. Este argumento debería ser también tenido en cuenta en la aplicación intercultural de los casos concretos del Derecho Penal.

3.3 La Aplicación del Derecho Sensible a la Diferencia Cultural

Un argumento a favor de los *delitos culturalmente motivados* es que la aplicación específica en los casos concretos puede suponer una vía intercultural de interpretación del Derecho. Esto supondría que la *defensa cultural* funcionaría desde las circunstancias particulares de los casos que abocan a los jueces a realizar un ejercicio interpretativo que incorpora un componente cultural. Son diversas las circunstancias y las formas en las que la cultura incluye en el Derecho, Levine sintetiza tres estrategias de la *defensa cultural*:

a) La primera estrategia, *razón cultural*: Un demandado que es acusado de una específica intención de delito puede basarse en su cultura para proveer una explicación plausible una razón cultural- para su conducta que puede refutar la inferencia que muchos de nosotros haríamos basados en nuestras tradiciones culturales americanas⁴⁸; b) La segunda estrategia, *tolerancia cultural*: El acusado admite que cometió los actos alegados con la intención perjudicial requerida para hacer las acciones criminales en Estados Unidos. No obstante, sostiene que no debería ser considerado penalmente responsable en los Estados Unidos porque su cultura nativa tolera o

⁴⁶ A Facchi, ‘Multicultural policies and female immigration in Europe’ (1998) 11/4 Ratio Juris 352.

⁴⁷ S. Freud, *Totem y tabú* (Alianza Editorial, 1967) 33 citado por E. Lamo de Espinosa, ‘El vicio y la ambivalencia normativa’ (1988) 42 REIS 8.

⁴⁸ K.L. Levine, ‘Negotiating the boundaries of crime and culture: A sociolegal perspective on cultural defense strategies’ (2003) 28 Law and Social Inquiry 49.

condona el comportamiento ultrajante como una respuesta aceptable al comportamiento de la víctima;⁴⁹ c) La tercera estrategia, *requerimiento cultural*: La estrategia del requerimiento cultural se basa en un enfoque puramente interno de cultura. Cuando habla el acusado de que sus valores nativos le “compelen” a cometer un acto delictivo y sus acciones son “predeterminadas” por su trasfondo cultural, nosotros le quitamos de toda responsabilidad por su comportamiento.⁵⁰

Dadas estas premisas y los anteriores argumentos expuestos, se analizarán a continuación algunos casos de *delitos culturalmente motivados*, con la intención de desarrollar el alcance de la interpretación del Derecho sensible a la diferencia cultural.

3.3.1 Caso Kimura

En 1985, en Santa Mónica, California. Fumiko Kimura se introdujo en el océano con sus dos hijos después de conocer que su marido le era infiel. Ella fue rescatada, pero sus dos hijos murieron. Kimura declaró que sus acciones constituían la práctica tradicional japonesa del *oya-ko shinju*, o suicidio de padres e hijos.⁵¹

La *defensa cultural* en este caso se basaría en una traición japonesa que consistiría en el suicidio conjunto de padres e hijos. La primera cuestión sería si se está ante un caso de tolerancia cultural o requerimiento cultural, donde parece que este último argumento no es aplicable ya que el hecho de una infidelidad marital no “compele” a un suicidio ritual del resto de la familia. Obviamente este punto podría ser debatido desde otras visiones en el trasfondo cultural japonés, pero una cosa es explicar comportamientos en términos culturales y otra es concebir que la cultura determina necesariamente el resultado del suicidio de la madre y los hijos. Por tanto, en este caso no funciona el *argumento del determinismo cultural*.

La defensa cultural en el caso Kimura sostendría que no puede hacerse penalmente responsable de la acción a la madre porque en su cultura existen otros valores que justifican estos rituales en determinados casos. Ella conoce que su acción está prohibida jurídicamente, pero no comprende que esto se aplique a su caso ya que sus valores culturales aceptan esta práctica bajo determinadas circunstancias. Como explica Monge Fernández, estos casos se denominan “error de comprensión” donde el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no se le puede exigir la comprensión de la misma, esto es, su proyección o interiorización como parte de su catálogo de valores. Es

⁴⁹ Ibid 56-7.

⁵⁰ Ibid 62.

⁵¹ N.S. Kim, ‘The cultural defense and the problem of cultural preemption: A framework for analysis’, (1997) 27 New Mexico Law Review 101-2.

precisamente en esta categoría donde podrían ubicarse los casos de “socialización exótica”, cuando el sujeto pertenece a una cultura o subcultura diferentes, y en su virtud ha recibido una educación distinta, incluyendo en su escala axiológica valores adversos e incompatibles con los del Ordenamiento jurídico.⁵²

En este punto es relevante el grado de asimilación de la madre a la cultura occidental para delimitar si se está efectivamente ante un caso de socialización exótica o, en cambio, ella conoce y, en cierta medida comparte, los valores de la sociedad de acogida. Otro elemento relevante es, como señala Basile, la existencia en el país de origen de una norma penal del contenido análogo a la norma penal violada.⁵³ Es decir, ¿qué respuesta específica ofrece el ordenamiento jurídico japonés a un caso de suicidio tradicional de padres e hijos? La respuesta a esta cuestión es clave para comprender la conciencia de sancionabilidad que tenía la madre al cometer los hechos.

Un argumento relevante en este caso es de de la *igual dignidad*, aplicado a los menores. Es decir, considerar el punto de vista del más débil, de las víctimas. Otro elemento relevante, es el bien jurídico dañado, que es el de la vida. Precisamente la trasgresión de un bien jurídico tan fundamental hace difícil invocar la doctrina del *error de prohibición directo*. Como señala Felip Saborit, la Sentencia el Tribunal Suprema español de 11 octubre 1996 establece que “no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que se manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud.”⁵⁴

La posibilidad de *defensa cultural* sería alegar un *error de prohibición indirecto* donde la acción estaría prohibida legalmente pero estaría excusada o justificada por algún motivo.

En este caso, sería un *error de comprensión* sobre la licitud de la práctica tradicional de suicidio padres e hijos. Descartado el argumento de *determinismo cultural*, en este caso la acción de la madre merece ser responsable penalmente por homicidio de sus hijos, pero no en un grado máximo. La *defensa cultural* justificaría en este caso una atenuación de la pena que debería ser ponderada según las circunstancias del caso, especialmente el grado de asimilación a la cultura occidental de la madre.

⁵² A. Monge Fernández, El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad (Bosch Editor, 2008) 93.

⁵³ F. Basile, Immigrazione e reati ‘culturalmente motivati’.Il diritto penale nelle società multiculturali europee (n 30) 311.

⁵⁴ D. Felip Saborit, Error iuris : el conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código Penal (Atelier, 2001) 202.

3.3.2 Caso Mouea

En 1985, Mouea, miembro de la tribu Hmong de Laos, secuestró a una mujer Hmong y tuvo relaciones sexuales con ella a pesar de sus protestas. En el juicio, el defensor argumentó que sus acciones eran coherentes con la práctica tribal Hmong de *zij poj niam*, o *matrimonio por captura*. El abogado de la defensa sostuvo que en el ritual del *matrimonio por captura*, un hombre secuestra a una mujer y la lleva a su casa familiar donde se consuma el matrimonio. Se espera que la mujer proteste ante las iniciativas sexuales como un testimonio de su virtud. El hombre muestra que es valioso para ser su marido continuando sus iniciativas sexuales a pesar de sus protestas.⁵⁵

La *defensa cultural* sostendría que este caso sólo puede ser explicado realmente desde el trasfondo cultural de los participantes. Como sostiene Coleman “los defensores de esta posición sostienen que, a pesar de la establecida doctrina en contra, para los inmigrantes, la ignorancia del derecho es una excusa.”⁵⁶ De esta forma, los proponentes de la defensa cultural argumentan que incluso cuando un inmigrante ha aprendido nuestras costumbres valores y leyes, sus prácticas culturales deben ser respetadas en nuestro sistema jurídico.⁵⁷

En el caso Mouea, no sólo se da un *error de comprensión*, sino más bien un *error culturalmente condicionado*. En estas situaciones, explica Monge Fernández, se da la posibilidad de excluir la culpabilidad, si el autor hubiese tenido que esforzarse de tal modo que surja su *inexigibilidad jurídica*, negándose la *reprochabilidad*, sólo en el caso de que tal error de comprensión sea, a su vez, un error de prohibición *invencible*. Singularmente concurre esta modalidad cuando la dificultad para la comprensión está condicionada culturalmente, es decir, el sujeto tiene conocimiento de la norma prohibitiva, aunque no interioriza el mandato de ésta por razones culturales. Por consiguiente, en este caso no se le puede reprochar la falta de *internalización* como “comprensión”.⁵⁸

El concepto de objeto de conocimiento de la antijuridicidad explica Felip Saborit se basa en tres principios: a) *Contrariedad a los principios éticos-morales y lesividad social*; b) *Infracción del ordenamiento valorativo material del*

⁵⁵ Kim, ‘The cultural defense and the problem of cultural preemption: A framework for analysis’ (n 53) 101-2.

⁵⁶ Coleman, ‘Individualizing justice through multiculturalism: The liberals’ dilemma’ (n 20) 1101.

⁵⁷ Ibid 1102.

⁵⁸ Monge Fernández, El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad (n 54) 93-94.

*Derecho; c) Conocimiento de la sancionabilidad o del carácter penal de la prohibición.*⁵⁹

Es relevante que el primer punto no equivale al *argumento del moralismo jurídico* que defendía Devlin. Desde esta perspectiva Felip Saborit aclara que “los principios ético-sociales o morales imperantes en la sociedad *Sittenwidrigkeit* no es condición necesaria ni suficiente para formular una prohibición jurídica de cualquier clase.”⁶⁰ Lo que parece clave en el caso Mouea es si el individuo conocía que la violación era un delito sancionable y que su conducta con aquella mujer formaba parte del hecho típico del delito. Según la Sentencia del Tribunal Supremo español de 21 noviembre 1995, “para que no haya error de prohibición basta que el sujeto conozca que lo que hace u omite es un comportamiento ilícito, es decir, contrario al ordenamiento jurídico, sin que sea preciso ningún otro conocimiento más concreto.”⁶¹

En este caso juega un papel relevante el *argumento del determinismo cultural*, que se desarrollaría advirtiendo que entre los valores de la tribu Hmong de Laos estaría el ritual del *matrimonio por captura* y el hombre y la mujer del caso Mouea proceden de esa cultura. El argumento sostendría que el comportamiento sexual del hombre respecto a la mujer estaría determinado o condicionado por la cultura Hmong. Por tanto, se produciría un *error culturalmente condicionado* del individuo al no internalizar los valores del ordenamiento jurídico, ni de la moral dominante, de la sociedad receptora.

En este caso merecería reflexionar sobre la Sentencia del Tribunal Supremo español de 12 mayo 1994 respecto de un delito de corrupción de menores cuando afirmaba “el acusado no podía ignorar la gran inmoralidad y consiguiente ilicitud de su conducta y las graves consecuencias que para su hija y los otros menores habría de tener.”⁶² El caso de la sentencia era de un individuo socializado en la cultura occidental. Lo que el caso Mouea pone en cuestión son los valores tras lo que se justifica una prohibición penal. Un itinerario buscaría justificaciones en los *delitos naturales* y los argumentos del *moralismo jurídico*. Según esta visión, la conciencia de la comisión de un delito debería ser “cuasi evidente” para todas las personas. El otro itinerario es el de los delito *mala prohibita*, del *argumento democrático* y del *argumento de la universalidad*.

Analizando este ultimo argumento en el caso Mouea, si se aplica la 3 de la Carta de Derechos Humanos donde se establece: “todo individuo tiene

⁵⁹ Felip Saborit, Error iuris : el conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código Penal (n 56) 110-6.

⁶⁰ Ibid 110.

⁶¹ Ibid 178.

⁶² Ibid 179.

derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” ¿Puede una interpretación intercultural de derecho universal a la libertad y la seguridad admitir como una práctica válida el *matrimonio por captura*? Parece que entra dentro del núcleo de certeza de la noción de libertad, la libertad sexual a la que se refiere el caso Mouea. Además, se debería añadir el argumento de *igual dignidad*, donde en este caso la víctima es una mujer. Aceptar esta práctica cultural supone agravar la subordinación de la mujer.

Por último, cabría una interpretación más sutil del caso Mouea que sostendría algo parecido a que lo reprehensible del comportamiento del individuo depende sólo del contexto donde se produce, ya que en la tribu Hmong de Laos estas mismas acciones serían aceptadas. El problema con la práctica del *matrimonio por captura* es básicamente que se basa en la omisión de cualquier referencia a la verdadera voluntad de la mujer e, incluso, interpreta sus protestas como muestra de virtud. No es un matrimonio desde la libertad de las partes y con respeto a su igual dignidad. Lo terrible es que haga lo que haga la mujer, será *víctima de la captura*.

3.3.3 Caso Lu Chen

En 1987, en Brooklyn, Nueva York, Dong Lu Chen se enfrentó a su mujer sobre su relación sexual, cuando ella le explicó que tenía una relación extramarital, le pegó ocho veces en la cabeza con un martillo, matándola. En el juicio, un experto de la defensa testificó que en la cultura tradicional china, el adulterio de la esposa es una prueba del carácter débil de marido y que el divorcio está considerado una gran vergüenza para los ancestros de uno.⁶³

Conviene recordar las palabras de Hart cuando mostraba algunas “verdades obvias”, que deberían incorporarse a todo sistema jurídico, que se refieren a la característica de la mutua vulnerabilidad humana donde la “prescripción más característica del derecho y la moral es *no matarás*.”⁶⁴ Este caso, no se basaría en un *error de prohibición directo*, sino más bien un *error de prohibición indirecto*.

En estos casos, explica Monge Fernández, el sujeto *conoce* la tipicidad prohibitiva pero considera que su conducta está justificada, pudiendo reconducirse la figura a dos modalidades. En primer lugar, la falsa suposición de la existencia de una causa de justificación que la ley no reconoce (falsa creencia en la existencia de un precepto permisivo) y, en segundo lugar, la falsa suposición de circunstancias que conllevan la aplicación de una causa de justificación (falsa creencia en la existencia de

⁶³ Kim, ‘The cultural defense and the problem of cultural preemption: A framework for analysis’ (n 53) 101-2.

⁶⁴ H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho* (Genaro Carrió tr, Abeledo Perrot, 1998) 239-47.

una tipicidad permisiva objetiva denominada erróneamente por la doctrina como *justificación putativa*). En síntesis, quien actúa bajo un error indirecto de prohibición conoce la significación antijurídica de la misma, sabiendo que es un hecho desvalorado por el Derecho, creyendo erróneamente que tal desvaloración queda desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación, por lo que podría recibir su solución como un “caso de creencia errónea.”⁶⁵

Un individuo originariamente de cultura china - mata cruelmente a su mujer después de conocer que tiene una relación fuera del matrimonio. El componente cultural del caso viene de la diversa valoración del adulterio y del divorcio. Según la *defensa cultural*, el individuo, aunque conociera de la ilicitud del homicidio, se consideraría justificado por las graves consecuencias en términos de su cultura- de la acción de su mujer. Parece claro que el argumento del determinismo cultural no sería aplicable ya que existen soluciones alternativas que no comportan el homicidio de la mujer- para las circunstancias del caso. De hecho, se puede afirmar que matar a mujeres adúlteras no es una práctica cultural china *strictu sensu*.

Cabe plantearse qué solución establecería el ordenamiento jurídico chino para un caso similar, puesto que el homicidio también es delito. Este sería un caso de *razón cultural* que ofrecería una explicación plausible como razón cultural- distinta de nuestras tradiciones culturales a la intención detrás de un delito. En este caso, la *razón cultural* buscaría explicar la comisión del homicidio después del conocimiento de un adulterio y el ensañamiento de los ocho martillazos.

El caso Lu Chen podría interpretarse como algunos casos análogos sin componente cultural donde se aplicaría el *estado de necesidad*. De esta forma, la *razón cultural* funcionaría como circunstancia atenuante de la pena en una causa de justificación. Pero es obvio que esta interpretación va contra el *argumento de la igual dignidad* o una posible interpretación intercultural del derecho universal a la vida.

3.3.4 Caso Pahn

En abril 1992, cinco amigos de un grupo de jóvenes budistas ayudaron a su amigo Binh Gia Pahn a llenarse de gasolina y prenderse fuego. El inmigrante de 43 años estaba protestando contra la legislación del gobierno vietnamita para suprimir el Budismo. Los amigos de Pham grabaron su

⁶⁵ Monge Fernández, El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad (n 54) 96.

muerte con cámaras de video, y entonces explicaron el incidente a la policía, no dándose cuenta que la ayuda al suicidio es un delito.⁶⁶

Este caso parece estar dentro de las características de un *error de prohibición directo* donde los individuos no conocen que la acción está jurídicamente prohibida. La prueba de esta tesis es que graban el incidente y se ponen en contacto con la policía para explicarlo. En este punto, la clave es hasta qué punto el error de prohibición es vencible o no. Bajo esta perspectiva, se pueden concretar los motivos razonables que pueden provocar al autor a reflexionar sobre la antijuridicidad de su conducta, Roxin distingue tres grupos de casos: 1.-) En primer lugar, los casos de dudas, que provocaran un conocimiento eventual de la antijuridicidad, es decir, cuando el sujeto tenga razones para dudar de la ilicitud de su conducta, en el caso de que ésta infrinja las normas de la Ética Social realmente vigentes en una sociedad dada; 2.-) En segundo lugar, se admite la *vencibilidad* del error de prohibición en los casos en el autor desarrolla su actuación en el marco de una actividad reglada, cuya regulación jurídica el autor conoce o podía conocer, sin que hiciese nada por tener los conocimientos necesarios al respecto; 3.-) Finalmente se constata un error de prohibición vencible cuando el sujeto es consciente de la dañosidad social de su comportamiento, ya hacia otras personas, ya hacia la sociedad.⁶⁷

La ayuda al suicidio, en el marco de una protesta pública, ¿va contra la moral social? ¿es contraria a una actividad reglada? ¿existe conciencia de su dañosidad social hacia otras personas o hacia la sociedad?

Respecto a la cuestión de la moral social, se debería contar con elementos de evaluación intercultural ya que la relación entre individuo y colectivo e, incluso, el valor de la vida tienen diversas concepciones en las diferentes culturales. Por ejemplo, hablando de manera general, Occidente y Oriente pueden tener visiones distintas de las relaciones entre individuo y colectivo. En este punto, en determinadas culturas, existen ocasiones donde individuos se inmolan por determinados ideales o valores colectivos. Esta visión es criticada desde Occidente.

Si se sitúa el caso Pahn en el contexto occidental donde jóvenes budistas de origen vietnamita ayudan a suicidarse a su compañero, cabe plantear que la moral social occidental condena generalmente la ayuda al suicidio, que no se trataría de una actividad reglada y que se produce daño a la sociedad. Este último argumento merece mayor desarrollo. El individuo que se suicida no debería ser sujeto de responsabilidad penal siguiendo el principio de Stuart

⁶⁶ Kim, 'The cultural defense and the problem of cultural preemption: A framework for analysis' (n 53) 101-2.

⁶⁷ Monge Fernández, El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad (n 54) 88.

Mill, que establece que la intervención estatal se justifica sólo cuando se produce daño a terceros. Sin embargo, las personas que ayudan al suicidio sí deberían ser responsables penalmente porque, en su acción, están produciendo un daño irreversible a un tercero -aunque éste no lo considere como tal- y a la sociedad.

La *defensa cultural* en este caso podría alegar que la punición de la ayuda al suicidio es una regla muy técnica del Derecho Penal que no es compartida en algunas culturas. La réplica es que se trata del bien jurídico “vida”, que es fundamental y algunos consideran que irrenunciable por el propio sujeto. Existe la prevención, en diversos ordenamientos jurídicos, para no alentar comportamientos que ayuden al suicidio en la forma de un delito. La *defensa cultural* sostendría que lo que difiere es la jerarquía entre vida y libertad desde la evaluación en las diferentes culturas.

Este caso podrá interpretarse como un caso de error de prohibición directo donde existe una *razón cultural* que daría una explicación plausible del comportamiento. Sin embargo, dependiendo de algunos factores específicos del caso, podría interpretarse que el *error de prohibición* es vencible y la *razón cultural* serviría como atenuante.

3.3.5 Caso Cenizas Hindú

Un hindú fue detenido mientras tiraba “basura” a un río en Holanda. De acuerdo con las regulaciones holandesas es una forma de contaminación. El acusado argumentó que la “basura” eran meramente restos quemados (madera y flores) de una ceremonia para recordar a una persona difunta y éstos, de acuerdo con una costumbre hindú, necesitaban ser lanzados a una corriente.⁶⁸

Este caso parece circunscribirse dentro del *error de prohibición* ya que el individuo no sabía que la acción era un delito. El juicio debería dilucidar si este error era evitable o no. Desde esta perspectiva, Monge Fernández se plantea “¿En qué casos, por tanto, podría afirmarse la *inevitabilidad* del error? Según Roxin, en aquellos supuestos en que el ciudadano desconoce la norma, a pesar de haber cumplido con las expectativas derivadas de un grado normal de fidelidad al Derecho. De un lado, en estado de necesidad, la ausencia de pena no comporta en la sociedad ningún tipo de conmoción en los ciudadanos, es decir, desde el punto de vista de la *prevención general*, no existe necesidad de la pena. De otro lado, el sujeto no denota una posición contraria al ordenamiento jurídico que exigiera la imposición de una

⁶⁸ J. Van Broeck, ‘Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)’ (n 4) 4.

sanción: esto es, tampoco existe una necesidad del castigo desde el punto de vista de la *prevención especial*.⁶⁹

El caso de la *cenizas hindú* tiene como uno de sus elementos clave el bien jurídico que se trata ya que aquí la cuestión reside no en la vida o la libertad sexual, como en casos anteriores, sino más bien en la contaminación que pueda producir en un río restos quemados de madera y flores. Esto supone que, desde la prevención general y especial, las consideraciones a realizar no provoquen especial conmoción en la sociedad. En esta línea, parece también más justificado considerar como inevitable el *error de prohibición*.

Como señala Hurtado Pozo, “este tipo de error es difícilmente admitido, sobre todo en el caso de las infracciones que forman el núcleo histórico del derecho penal. En efecto, el homicida difícilmente puede alegar un error de prohibición afirmando que no sabía que está prohibido matar a una persona. En caso de infracciones previstas en la legislación complementaria puede ser más fácil admitir el error de prohibición (por ejemplo, si concierne la prohibición de organizar juegos de azar, de violar las leyes sobre inmigración o la reglamentación de un actividad industrial o comercial).”⁷⁰ Una regulación sobre contaminación de los ríos parece un caso claro de legislación complementaria.

La conclusión de los argumentos esbozados parece concluir que en este caso sí funcionaría la argumentación de la *defensa cultural*.

3.3.6 Caso Kargar

Mohammed Kargar, refugiado afgano junto a su familia, había contratado como *babysitter* una joven vecina. En presencia a de ésta, Kargar besó el pene de su hijo de un año y medio. La joven luego le comentó lo sucedido a su madre, quien recordó haber visto en el album de fotos de los Kargar un suceso similar, por lo que lo denunció a la policía. Kargar nunca negó los hechos, manifestando que besar el pene de su propio hijo es, dentro de su cultura, expresión de afecto paternal y que no tiene ninguna connotación sexual. A pesar de lo manifestado, se le imputó delito de abuso sexual, siendo condenado en una primera instancia, a pesar de tenerse claro que no había significado sexual en su acto y que era una expresión cultural, sobre la base de que la conducta se comprendía dentro del delito. Sin embargo, la Corte Suprema del Estado revocó el fallo resaltando el carácter cultural y no sexual del comportamiento de Kargar.⁷¹

⁶⁹ A. Monge Fernández, El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad (n 54) 86-87.

⁷⁰ J. Hurtado Pozo, ‘Derecho Penal y diferencias culturales: El caso peruano’ (2008) 86-7 Derecho Penal y Criminología 84-5.

⁷¹ R. Carnevali, ‘El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno’ (2007) 3 Política Criminal 19.

Lo relevante de este caso es que no puede explicarse adecuadamente si no es en relación con el componente cultural. La cuestión reside en una diversa interpretación cultural de un hecho – un beso en el pene del hijo-. Según la visión occidental, podría tratarse de algún tipo de abuso sexual. Según la visión del padre afgano, es una muestra de afecto de carácter cultural y sin connotaciones sexuales. Como se ha dicho es una cuestión de interpretación de trasfondos culturales. Desde esta perspectiva, Monge Fernández señala que “en la argumentación de Roxin, es el juez el que debe configurar un *baremo de evitabilidad*, a partir de la formulación de tres cuestiones. La primera, consiste en responder a la pregunta sobre si la actuación del autor le ha ocasionado necesariamente una preocupación sobre la ilicitud de su conducta. En segundo término, si se constata la existencia de un *motivo* y el sujeto no ha actuado o no se ha esforzado por informarse o aquel es insuficiente, se constata la responsabilidad, atendiendo a razones preventivas. Finalmente, habrá de investigarse la opinión de un experto acerca de la antijuridicidad, que hubiese suscitado en el autor razones para inhibirse a actuar.”⁷²

¿Es ilícita la acción del caso Kargar? La cuestión a dilucidar debe partir del bien jurídico de que se trate – la libertad sexual del hijo- y de la gravedad de la posible trasgresión – las consecuencias para el hijo de recibir ese beso-. La segunda cuestión en este caso tendría que ver con si el delito de abuso sexual tiene un componente cultural, en la línea del argumento del moralismo jurídico o de los delitos naturales del iusnaturalismo. Si se parte de los delitos *mala prohibita*, del argumento universalista y del argumento democrático se deben considerar exclusivamente los bienes jurídicos protegidos por decisión del legislador democrático. Lo relevante de este caso es el significado cultural diverso de la acción el que considera lícito o no el comportamiento.

La cuestión de si el padre podría evitar la acción habiéndose informado sobre la interpretación occidental del beso. Esta consideración es de difícil prueba y está vinculada con el grado de asimilación. Pero parece que el padre realizaba esas acciones como una muestra de afecto paternal genuino y desconocía otras implicaciones que pudieran darse. Obviamente los defensores del moralismo jurídico y de los delitos naturales podrían argumentar en contra de esta visión.

Respecto a la antijuridicidad y las razones para actuar, parece que en este caso la gravedad de la trasgresión del bien jurídico está en el elemento cultural o, mejor, en su interpretación. Dicho de otra forma, la gravedad de delito parece residir en el dolo del agresor y en las consecuencias para la

⁷² A. Monge Fernández, El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad (n 54) 87-8.

victima. Sobre el dolo, parece probado en el caso que la voluntad de padre con el beso no tiene connotación sexual y, sobre las consecuencias, es difícil de calibrar, pero este no sería un caso de abuso grave.

En este caso, por tanto, la *defensa cultural* jugaría un papel relevante que, incluso, exculparía al padre de ser condenado de un delito por su acción.

3.3.7 Caso Ablación

En 1983, la Corte Suprema de Francia tuvo que enfrentarse al caso de “Daniel Riecher” que hizo la ablación del clítoris y uno de los labios menores de su hija. La Corte sentenció el 20 de agosto de 1983, y sostuvo que el acto constituía una “mutilación” de acuerdo con la definición del art. 312.3 de Código Penal francés.⁷³

Este es el tipo de *delito culturalmente motivado* que ha sido más expuesto en la opinión pública europea. Esta cuestión tiene una serie de dimensiones complejas que habitualmente no son tenidas en cuenta. Los argumentos que defienden esta práctica cultural están vinculados con el argumento del *determinismo cultural* y del *pluralismo jurídico de tipo subjetivo*. En este sentido, algunas posiciones sostienen que no es lo mismo la ablación de las niñas en su cultura que en las culturas occidentales.

Los argumentos en contra son el *argumento del universalismo* y el *argumento de la igual dignidad*. En concreto, si la interpretación intercultural de la libertad puede amparar que una madre decida la ablación genital de su hija. Un valor occidental es la libertad y la autonomía individual, pero hasta qué punto incluye ese poder padres e hijos. ¿Puede enfrentarse la hija cuando sea mayor y consciente a la decisión de su madre? El *argumento de la igual dignidad* defendería que la ablación es un ejemplo cultural de la sumisión de las mujeres a los hombres ya que tiene como finalidad limitar la libertad sexual de las mujeres.

Estos argumentos en contra parecen convincentes en este punto, aunque alguna versión del *argumento del determinismo cultural* debería considerarse para ponerse en el lugar de estas mujeres (madres e hijas) y analizar globalmente su problemática. Esta visión es la que defiende Facchi que realiza un agudo enfoque de esta práctica cultural en Occidente que busca “acercarse, comprender, hacerse cargo, explicar, adaptarse, mediar: todas las modalidades de acción opuestas a la represiva”.⁷⁴ La visión que exclusivamente criminaliza la ablación, la convierte en la bandera de los

⁷³ Foblets, ‘Cultural delicts: the repercussion of cultural conflicts on delinquent behaviour. Reflections on the contribution of legal anthropology to contemporary debate’ (n 8) 187.

⁷⁴ Facchi, Los derechos en la Europa multicultural. Pluralismo normativo e inmigración (n 27) 88, 63-88.

peligros del multiculturalismo, pero se olvida de las condiciones legales, económicas y sociales de vida de las mujeres inmigrantes, no parece la adecuada.

Es clave, además, la educación en derechos humanos y el empoderamiento *empowerment*- de las mujeres. El *argumento de la igual dignidad* debería hacerse efectivo, no desde un paternalismo occidental, sino que surja desde las propias mujeres. Como sostiene Facchi, que “las mujeres adquieran una mayor autonomía dentro de su comunidad, de modo de poder llegar a la decisión de no infligir la escisión a sus hijas, sin que esto deba asumir un significado de ruptura con su cultura”⁷⁵

La *defensa cultural* en este caso supone plantear la cuestión en términos más amplios que la técnica represiva de un delito. Aunque el *argumento de la universalidad* y el *de la igual dignidad* recomiendan que la ablación sea considerada delito en Occidente. El objetivo de erradicar esta práctica debería comprometer, necesariamente también, medidas promocionales, educativas y culturales para que las propias mujeres decidan que ese no es el mejor futuro para sus hijas.

3.3.8 Caso Bebé Albino

En Bélgica (Valonia), en la década de los ochenta, una joven madre de origen africano, en un estado de desesperación porque había dado a luz a un bebé albino, lanzó el recién nacido al agua, causando que se ahogara.⁷⁶

Una primera posibilidad, que deberá ser descartada, es considerar que este caso se trataría de una mujer inimputable. Según el artículo 20.1 del Código Penal español, la inimputabilidad es la “anomalía o alteración psíquica permanente que impide comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.” Monge Fernández distingue al respecto cuatro categorías: psicosis, oligofrenias, psicopatías y neurosis.⁷⁷ Es relevante que han habido algunos intentos en América Latina de equiparar a las personas indígenas como inimputables, visión que es contraria a los derechos humanos. En este sentido, Bartomei afirma que “son violatorios de los derechos humanos de los indígenas la aplicación rígida de leyes cuando éstas solamente no son comprendidas o son ignoradas, sino cuando, con frecuencia, no tienen significado alguno en el contexto de la cultura local; o

⁷⁵ Ibid 88.

⁷⁶ M.C. Foblets, ‘Cultural delicts: the repercussion of cultural conflicts on delinquent behaviour. Reflections on the contribution of legal anthropology to contemporary debate’ (n 8) 188.

⁷⁷ A. Monge Fernández, El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad (n 54) 65-72.

bien cuando legislaciones penales consideran a los indígenas como “inimputables” o “incapaces” o sujetos a algún “régimen especial.”⁷⁸

Este caso se explica porque es una creencia cultural africana que el nacimiento de un bebé albino es símbolo de mala suerte y de los peores presagios. En este punto, es claro que el bien jurídico protegido es de suficiente relevancia, como el de la vida, y también funcionaria el *argumento de la igual dignidad*, referido a un menor. Por tanto, es lógico que el ordenamiento jurídico reaccione ante la trasgresión de un bien jurídico relevante protegido por el legislador democrático *argumento democrático*- y manifestación de los derechos humanos *argumento universalidad*-.

La *defensa cultural* funcionaría en este caso como alguna forma del *error de prohibición indirecto* ya que la mujer sabía que su acción estaba prohibida, pero podría creer que existía alguna causa que la justificara o la exculpara. El caso podría explicarse como un *estado de necesidad*, un poco *sui generis*, para conseguir salvarse de una maldición que crea una gran perturbación a la madre. Es relevante que el hecho de matar a un hijo es delito en las diferentes culturas y está penado en la cultura de origen. Una de las claves del caso es si es cierta, en términos culturales, la relación entre bebé albino, maldición y perturbación de la madre. Parece que se trate de un caso de tabú cultural africano. Pero de eso no se deriva que la solución deba ser la muerte del hijo e, incluso, que ésta esté condonada en la cultura africana.

La *defensa cultural* podría funcionar en el caso de bebé albino, si fuera fehacientemente probada en juicio, como una forma de atenuante. Pero por motivos de prevención general y especial, por la relevancia del bien jurídico y del argumento de la igual dignidad, esta madre debería ser condenada por su acción.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

La cuestión que subyace a estos casos de delitos culturalmente motivados es que la cultura es un elemento que, en ocasiones, debería ser tenido en cuenta para los jueces a la hora de motivar las sentencias. No siempre es un argumento definitivo, en ocasiones es una forma de mitigar la pena o un atenuante, pero lo relevante es que existe una dimensión a la hora de decidir casos sobre justicia penal que está vinculada al trasfondo cultural.

Sin embargo, los argumentos en contra son fuertes y principalmente tienen que ver con el *argumento de la igual dignidad* ya que las víctimas suelen ser mujeres y menores. Si algunos delitos culturales son delitos de *honor*, la interpretación intercultural no debería ser una coartada de los agresores.

⁷⁸ M.L. Bartolomei, ‘Universalismo y diversidad cultural en América Latina’ (1995) 20/7 El Otro Derecho 55.

Otro argumento es que existen unos límites de la interpretación intercultural de los derechos humanos donde *no todo vale*. El contenido esencial de los derechos humanos permite vislumbrar unas propiedades relevantes de forma tenue--, que deberían ser interpretados densamente- en las diferentes culturas.

La ponderación sobre la idoneidad de aplicar la *defensa cultural* debería tener en cuenta, la menos, estos elementos: a) *Bien jurídico*: ¿Se corresponde con un derecho humano? ¿Tiene que ver con la igual dignidad o la libertad sexual?; b) *Daño a terceros*: ¿Está claramente especificado el daño a terceros?; c) *Grado de asimilación*: ¿En qué medida el individuo conoce -o está integrado- en la sociedad receptora?; d) *Reciprocidad*: ¿La acción es delito en la sociedad de origen? De la respuesta a estas cuestiones, el argumento de la defensa cultural ganará o perderá fuerza, servirá para exculpar, para mitigar o simplemente no será adecuado. El caso de las *cenizas hindú* sería un caso claro de aplicación adecuada de la *defensa cultural*, mientras la aplicación de la *defensa cultural* en el caso *Mouea* produciría resultados contraproducentes.

Este artículo es un intento de fijar la atención en las coordenadas de Derecho, diversidad cultural y la aplicación judicial, desde los *delitos culturalmente motivados*. Es una perspectiva que debería desarrollarse más. En la tesitura de que la gestión del pluralismo requiere quizá modificar algunos esquemas o refinar las justificaciones que se dan detrás de algunas decisiones. La *defensa cultural* quizá no sea un argumento definitivo para todos los casos, pero puede ser relevante para los jueces en el ejercicio de la ponderación, entre otros elementos, como un aspecto a tener en cuenta cuando personas de *otras* culturas deben responder por sus acciones.