

CARLOS R. ALONSO GARCÍA*

LOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS. ¿TIENEN CABIDA EN EL DERECHO PENAL CANÓNICO?

Fecha de recepción: 8 de marzo de 2021

Fecha de aceptación: 11 de abril de 2021

RESUMEN: La convivencia de distintos grupos étnicos bajo un mismo ordenamiento jurídico genera importantes retos para el derecho penal. El presente trabajo se centra en reflexionar cómo los delitos culturalmente motivados cuestionan la incorporación en el juicio de responsabilidad penal del papel que desempeña la cultura del autor. En el artículo se exponen los casos que ejemplifican esta problemática, se acota el concepto de delito culturalmente motivado y se establecen los requisitos para su prueba en juicio. Finalmente, se establece un diálogo entre el derecho penal secular y canónico —y esta es la principal pretensión del trabajo— que lleve a considerar la oportunidad y el modo de aplicar esta categoría en el derecho de la Iglesia, que es el más universal y multicultural que existe atendiendo a sus destinatarios. Con este propósito se analizan varias posibles soluciones dentro de la normativa canónica vigente.

PALABRAS CLAVE: multiculturalismo; inculturación; eximente cultural; atenuante; dolo; imputabilidad.

* Profesor de Derecho Penal en el R. C. U. Escorial – María Cristina. Adscrito a la Universidad Complutense de Madrid: calonso@rcumariacristina.com;
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3630-4148>

Cultural Offenses. Have they Place in the Criminal Canon Law?

ABSTRACT: The coexistence of different ethnic groups under the same legal system creates important challenges for criminal law. This paper focuses on reflecting on how culturally motivated crimes challenge the incorporation of the role of the author's culture into the judgement of criminal responsibility. The article presents cases that exemplify this problem, drawing out the concept of culturally motivated crime and lays down the requirements for trial testing. Finally, a dialog is established between secular and canonical criminal law — which is the main pretence of the work — that may lead to consider the opportunity and the way to apply this category in the law of the Church, which is the most universal and multicultural that exists considering of its beneficiaries. With this in mind, several possible solutions are analysed within the current canonical regulations.

KEY WORDS: multiculturalism; inculturation; cultural defense; mitigating circumstance; mens rea; imputability.

1. INTRODUCCIÓN

El célebre fotógrafo australiano Bill Henson expuso en el año 2003 en la ciudad de Salamanca (España) una muestra de su colección de fotografías titulada «Juventud desnuda». En ella se mostraban jóvenes de doce y trece años con el torso desnudo. La obra artística fue acogida con auténtico reconocimiento porque supo «retratar los cambios físicos y psicológicos que marcan el complejo mundo de la adolescencia»¹. Sin embargo, una muestra de la misma colección programada entre los días 22 de mayo y 21 de junio de 2008 en la *Roslyn Oxley9 Gallery* de Sydney (Australia) fue clausurada al día siguiente de su inauguración. La razón fue que las autoridades australianas entendieron que las fotografías eran «pedófilas» y, por tanto, constitutivas de un delito de pornografía infantil. Por distintas circunstancias, el proceso penal no siguió adelante².

¹ F. Gómez. “¿Arte o pornografía infantil?” Norte de Castilla, 24 de mayo de 2008. Consultado el 22 de febrero de 2021. <https://www.elnortedecastilla.es/20080524/vida/arte-pornografia-infantil-20080524.html>. Para una información más detallada, puede verse: EFE. “Australia clausura una exposición que se vio en Salamanca por considerarla pornografía infantil”. *La Voz de Galicia*, 23 de mayo de 2008. Consultado el 22 de febrero de 2021. <https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/cultura/2008/05/23/australia-clausura-exposicion-vio-salamanca-considerarla-pornografia-infantil/00031211539937016829351.htm>

² Cf. Michelle Cazzulino y Kara Lawrence. “Bill Henson breaks silence over nude children photos”, *The Daily Telegraph*, 6 de junio de 2008, Consultado el 22 de

Ahora, le invito a que imagine por un momento que el fotógrafo que presenta la exposición fuese un sacerdote de la Iglesia católica. O mejor, piense que son dos sacerdotes: uno español y otro australiano. Continúe suponiendo que el obispo de Salamanca y el arzobispo de Sídney deben enjuiciar si los hechos realizados por los presbíteros —la toma de las fotos y su exhibición en la respectiva galería de arte— constituyen un delito canónico de adquisición, retención o divulgación de imágenes pornográficas de menores³. Imagine que, tras la investigación previa, los dos prelados deciden decretar formalmente la apertura de un procedimiento penal canónico porque ven indicios verosímiles de delito. En un momento del decurso del proceso, la defensa del sacerdote español alega que en su contexto cultural —a diferencia del sacerdote australiano— la representación de esos torsos juveniles no tiene una consideración delictiva, como lo demuestra el hecho de que las imágenes fueron admiradas por más de 60 000 personas y no suscitaron ninguna incomodidad entre los responsables universitarios, los periodistas, las autoridades políticas y los ciudadanos amantes del arte.

¿Podría darse una solución jurídica diferenciada para uno y otro acusado atendiendo únicamente a la diferente percepción cultural del torso desnudo en una y otra cultura? O, de manera más genérica, ¿puede tener la cultura del autor del delito canónico algún valor eximente o atenuante de la responsabilidad criminal?

febrero de 2021. <https://www.dailytelegraph.com.au/nude-artist-henson-speaks-out/news-story/9da7c58352c3668f5d69653781a08f6d>. La muestra puede encontrarse en la página web de la Roslyn Oxley9 Gallery. <https://www.roslynoxley9.com.au/exhibition/bill-henson/pz8xx>

³ Desde el año 2010 constituye un delito «La adquisición, retención o divulgación, con un fin libidinoso, de imágenes pornográficas de menores, de edad inferior a 14 años por parte de un clérigo en cualquier forma y con cualquier instrumento». Congregación para la Doctrina de la Fe. “Normae de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis seu Normae de delictis contra fidem necnon de gravioribus delictis (21 de mayo de 2010)”, art. 6 §1. 2º. *Acta Apostolicae Sedis* 102 (2010): 421. En español en *Ius Canonicum* 50 (2010): 636. Este delito fue reformado en el año 2019 en el sentido de elevar la edad de las imágenes pornográficas de 14 a 18 años y también se modificó su redacción. El delito se enuncia ahora del siguiente modo en español: «la adquisición o posesión o divulgación, con un fin libidinoso, de imágenes pornográficas de menores de dieciocho años por parte de un clérigo, de cualquier forma y por cualquier medio»: Secretaría de Estado. *Rescripto “ex audientia SS.MI” del Santo Padre Francisco con el que se introducen algunas modificaciones a las “Normae de gravioribus delictis*, (3 de diciembre de 2019), art. 1.

Para responder a esta pregunta, el artículo va a tener cuatro partes. En primer lugar, se va a exponer y someter a crítica lo que en la literatura penal de tradición jurídica continental se conoce como «delitos culturalmente motivados», y en el sistema del *common law* «cultural defenses». Para ilustrar la problemática se presentarán una serie de supuestos concretos, para después perfilar la noción de delito culturalmente motivado y distinguirlo de otras categorías cercanas. Después se exponen las distintas estrategias de política criminal que caben para considerar la diversidad cultural en un ordenamiento jurídico. A continuación, se ponderarán las razones para aplicar o no una eximente o atenuante de tipo cultural. Finalmente, se establece un diálogo entre el Derecho penal secular y canónico —y ésta es la principal pretensión del trabajo— que lleve a considerar la oportunidad y el modo de aplicar esta categoría en el derecho de la Iglesia. Esta última tarea se realizará en dos partes. En la primera se ahonda en los fundamentos interculturales de la revelación, de la Iglesia y de su Derecho. En la segunda, se analizan las posibles soluciones que dentro de la normativa canónica vigente se pueden adoptar para dar relevancia a la motivación cultural como elemento eximente o atenuatorio de la pena.

2. LOS CASOS DE DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS

En la discusión científica sobre los delitos culturalmente motivados, los autores tratan prácticamente siempre un mismo grupo de casos. Inicialmente fueron tomados de la jurisprudencia de los tribunales de Estados Unidos, pero paulatinamente se han ido incorporando a la reflexión casos de otros países. Vamos a presentarlos para dar una primera idea de lo que estamos hablando.

2.1. CASOS DE HOMICIDIO PARA SALVAGUARDAR EL HONOR

En el *caso Kimura*, una mujer de origen japonés de treinta y dos años que había vivido desde los veinte en los Estados Unidos, en 1985 se arrojó con sus dos hijos al mar en una playa de Santa Mónica, en California. La mujer sobrevivió, pero sus dos hijos de cuatro años y seis meses respectivamente murieron ahogados. La señora Fumiko Kimura

explicó que quería terminar con la vida de los tres, porque su marido le había sido infiel, lo que suponía para ella una situación intolerable. La mujer era una tradicional esposa japonesa que esperaba todas las noches a su marido para lavarle los pies. Con el fin de salir de su situación desesperada, siguió la costumbre japonesa del *oyako-shinju* o suicidio parento-filial, un acto que supone una forma no infrecuente de poner fin a situaciones conflictivas. Aunque el *oyako-shinju* puede ser cometido por cualquiera de los progenitores y por diferentes razones, la mayor parte de las veces es la madre quien lo realiza como venganza por la infidelidad o por la indolencia del padre. Además, la madre suele causar también la muerte a sus hijos para no dejarlos abandonados en una sociedad en la que los huérfanos son considerados desadaptados. En Japón este tipo de homicidios se sancionan con penas muy leves, sin comportar ingreso en prisión⁴.

En el caso *Lou Chen* un hombre de origen chino mató en 1987 a su mujer dándole ocho martillazos después de enterarse que ésta le había sido infiel. Dong Lu Chen llevaba residiendo en los Estados Unidos poco más de un año y sus relaciones sociales eran únicamente con compatriotas chinos. En el juicio, un eminente antropólogo explicó cómo en la tradición china es inaceptable que una mujer traicione a su marido y si éste no reacciona es considerado un débil y un fracasado. Los tribunales entendieron que estas tradiciones suponen unas «presiones culturales» del grupo de pertenencia que condicionan el modo de actuar del sujeto⁵.

⁴ Cf. Cristina De Maglie. *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012, 112-114.

⁵ Cf. *ibid.*, 115-116. Otro caso de homicidio por honor más antiguo ocurrió en Nueva Jersey, en donde un padre siciliano mató a un chico de dieciséis años que había seducido a su hija (Cf. *ibid.*, 52). Pueden encontrarse más ejemplos de este estilo en el espacio jurídico alemán en: Daniel Krosák. "Honor Killings and Cultural Defense (with a Special Focus on Germany)". *Islamic Law and Law of the Muslim World* n.º 09-71 (2009). En Italia es paradigmático el caso *Hina Sallem*, en el que una joven paquistaní de veinte años fue asesinada por su padre y sus tíos y enterrada en su jardín por haber renegado de las costumbres de sus antepasados y adoptar el estilo occidental, yéndose a vivir con un chico italiano. En Paquistán, el homicidio por honor (*ghairat*) está fuertemente enraizado en la mentalidad y en la cultura de los grupos étnicos de todo el país. Cf. De Maglie, 94-96.

2.2. CASOS DE MATRIMONIOS POR SECUESTRO, RAPTO DE LA NOVIA O MATRIMONIOS FORZADOS

Esta práctica se realiza en países que abarcan desde el Asia Central, el Cáucaso, zonas de África, Pakistán, Kirguistán y la selva amazónica en Sudamérica. En algunos de esos países se estima que cerca del cincuenta por ciento de las niñas han contraído matrimonio de manera forzada.

Un ejemplo de este tipo se dio en la jurisprudencia norteamericana en el año 1986: el *caso Moua*. En él, un refugiado nacido en Laos de veintidós años se presentó en el *college* en el que su novia laosiana estudiaba, y ayudado por dos amigos la obligó a subir a un coche y la llevó hasta la casa de su primo, donde la forzó a tener relaciones sexuales. Durante el juicio, para defenderse de la acusación de violación, el joven acreditó ante el tribunal el ritual de su país que permite a los hombres actuar de este modo para contraer matrimonio, acto que es considerado una fuga por amor. En efecto, el rito *zip poj niam* consiste en el rapto por parte del hombre de su novia, precedido de encuentros supervisados por la familia de ella, regalos y cartas de amor. El hombre rapta a la novia el día del matrimonio con idea de consumar el matrimonio. Según la tradición, a la insistencia del hombre, la mujer tiene que ofrecer una falsa resistencia, con palabras y con hechos, demostrando así su virginidad. Él hombre debe insistir para así parecer fuerte y viril.

En el *caso Moua* la resistencia de la chica no era fingida sino real, lo que objetivamente suponía un delito de violación. El tribunal, sin embargo, aceptó cambiar la calificación legal basándose en la doctrina del error de hecho, imponiendo una pena exigua de ciento veinte días de cárcel y multa de mil dólares. Estimó la alegación del joven que afirmaba que —en base a los usos y costumbres de su grupo étnico— el consentimiento de la chica parecía auténtico y que sus protestas en realidad parecían formar parte del rito matrimonial, lo que provocó en el joven un error sobre el hecho de conocer si su novia estaba consintiendo a la relación sexual⁶.

⁶ Cf. *ibid.*, 116-118.

2.3. CASOS CON UN COMPONENTE SEXUAL DUDOSO

En el año 1993 un refugiado afgano afincado en el estado de Maine, en los Estados Unidos, es acusado de abuso sexual después de que una vecina observase como Mohammad Kargar había besado el pene de su hijo de dieciocho meses de edad. En el estado de Maine se castiga como violación cualquier contacto entre la boca de un adulto y el órgano genital de un niño. Para que haya violación no se exige la presencia de un ánimo libidinoso en el autor, porque se entiende que esa acción tiene en sí mismo un inequívoco contenido sexual. Durante el juicio, los antropólogos coincidieron en confirmar la normalidad de esta práctica conforme a la cultura de su grupo étnico, en el cual este hecho no es ilícito y carece de cualquier significación sexual. En la segunda instancia se absolvió al acusado, siendo la *ratio decidendi* absolutoria que esa supuesta conducta delictiva no había sido prevista por el legislador en el momento de la formulación de la norma penal⁷.

Otro caso con connotaciones semejantes se dio en el Estado de Alaska. Allí un esquimal de 57 años, Jones, se puso a jugar con su nieto y con un amigo del niño. Durante el juego Jones bajó los pantalones de los niños y les tocó los genitales tirando de los testículos. En el juicio —haciendo valer una prueba pericial antropológica— se dio por probado que esta práctica es un juego destinado a enseñar a los niños a reírse de la adversidad y aprender a defenderse desde muy pequeños, lo que llevó en último término a considerar que la conducta carecía de cualquier connotación sexual⁸.

⁷ Cf. *ibid.*, 118-120. Merece señalarse la semejanza del criterio empleado por el tribunal de Maine con el criterio del *fin de protección de la norma*, que en la doctrina penal continental se sigue para excluir la tipicidad de ciertas conductas, recurriendo a la *doctrina de la imputación objetiva del resultado*. Esta doctrina, nos dice Enrique Gimbernat, agrupa una serie de criterios normativos «donde lo que se decide es si, a quien ha causado (condicionado) el resultado típico, no obstante, éste no le puede ser imputado porque, sobre la base de consideraciones normativas, hay que llegar a la conclusión de que no debe responder por el mismo». Es, en otras palabras, el «último filtro que puede destruir la tipicidad». Enrique Gimbernat Ordeig. «Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva». En *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, coordinado por Francisco Javier Álvarez García, Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares, Pilar Gómez Pavón, Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Amparo Martínez Guerra, 97 y 96. Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

⁸ Cf. *State v. Jones*, n.º 4FA-S84-2933, Tribunal Supremo de Alaska, 7 de enero de 1985.

2.4. CASOS DE LESIONES GENITALES

Son bien conocidas las prácticas como la ablación del clítoris, la infibulación o la circuncisión —en las que por razones culturales o religiosas y sin motivos terapéuticos— se realizan extirpaciones parciales o totales de los órganos genitales.

En el caso de las mujeres estas prácticas afectan, según Amnistía Internacional, a 120 millones de mujeres en el mundo y se estima que cada año hay dos nuevos millones de casos⁹. Esta costumbre está extendida fundamentalmente en África y en algunos países de Oriente Próximo¹⁰. Sin embargo, la globalización y la inmigración han hecho que los casos crezcan en Occidente y se encuentren supuestos jurisprudenciales abundantes en los que se enjuician estas prácticas y se atiende de algún modo

⁹ La mutilación genital femenina puede ir acompañada en algunos países de la amputación de los pezones o, en algunas ocasiones, con la escisión total de los pechos, lo que anula la posibilidad de lactancia. Cf. Sandra Martínez Rossi. *La piel como superficie simbólica. Proceso de transculturación en el arte contemporáneo*. Facultad de Bellas Artes, Universidad de Granada, 2008, 181. Para conocer los distintos modos de mutilación genital femenina —desde la clitoridectomía, la escisión o la infibulación— remito al documentado estudio de Nieves Sanz Mulas. “Diversidad cultural y Política Criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 16-11 (2014): 24-28.

¹⁰ Según datos de Amnistía Internacional, en África la mutilación genital femenina se practica en más de 28 países. Se indica entre paréntesis el porcentaje de mujeres que la realizan: Benín (50%); Burkina Faso (70%); Camerún (20%); República Centroafricana (50%); Chad (60%); Costa de Marfil (60%); Egipto (97%); Eritrea (90%); Etiopía (90%); Gambia (entre el 60 y el 90% de media; casi el 100% de las mujeres fulas y sarahulis); Ghana (15-30%); Guinea (70-90%); Guinea-Bissau (50% de media; 70-80% en zonas habitadas por los fulas y los mandinkas; 30-40% en zonas urbanas); Kenia (50%); Liberia (50-60%); Mali (90-94%); Mauritania (25% de media; 95% entre los soninkes y los halpulaares; 30% entre las mujeres de etnia árabe-bereber); Níger (20%); Nigeria (50%); República democrática del Congo (5%); Senegal (20%); Sierra Leona (80-90%); Somalia (98%); Sudán (89%); Tanzania (10%); Togo (12%); Uganda (5%); Yibuti (90-98%). Cf. Amnistía Internacional. *La mutilación genital femenina y los Derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas de iniciación*. Madrid: Amnistía Internacional (EDAI), 1998. (versión digital en: <http://amnistiainternacional.org/publicaciones/12-refugiados-los-derechos-humanos-no-tienen-fronteras.html>, consultado el 21 de febrero de 2021). Recoge estos datos y añade cifras respecto a la realidad española Nieves Sanz Mulas. “Diversidad cultural y Política Criminal”.

a la especificidad cultural o a la condición de extranjero para disminuir la pena. En estos supuestos, en España —aunque existe un tipo penal muy punitivo que castiga específicamente las *mutilaciones genitales* con pena de entre seis y doce años de cárcel— los tribunales, como regla general, suelen atender indirectamente el hecho cultural o étnico. El razonamiento se articula invariablemente a través de la consideración del error de prohibición, que si es invencible exime de la pena y si es vencible la rebaja considerablemente¹¹.

En el caso de los varones la realización de la circuncisión del pene por motivos religiosos o culturales es habitual en muchas familias judías e islámicas¹². Aunque estos hechos no suelen llegar a los tribunales, cuan-

¹¹ Pueden consultarse distintos pronunciamientos a veces contradictorios entre los tribunales. Para el caso de la mutilación genital de una niña de origen gambiano, SAP de la Rioja, número 55/2009, de 9 de marzo de 2009 y STS 835/2012. También de ese origen es el caso enjuiciado en la SAP de Teruel 197/2011, de 15 de noviembre y confirmado en la STS 835/2021, de 31 de octubre. Otro caso, en esta ocasión de una niña senegalesa SAN 9/2013, de 4 de abril y STS 939/2013, de 16 de diciembre. El error de prohibición está regulado en el art. 14.3 del Código Penal español. Dice así: «El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados».

¹² Cf. En África la circuncisión tiene una importante simbología ritual. Los niños púberes junto a la intervención quirúrgica son sometidos a un rito de iniciación y a una prueba. Así, en el periodo que sigue a la intervención son alejados de sus madres e incluso separados de otros niños que no han sido circuncidados para ponerles a prueba. Sandra Martínez Rossi, *La piel como superficie simbólica*, 181.

La circuncisión en algunos países de Occidente es más habitual que la mutilación genital femenina. Se estima que cada año son circuncidados en los Estados Unidos más de trece millones de niños frente a los dos millones de niñas que sufren una mutilación genital. Cf. Elisabeth McDonald. "Circumcision and the criminal law: the challenge for a multicultural state". *New Zealand Universities Law Review* 21, n.º 2 (2004): 244. A pesar de las similitudes entre la circuncisión masculina y las formas más leves de mutilación genital femenina, se le suele dar un distinto tratamiento penal. Para Cristina De Maglie «no es difícil encontrar una posible explicación a la vistosa disparidad entre cómo son tratados ambos supuestos en el generalizado "consenso social" sobre la circuncisión masculina, un rito practicado también por los seguidores de la religión judía, los cuales pertenecen a la élite social, cultural y económica de países dominantes como los Estados Unidos; otros ritos, como la mutilación genital femenina, incluso en las formas más leves totalmente asimilables a la circuncisión masculina, son expresiones de culturas no conocidas, no aceptadas e incluso rechazadas como "bárbaras". Tras esta diferencia de valoración late una "un concepto de superioridad de la raza y de la cultura occidental respecto a las culturas diversas"». Esta autora ejemplifica

do la circuncisión sin fines terapéuticos se produce, se puede estar en el ámbito típico del delito de lesiones. De manera excepcional, llegó a los tribunales un supuesto enjuiciado en la Sentencia del Tribunal Regional de Colonia de 7 de mayo de 2012. El Tribunal Regional —siguiendo la doctrina jurisprudencial alemana en tema de lesiones— considera la circuncisión ritual no recomendada terapéuticamente contraria al interés del menor y constitutiva de un delito de lesiones. No obstante, en el caso concreto absuelve al médico que practicó la circuncisión a un niño musulmán de cuatro años, porque entendió que el médico obraba en un error invencible de derecho, ante el convencimiento de que era una costumbre permitida y amparada por la libertad religiosa de los padres¹³.

2.5. CASOS DE RELACIONES SEXUALES Y MINORÍA DE EDAD

No es infrecuente que en países occidentales se produzcan situaciones en las que inmigrantes pertenecientes a otros entornos culturales tengan relaciones de noviazgo y sexuales cuando aún no han alcanzado la edad del

su argumentación, enfatizando el prejuicio cultural subyacente, poniendo sobre el tapete la paradoja que supone no permitir a una mujer adulta practicar por motivos culturales una ablación del clítoris y, sin embargo, permitirle que pueda «modificar estéticamente sus labios», «reconstruir la virginidad» o «reestructurar su vagina». Cf. De Maglie, 82-84. De una opinión diferente, defendiendo el distinto significado ritual y simbólico que tienen entre sí la mutilación genital masculina y femenina, cf. Sandra Martínez Rossi, *La piel como superficie simbólica*, 181-183. Si se quiere indagar en las implicaciones entre feminismo y diversidad cultural, y las tensiones ideológicas que se generan para abordar criminalmente la discriminación femenina en culturas machistas no faltarán los estudios. Puede empezarse por el último capítulo de la obra de Cf. Nieves Sanz Mulas. *Delitos culturalmente motivados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

¹³ Cf. Agustín Motilla. “Las circuncisiones rituales de menores: ¿Acto contra la integridad física? Perspectiva civil y penal”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 34 (2018): 176-178. A pesar de la absolución, en Alemania se desató una importante polémica en el seno de la comunidad judía porque entendieron el enjuiciamiento como un cuestionamiento de su libertad religiosa. A raíz de todo ello, el Gobierno alemán impulsó la modificación del Código Civil para admitir expresamente, y bajo determinadas condiciones, la circuncisión no terapéutica. Sobre este debate en Alemania: cf. Bijan Fateh-Moghadam. “Criminalizing male circumcision? Case Note: Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012, núm. 151 NS 169/11”. *German Law Journal* 13, n.º 9 (2012): 1131ss. En España: cf. Jesús María Silva Sánchez. “Circuncisión infantil”. Editorial. *In Dret Penal* 1 (2013): 1-5.

consentimiento sexual en el país de acogida. La edad de consentimiento sexual suele ubicarse entre los catorce y los dieciséis años, aunque algunos pocos países lo sitúan en los dieciocho años (Malta, Turquía, India y algunos estados de Estados Unidos como Arizona, California, Florida o Pensilvania)¹⁴.

Un chico dominicano de 18 años y residente en España mantuvo relaciones sexuales con una menor hondureña de 11 años. En atención a la menor edad con que se inician las relaciones sexuales en la República Dominicana el tribunal español decidió atenuar la pena del delito de abuso sexual a menor de 13 años. El trato penal más benigno se hizo mediante la aplicación del error de prohibición vencible, ya que se entendió que el autor desconocía la ilicitud del hecho. La sentencia considera atendible el argumento de «la menor edad con la que se inician las relaciones sexuales en su país de origen»¹⁵. En un supuesto semejante, el tribunal exime al autor de cualquier responsabilidad criminal atendiendo a que «en el país de origen [...] se inician a edad muy temprana las relaciones sexuales». La Audiencia Provincial de La Rioja «considera creíble la manifestación del acusado de desconocer la ilicitud de su conducta»¹⁶.

¹⁴ En los países latinoamericanos: Argentina 13, Belice 16, Bolivia 18, Brasil 14, Chile 14 para el sexo heterosexual y 18 para el homosexual; Colombia 14, Cuba 16, Ecuador 14, El Salvador 15, Guatemala 16, Haití 18, Honduras 15, México: entre 12 y 17; Panamá 18, Uruguay 18, Venezuela 16. En los países europeos la edad del consentimiento sexual: Alemania 14, Austria 14, Bélgica 16, Bielorrusia 16, Dinamarca 15, Eslovaquia 15, España 16, Finlandia 16, Francia 15, Grecia 15, Irlanda 17, Malta 18 Noruega 16, Países Bajos 16, Polonia 15, Reino Unido 16, Rumania 15, Rusia 16, Serbia 14, Suecia 15, Turquía 18, Ucrania 16. En otras regiones: en Australia la edad de consentimiento sexual es de 16 años en todas las jurisdicciones, con excepción de South Australia y Tasmania, que la fijan en 17 años, y Queensland en la que la edad de consentimiento general es de 16 años y 18 años para las relaciones anales; Canadá: 16 años; en los Estados Unidos la edad de consentimiento sexual es diferente en cada estado, aunque la ley federal la establece en los 18 años. Treinta estados la fijan en 16 años, nueve en 17 años y doce estados en 18 años; China: 14 años; India: 18; Nueva Zelanda: 16. Cf. Wikipedia, s.v. "edad de consentimiento sexual". Fecha de última modificación 21 de febrero de 2021. Consultado el 22 de febrero de 2021. https://es.wikipedia.org/wiki/Edad_de_consentimiento_sexual

¹⁵ Cf. STS 547/2009, de 19 de mayo, fundamento de derecho primero.

¹⁶ SAP de La Rioja 55/2009, de 9 de marzo, fundamento de derecho primero. Para un estudio de estos casos en la jurisprudencia española, véase Fátima Cisneros Ávila. *Derecho penal y diversidad cultural. Bases para un diálogo intercultural*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, 250ss.

2.6. CASOS DE TRÁFICO DE DROGAS CON FINES TERAPÉUTICOS

Una pareja de origen laosiano y residente en Estados Unidos fue acusada en 1990 de *conspiracy* por tratar de importar 570 gramos de opio y por poseer en su domicilio un kilo y medio de dicha sustancia. La pareja, Kouay y Kao Saeturn, pertenecía al grupo étnico *mien*, que utiliza el opio para tratar enfermedades crónicas y para aliviar los dolores de la artritis reumatoide y que también es consumido de forma recreacional por un alto porcentaje de la población. El consumo del opio no es sólo una práctica común entre los *mien*, sino que su uso forma parte integral de su cultura. El tribunal entendió que este elemento cultural era motivo para reducir sustancialmente la pena¹⁷.

2.7. CASOS DE RITUALES FUNERARIOS

Un ciudadano de origen indio fue acusado de contaminar las aguas de un río en Holanda al lanzar basura a su caudal. El ciudadano explicó que lo que arrojó era madera y flores, restos de la incineración de un familiar que —según su cultura— deben descansar en una corriente de agua¹⁸.

2.8. CASOS DE LESIONES POR MOTIVOS ESTÉTICOS O MEDICINALES

En algunas culturas se utilizan técnicas de modificación extrema del cuerpo tales como escarificaciones o expansiones en lóbulos y labio con fines estéticos o como símbolos de resistencia o fortaleza. Las técnicas empleadas tales como incisiones, quemaduras o raspaduras realizadas sobre el cuerpo —habitualmente las mejillas, el pecho o los brazos— son desde el punto de vista penal un delito de lesiones con consentimiento¹⁹.

Por otro lado, en el seno de algunos grupos vietnamitas se utiliza un método terapéutico tradicional para curar el dolor de cabeza denominado

¹⁷ Cf. De Maglie, 121-122.

¹⁸ Cf. Jeroen Van Broeck. "Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)". *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 9, n.º 1 (2001): 4.

¹⁹ Inés Olaizola Nogales. "La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 20, n.º 03 (2018): 10.

coining. El método consiste en restregar el dorso y la espalda del enfermo con el borde afilado de una moneda, lo que provoca heridas, raspados y moratones. En Estados Unidos cuando esta práctica se realiza con menores y se producen lesiones nos hallamos ante supuestos de *child abuse*²⁰.

2.9. CASOS DE UTILIZACIÓN DE MENORES PARA LA MENDICIDAD Y DE NO ESCOLARIZACIÓN

En algunos países la utilización de un menor para la mendicidad constituye un delito²¹. Sin embargo, ésta es una práctica hondamente arraigada en la cultura *rom*. En esta cultura nómada, el modo de entender la familia y la posición del niño en ella fomenta su independencia y le concede una amplia iniciativa en distintas tareas laborales o personales. En ese contexto está normalizada la tradición del *mangel*, o empleo de menores para la mendicidad²².

Igualmente, en la cultura *rom* se considera que la educación del niño debe acontecer en la familia y consideran la escuela una institución ajena. Por este motivo, no es infrecuente que los niños abandonen la institución escolar para trabajar o tras contraer matrimonio por sus propios ritos. La falta de escolarización del menor suele penalizarse como un caso de incumplimiento de los deberes legales inherentes a la patria potestad²³.

²⁰ Cf. De Maglie, 145.

²¹ En España se penaliza en el artículo 232 del Código Penal y en Italia en el artículo 200 octies del Código Penale Italiano.

²² Cf. De Maglie, 84-89. La autora se muestra crítica con la criminalización de esta conducta, porque señala: «el verdadero objetivo de nuestro legislador: no [es] el de tutelar al menor, víctima débil, sino sobre todo el de atacar, una vez más, al “distinto”, al extranjero, al “invasor”».

²³ En el caso Bel Baida Bouabid resuelto por la Corte de Casación Italiana, sección VI, 30 de enero de 2007, se condena a un ciudadano de origen marroquí, al que le habían confiado el cuidado de su sobrino menor de edad para que estudiase en Italia. El menor sin embargo pasaba el tiempo por la calle sin asistir al colegio, vagabundeando por las calles y practicando el comercio ambulante de pañuelos y la mendicidad. El tío fue condenado por maltrato infantil sin que se tuviese en cuenta su alegación de las diferentes motivaciones culturales. Pueden encontrarse otras referencias a casos semejantes en Fabio Basile. “Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati”. *Politica Criminal* 6, n.º 12 (2011): 362. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992011000200004>.

3. EL CONCEPTO DE DELITO CULTURALMENTE MOTIVADO

Después de ofrecer una primera noción de lo que son los delitos culturalmente motivados exponiendo los casos que habitualmente son objeto de la discusión doctrinal, vamos a delimitar conceptualmente esta categoría. Antes de eso es necesario hacer dos puntualizaciones.

En primer lugar, hay que advertir que la atención a las motivaciones culturales a la hora de modular la responsabilidad penal no es una cuestión radicalmente nueva. En efecto, los ordenamientos jurídicos y más en concreto los jueces, suelen tener en cuenta la mentalidad del imputado, su modo de vida, su personalidad, sus circunstancias, y entre ellas puede tener cabida también la cultura. En este sentido la consideración del bagaje cultural no representa una novedad ya que es una circunstancia que puede tener en cuenta el juez como criterio para la determinación de la pena dentro del margen que el legislador deja a su discrecionalidad. Además, es procedente advertir que no todo delito cometido por una persona perteneciente a un grupo étnico minoritario es un delito culturalmente motivado. Si así fuera estaríamos hablando de un concepto vago e insertible para el derecho penal. Por este motivo, en el debate doctrinal se ha hecho un esfuerzo para precisar su significado.

El concepto de delito culturalmente motivado no ha alcanzado aún una noción unívoca en la doctrina, aunque puede encontrarse un núcleo de consenso en su comprensión que es cada vez más amplio. La reflexión sobre estos delitos comenzó en el ámbito anglosajón. Uno de los primeros en tratar de perfilar los contornos de esta institución fue Jerome Van Broeck, que lo definió del siguiente modo:

«A cultural offence is an act by a member of a minority culture, which is considered an offence by the legal system of the dominant culture. That same act is nevertheless, within the cultural group of the offender, condoned, accepted as normal behaviour and approved or even endorsed and promoted in the given situation»²⁴.

De esta definición pueden extraerse cinco elementos. En primer lugar, la *pertenencia a una minoría cultural*, que no hay que entender en sentido numérico. Más bien minoría hace referencia a la situación de subordinación en que un determinado grupo se encuentra respecto de una

²⁴ Jeroen Van Broeck. "Cultural Defence", 5.

mayoría cultural que es la que impone los fundamentos ideológicos del sistema penal.

El segundo elemento es la *pertenencia efectiva a un grupo cultural* o a una cultura. La cultura viene entendida en el sentido propuesto por la antropología cultural tal como la expone E. Roosens: un sistema intersubjetivo de símbolos y significados que ofrece al ser humano unas herramientas con las que comprender el mundo, a sí mismo y a los otros²⁵.

En tercer lugar, la conducta debe ser aceptada por una mayoría del grupo cultural minoritario, sin que sea suficiente su aceptación por un sector determinado.

En cuarto lugar, se requiere que la conducta delictiva fuera un comportamiento esperado si en esa situación hubiese actuado cualquier otro miembro de esa cultura.

Finalmente, se requiere, como es lógico, que la práctica cultural de que se trate esté tipificada como delito en el sistema penal de la cultura dominante donde acontece el hecho.

Pero quizá la aportación más importante en la clarificación del concepto de delito culturalmente motivado sea la realizada por Cristina De Maglie. Poniendo en diálogo la tradición de derecho del *common law* con el derecho continental hace un riguroso análisis de lo que debe entenderse por delito culturalmente motivado y de los requisitos para su prueba en un juicio. De Maglie aboga por un concepto restringido de delito culturalmente motivado, porque entiende que cada vez que se aplica esta institución sufre la reputación de las minorías étnicas, ya que, para que haya delito culturalmente motivado se necesita probar que el comportamiento mantenido por el autor es explicable no sólo en base a sus criterios personales y a su forma de vida, sino probar además que es expresión de la cultura del grupo étnico al que pertenece.

La profesora italiana ofrece una definición de delitos culturalmente motivados muy semejante a la que veíamos anteriormente. Esta autora define los delitos culturalmente motivados como

«[...] un comportamiento realizado por un sujeto perteneciente a un grupo étnico minoritario que es considerado delito por las normas del sistema de la cultura dominante. El mismo comportamiento en la cultura del grupo al que pertenece el autor es por el contrario perdonado,

²⁵ Ibid., 8. Las referencias en la nota 24.

aceptado como normal o aprobado o, en determinadas situaciones, incluso impuesto»²⁶.

No obstante, matiza que es necesario distinguir entre el «motivo cultural» —que puede manifestarse por el sujeto en su comportamiento— y el «hecho culturalmente motivado». Para que exista un delito culturalmente motivado se requiere que «el motivo cultural no sea sólo expresión de la *cultura del individuo*, entendida *lato sensu*, sino también expresión de la cultura del “grupo étnico minoritario” al que pertenece el mismo»²⁷.

La definición de De Maglie coincide en muchos aspectos con la que ofrecía Van Broeck. No obstante, la investigadora italiana enfatiza la idea de «pertenencia al grupo étnico». Para que ésta se verifique debe darse: una cultura común; una relación entre la cultura del grupo y el individuo de modo que su carácter venga profundamente condicionado por la cultura del grupo de pertenencia; que el grupo étnico reconozca al individuo como parte de él; la identificación del propio individuo con los rasgos que configuran su grupo étnico; reconocimiento externo del grupo como dotado de una identidad propia; y, pertenencia no adquirida al grupo²⁸.

Aunque existen diferencias de matices entre los autores, existe un núcleo básico de consenso que permite perfilar los contornos de la noción de delito culturalmente motivado. Un buen esfuerzo sintetizador —que

²⁶ De Maglie, 68.

²⁷ *Ibid.*, 90.

²⁸ Cf. *ibid.*, 65-68. Una buena parte del trabajo de esta investigadora se centra en la prueba de la motivación cultural en el juicio. La prueba del hecho debe verificarse en tres fases: primero, hay que centrar la atención en el individuo y valorar el motivo cultural que le ha impelido a realizar la acción criminal. Para ello es necesario establecer si la causa psíquica que le impulsó a actuar responde a los valores culturales de los que el autor es portador. En segundo lugar, hay que focalizar la atención en el grupo étnico y verificar que se da lo que la autora denomina «coincidencia de reacción». En otras palabras, se trata de constatar si los miembros del grupo étnico se habrían comportado de la misma manera como se ha comportado el autor. En sentido contrario, no será suficiente con alegar vagamente al bagaje cultural del imputado. Esto sería convertir en categorías jurídicas lo que no son más que generalizaciones o prejuicios sociales. Finalmente, debe darse una diferencia consistente entre la cultura del autor y la cultura dominante en la valoración y el tratamiento del hecho enjuiciado. Como puede observarse esta pericia cultural tiene cierta complejidad y suscita preguntas variadas, tales como la admisibilidad de ésta, el problema de las pruebas científicas y los especialistas que deben llevarlas a cabo. Todos estos problemas son abordados por la autora, cf. De Maglie, 176-186.

compartimos— es el que realiza Fátima Cisneros Ávila en su tesis doctoral sobre esta temática. Para ella el delito culturalmente motivado estaría definido por estos cuatro elementos:

- a) Pertenencia del autor del hecho a una cultura minoritaria.
- b) La conducta debe constituir una tradición, costumbre o hábito dentro de su cultura de referencia.
- c) Existencia de una motivación cultural. Habrá motivación cultural, cuando se dé la *coincidencia de reacciones* de la que habla De Maglie.
- d) Conflicto grave entre la cultura mayoritaria y la de referencia del autor²⁹.

4. DIFERENCIACIÓN DE LOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS DE OTROS SUPUESTOS SEMEJANTES

El término cultura es polisémico. Por este motivo se exige una mayor clarificación que permita discriminar mejor los supuestos que integran la categoría de los delitos culturalmente motivados. En este contexto, el concepto de cultura debe ser entendido en su acepción étnica³⁰. Esto significa, en un primer momento, que cuando se habla de cultura «es necesario hacer referencia a la *cultura del grupo* al que pertenece el individuo y no simplemente a la *cultura del individuo*»³¹. Pero, además, el énfasis en la acepción étnica excluye otras acepciones del término grupo por no tener un componente étnico. Conforme a esto, no tendrían cabida concepciones de la cultura entendida como aquella compartida por individuos que tienen en línea general los valores de la cultura dominante, pero que se desvían de la misma en determinados comportamientos o estilos de vida. También quedaría excluida de esta concepción de «cultura», el modo de vida de ciertos grupos profundamente críticos o radicalmente contrarios al conjunto de valores compartidos por la cultura común³².

²⁹ Cf. Cisneros Ávila, 227-228.

³⁰ Cf. De Maglie, 265. También, capítulo I, epígrafe 6; capítulo V, epígrafe 3.

³¹ Cf. *ibid.*, 62.

³² Estas dos concepciones de la cultura que aquí se excluyen coinciden con lo que Bhiku Parekh, el famoso politólogo, denomina respectivamente *subcultural diversity* y *perspectival diversity*. Dentro del primer grupo, estarían, por ejemplo, los homosexuales. Estos comparten, en principio los valores y se reconocen en los parámetros

La visión de cultura que se sigue, pues, es la apuntada por Kymlicka, entendida como sinónimo de nación o pueblo, es decir, como una comunidad intergeneracional institucionalmente completa que ocupa un determinado territorio y comparte una lengua y una historia distintiva³³.

También parece adecuado excluir de la esfera de los delitos culturalmente motivados aquéllos de deficiente integración en una cultura ajena. Nos referimos a aquellos casos en los que una persona de nacionalidad diversa a la del país anfitrión se encuentra en una situación de dificultad —por desconocimiento de la lengua, de las tradiciones del nuevo país—. Se trataría de casos como, por ejemplo, el caso del «ciudadano francés de quince años, en Italia por unas vacaciones breves, que usa un aparato receptor y trasmisor de radio de tipo VHF, ignorando que la ley penal italiana impone determinados requisitos respecto a la tenencia y uso de dicho aparato» o el de «dos tunecinos en tránsito por Italia a los que se les encuentra en posesión de una carabina de aire comprimido, ignorando que en Italia dicha conducta constituye delito»³⁴.

Por último, es importante atender a la distinción que realiza Inés Olaizola entre delitos culturalmente motivados y delitos de conciencia o por convicción. En los delitos de conciencia el sujeto actúa motivado por la creencia de que debe realizar el hecho de acuerdo con un orden normativo que valora más que el derecho vigente. En el delito de conciencia el sujeto conoce que la conducta que quiere realizar está prohibida, pero de manera consciente y voluntaria no cumple la prohibición porque internamente no la comparte en su fundamento. El individuo se ve compelido a actuar de un determinado modo por razones de justicia y considera que su actuación es correcta. Al mismo tiempo sabe que si no actúa de esa manera se le generará un conflicto irresoluble en su fuero interno.

Por el contrario, en los supuestos de los delitos culturalmente motivados los sujetos no es que no compartan las razones por las que el

culturales de la cultura dominante, pero buscan un espacio donde expresar su forma de ser. En el segundo grupo se encontrarían, por ejemplo, los ecologistas, que luchan contra toda la cultura dominante considerada tecnocrática y antropocéntrica. Cf. Bhiku Parekh. *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*. Tres Cantos (Madrid): Editorial Istmo, 2005, 3. citado por De Maglie, 63.

³³ Cf. Will Kymlicka. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1996, 33-35.

³⁴ Cf. Ejemplos de la jurisprudencia italiana tomados de De Maglie, 255-257. Allí pueden encontrarse las referencias a las sentencias.

hecho está prohibido, sino que no llegan si quiera a comprender la norma prohibitiva por haberse educado en unos valores diferentes. En este caso no hay —habitualmente— un conflicto interno, ni consideran que las normas que acatan tengan un valor superior a las que infringen. Se trata de supuestos en los que la comprensión de la norma se ve dificultada por los condicionamientos culturales³⁵.

5. ESTRATEGIAS DE POLÍTICA CRIMINAL PARA ABORDAR EL RETO DE LA DIVERSIDAD CULTURAL

La emigración y la globalización producen sociedades multiculturales que plantean importantes retos jurídicos. Entre ellos situaciones que inciden en el ámbito penal como los que acabamos de exponer. ¿Cuál es la respuesta adecuada? ¿Buscar cauces de integración? ¿Respetar las diferencias? ¿Exigir que la minoría se doblegue a la mayoría? La diferente respuesta a cada una de estas preguntas proyecta un modelo de posicionarse al culturalmente diferente frente al derecho penal. Pasamos a explicar brevemente los rasgos de los tres modelos fundamentales.

El *modelo asimilacionista* es aquel que no tiene en cuenta la diversidad cultural. Existe un modelo asimilacionista de corte igualitario, que en base al principio de igualdad entiende que no está justificado atender a la diversidad cultural. Hay también un modelo asimilacionista de corte discriminatorio, que castiga con mayor rigor los hechos culturalmente diversos por falta de adecuación-asimilación de la cultura dominante³⁶.

El asimilacionismo presenta el problema de frustrar las aspiraciones pedagógicas del ordenamiento jurídico recurriendo a la sanción penal. Desde el prisma de la prevención-general, el recurso a una integración forzada puede robustecer la rebelión y la cerrazón a los valores que se encuentran en el ordenamiento dominante. Desde un punto de vista de la prevención especial, hay que señalar que un castigo que no es considerado

³⁵ Cf. Inés Olaizola Nogales, “La relevancia de la motivación cultural”, 10-12. Más adelante se explicará con más detalle el significado de la *falta de comprensión* de la norma, que es diferente del modo de entender tradicionalmente el error en tanto que *desconocimiento* de la norma. En este momento sólo interesa mostrar la diferente fenomenología del contenido de la conciencia en los casos de delitos culturalmente motivados y de delitos de convicción.

³⁶ Cf. De Maglie, 69-70.

justo, sino que es percibido como una imposición del grupo dominante, incentiva igualmente la insubordinación³⁷.

El *modelo multicultural débil* es aquél sensible a reconocer las peculiaridades de los delitos culturalmente motivados, pero sin dejar por ello de afirmar los principios fundamentales que rigen el derecho penal.

Este modelo tiene la ventaja de que acoge la diversidad cultural y al mismo tiempo mantiene inmutable la concepción propia del derecho penal. La sociedad de acogida siente que no se trata de manera privilegiada a los que forman parte de una cultura distinta y las minorías ven reconocidas sus reivindicaciones de que su comportamiento tenga una consideración particular. Pero, al mismo tiempo, al tener que probar en el juicio que la reacción del individuo es la que habría adoptado el grupo étnico, se da el efecto de crear o reforzar los prejuicios sociales frente a ese grupo³⁸.

La solución jurídica se asienta en categorías penales tradicionales, mediante su reinterpretación, para que el sistema penal pueda acoger las nuevas situaciones sociales que se plantean sin cambiar sustancialmente.

El *modelo multicultural fuerte* es aquel permeable a las demandas de la diversidad étnico-cultural sin plantearse la eventual integración en el cuadro del sistema dominante. La solución jurídica pasaría por la creación de una específica eximente o atenuante de la responsabilidad penal alegable por un sujeto que pertenece a una minoría étnica con una cultura distinta o en conflicto con la del sistema anfitrión. Es la denominada en el ámbito británico *cultural defense*. Dentro de esta tendencia existe una versión amplia —que sólo limita la aplicación de la eximente cuando colisiona con los derechos fundamentales— y una versión más restringida —que limita su aplicación atendiendo a la tipología de los delitos sobre los que se aplica—³⁹.

Después de exponer los tres modelos de política legislativa para tratar las diferencias culturales, conviene exponer los argumentos que se manejan en el debate acerca de la conveniencia de crear una específica atenuante o eximente de tipo cultural. Entre los partidarios se esboza

³⁷ La profesora De Maglie insiste en el fracaso histórico de este modelo y en la hipocresía que se esconde bajo la aparente homogeneización o igualdad. En último término este modelo lleva a un planteamiento maniqueo en el que se plantea como única alternativa la integración o la marginación. Cf. De Maglie, 104-105.

³⁸ Cf. De Maglie, 122-126.

³⁹ Cf. *ibid.*, 143-147.

como primer argumento el principio de libertad y el pluralismo. En una sociedad democrática deben tener reconocimiento mentalidades diversas también en la construcción del sistema punitivo. Un segundo argumento se funda en el principio de igualdad. La igual dignidad de los grupos étnicos que conforman una sociedad exige que los grupos mayoritarios respeten las diferencias y el derecho a ser distinto de los grupos minoritarios. Además, se plantea un argumento más estrictamente penal: el principio de justicia individualizada o de culpabilidad. Cada persona es responsable de las acciones de una manera individualizada, atendiendo a los factores personales y sociales. Por eso, un sistema que pretenda ser equitativo debe conceder relevancia al bagaje cultural del autor.

Estos argumentos sustantivos se refuerzan con la alegación de que el «derecho a la cultura» es un derecho humano garantizado internacionalmente. Este derecho encontraría su confirmación formal en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, que en su art. 27 dice:

«En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma»⁴⁰.

En el otro lado, se encuentran también buenos argumentos contrarios a la adopción de una eximente cultural. Una primera objeción se basa en el principio de legalidad. Permitir que las conductas prohibidas puedan no estarlo cuando respondan a motivaciones culturales distintas, supone aceptar que las ideas o la cultura del autor están por encima de las leyes formuladas por el legislador. Las normas culturales estarían por encima de las leyes penales.

Además, supondría una vulneración del principio de igualdad en un doble sentido. En primer lugar, habría un trato diferenciado a los autores del delito, ya que los miembros de etnias minoritarias podrían invocar su cultura como eximente, mientras que los del grupo mayoritario no. En segundo término, desde el punto de vista de las víctimas. Aquellas que lo son de delitos culturalmente motivados, tendrían una menor protección por parte del ordenamiento jurídico que las víctimas de otro tipo de delitos.

⁴⁰ Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966, art. 27.

Finalmente, se argumenta contra la exigencia cultural desde el campo de los objetivos de la pena. Desde el punto de vista de la prevención general, la creación de una exigencia cultural supondría desincentivar a los inmigrantes para educarse en la moral jurídica del país de acogida. Además, difuminaría las fronteras entre lo que está permitido y lo que está prohibido. Desde el punto de vista de la prevención especial, es claro que el autor no encontraría motivaciones adecuadas en el futuro para no repetir una conducta consentida por el ordenamiento⁴¹.

6. DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS Y DERECHO PENAL CANÓNICO

Nos hemos referido con anterioridad al papel que desempeña la cultura en la forma de ser del individuo y cómo incide en el modo en que éste se representa al mundo, así como en las motivaciones que tiene para comportarse de un determinado modo. Estos condicionamientos culturales son tenidos en cuenta en las resoluciones judiciales de muchos países y se han convertido en un tema de discusión en la ciencia penal estatal. En el derecho penal canónico, sin embargo, apenas se ha suscitado una reflexión sobre este aspecto, a pesar de que la diversidad cultural es una realidad patente en la Iglesia católica, que está extendida por cientos de países.

Es el momento de preguntarse si en el ámbito del derecho penal canónico es posible dar relevancia jurídica a la diversidad cultural como un elemento que exima o atenúe la pena en la comisión de un delito. Y esta respuesta sólo puede abordarse desde el fundamento teológico del propio derecho canónico. En este momento, nos limitamos a exponer unas líneas generales —que sin duda habrá que profundizar— que justifiquen la consideración de la motivación cultural para la atenuación de la pena.

La Iglesia es —en cuanto sociedad humana— una institución multicultural. Desde sus comienzos, el mensaje cristiano se ha visto en la necesidad de inculturarse y expresarse en lenguajes y culturas diferentes. En la comunidad primitiva ya existían creyentes de cultura hebrea y de cultura griega que tuvieron que armonizar sus costumbres para convivir pacíficamente bajo una fe común. A pesar de las dificultades puntuales

⁴¹ Cf. De Maglie, 161-163.

en la convivencia (cf. Hch 6,1-7), pronto se asume que el evangelio es una oferta de salvación para todos los hombres, que debe encarnarse en cada lugar, en cada tiempo y en cada pueblo (cf. Hch 2,5-11). Por eso, las culturas están llamadas a un entendimiento superior, porque como dirá lapidariamente san Pablo: «Ya no hay judío ni griego, esclavo ni libre, hombre ni mujer, sino que todos sois uno solo en Cristo Jesús» (Gal 3,38).

En el pensamiento eclesiológico contemporáneo se ha reflexionado sobre la relación entre el evangelio y la cultura y el reto que supone el anuncio del mensaje cristiano en otras culturas o «nuevas Iglesias». Así, el Concilio Vaticano II explica que «todos los hombres están llamados a formar parte del nuevo pueblo de Dios» y que

«[...] como el reino de Cristo no es de este mundo (cfr. Jn 18,36), la Iglesia o el Pueblo de Dios, introduciendo este reino, no disminuye el bien temporal de ningún pueblo; antes, al contrario, *fomenta y asume*, y al asumirlas, las *purifica, fortalece y eleva* todas las capacidades y riquezas y costumbres de los pueblos en lo que tienen de bueno»⁴².

Se expone así la relación dinámica entre el evangelio y la cultura. Por un lado, se tiene que dar un proceso de inculturación a través del cual se logre «introducir la fuerza del evangelio en lo más íntimo de la cultura humana» ya que, si esto faltara, el hombre no sería alcanzado verdaderamente por el mensaje de salvación⁴³. Pero, al mismo tiempo, el evangelio está llamado a ser instancia crítica que sirva de purificación para ciertos elementos culturales negativos⁴⁴.

El fundamento teológico de la inculturación se encuentra en la diversidad de los seres creados que proviene de la intención de Dios Creador, deseoso de que esta multitud diversificada ilustre más los innumerables aspectos de su bondad⁴⁵. En este sentido, el evangelio tiene un valor

⁴² Concilio Vaticano II. «Lumen Gentium, 13». *Acta Apostolica Sedis* 57 (1965): 17. La cursiva es nuestra.

⁴³ Juan Pablo II. «*Catechesi tradendae* (16 de octubre de 1979)». *Acta Apostolicae Sedis* 71 (1979): 1320.

⁴⁴ «En la evangelización de las culturas y la inculturación del Evangelio se produce un misterioso intercambio: por una parte, el evangelio revela a cada cultura y libera en ella la verdad última de los valores de que es portadora; por otra, cada cultura expresa el Evangelio de manera original y manifiesta nuevos aspectos de él». Comisión teológica internacional. *Temas selectos de eclesiología*, 1984, 4, 2.

⁴⁵ Cf. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*. I, q.47, a.1: *Textum Leoninum Romae*, 1889, 4, 485-486.

transcultural. Y aunque las culturas son diversas, la condición humana es una; por lo que, el entendimiento entre las culturas no sólo es posible sino necesario.

7. INSTRUMENTOS NORMATIVOS PARA CANALIZAR LA DIFERENCIA CULTURAL. ANÁLISIS DE LAS POSIBLES SOLUCIONES CANÓNICAS

Después de haber apuntado las líneas de fundamentación para una consideración de la atenuante cultural en el derecho canónico, vamos a centrarnos, en esta última parte, en el estudio propiamente de los instrumentos jurídicos con los que puede llevarse a cabo.

El derecho canónico no dispone de ningún precepto específico que recoja las motivaciones culturales. No obstante, es importante plantearse si este tipo de comportamientos, tal como los hemos definido, pueden tener algún tipo de exención o atenuación de la pena.

7.1. CARENCIA DE USO DE RAZÓN (c. 1322 Y c. 1323. 6º)

Es pacífico en la doctrina canónica afirmar que quien carece de uso de la razón no tiene capacidad para cometer un delito, porque no ejerce una de las dos facultades —la propia razón y la voluntad— que están en la base del actuar humano. Se entiende que la necesidad de ejercer estas dos facultades son un requisito de derecho natural, que la doctrina considera que se deduce ya de la misma noción de delito que establece el c. 1321 §1⁴⁶. Del hecho de deducir este requisito de la misma noción de delito como acción humana, habría que concluir que, aunque no hubiese una regulación positiva adicional, si no se cumplieran las mínimas

⁴⁶ Cf. Velasio De Paolis y Davide Cito. *Le sanzioni nella Chiesa. Commento al Codice di Diritto Canonico, Libro VI. 2.ª* ed. Città del Vaticano: Urbaniana University Press, 2001, 154; Bruno Fabio Pighin. *Diritto Penale Canonico*. Venecia: Marcianum Press, 2014, 171; John A Renken. *The Penal Law of the Roman Catholic Church. Commentary on Canons 1311-1399 and 1717-1731 and Other Sources of Penal Law*. Ottawa: Faculty of Canon Law Saint Paul University, 2015, 78-79; Ángel Marzoa. “Del sujeto pasivo de las sanciones penales”. En *Comentario exegético al Código de Derecho Canonico*, coordinado por Ángel Marzoa, Jorge Miras y Rafael Rodríguez Ocaña. 2.ª ed. Vol. IV/1, 300. Barañáin (Navarra): EUNSA, 1997.

exigencias para que podamos considerar una acción como humana, no cabría hablar de delito.

La necesidad del uso de las facultades intelectivas para poner el acto humano es un principio general que proyecta distintas consecuencias jurídicas —aparte de las que se derivan de la propia definición de delito del c. 1321 §1— de modo que su carencia absoluta (c. 1323. 6^o) o su carencia habitual (c. 1322) exime de la pena, y su uso imperfecto (c. 1324 §1. 1^o) la atenúa.

La doctrina canónica no suele detenerse a considerar los requisitos para la aplicación de la eximente de carencia de uso de razón⁴⁷. Ricardo Daniel Medina, sin embargo, se pregunta expresamente si para aplicar la eximente de carencia de uso de razón es necesario que la incapacidad del sujeto tenga una base somática, si es suficiente con que afecte psicológicamente al autor en el momento de la realización de la acción o si se requieren ambos requisitos. Para responder a esta pregunta, en primer lugar, explica que la regulación de las causas de inimputabilidad fundadas en la presencia de anomalías psíquicas suele adoptar tres formulas legislativas básicas en el derecho penal secular.

La primera sería la *fórmula biológica*, que sólo tiene en cuenta la alusión a la enfermedad, el trastorno o la anomalía en cuanto realidad somática, quedando supeditada la modificación de la responsabilidad —únicamente— a la constatación de un sustrato patológico verificable. Por su parte, la *formula psicológica* fundamenta la exención de responsabilidad, prestando atención exclusivamente al hecho de que quede acreditada la anulación de las facultades psíquicas del individuo en el momento de la comisión del delito, independientemente de la causa que lo haya originado. Finalmente, la *fórmula mixta* exige para aplicar la eximente la acreditación de que existe tanto una patología psicológica en el sujeto como la afectación de esa patología en el momento de actuación de éste⁴⁸.

⁴⁷ Una excepción la constituye Bruno Fabio Pighin. Este autor señala que es importante la realización de una pericia psiquiátrica para aplicar esta eximente, pero entiende que para el derecho no merece la pena detenerse en mayores disquisiciones. «Perciò non pare il caso di soffermarci in disquisizioni sulla causa di tale incapacità (se sia di natura puramente psichica o di derivazione somatica), sulla sua origine (se si tratti di anomalia congenita o acquisita, e in che modo e per quali fattori), sulle sue manifestazioni (a livello strutturale della personalità o sul piano funzionale di essa), sulle prospettive della sua curabilità (guaribile o inguaribile)». Pighin, 170.

⁴⁸ Cf. Ricardo Daniel Medina. “Imputabilidad, eximentes, atenuantes y agravantes en los delitos sexuales de clérigos con menores”. *Anuario Argentino de Derecho Canónico* 19 (2013): 113-118.

Esta última fórmula es la más rigurosa y es la más empleada en los ordenamientos jurídicos. Es también la que consideramos más adecuada para interpretar la regulación de la carencia de uso de razón en el código (c. 1322 y c. 1323. 6º). Con esta interpretación encuentra una mejor armonización la regulación de los dos cánones. Recordemos que el c. 1322 establece que «se consideran incapaces de cometer un delito quienes carecen habitualmente de uso de razón, aunque hayan infringido una ley o precepto cuando parecían estar sanos». La doctrina mayoritaria entiende que lo que este canon viene a añadir —en relación con el principio general de que no hay acto humano si se carece de uso de razón— es una presunción *iuris et de iure* de incapacidad legal para el que habitualmente carece de uso de razón, aunque pueda en un «lúcido intervalo» actuar con capacidad natural⁴⁹. Lo cual quiere decir que, si el c. 1322 añade algo al resto de la regulación sobre la incapacidad por carencia de uso de razón (c. 1323. 6º fundamentalmente), es porque se parte de que quien carece habitualmente de uso de razón puede actuar con lúcidos intervalos y en esa situación es dudosa la imputabilidad, y para evitar confusiones con el supuesto prototípico —aquél en el cual a la carencia habitual de uso de razón se añade la afectación de las capacidades psíquicas en el intervalo de actuación— se establece esta presunción legal. La conclusión es, pues, que para aplicar la eximente de carencia de uso de razón establecida en el c. 1323. 6º —e implícitamente en el c. 1321 §1— se requiere probar tanto que se tiene una patología, como que la patología afecta al sujeto en el momento de la actuación. Mientras que para aplicar la eximente del c. 1322 se requiere acreditar únicamente la existencia de una patología que anula considerablemente la razón del sujeto.

Un segundo aspecto que debe considerarse es si dentro del ámbito de aplicación de la eximente de carencia de uso de razón sólo tienen cabida aquellos supuestos que estrictamente suponen una anulación de la razón o de la voluntad o si puede tener cabida la consideración de otras facultades de la persona que igualmente pueden afectar a la imputabilidad.

⁴⁹ Cf. Ángel Marzoa. “Del sujeto pasivo”, 305; Pighin, 171; Renken 78-79; De Paolis, 155. Angelo Giuseppe Urru. *Punire per salvare. Il sistema penale nella Chiesa*. Roma: VivereIn, 2002, 59.

La doctrina canónica apunta como notas esenciales del acto humano libre el ejercicio de las facultades volitivas e intelectivas. ¿Es ésta una forma de incluir sucintamente todos los factores que influyen en la configuración de un acto libre? O más bien ¿es un modo de decir que el acto humano y libre sólo puede ser condicionado por la razón y la voluntad y no por otras facultades humanas? En favor de una interpretación amplia se han manifestado algunos autores. Así Ángel Marzoa opina que dentro del ámbito de la carencia de uso de razón habría que abarcar «todo el *amplio campo de las incertidumbres* que, en determinados supuestos, pudieran suscitarse al tratar de verificar la existencia de la imputabilidad suficientemente grave como para proceder al castigo»⁵⁰.

Esta alusión a la consideración de otras facultades del actuar humano es oportuna. De hecho, desde el campo de la psiquiatría forense son constantes los llamamientos al mundo jurídico advirtiendo de que la regulación legal —no sólo en el mundo canónico— se ha quedado anclada en el tiempo, y la normativa utiliza una terminología médico-psiquiátrica desfasada y reñida con los hallazgos actuales de la psiquiatría y de las neurociencias⁵¹. Entre estos desfases está el hecho de considerar que el

⁵⁰ Cf. Ángel Marzoa. “Del sujeto pasivo”, 305. La cursiva es nuestra.

⁵¹ Cf. José Carlos Fuertes Rocañín. *Manual de Psiquiatría Forense para jueces y fiscales*. Cizur (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2017, 25-26. Sus reflexiones son interesantes bajo muchos puntos de vista. Una primera crítica del autor versa sobre el empleo en el mundo jurídico de una terminología médico-psiquiátrica desfasada, con el consiguiente problema para la seguridad jurídica, pues no se sabe a ciencia cierta qué enfermedades o trastornos psiquiátricos quedan incluidos en las eximentes y atenuantes. Pero la crítica afecta también a los fines de la pena y a la consideración de lo que es un enfermo mental. Además, existen todavía problemas a la hora de entender la enfermedad mental y, en ocasiones las enfermedades mentales graves coexisten con la apariencia de salud, como ocurre, por ejemplo, con los trastornos delirantes que la jurisprudencia denomina «paranoia». En estas enfermedades, los «lúcidos intervalos» son también posibles y habituales. Esta contradicción —padecer una enfermedad mental y aparentar estar sano en distintos momentos— es, sin duda, más notoria cuando hablamos de los trastornos sexuales. Dice Fuertes Rocañín: «Esta contradicción legal alcanza su máxima expresión por ejemplo ante las llamadas parafilias (alteraciones en la elección sexual), y en concreto ante una de ellas que produce una gran conmoción y repulsa en la sociedad como es la “pedofilia/pederastia” codificada en todos los sistemas de clasificación como enfermedad, donde el sujeto genéticamente tiene graves problemas para, primero modificar su deseo sexual (apetencia sexual hacia impúberes), y segundo, para controlar su impulso sexual (evitar el paso al acto y realizar la conducta sexual)». *Ibid.*, 28.

actuar humano sólo está condicionado por el entendimiento y la voluntad. En este sentido, el psiquiatra forense José Carlos Fuertes Rocañín invita a superar esta concepción porque forma parte del acervo científico contemporáneo de la psiquiatría que «se deben considerar otras funciones psíquicas (memoria, impulsos, atención, emociones, la sensopercepción, la orientación) que pueden influir en las bases psicobiológicas de la imputabilidad»⁵².

En conclusión, pensamos que, aunque el c. 1323. 6º alude únicamente a la carencia de uso de *razón*, y en el c. 1321 §1 se interprete por la doctrina mayoritaria que se alude a la *razón* y la *voluntad*, el sentido general del canon es la inclusión de todas las facultades que influyen en la configuración de un acto como humano y, en consecuencia, supongan una merma de la imputabilidad. Esta solución entronca con la argumentación de De Paolis sobre el sentido que tienen las circunstancias del delito. Éstas tienen como fin básico modular el grado de responsabilidad del sujeto. Es más, enfatiza que —si se quiere guardar el principio de proporcionalidad— habrá que tener en cuenta en la determinación de la pena «*cualquier circunstancia* que determine una variación de la grave imputabilidad jurídica y, por tanto, de la responsabilidad penal»⁵³. Por lo tanto, pensamos, que es posible considerar dentro de esta causa de inimputabilidad legal otras perturbaciones, trastornos y enfermedades —además de las que tienen estrictamente hablando un fundamento en la afectación a la facultad intelectual—.

Después de explicar el entendimiento que tenemos de la eximente de carencia de uso de razón, estamos en condiciones de responder a la pregunta de si tiene cabida la consideración de los delitos culturalmente motivados dentro de ella.

Como hemos dicho que para la aplicación de la eximente de carencia de uso razón —sea por vía del c. 1322 o por vía del c. 1323. 6º— se requiere la constatación de la existencia de una patología psiquiátrica, no parece que encuentre encaje aquí una eximente de tipo cultural⁵⁴. Lo

⁵² Ibid., 26.

⁵³ De Paolis, 156. La cursiva es nuestra.

⁵⁴ La diferencia entre el c. 1323. 6º y el c. 1322 radica en que mientras que ésta se aplica a situaciones de carencia *habitual* de uso de la razón, aquélla se ocupa de las situaciones de pérdida *temporal* del uso de la razón por causa de alguna perturbación mental transitoria. Así lo interpreta unánimemente la doctrina. Cf. Pighin, 177; Renken, 83, nota 36; De Paolis, 155; Ángel Marzoa, “Del sujeto pasivo”, 313-314.

contrario sería considerar a los sujetos que realizan este tipo de delitos culturalmente motivados como perturbados mentales. Las groseras implicaciones de este argumento han sido puestas de manifiesto por penalistas y criminólogos, ya que la identificación de diversidad cultural con enfermedad mental proyecta un juicio negativo sobre la cultura del grupo étnico al que pertenece el sujeto activo⁵⁵ y supone «el reflejo de una visión etnocéntrica sobre quienes son diferentes»⁵⁶.

Tampoco pensamos que la motivación cultural pueda encontrar encaje en una interpretación amplia del c. 1321 §1 en relación con la capacidad volitiva e intelectual del agente —como proponemos en este trabajo— en la que tengan cabida otras interpretaciones de exclusión de la imputabilidad basadas en la alteración de la percepción o de otras facultades humanas⁵⁷. La razón es la misma que se acaba de exponer: en los casos de conflicto cultural falta la base biológica u orgánica, que constituye un elemento necesario para la aplicación de la norma.

⁵⁵ Cf. De Maglie, 238-239. En esta misma línea de pensamiento, el penalista argentino Zaffaroni ha señalado que esta forma de entender las cosas podría llevar a sostener la absurda teoría de que otras realidades culturales, o los indígenas, son inimputables y, por tanto, peligrosos. Cf. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Derecho Penal Parte General*. 2.^a ed. Buenos Aires: Ediar, 2006, 581. Sobre esta misma problemática versa la sentencia del Tribunal Constitucional colombiano que resolvió un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 33 del Código Penal de este país, que dice: «Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender la ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por diversidad cultural». El recurso consideraba anticonstitucional que el Código Penal considere inimputable a un sujeto por razón de sus diferencias culturales. El Tribunal declaró la constitucionalidad del artículo siempre que se entendiera, que la inimputabilidad no se derivaba de una incapacidad, sino de una cosmovisión diferente, y que en los casos en los que el sujeto no comprendiera la ilicitud por sus condicionantes culturales la sentencia debía ser de absolución y no de declaración de inimputabilidad del sujeto. Cf. Inés Olaizola Nogales, “La relevancia de la motivación cultural”, 17. De aquí tomo la referencia de la sentencia: TC de Colombia 370/02, de 14 de mayo de 2002.

⁵⁶ Cisneros Ávila, 265.

⁵⁷ De la misma opinión, para los ordenamientos estatales que contemplan una eximente por alteración de la percepción. Cf. Cisneros Ávila, 265-266; De Maglie, 238-241. En otro sentido se posiciona Olaizola que entiende que la alteración de la percepción motivada por tener una cultura diferente puede llevar a una situación de incomunicación que lleve, en último término, a tener una comprensión gravemente distorsionada de la realidad. Cf. Inés Olaizola Nogales, “La relevancia de la motivación cultural”, 17-22.

7.2. ATENUANTE DE USO IMPERFECTO DE RAZÓN (c. 1324 §1. 1º)

Hemos rechazado la aplicación a los supuestos de delitos culturalmente motivados de las causas de inimputabilidad por carencia habitual o temporal de uso de la razón, porque en estos supuestos no hay un condicionante biológico o patológico que permita la aplicación de esas causas de inimputabilidad. Ahora bien, esto no quiere decir que no quepa dar relevancia de algún modo a la modificación de la conducta motivada por el condicionante cultural.

En determinados supuestos, como en el caso Kimura, podría hablarse de una alteración de la percepción sin base patológica; en una situación de conflicto motivacional que —sin anular la capacidad de motivación de la persona— la condiciona⁵⁸. Para estos casos en los que se da una percepción de la realidad o unos modos de conducta condicionados culturalmente, en los que no hay una base patológica que lo motive, pensamos que es posible la aplicación de la atenuante de «uso imperfecto de razón» (c. 1324 §1. 1º). La doctrina entiende que la atenuante de «uso imperfecto de razón» supone un supuesto intermedio entre la inimputabilidad y la capacidad plena. Por eso no es infrecuente que se la denomine atenuante de «semienfermedad mental». En la interpretación que de ella hace Bruno F. Pighin señala que esta situación de responsabilidad atenuada puede estar provocada por diversos factores e incluye expresamente entre ellos las fobias de carácter social, las depresiones o los trastornos obsesivos⁵⁹. Y también suele señalarse el consumo de alcohol y de sustancias psicotrópicas y estupefacientes como posibles circunstancias que permiten la aplicación de la atenuante⁶⁰.

Por lo tanto, en esta atenuante la doctrina recoge supuestos varios de afectación de la imputabilidad de diverso tipo que no requieren de la existencia de una base orgánica-patológica, lo que entendemos que permite su aplicación para atenuar aquellos supuestos en los que se dan delitos culturalmente motivados.

⁵⁸ Cf. Nieves Sanz Mulas, *Delitos culturalmente motivados*, 100; De Maglie, 238.

⁵⁹ Cf. Pighin, 84.

⁶⁰ Cf. Antonio Calabrese. *Diritto penale canonico*. 2.^a ed. Città del Vaticano: Librería Editrice Vaticana, 1996, 69; Pighin, 84.

7.3. AUSENCIA DE DOLO

En los supuestos de delitos culturalmente motivados que hemos expuesto, en unas ocasiones los sujetos al haber sido educados en unos valores diferentes no se representan la posibilidad de que su conducta está prohibida (caso Moua, caso del esquimal o caso Kargar, por ejemplo); y otras veces, aunque conocen que su conducta está prohibida, —incluso penalmente— actúan sin comprender el daño que la infracción de esa norma supone (casos de ablación del clítoris, casos de tráfico de drogas con fines terapéuticos, caso Kimura, utilización de menores para la mendicidad, etc.). En esta última situación, las personas viven un conflicto entre la motivación que es causada por la norma cultural y la motivación derivada de la norma jurídica. Y esto significa, por un lado, que si existe un conflicto motivacional es porque existe un conocimiento de la norma. Pero el conflicto motivacional también descubre que la situación es diferente de aquella que está en la base de la comprensión tradicional del error de prohibición, en la que el sujeto no ha podido ser motivado en su actuación por la norma, simplemente porque la desconoce⁶¹.

Atendiendo a estas premisas, el penalista argentino Eugenio Zaffaroni entiende que en los supuestos de los delitos culturalmente motivados concurre un «error culturalmente condicionado». Este tipo de error no se fundamentaría en el *desconocimiento* de la norma sino en su *falta de comprensión*. Según este autor, para afirmar la culpabilidad (imputabilidad) de un sujeto es necesario que éste haya tenido la oportunidad de interiorizar los valores que fundamentan el reproche jurídico en un grado razonablemente exigible. En caso contrario, nos encontraríamos en un supuesto de *error de comprensión*. Para Zaffaroni el principio de culpabilidad quedaría vacío de todo contenido si se entendiese que cualquier ser humano que conoce la antijuridicidad de su conducta está en condiciones de comprenderla. El «error culturalmente condicionado» es una variedad de error de comprensión, en concreto, se daría cuando el sujeto conoce la norma, pero no la puede *internalizar* por razones culturales⁶².

⁶¹ Cf. Nieves Sanz Mulas, *Delitos culturalmente motivados*, 105.

⁶² Zaffaroni entiende que: «Este supuesto tiene lugar, principalmente, cuando la dificultad para la comprensión está condicionada culturalmente: cuando el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no la puede internalizar por razones culturales; por regla general no se le puede reprochar esa falta de internalización (comprensión)». Zaffaroni, 581.

Las razones del penalista argentino nos parecen convincentes. No obstante, para poder acoger esta interpretación en el Derecho canónico hay que realizar una precisión previa de carácter sistemático, apuntando las diferencias entre la dogmática penal que utiliza Zaffaroni y la que se sigue habitualmente en el Derecho penal canónico. Zaffaroni realiza su propuesta desde la concepción del sistema penal mayoritario en Alemania —y otros países— que desdobra los elementos del dolo ubicándolos en dos categorías sistemáticas diversas. El contenido del dolo se divide, por un lado, en el aspecto del conocimiento de lo que se está haciendo al ejecutar la acción (dolo típico) que se analiza en la tipicidad y, por otro, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta (la conciencia de antijuridicidad) que se ubica en la culpabilidad. La exclusión del primer elemento daría lugar al error de tipo y la exclusión del segundo al error de prohibición. Y, dentro del error de prohibición incluye tanto la estricta ignorancia de la existencia de una ley, como la ignorancia de la antijuridicidad de la conducta. Este segundo elemento del error de prohibición —la conciencia de la antijuridicidad de la conducta— ha recibido distintos nombres en la doctrina, tales como «error sobre el injusto material de la conducta», «error sobre el desvalor del hecho» o «error sobre la ofensividad de la conducta»⁶³. Es aquí donde se ubicaría el «error culturalmente condicionado».

Sin embargo, en el derecho penal canónico se sigue una sistemática más semejante a la italiana, que considera conjuntamente estos dos aspectos del dolo sin escindirlos y los ubica dentro del denominado *elemento subjetivo* del delito⁶⁴. Por lo tanto, lo que en la concepción de Zaffaroni encuentra una solución en la categoría del error de prohibición como categoría de la culpabilidad, en el derecho canónico la solución se incardinaría en la falta de un aspecto del dolo, ubicado en el *elemento subjetivo*. Lo expresa De Paolis diciendo:

«Es oportuno subrayar en este punto que la conciencia, entendida como elemento intelectual del dolo, se realiza no sólo con el *scire leges*, sino también con el conocimiento o la conciencia *in actu exercitu* —es

⁶³ Cf. Nieves Sanz Mulas, *Delitos culturalmente motivados*, 106; De Maglie, 247.

⁶⁴ Para una comprensión de las diferencias sistemáticas entre distintos ordenamientos jurídicos, puede consultarse. Emiliano Borja Jiménez. “Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría del delito en Alemania, Italia y España”. *Nuevo Foro Penal* 59 (1993): 24-72.

decir, en la advertencia, por usar un término propio de la teología moral— de aquello que se está haciendo y de los efectos antijurídicos de la propia conducta ilícita»⁶⁵.

Esto mismo lo explica Bruno F. Pighin con un ejemplo. Dice que no es lo mismo el caso en que un fiel laico ignora que una cosa utilizada por él para uso profano en realidad sea *sacra*, del supuesto en que el fiel conoce que la cosa es *sacra*, pero ignora que existe una sanción por su utilización profana. En el primer caso la ausencia de sanción vendría motivada por la falta de existencia del dolo (1321 §1) en la comisión del delito de profanación de cosa sacra (c. 1376); mientras que, en el segundo caso, la exención se fundamentaría en la eximente de ignorancia de estar infringiendo una ley regulada en el c. 1323. 2^o⁶⁶. Vemos que la falta de percepción de la ofensividad de la conducta que se da en los delitos culturalmente motivados se asemeja a los casos de ausencia de dolo por inadvertencia del efecto antijurídico de la propia conducta, por falta de lo que De Paolis denomina «conocimiento o conciencia *in actu exercitu*».

Además de esta diferente distribución de los elementos del dolo, existe una forma diversa de tratar las consecuencias de la exclusión de éste. Mientras que, en la dogmática alemana mayoritaria, por ejemplo, aparece una regulación expresa de los efectos del error de tipo, por un lado, y del error de prohibición, por otro, en el derecho canónico existe un solapamiento en la regulación.

Por un lado, el c. 1321 §1 establece que «nadie puede ser castigado, a no ser que la violación externa de una ley o precepto que ha cometido le sea gravemente imputable por dolo o culpa». Estrictamente de este canon cabría deducir que siempre que no haya dolo —y la modalidad culposa de delito no tenga asociada una pena— no hay imputabilidad grave y, en consecuencia, tampoco sanción. Y esto puede darse tanto porque falta el elemento del dolo que se refiere al *scire leges*, como al elemento del dolo que se refiere a la conciencia del *in actu exercitu*. No obstante —y a pesar de tener esa comprensión del dolo que integra estos dos elementos— el Código establece únicamente la eximente del canon 1323. 2^o para eximir de pena en el caso de ignorancia de la ley. Sin embargo, no se regula una

⁶⁵ Cf. De Paolis, 140. La traducción del italiano es nuestra.

⁶⁶ Cf. Pighin, 173. En un momento de su exposición el autor dice que el primer supuesto es reconducible al c. 1324 §1. 2^o, pero del contexto debe deducirse que es un error y que se refiere al c. 1323. 2^o.

eximente similar en caso de que no exista el dolo por desconocimiento de este segundo elemento (la advertencia de lo que se está ejecutando, el conocimiento de los elementos del tipo).

En esta situación, se plantea la pregunta: ¿es necesaria una previsión normativa semejante a la del c. 1323. 2º para entender que no hay pena en caso de inadvertencia o de desconocimiento de los elementos del tipo? O, por el contrario, ¿supone el c. 1323. 2º una redundancia del c. 1321 §1? O, más bien ¿hay que entender que el c. 1323. 2º permite eximir de la pena en caso de que falte cualquiera de los aspectos que excluye el dolo?

Para dar respuesta a este problema interpretativo —y sea cual sea el camino que se siga— es clara una cosa: si en la definición del dolo se integra como elemento sustancial el conocimiento de que lo que se está haciendo es contrario a la norma, entonces, y *a sensu contrario*, hay que postular que la exclusión de ese conocimiento —bien sea por error, por inadvertencia o por ignorancia— implica necesariamente la exención de la pena. Otra cosa será, saber cuál es el fundamento positivo de esa exención. Y bien sea afirmando que eso se deduce del sentido que se da al c. 1323. 2º, o bien sea afirmando que la exclusión se funda en la inexistencia de dolo (c. 1321 §1); lo que está claro es que, por alguno de estos dos motivos, la falta de conocimiento de que el propio comportamiento va contra la norma supondrá la exención de la pena.

En resumen, la existencia de un error de comprensión en el sentido postulado por Zaffaroni encuentra su traslación sistemática en el derecho penal canónico en uno de los aspectos del contenido del dolo. Como el dolo es esencial para que exista asociada una pena a un delito —a no ser que la ley o el precepto dispongan una pena para el delito culposo (c. 1321 § 2)—, si falta algún elemento del dolo no puede haber pena. La duda se plantea a la hora de conocer qué norma concreta se debe aplicar para hacer valer este principio básico del derecho canónico. Existen dos opciones, bien optar por una comprensión amplia del c. 1323. 2º, entendiendo la ignorancia de que se «estaba infringiendo una ley» más allá del simple conocimiento de la ley; o bien, optar por una comprensión amplia del contenido del dolo y excluir la pena porque no se dan los requisitos del c. 1321 §1. Pero, lo que no parece oportuno es realizar —al mismo tiempo— una comprensión restrictiva de los dos cánones.

Un motivo adicional para defender que dentro del dolo puede ubicarse la solución para eximir de pena por la comisión de un delito culturalmente motivado se encuentra en la inclusión de la conciencia de la lesividad de

la conducta como una parte esencial de la definición de delito. En la comprensión canónica se entiende que para que haya un delito no basta con que la conducta trasgreda la norma penal, o sea una simple violación de la norma positivizada. Consecuencia de la visión iusnaturalista del delito es la consideración de que en la acción criminal debe darse una nota de lesividad —la lesión de un bien jurídico o su puesta en peligro—. Este elemento de lesividad la doctrina lo identifica con la «antieclesialidad» del acto⁶⁷.

Por lo tanto, si la lesividad es una nota definitoria objetiva del delito, el dolo —que supone el conocimiento de obrar delictivamente— debe incluir también en su contenido la conciencia de esa lesividad. Y, en consecuencia, la ignorancia —que excluye el dolo— se dará también cuando el autor no comprenda la lesividad de su conducta. Por este motivo, nos decantamos por considerar que los delitos culturalmente motivados encuentran en el c. 1321 §1 el mejor encaje para eximir de pena en caso de que en el delito culturalmente motivado se dé una falta de comprensión de la norma en el sentido apuntado por Zaffaroni.

7.4. ATENUANTE DE OBRAR SIN PLENA IMPUTABILIDAD (c. 1324 §1. 10º) Y LA ATENUANTE DEL C. 1324 §2

Otra alternativa posible para dar relevancia a los delitos culturalmente motivados es a través de la atenuante del c. 1324 §1. 10º. La atenuante de obrar sin plena imputabilidad —en palabras de De Paolis— recoge todas las otras atenuantes y las incluye⁶⁸. La doctrina mayoritaria entiende que esta atenuante se aplica a numerosas hipótesis distintas a las que aparecen taxativamente elencadas en el resto del c. 1324 §1, siempre que la imputabilidad siga siendo grave⁶⁹.

⁶⁷ Los comentaristas suelen identificar el elemento de dañosidad a la Iglesia dentro de los elementos objetivos del delito. Cf. William H. Woestman. *Ecclesiastical sanctions and the penal process: a commentary of the Code of Canon law*. Ottawa: Faculty of Canon Law, Saint Paul University, 2003, 24; Raffaele Botta. *La norma penale nel diritto della Chiesa*. Bologna: Il Mulino, 2001, 132; Marzoa, 294-295. Por el contrario, Velasio De Paolis habla de dañosidad social del delito cuando explica el elemento subjetivo del delito. En concreto, cuando explica en qué consiste la gravedad de la imputación subjetiva recurre al criterio de dañosidad social como criterio modulador para calibrar la peligrosidad del acto. Cf. De Paolis, 97.

⁶⁸ Cf. De Paolis, 161.

⁶⁹ Cf. Pighin, 183.

También sería posible atenuar la pena en un delito culturalmente motivado a tenor del c. 1324 §2. Esta atenuante es de aplicación discrecional, a diferencia de las enumeradas en el c. 1324 §1, que son obligatorias. No requiere que se incida directamente en la imputabilidad moral y jurídica del sujeto, sino que puede afectar a otras circunstancias, como el arrepentimiento del reo, la reparación del escándalo o la nimiedad del daño causado, etc.⁷⁰.

8. CONCLUSIÓN

De todos los casos que se han expuesto en el presente artículo se deduce el profundo influjo que la motivación cultural puede tener en el comportamiento de las personas, también en el delictivo. Además, las políticas criminales sensibles a la diversidad cultural y a la integración de los migrantes ofrecen razones para considerar la cultura una circunstancia que debería ser tenida en cuenta a la hora de eximir o atenuar la responsabilidad penal.

La jurisprudencia y la doctrina penal secular han ido perfilando los contornos de la institución jurídico-penal que podría conceder relevancia en el derecho penal positivo a esta circunstancia: los delitos culturalmente motivados.

Considerando que la Iglesia católica es una institución multicultural extendida por cientos de países y que la inculturación del evangelio es una importante clave eclesiológica, pueden encontrarse motivos suficientes para legitimar el empleo de la eximente cultural en el derecho penal canónico. Por eso, es interesante recoger el bagaje de reflexión jurídica en el ámbito secular sobre los delitos culturalmente motivados y enriquecer la reflexión en el derecho penal canónico. Ahora bien, esta trasposición no puede hacerse de manera mimética, utilizando las categorías jurídicas que se emplean en otros ordenamientos, sino tratando de buscar acomodo dentro de las categorías propias del derecho penal canónico.

En este trabajo se ha realizado un análisis de las instituciones penales en las que podría encajar una solución. Se ha desechado la posibilidad de aplicar la eximente de carencia de uso de razón habitual (c. 1322) o temporal (c. 1323. 6º) porque entendemos que estas eximentes requieren la constatación de una patología de carácter somático, que no se da en los

⁷⁰ Cf. De Paolis, 161; Renken, 86; Pighin, 183.

delitos culturalmente motivados. Sin embargo, pensamos que sería posible una solución dentro de la eximente por exclusión del dolo en el sentido apuntado de falta de *comprensión* de la norma o de la lesividad de la conducta; y, también como atenuante de obrar sin plena imputabilidad (c. 1324 §1. 10º) o a través de las amplias posibilidades atenuatorias que se derivan del c. 1324 §2. No obstante, y en favor de la seguridad jurídica, sería deseable contar con una atenuante específica de tipo cultural dentro del ordenamiento penal canónico.

Finalmente, damos solución al caso que planteábamos en el ejemplo inicial de este artículo. Allí nos preguntábamos si era posible dar una solución jurídica diferenciada para el sacerdote español y para el australiano atendiendo únicamente a la diferente percepción del torso desnudo en base a la cultura de uno y otro.

En primer lugar, parece claro que hay una diferente percepción del significado sexual del torso desnudo en uno y otro lugar, porque existiendo tanto en España como en Australia una normativa que penaliza la posesión y difusión de pornografía infantil, en un sitio las fotografías no suponen problema alguno para más de 60 000 personas y, en otro, antes incluso de la apertura de la exposición, se efectúa una intervención policial.

Este caso guarda bastante semejanza con varios de los casos que hemos expuesto como paradigmáticos de delitos culturalmente motivados. Por un lado, se asemeja al caso de Mohammad Kargar y al caso del esquimal. En todos ellos la conducta realizada carece para los autores de una significación sexual por razón de su condición cultural. Por otro lado, el caso de la exposición de los torsos desnudos se asemeja también a todos aquellos casos en los que hay un desconocimiento acerca de la lesividad de la conducta (como por ejemplo los casos de no escolarización de menores en la cultura *rom*, o las prácticas de relaciones sexuales a temprana edad en algunos contextos latinoamericanos o el caso *Moua*).

Por lo tanto, el caso viene a encajar en aquellos supuestos de delitos culturalmente motivados en lo que los sujetos, al haber sido educados en unos valores diferentes, no se representan la posibilidad de que su conducta está prohibida. Se daría pues lo que Zaffaroni denomina una *falta de comprensión* de la norma, no un *desconocimiento* de la norma. El sacerdote español, en este caso, probablemente conozca que existe una norma canónica que prohíbe la adquisición, posesión y divulgación de imágenes pornográficas de menores (o debería saberlo), pero por razones culturales no ha interiorizado los valores que fundamentan el reproche jurídico en un grado razonablemente exigible para considerar pornográfico el torso

desnudo de un menor. Y este tipo de supuestos en los que se da un error de comprensión de los que habla Zaffaroni, según hemos razonado en este trabajo, encuentra su traslación sistemática en el Derecho penal canónico en uno de los aspectos del contenido del dolo.

En conclusión, pensamos que es posible dar una solución jurídica diferenciada para uno y otro sacerdote acusados atendiendo únicamente a la diferente percepción del torso desnudo en las culturas desde cuyo marco de comprensión actúan.

Obsérvese, que en este artículo se parte siempre de la hipótesis de que las representaciones del torso desnudo de los menores son en sí mismas delictivas, circunstancia que merece un análisis en sí mismo. Nuestra pretensión, sin embargo, no es resolver si esa representación puede considerarse pornográfica; sino, partiendo de la hipótesis de que son pornográficas, justificar que caben soluciones penales diferenciadas atendiendo a la motivación cultural del autor.

REFERENCIAS

- Amnistía Internacional. *La mutilación genital femenina y los Derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas de iniciación*. Madrid: Amnistía Internacional (EDAI), 1998. <http://amnistiainternacional.org/publicaciones/12-refugiados-los-derechos-humanos-no-tienen-fronteras.html>
- Basile, Fabio. “Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati”. *Política Criminal* 6, n.º 12 (2011): 339-386. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992011000200004>
- Borja Jiménez, Emiliano. “Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría del delito en Alemania, Italia y España”. *Nuevo Foro Penal* 59 (1993): 24-72.
- Botta, Raffaele. *La norma penale nel diritto della Chiesa*. Bolonia: Il Mulino, 2001.
- Calabrese, Antonio. *Diritto penale canonico*. 2.ª ed. Città del Vaticano: Librería Editrice Vaticana, 1996.
- Cazzulino, Michelle y Kara Lawrence. “Bill Henson breaks silence over nude children photos”. *The Daily Telegraph*, 6 de junio de 2008. <https://www.dailytelegraph.com.au/nude-artist-henson-speaks-out/news-story/9da7c58352c3668f5d69653781a08f6d>

- Cisneros Ávila, Fátima. *Derecho penal y diversidad cultural. Bases para un diálogo intercultural*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- De Maglie, Cristina. *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- De Paolis, Velasio y Davide Cito. *Le sanzioni nella Chiesa. Commento al Codice di Diritto Canonico, Libro VI*. 2.^a ed. Città del Vaticano: Urbaniana University Press, 2001.
- Fateh-Moghadam, Bijan. "Criminalizing male circumcision? Case Note: Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012, núm. 151 NS 169/11". *German Law Journal* 13, n.º 9 (2012): 1131-1145. <https://doi.org/10.1017/S2071832200018083>
- Fuertes Rocañín, José Carlos. *Manual de Psiquiatría Forense para jueces y fiscales*. Cizur (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. "Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva". En *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, coordinado por Francisco Javier Álvarez García, Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares, Pilar Gómez Pavón, Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Amparo Martínez Guerra, 95-116. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- Gómez, F. "¿Arte o pornografía infantil?". Norte de Castilla, 24 de mayo de 2008. <https://www.elnortedecastilla.es/20080524/vida/arte-pornografia-infantil-20080524.html>
- Juan Pablo II. "Catechesi tradendae (16 de octubre de 1979)". *Acta Apostolicae Sedis* 71 (1979): 1277-1340.
- Kroslák, Daniel. "Honor Killings and Cultural Defense (with a Special Focus on Germany)". *Islamic Law and Law of the Muslim World* n.º 09-71 (2009).
- Kymlicka, Will. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1996.
- Martínez Rossi, Sandra. *La piel como superficie simbólica. Proceso de transculturación en el arte contemporáneo*. Facultad de Bellas Artes, Universidad de Granada, 2008.
- Marzoa, Ángel. "Del sujeto pasivo de las sanciones penales". En *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, coordinado por Ángel Marzoa, Jorge Miras, y Rafael Rodríguez Ocaña. 2.^a ed. Vol. IV/1, 282-351. Barañáin (Navarra): EUNSA, 1997.
- McDonald, Elisabeth. "Circumcision and the criminal law: the challenge for a multicultural state". *New Zealand Universities Law Review* 21, n.º 2 (2004): 233-267.

- Medina, Ricardo Daniel. "Imputabilidad, eximentes, atenuantes y agravantes en los delitos sexuales de clérigos con menores". *Anuario Argentino de Derecho Canónico* 19 (2013): 109-155.
- Motilla, Agustín. "Las circuncisiones rituales de menores: ¿Acto contra la integridad física? Perspectiva civil y penal". *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 34 (2018): 173-199.
- Olaizola Nogales, Inés. "La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 20, n.º 03 (2018).
- Parekh, Bhiku. *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*. Tres Cantos (Madrid): Editorial Istmo, 2005.
- Pighin, Bruno Fabio. *Diritto Penale Canonico*. Venecia: Marcianum Press, 2014.
- Renken, John A. *The Penal Law of the Roman Catholic Church. Commentary on Canons 1311-1399 and 1717-1731 and Other Sources of Penal Law*. Ottawa: Faculty of Canon Law Saint Paul University, 2015.
- Sanz Mulas, Nieves. "Diversidad cultural y Política Criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 16-11 (2014).
- Sanz Mulas, Nieves. *Delitos culturalmente motivados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Silva Sánchez, Jesús María. "Circuncisión infantil". Editorial. *In Dret Penal* 1 (2013): 1-5.
- Tomás de Aquino. *Summa Theologiae*. Textum Leoninum Romae, 1889.
- Urru, Angelo Giuseppe. *Punire per salvare. Il sistema penale nella Chiesa*. Roma: VivereIn, 2002.
- Van Broeck, Jeroen. "Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)". *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 9, n.º 1 (2001): 1-32. <https://doi.org/10.1163/15718170120519282>
- Wikipedia. "Edad de consentimiento sexual". Fecha de última modificación. 21 de febrero de 2021. Consultado el 22 de febrero de 2021. https://es.wikipedia.org/wiki/Edad_de_consentimiento_sexual
- Woestman, William H. *Ecclesiastical sanctions and the penal process: a commentary of the Code of Canon law*. Ottawa: Faculty of Canon Law, Saint Paul University, 2003.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Derecho Penal Parte General*. 2.ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2006.