



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Delitos culturales

Trabajo de Fin de Grado

Presentado por:

Ángela Conejero Tarancón

Tutelado por:

Tomás Montero Hernanz

Valladolid, 7 de julio de 2021

ÍNDICE

1. LA GLOBALIZACIÓN Y LA INMIGRACIÓN	7
1.1. INTRODUCCIÓN	7
1.2. MODELOS DE GESTIÓN CULTURAL	9
1.2.1. Ideas generales	9
1.2.2. Los modelos de gestión de la diversidad: segregacionistas, asimilacionista y multiculturalista	11
1.3. COLISIÓN DE INTERESES: EL DERECHO A LA CULTURA Y A LA IDENTIDAD CULTURAL Y LA PROTECCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	17
1.3.1. Derecho a la identidad cultural y su sustento en normas internacionales.	17
1.3.2. Protección de los derechos humanos, el orden público y los valores constitucionales.....	24
2. EL DELITO CULTURALMENTE MOTIVADO	28
2.1. CONCEPTO DE DELITO CULTURAL	28
2.1.1. Definición de delito cultural	28
2.1.2. El delito cultural y el delito cometido por un motivo cultural.....	31
2.1.3. El delito cultural y la defensa cultural (cultural defense).....	34
2.2. ELEMENTOS DEL DELITO A LA LUZ DEL DELITO CULTURALMENTE MOTIVADO	37
2.2.1. Tipicidad	37
2.2.2. Antijuricidad.....	39
2.2.3. Estudio especial del elemento de culpabilidad	42

3. DELITOS CULTURALES EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL	
49	
3.1. DEBATE SOBRE LA TIPIFICACIÓN EXPRESA DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA Y LOS MATRIMONIOS FORZADOS, ¿ATAQUE AL MULTICULTURALISMO?	49
3.2. CLASES DE DELITOS CULTURALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	52
3.2.1. Mutilación genital	52
3.2.2. Matrimonios forzados	55
3.2.3. Bigamia	59
4. EXIMENTE CULTURAL ¿LEGE FERENDA?	61
5. CONCLUSIONES	64

RESUMEN

La globalización y los flujos migratorios han convertido a los estados del mundo en un conglomerado de identidades culturales que conviven entre sí. Esta pluralidad cultural produce numerosos efectos sociales, políticos, económicos y también jurídicos, particularmente en el ámbito penal. Precisamente lo que en este trabajo se pretende es abordar el fenómeno criminal motivado por razones culturales, observando las diferentes respuestas que, de manera general, la doctrina ofrece ante estos delitos y analizando las soluciones que particularmente nuestro ordenamiento jurídico ha establecido. Todo este estudio se hace desde un enfoque multiculturalista, como modelo ideal de gestión de la diversidad y en el marco de una constante pugna entre, por un lado, el derecho a la cultura y a la propia identidad cultural y, por otro lado, el derecho a la dignidad, piedra angular de los Derechos Humanos.

ABSTRACT

Globalization and migratory flows have turned the world's states into a conglomerate of cultural identities that coexist with each other. This cultural plurality has numerous social, political, economic and also legal effects, particularly in the criminal field. Precisely what this work aims to do is to address the criminal phenomenon motivated by cultural reasons, observing the different responses that, in a general way, the doctrine offers to these crimes and analyzing the solutions that our legal system has established in particular. All this study is done from a multiculturalist approach, as an ideal model of diversity management and within the framework of a constant struggle between, on the one hand, the right to culture and cultural identity and, on the other hand, the right to dignity, the cornerstone of human rights.

PALABRAS CLAVE

Identidad, cultura, delito, delito culturalmente motivado, multiculturalismo, diversidad, derechos humanos, dignidad.

KEY WORDS

Identity, cultura, crime, culturally motivated crime, multiculturalism, diversity, human rights, dignity.

1. LA GLOBALIZACIÓN Y LA INMIGRACIÓN

1.1. INTRODUCCIÓN

Es esencia del ser humano la búsqueda del conocimiento, lo cual es extensible a la exploración de nuevos territorios, por lo que los movimientos migratorios, presentes en toda la historia de la evolución humana, difícilmente pueden dejar de tener lugar. Y ello, en mayor grado en la actualidad debido al desarrollo de transportes cada vez más veloces y a la revolución digital que nos permite conectarnos con personas alejadas de nuestro territorio y generar vínculos sociales o incluso familiares que en épocas pasadas no eran tan frecuentes y, por tanto, no tenían tanto peso.

Este proceso, a escala mundial, de comunicación e interdependencia de los estados del planeta en todos los ámbitos, económicos, tecnológicos, políticos y sociales en que consiste la globalización, ha dado lugar a un continuo y creciente flujo migratorio. De manera que, por muchas fronteras que los Gobiernos traten de establecer, la presencia de extranjeros en los diferentes Estados siempre ha tenido, y siempre tendrá, lugar y además este hecho cada vez se impondrá con más fuerza en el futuro.

Por lo tanto, y en este sentido mi opinión coincide con la de OLAIZOLA NOGALES, “*no se pueden poner barreras al campo*”¹ y se debe perseguir una convivencia cultural lo más pacífica posible, lo cual no se conseguirá a través de políticas que excluyan a extranjeros y minorías culturales o los enfrenten con los nacionales del Estado en que residen.

Como veremos más adelante, esta convivencia puede llevar consigo grandes problemas, especialmente cuando en la manera de vivir y de entender la realidad colisionan valores fundamentales para las distintas culturas que ocupan un mismo territorio. Es lo que ocurre cuando las culturas son muy diferentes y se encuentran muy alejadas en cuanto a escala de valores se refiere. Precisamente, los datos² demuestran que la dirección de estos flujos migratorios confluye desde países del sur de América, África y Oriente Medio hacia

¹ Olaizola Nogales, Inés. “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2018, núm. 20-03, p 3.

²Portal de datos mundiales sobre la migración. <https://migrationdataportal.org/> [Consulta:01-04-2021]

estados europeos y norteamericanos por lo que la heterogeneidad de las identidades culturales está asegurada.

Para quienes se identifican con la cultura mayoritaria que impera en un determinado Estado, pueden suponer un problema de orden público o incluso un agravio al orden jurídico y constitucional, determinadas conductas que, para la cultura minoritaria, son ordinarias o normales, asumibles o incluso exigibles. Esto se agrava especialmente cuando las actuaciones de los sujetos tienen carácter penal y suponen una lesión hacia bienes jurídicos considerados esenciales, cuya consecuencia será la alarma social y la generación de prejuicios y estigmatización de los grupos minoritarios.

En este sentido, HUNTINGTON explica el proceso de colisión con los valores y la cultura ajena a la propia y su demonización. Este autor considera que la diferenciación cultural da lugar a la comparación, lo que provoca una valoración sobre qué cultura de las comparadas es *mejor* o *peor*. Esto, a su vez, lleva a asumir por cada grupo la superioridad de la propia cultura por encima del resto y a una competición por demostrar esta superioridad, lo que engrosa y potencia las diferencias y el enfrentamiento³. Al extranjero o al perteneciente a un grupo cultural distinto se le demoniza y se le acusa no solo desde el ámbito jurídico o penal sino también desde el moral.

De las diferencias insalvables e inconciliables surge en el extranjero el planteamiento sobre qué cultura debe priorizar, lo que da lugar al desdoblamiento identitario, el inmigrante se encuentra perdido entre la cultura y los valores que lleva consigo dentro de él y aquellos en los que debe insertarse⁴. Lo que suele ocurrir es que se ve abocado a elegir entre la integración en el grupo cultural mayoritario, dejando atrás su propia identidad cultural; o, por el contrario, mantener esta identidad sacrificando los beneficios que le reportaría la completa integración, sabiendo que no será igual al resto de personas insertas en la comunidad mayoritaria que le acoge, sino que será distinto y señalado.

Con ninguna de las dos opciones anteriores que el inmigrante, o el perteneciente a una cultura minoritaria, debe elegir sale ganando la humanidad. En el primer caso

³ Huntington, Samuel. *La nuova America. Le sfide della società multiculturale*. Milán: Garzanti editoriale, 2005, p 41.

⁴ Hidalgo Tuñón, Alberto. “La identidad cultural como factor de exclusión social”. *Eikaisia. Revista de filosofía*, 2008, núm 18, p 83.

estaríamos abocados a la homogeneización de las culturas, por lo que perdemos, por un lado, la gran riqueza del ser humano que es el patrimonio cultural que se ha ido gestando a lo largo de la evolución humana en los distintos territorios del planeta; y, por otro lado, degradamos derechos ligados a la dignidad humana, como lo es la libertad de pensamiento y de culto.

En el segundo caso, perdemos la paz social y obtenemos el proceso mencionado anteriormente que HUNTINGTON⁵ explica sobre la colisión de los valores: diferenciación, comparación, valoración, superioridad, demonización y, finalmente, enfrentamiento.

Soy consciente de que todo ello está llevado a términos absolutos y que, en la práctica, la convivencia de una pluralidad de culturas no tiene que acabar en situaciones tan extremas. Precisamente un modelo de gestión multiculturalista de la convivencia en el que se fomente la tolerancia y la búsqueda de los puntos comunes, en lugar de aquellos que colisionan, es a lo que debemos aspirar para afrontar los desafíos que la globalización y la inmigración nos imponen y nos seguirán imponiendo en el futuro.

1.2. MODELOS DE GESTIÓN CULTURAL

1.2.1. Ideas generales

La gestión de la diversidad cultural ha variado, y aún varía, según la época histórica y el territorio en que esta aparece. A continuación, analizaremos los grandes modelos de gestión, sus características, puntos positivos y deficiencias, con el fin de llegar al modelo más adecuado y beneficioso para lograr la convivencia y la paz social.

No obstante, previamente a entrar en este análisis creo necesario tener en cuenta una cuestión, que es observar la distinción entre las situaciones de conflicto que tienen lugar en relación a la cultura de minorías étnicas que se encuentran en un territorio y las situaciones de conflicto debidas a la cultura que traen consigo las personas extranjeras que llegan a un Estado diferente al de nacimiento.

⁵ Huntington, Samuel. *Ob. Cit.*, p 41.

KYMLICKA⁶, en este sentido distingue dos tipos de sociedad multicultural que explicaré y que nos sirven para distinguir estas situaciones. No obstante me gustaría matizar algo respecto de la distinción de KYMLICKA, y es que ella hace referencia a sociedades multiculturales, lo que parece llevarnos al modelo multicultural pero, en mi opinión, estos dos tipos de sociedades no solo aparecen cuando nos encontramos ante un modelo multicultural, sino que aparecen en cualquier sociedad en la que coexistan diferentes culturas y con indiferencia del modelo de gestión que se utilice.

Es decir, en cualquier lugar puede haber diversidad cultural y no solo en aquellos lugares en los que el modelo de convivencia utilizado es el multiculturalismo, bien por el hecho de que existan minorías culturales autóctonas del territorio; o bien porque existan extranjeros que llevan consigo identidades culturales diferentes.

Otra cosa será que solo con el multiculturalismo pueda observarse esta distinción con claridad porque otros modelos eliminan, neutralizan u homogeneizan las diferencias culturales, haciendo parecer que no hay diversidad de culturas, pero ello no quiere decir que no existan en estos lugares, al menos inicialmente, dicha pluralidad cultural, bien por la llegada de extranjeros al Estado, o bien porque ya existieran minorías en el propio territorio.

Retomando esta diferenciación de KYMLICKA que acabo de matizar, existen dos tipos de sociedad en la que existe diversidad cultural: aquellas en las que el pluralismo cultural lo originan los procesos de conquista y colonización, lo que lleva a que el vencedor o conquistador, someta y convierta en minoría cultural al conquistado, de tal manera que esas culturas minoritarias son, en realidad, personas autóctonas del territorio, originarias de él; y, por otra parte, las sociedades en que dicho pluralismo tiene lugar a consecuencia de la inmigración, de tal manera que esas culturas minoritarias llegan al territorio posteriormente.

Teniendo en cuenta estas dos fuentes de pluralidad cultural, bien sea por la existencia de minorías culturales propias del territorio o bien por la inmigración, podemos pasar a analizar los grandes modelos de gestión de dicha pluralidad cultural.

⁶ Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp 11 y ss.

1.2.2. Los modelos de gestión de la diversidad: segregacionistas, asimilacionista y multiculturalista

1.2.2.1. Modelo segregacionista

El modelo segregacionista lo que busca es la eliminación de los contactos de las comunidades minoritarias con el grupo social mayoritario⁷. Este grupo mayoritario ignora la existencia de la diversidad e impide la combinación cultural con otras identidades culturales y, si bien es cierto que se acepta en el país de acogida la llegada de extranjeros o la existencia de minorías étnicas autóctonas, una vez asentados se les olvida y margina.

Además, aunque existen formas menos extremas de segregacionismo, como es el caso del diferencialismo, en el cual puede llegar a promoverse el desarrollo de instituciones propias para estos grupos con el fin de que autónomamente dirijan ellos mismos su convivencia, no deja de ser una manera negativa de gestionar la diversidad. Este desarrollo paralelo de instituciones propias, en lugar de la búsqueda de espacios comunes para todos, desemboca igualmente en la guetificación y aislamiento de las minorías étnicas.

Por otro lado, el segregacionismo aparece en muchas de las sociedades que pretenden ser multiculturales aunque sea de manera limitada. Ni siquiera las ciudades más cosmopolitas del mundo escapan de tener barrios⁸ en los que se aprecia segregacionismo⁸, pensemos, por ejemplo, en el *Chinatown* de Nueva York, en el *muro Birwood* que separa a blancos y negros en Detroit⁹ o el barrio musulmán de *Molenbeek* en Bélgica.

⁷ Ruiz Vieytez, Eduardo Javier. *Juntos pero no revueltos: sobre diversidad cultural, democracia y derechos humanos*. Madrid: Maia Ediciones, 2011, p 120.

⁸ Los mapas que muestran los lugares con mayor segregación racial de EE.UU. *BBC News*, 1 de agosto de 2015. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/08/150728_eeuu_mapas_segregacion_racial_bd [Consulta:16-06-2021]

⁹ Pighi Bel, Pierina. Racismo en EE.UU.: el muro que se construyó en Detroit hace 80 años para separar un barrio blanco de uno negro (y que sigue en pie hasta hoy). *BBC News*, 30 de julio de 2020. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-53287992> [Consulta:16-06-2021].

Por su parte, en España los colectivos más segregados son el de la cultura islámica, el de países del Este europeo y el de latinoamericanos¹⁰ y entre los barrios en los que existe más segregación racial destaca El Raval de Barcelona, Agra do Orzán de A Coruña o El Príncipe en Ceuta¹¹.

A pesar de que en parte estos barrios se originan por la denominada *segregación voluntaria* o *autosegregación*, es decir, por la añoranza de la tierra natal de los extranjeros, la búsqueda de una convivencia con personas afines, que es normal que sean personas de su misma identidad cultural o nación y porque “*la religión, la lengua, la moral, las costumbres, la identidad cultural, la pertenencia a un grupo, el tipo de comercio o instalaciones para desempeñar la vida cotidiana, son factores culturales que afectan la elección de la zona para vivir*”¹², también el motivo de su origen reside en la necesidad de autoprotección o la imposición de algunos gobiernos a vivir allí a través de leyes discriminatorias como, por ejemplo, la Ley de Exclusión China de Estados Unidos que originó el asentamiento de Chinatown¹³.

Como vemos, el segregacionismo no aparece solo como modelo general de gestión de la diversidad en los estados, pudiendo hablar así de países segregacionistas como tal, sino que puede aparecer en lugares específicos como los barrios, incluso en aquellos estados cuyo modelo de gestión sea, con carácter general, multiculturalista.

El modelo segregacionista es una forma de gestionar la diversidad que podríamos denominar simple, y esto porque para llegar a él no hay que hacer nada, *simplemente* permitir que los extranjeros entren. La pasividad del estado en la no elaboración de políticas públicas que impidan la guetificación de los colectivos, junto con la ignorancia y estigmatización del grupo mayoritario hacia las identidades culturales diferentes, forman el cóctel perfecto para que la segregación tenga lugar. Como veremos, otro modelo de gestión nada recomendable como es el asimilacionismo al menos requiere una actuación por parte

¹⁰Hernández de Frutos, Teodoro y Casares García, Esther “Diferenciación socio-espacial y segregación racial en España”. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 21, 2016, p 98.

¹¹Segregación de inmigrantes en España: así se concentra la población extranjera en barrios pobres de las ciudades. *Eldiario.es*, 29 de enero de 2020. https://www.eldiario.es/desalambre/renta-marca-concentracion-inmigrantes-espana_1_1053178.html [Consulta:16-06-2021].

¹² Hernández de Frutos, Teodoro y Casares García, Esther, *Ob. Cit.*, núm. 21, 2016, p 97.

¹³ “El Barrio Chino de San José; ¿segregacionismo?”. *El Periodicocr*, 27 de enero de 2012. <https://elperiodicocr.com/el-barrio-chino-de-san-jose-isegregacionismo/> [Consulta: 16-06-2021].

de la sociedad de acogida para llegar a él pero en este, el *no hacer nada* es lo que desemboca en su aparición.

1.2.2.2. Modelo asimilacionista

Este modelo supone la asunción por parte del inmigrante o perteneciente al grupo minoritario de los valores que imperan en la sociedad de acogida o grupo mayoritario. A través de este modelo, la diversidad se gestiona neutralizándola y homogeneizándola. De manera que, para que las personas culturalmente diferentes a la cultura imperante se integren en esta última es necesario que abandonen su propia identidad, al menos en la esfera pública.

Se basa en una aplicación absoluta de la igualdad de los ciudadanos, la ley se va a aplicar de manera uniforme sin consideraciones identitarias o culturales¹⁴ y con la finalidad de lograr una supuesta cohesión social que facilite la convivencia¹⁵.

La justificación que se da a esta gestión de la diversidad la explica RUIZ VIEYTEZ a través de una interesante metáfora sobre unos invitados recién llegados a una casa. Los que acaban de llegar deben adaptarse a su nueva casa con las costumbres, valores y elementos de identidad que la caracterizan: “*el que llega último no puede pretender mover de sitio los muebles ni redecorarla; en todo caso, debe estar agradecido de que se le haya abierto la puerta y ser especialmente educado con sus anfitriones*”. El problema es cómo continúa esta metáfora y es que, en ocasiones, los que quieren pintarla y redecorarla llevan viviendo en la casa toda la vida, pero nunca se les ha prestado atención. Y, por otro lado, tanto los ignorados como los recién llegados pagan igual que el resto los gastos de luz, agua y comunidad, para eso no se les trata como simples invitados, sino que se asimilan a los propietarios¹⁶.

Esto es lo que ocurre precisamente con esta forma asimilacionista de gestionar la diversidad, el que venga, bienvenido es, pero que se adapte a nuestras costumbres y maneras de vivir y las suyas que las practique, en todo caso, en privado.

¹⁴ Ruiz Vieytez, Eduardo Javier. *Ob. Cit.*, p 119.

¹⁵ Ruiz Vieytez, Eduardo Javier. *Ob. Cit.*, p 93.

¹⁶ Ruiz Vieytez, Eduardo Javier. *Ob. Cit.*, p 91.

GORDON, analizando el fenómeno asimilacionista que tiene lugar en Estados Unidos en el siglo XX, plantea tres fases o etapas por las que los extranjeros pasan hasta llegar a asimilar la cultura de acogida y abandonar la propia totalmente. Este autor explica que en primer lugar aparece la etapa de *aculturación*, en la cual el sujeto va incorporando aspectos más superficiales de la cultura como la manera de vestir o el lenguaje hasta llegar a identificarse con otros más profundos como los valores. En segundo lugar, en la fase de *asimilación estructural*, el sujeto estrecha relaciones con los pertenecientes a la cultura mayoritaria hasta llegar a relaciones profesionales, de amistad o incluso matrimonio. Finalmente, el proceso de asimilación culmina en la fase de *formación de una identidad común*, en este momento se produce la asunción de la identidad cultural y la pérdida de la propia¹⁷.

Por otro lado debemos tener en cuenta que el modelo asimilacionista no siempre obliga de manera directa o impositiva a abandonar las costumbres a aquel que quiera integrarse en la sociedad, sino que en muchas ocasiones el asimilacionismo puede llegar de manera silenciosa e indirecta. No siempre consiste en imponer la cultura mayoritaria a la fuerza sino que en ocasiones es semejante a lo que ocurrió en las conquistas romanas: Roma trata de evitar la guerra e impone por la fuerza su cultura, la estrategia consiste en instalarse en el territorio y hacer de su *ius civile* un privilegio que solo es aplicado a quienes tienen condición de *civitas* romano. Los beneficios que otorga esta condición fue lo que hizo que esta fuera deseada de adquirir por parte de los habitantes que vivían en los territorios conquistados.

Esto es muy similar a lo que hoy en día ocurre con los inmigrantes llegados a territorio europeo. Por poner un ejemplo tenemos el caso de Francia, país asimilacionista por naturaleza, los extranjeros en este caso se ven abocados a abandonar su identidad por los beneficios que les reporta *comportarse como ciudadanos franceses*, ya que la asunción de los valores franceses les da acceso a recursos básicos como el trabajo, la educación o la

¹⁷ Gordon, Milton. *Assimilation in American Life. The role of race, religion and national origins*. Nueva York: Oxford University Press, 1964. Extraído de Vaquerizo Domínguez, Enrique. *La construcción de identidad cultural de los migrantes mexicanos en los Estados Unidos a partir de comunidades virtuales* [Tesis de doctorado, Universidad de Complutense de Madrid]. Repositorio institucional-Universidad Complutense de Madrid, 2019, p 66.

vivienda¹⁸. Y esto no solo ocurre en el ejemplo del país Galo, sino que puede extenderse a Europa en general, la asunción de los valores europeos y abandono de los propios, que desde la perspectiva europea son considerados “inferiores”, permite a los extranjeros gozar de innumerables beneficios que les reporta el hecho de ser ciudadanos europeos.

Con ello quiero llegar a que, aunque parece que este modelo es políticamente incorrecto hoy en día y parece estar abandonado, en la práctica es utilizado de forma indirecta y sigilosa. Precisamente RUIZ VIEYTEZ así lo explica, los discursos sobre diversidad se ven neutralizados cuando se enfrentan a la necesidad de cohesión social y, “*si la cohesión social implica compartir valores y elementos de identidad, entonces la promoción de la diversidad pasó a mejor vida, porque acabará supeditada a la necesaria dosis de uniformidad con la que se confunde habitualmente la cohesión social o la integración de los inmigrantes*”¹⁹.

Paralelamente a como he considerado el segregacionismo anteriormente, en este caso la simpleza que caracteriza la gestión segregacionista de la convivencia es algo menor, porque ya no se trata de ignorar y estar pasivo ante las personas culturalmente diferentes con los que se convive, sino que algún “esfuerzo” hay que hacer para que asuman la cultura mayoritaria o de acogida.

En cambio, al asimilacionismo lo que más le caracteriza es la soberbia. Supone considerar que la cultura mayoritaria es la única capaz de conseguir una convivencia pacífica y un adecuado desarrollo familiar, social y profesional, -en general vital-, de los ciudadanos. Implica colocar los valores de la sociedad de acogida por encima del resto, sin plantearse qué bondades y riquezas puede aportar la visión del mundo que tiene *el otro*.

1.2.2.3. Modelo multiculturalista

De acuerdo a RUIZ VIEYTEZ, “*el multiculturalismo propone el reconocimiento expreso de la legitimidad de las diferentes culturas que conviven en la sociedad, y del derecho a la diferencia*”²⁰, se trata de conseguir que todos los que conviven en comunidad participen en ella con

¹⁸ Forti, Gabrio. *La incomodidad del espejo* en De Maglie, Cristina. *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p 31. Extraído de Sanz Mulas, Nieves. *Delitos culturalmente motivados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p 19.

¹⁹ Ruiz Vieytez, Eduardo Javier. *Ob. Cit.*, p 94.

²⁰ Ruiz Vieytez, Eduardo Javier. *Ob. Cit.*, pp 121 y 122.

independencia de la identidad cultural de los sujetos y que las distintas visiones del mundo construyan una sociedad en común.

Este modelo es propio de la política británica de la que surge en los años setenta, parte de reconocer la existencia de diferencias y, con el fin de llegar a la igualdad, admite un tratamiento diferenciado para paliar estas diferencias²¹. Por lo tanto, el término de multiculturalismo tiene como origen la equiparación y no discriminación de los individuos de una sociedad, con independencia de la identidad cultural que posean y, como propone DI MARTINO, “*su palabra de orden es igualdad de oportunidades*”²².

Por otro lado, se puede conseguir gestionar la diversidad de forma multiculturalista a través de algunas estrategias que SANZ MULAS menciona y que son utilizadas en nuestro país como la reforma de planes de estudio escolares en las que se incluya mayor reconocimiento a aportaciones históricas de las minorías culturales, modificaciones legislativas que reconozcan festividades, códigos de vestimenta, financiación de programas que fomenten el conocimiento de las culturas minoritarias, persecución y castigo de comportamientos y comentarios racistas, entre otros²³.

Sin embargo, esto no es suficiente porque debemos tener en cuenta que los tres modelos de gestión observados, en la práctica, no actúan de manera separada. Es decir, podemos encontrar una combinación de varios de estos modelos, en distinto grado, en una misma sociedad²⁴: un Estado puede promover políticas públicas de corte asimilacionista para integrar al colectivo gitano, contar con barrios en el que se observa un alto grado de segregacionismo de colectivos asiáticos y todo ello inserto en un modelo de gestión cultural con carácter general multicultural.

Por lo tanto, el multiculturalismo no ha logrado conseguir sus objetivos, y esto es en gran medida debido a que no nos llegamos a creer el discurso de todas las bondades que aporta la diversidad. Como plantea RUIZ VIEYTEZ, el fomento de la diversidad parece ser un discurso que pone a esta diversidad en una vitrina, como si fuera meramente

²¹ Sanz Mulas, Nieves. *Ob. Cit.*, p 19.

²² Di Martino, Carmine. “El encuentro y la emergencia de lo humano”, en Prades López, Javier María y Oriol Salgado, Manuel. *Los retos del multiculturalismo*. Madrid: Ediciones Encuentro S.A., 2009, p 114.

²³ Sanz Mulas, Nieves. *Ob. Cit.*, p 20.

²⁴ Ruiz Vieytez, Eduardo Javier. *Ob. Cit.*, p 124.

un objeto a proteger, de tal manera que “*la diversidad es positiva solo a nivel de discurso correcto, en un barniz relativamente superficial, porque en el fondo seguimos anclados en ideas asimilacionistas*”²⁵.

Por este motivo hay quien comienza a definir un nuevo modelo de gestión: el interculturalismo. Este interculturalismo denuncia que el multiculturalismo pone a convivir a las diversas culturas en un espacio común pero en el fondo la interacción entre ellas no llega a ser real, ante ello, el interculturalismo supondría ir más allá y no solo coexistir, sino abrir un diálogo y construir una sociedad en común. No obstante, para algunos no es más que una reformulación “*intelectual o actualización del multiculturalismo*”.²⁶

1.3. COLISIÓN DE INTERESES: EL DERECHO A LA CULTURA Y A LA IDENTIDAD CULTURAL Y LA PROTECCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1.3.1. Derecho a la identidad cultural y su sustento en normas internacionales.

De acuerdo a MARTÍNEZ-PUJALTE, la justificación de la protección de la identidad cultural se sitúa, como punto de partida, en la constitución social del ser humano: el hombre solo se comprende y se realiza de manera plena cuando se inserta en el marco de un grupo social²⁷. Precisamente las investigaciones antropológicas y psicoanalíticas de ERIKSON demuestran que la formación de la identidad depende del reconocimiento del sujeto en el grupo social y que un inadecuado reconocimiento da lugar a numerosas psicopatologías demostradas²⁸.

De tal manera que, como señala VIOLA, para formar la identidad del “YO” se hace necesaria la presencia del “TÚ”, la creación de la identidad se produce en relación a los

²⁵ Ruiz Vieyetz, Eduardo Javier. *Ob. Cit.*, p 95.

²⁶ Ruiz Vieyetz, Eduardo Javier. *Ob. Cit.*, p 123.

²⁷ Martínez-Pujalte, Antonio-Luis. “Derechos humanos e identidad cultural. Una posible conciliación entre interculturalidad y universalidad”. *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 38, 1998, pp 120 y 121.

²⁸ Erikson, Erik. *Ética y psicoanálisis*. Buenos Aires: Hormé, 1967, pp. 63 a 84.

otros²⁹. Por lo tanto, para que el ser humano alcance su plena realización necesita de un grupo social con una cultura común, lo cual permitirá la formación de su identidad individual. Si además de ello, tenemos en cuenta que esta identidad es núcleo duro de la personalidad, que entronca con el concepto de dignidad humana, según MARTÍNEZ-PUJALTE, debemos concluir con que “*el respeto incondicionado al ser humano implica respetar el marco cultural en que se desenvuelve la vida del ser humano y que resulta necesario para su adecuada realización*”³⁰.

Una vez afirmado el deber, y el derecho, de proteger la identidad cultural como instrumento para la formación de la identidad individual y de la personalidad del sujeto, y protegiendo así la dignidad humana, me parece importante hacer una referencia a la distinción que hace MARTÍNEZ-PUJALTE de lo anterior respecto del derecho de las culturas en sí.

Lo que este autor trata de explicar es que una cosa es el derecho de los seres humanos a que se proteja la cultura del grupo al que pertenecen como necesidad para la formación de su personalidad y, otra cosa es el derecho de proteger culturas o tradiciones en sí mismas que, podrían resultar una riqueza o patrimonio humano cultural pero no un necesario instrumento para la formación del núcleo de la personalidad. No existe, como exigencia de la protección de la dignidad humana un deber de protección de una cultura, por ejemplo desfasada, que no es vivida por una comunidad³¹.

De esta manera podemos afirmar que el derecho a la identidad cultural es un derecho individual. Es cierto que necesita de su vertiente social o colectiva para que tenga existencia real, pero no puede reclamarse como un derecho colectivo de una comunidad, sino como un derecho individual necesario para la protección de la dignidad humana y de la formación de la personalidad. Precisamente esto tendrá relevancia, como veremos, en la definición del delito cultural que la doctrina ha ido elaborando³² ya que se exige, entre otros requisitos, que el hecho sea predominante en su comunidad y coherente con las

²⁹ Viola, Francesco. “Identitfl personale e collettiva nella política della differenza”, en D'Agostino, Francesco. *Pluralitá delle culture e universalitá dei diritti*, Turín: Giappichelli, 1996, pp. 149 a 151. Extraído de Martínez-Pujalte, Antonio-Luis. *Ob. Cit.*, p. 123.

³⁰ Martínez-Pujalte, Antonio-Luis. *Ob. Cit.*, pp 124 y 125.

³¹ Martínez-Pujalte, Antonio-Luis. *Ob. Cit.*, pp 126 y ss.

³² Sanz Mulas, Nieves. *Ob. Cit.*, p 33.

costumbres habituales de su cultura, no podrá alegar este, por ejemplo, conductas ya desaparecidas en su comunidad.

Una vez analizado el fundamento de esta protección, el derecho a la propia cultura se encuentra reconocido en numerosos textos jurídicos internacionales que influyen, de manera más o menos directa y de forma más o menos vinculante, en los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo.

En primer lugar, debemos hacer referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948³³, en cuyo artículo 27 se establece que “*toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad*”.

Dado que en este texto no aparece un derecho dedicado de manera concreta a los miembros de los grupos minoritarios de un territorio, se entiende que por “*vida cultural de la comunidad*” no solo se hace referencia a la de la comunidad mayoritaria en un Estado, sino de manera particular a la comunidad a la que una persona pertenezca. Además, los artículos 22³⁴ y 29³⁵ de esta Declaración Universal de los Derechos Humanos hacen referencia a los derechos culturales como indispensables para la dignidad y libre desarrollo de su personalidad.

³³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Ratificada por España mediante instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979, publicado en BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979. En vigor para España desde el 4 de octubre de 1979.

³⁴ Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

³⁵ Artículo 29. 1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. 3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

En segundo lugar, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966³⁶ también protege este derecho a la identidad cultural, de manera más directa que la Declaración Universal de Derechos Humanos, expresando que “*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*”.

Por otro lado, encontramos referencias al grupo cultural en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998³⁷ en el que se establece, en el artículo 6³⁸ como elemento del genocidio, la intención de destrucción de un grupo étnico, o en el artículo 7 en su apartado primero,³⁹ como crimen contra la humanidad, entre otros, la persecución de una

³⁶ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En vigor desde el 23 de marzo de 1976. Ratificado por España mediante instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977, publicado en BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977. En vigor para España desde el 27 de julio de 1977.

³⁷ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 50/46, el 17 de julio de 1998. Ratificado por España mediante instrumento de ratificación de 19 de octubre de 2000, publicado en BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002. En vigor para España desde el 1 de julio de 2002.

³⁸ Artículo 6. Genocidio. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «genocidio» cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

³⁹ Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad. 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho

colectividad con identidad propia. Esta Corte Penal Internacional se muestra competente de crímenes de genocidio y de lesa humanidad, y en el contenido de estos delitos precisamente se incluye la intención de destrucción y exterminio y los ataques generalizados a minorías culturales⁴⁰.

Podemos mencionar otras normas de carácter internacional importantes en este ámbito como el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948⁴¹, cuyo artículo 2 es relevante en cuanto a que define genocidio como “*acto perpetrado con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, y particularmente a través del sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial*”, lo que puede interpretarse que tiene lugar cuando las normas de un estado no tengan en consideración la diversidad cultural que pueda existir en su territorio y los grupos minoritarios se vean obligados a modificar conductas culturales que resulten, por ejemplo prohibidas en el Estado de acogida sin motivación alguna.

Así como otros Convenios que proclaman o contienen de manera directa o indirecta el derecho a la diversidad cultural como el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1966, el Convenio sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias de 1990 o el Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989.

Además de las normas internacionales mencionadas y ratificadas por España, existen diversas Declaraciones de relevantes instituciones internacionales de las que España es parte y que de manera más concreta pretenden la protección del derecho a la identidad

internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de «apartheid»; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

⁴⁰ Contreras Mazario, Jose María. “La protección internacional de las minorías religiosas: algunas consideraciones en torno a la declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y al convenio-marco sobre la protección de las minorías”. *Anuario español de Derecho Internacional*, vol. 15, 1999, pp 202 y 203.

⁴¹ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. En vigor desde el 12 de enero de 1951. Ratificado por España mediante instrumento de ratificación de 16 de diciembre de 1968, publicado en BOE núm. 34, de 8 de febrero de 1969. En vigor para España desde el 8 de febrero de 1969.

cultural. Podemos mencionar, por ejemplo, la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas de 1992⁴², que surge en gran medida por inspiración del artículo 27 de la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, tal y como establece su preámbulo.

Igualmente destacan la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones de 1981⁴³; la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven de 1985⁴⁴; la Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural de 2001⁴⁵; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007⁴⁶; o, finalmente, la Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales de 2007, la cual trata de reunir los derechos culturales que se encuentran dispersos entre la normativa internacional y fundamenta estos derechos en la dignidad humana, tal y como establece entre sus principios fundamentales⁴⁷.

En el ámbito regional europeo, podemos distinguir la regulación internacional promovida por el Consejo de Europa y la regulación comunitaria que deriva de la pertenencia a la Unión Europea.

Por un lado, en sede del Consejo de Europa destaca el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950⁴⁸ en el que, aunque no se halla una referencia expresa al

⁴² Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/135, de 18 de diciembre de 1992.

⁴³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 36/55, de 25 de noviembre de 1981.

⁴⁴ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.

⁴⁵ Adoptada por la 31ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO, el 2 de noviembre de 2001.

⁴⁶ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 61/295, de 13 de septiembre de 2007.

⁴⁷ El texto fue presentado por el Observatorio de la Diversidad y los Derechos Culturales juntamente con la Organización Internacional de la Francofonía y la UNESCO. La Declaración de Fribourg fue apoyada por más de cincuenta expertos en derechos humanos, así como por una plataforma de ONGs.

⁴⁸ Adoptado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su número 177, el 4 de noviembre de 1950. Ratificado por España mediante instrumento de ratificación de 26 de

derecho a la cultura, sí podemos observarlo de manera indirecta en otros derechos reconocidos en el texto. De hecho, por ejemplo, el TEDH protegió, en el caso Chapman v. the United Kingdom⁴⁹, el derecho a gozar de una identidad cultural minoritaria por la vía del derecho al respeto de la vida familiar y privada⁵⁰.

Por otro lado, también en el marco del Consejo de Europa podemos hacer referencia al Convenio marco para la Protección de las Minorías Nacionales de 1994⁵¹. En este caso este texto se ha visto no tanto como una declaración de derechos sino como un marco de obligaciones de los Estados firmantes respecto de la protección de las minorías culturales⁵².

A través de este Convenio marco, esta organización trata de que Europa se reafirme como una “*sociedad pluralista y democrata*” que además, de respetar la identidad étnica y cultural de las minorías, sea capaz de “*crear las condiciones apropiadas para que estas minorías puedan expresar, preservar y desarrollar su identidad*”, y que no pierda de vista que “*la creación de un clima de tolerancia y diálogo permite que la diversidad cultural sea una fuente de enriquecimiento*” de esta sociedad europea, tal y como extraemos de su preámbulo.

En el ámbito de la Unión Europea destaca como normativa general la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000⁵³ y, más concretamente, su artículo 22 con la afirmación de que “*la Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística*”.

Y, más particularmente, la Unión Europea desarrolla políticas de lucha contra el racismo así como en relación a los refugiados, en este sentido sobre todo el Parlamento

septiembre de 1979, publicado en BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979. En vigor para España desde el 4 de octubre de 1979.

⁴⁹ STEDH (Gran Sala). Caso Chapman v. theUnitedKingdom, 18 de enero de 2001.

⁵⁰ Macías Caro, Víctor Manuel. *Los delitos culturales a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales*, [Tesis de doctorado, Universidad de Málaga]. Repositorio institucional-Universidad de Huelva, 2014, pp 100 y 101.

⁵¹ Adoptado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su número 157, el 1 febrero de 1995. En vigor desde el 1 de febrero de 1998. Ratificado por España mediante instrumento de ratificación de 20 de julio de 1995, publicado en BOE núm. 20, de 23 de enero de 1998. En vigor para España desde el 1 de febrero de 1998.

⁵² Macías Caro, Víctor Manuel. *Ob. Cit.*, pp 103 y 104.

⁵³ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en DOUE núm. 303, de 17 de diciembre de 2007. En vigor en España desde el 1 de diciembre de 2009.

Europeo ha elaborado numerosos documentos destinados a proteger a las minorías culturales de los territorios de la Unión⁵⁴.

Finalmente, es destacable la labor del Alto Comisionado para las Minorías de la OSCE que busca soluciones para las tensiones étnicas que corran el riesgo de poner en peligro la paz y la estabilidad tanto dentro de los Estados que forman parte de la OSCE y fomenta los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales⁵⁵. Así como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que, a través especialmente de los informes que elabora sobre el estado de los derechos humanos en los Estados, realiza una función esencial en el control del cumplimiento, por parte de dichos Estados, de la protección de los Derechos Humanos promulgados en la Carta de Naciones Unidas.

1.3.2. Protección de los derechos humanos, el orden público y los valores constitucionales

Partiendo de que el orden público, al menos en estados democráticos como el nuestro, tiene como pilar fundamental los derechos humanos, debemos analizar en qué punto pueden colisionar el ordenamiento jurídico, el orden público y los derechos humanos, con el derecho a la cultura y la necesaria protección de la diversidad cultural y cómo debemos enfrentarnos a esta colisión.

En este sentido, SANZ MULAS⁵⁶ se pregunta precisamente si es compatible el multiculturalismo y el derecho a la diversidad cultural con los derechos humanos. A partir de esta cuestión, esta autora realiza una crítica al posible occidentalismo de estos derechos humanos, una perspectiva que me parece interesante observar.

Citando a autores como RAMONEDA MOLINS, explica que indudablemente para que una norma, un derecho o una obligación sean verdaderamente eficaces es necesario que reflejen los valores de una sociedad, y precisamente el trasfondo de los actuales

⁵⁴ Ochoa Jiménez, María Julia. "Protección jurídica de las minorías en Europa". *Revista Papel Político*, vol. 19, núm. 1, Vol. 19, 2014, pp 218 y ss.

⁵⁵ Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa. <https://www.osce.org/es/national-minority-issues> [Consulta: 08/05/2021]

⁵⁶ Sanz Mulas, Nieves. *Ob. Cit.*, pp 126 y ss.

derechos humanos parece ser el reflejo de la cultura occidental. En este punto, SANZ MULAS se pregunta si ellos proceden de experiencias humanas universales y una verdadera razón humana común o, por el contrario, no son más que un intento de expansión de los valores de occidente, que más bien es lo que parece que ocurre, “*como si todos los humanos tuvieran la obligación de participar en un juego cuyas reglas están previamente establecidas*”⁵⁷.

Frente al supuesto universalismo de occidente plasmado en los derechos humanos, puede abogarse por una relativización de estos para que se produzca el intercambio de las perspectivas entre las culturas y las diferentes visiones del mundo. El problema es que ello puede potenciar las diferencias entre esas culturas y justificar el aislamiento entre ellas y la insensibilidad hacia situaciones que tienen lugar en el seno de la cultura y que degradan la dignidad humana. ¿Podemos permitirnos mirar hacia otro lado ante un caso de mutilación femenina en nuestro país, basándonos en la relatividad de los derechos humanos y las diferentes cosmovisiones del mundo?

En este sentido considero adecuado traer a colación la afirmación de FERRAGOLI⁵⁸ de que “*son los individuos, y no las culturas, los sujetos débiles tutelados por los derechos fundamentales, que estructuralmente son siempre individuales y no colectivos. Y no es un signo perverso de eurocentrismo afirmarlos, sino negarlos, en perjuicio de cuantos por azar pertenecen a pueblos que no han seguido nuestro propio recorrido histórico, vinculándolos a un específico contexto de civilización, de forma que las mujeres afganas deberían esperar para su liberación a que sus padres y maridos realicen su revolución francesa*”.

Mi opinión es que esta afirmación de FERRAGOLI es muy acertada, no podemos relativizar los derechos humanos y “*obligar a las mujeres afganas a que esperen para que sus padres y maridos realicen su propia revolución francesa*”, que los derechos humanos sean construcción de occidente no puede ser argumento para negar su legitimidad. Además, esta relativización es muy peligrosa porque podría ser objeto de malinterpretación y origen de teorías que justificaran la degradación y la vulneración de los derechos humanos, los cuales, por muy

⁵⁷ Portilla Contreras, Guillermo. “El derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural. La influencia de la identidad cultural en la teoría del delito”, en Pérez Cepeda, Ana Isabel. *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p 75.

⁵⁸ Ferrajoli, Luigi. *I diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari: Laterza, 2001, pp. 279 y ss.

expansivos del occidentalismo que sean, nos han aportado las mayores garantías de protección del individuo, de su libertad y de su dignidad⁵⁹.

SANZ MULAS para neutralizar el universalismo occidental a través de la actual concepción de los derechos humanos pero evitando caer en la relativización absoluta de ellos, lo que propone es un nuevo debate sobre los derechos humanos y su conceptualización y, citando a BORJA JIMÉNEZ, “*el acervo de los derechos humanos no es hoy patrimonio exclusivo de la civilización occidental, sino que todas las culturas tienen derecho a reflejarse en su imagen y a ir entregándolos en su seno, desarrollándose conforme a sus requerimientos mediante los correspondientes procesos de aprendizaje y transformación*”⁶⁰. De esta manera lo que hace esta autora es proponer la apertura de un nuevo debate sobre la dignidad del hombre y los derechos humanos a partir de un diálogo intercultural para llegar a una concepción más universal de estos.

Dejando a un lado esta crítica de la actual construcción de los derechos humanos y la solución propuesta a este problema, y partiendo de ellos a pesar de lo anterior, debemos exponer en qué punto colisionan los derechos humanos y el orden público con la diversidad cultural.

Al igual que debemos proteger la diversidad cultural, por un lado como patrimonio humano que es, fomentando que no se pierda dicha diversidad para beneficiarnos de la riqueza que supone la mera existencia de las diferentes culturas y tradiciones del mundo, y por otro lado, como derecho fundamental considerado, ello no quiere decir que el derecho a la identidad cultural sea una máxima y su protección esté por encima de todo. También debemos proteger la evolución y adaptación de las culturas, al menos de algunas, a la actualidad, beneficiándonos de las transformaciones que algunas han alcanzado especialmente en relación a la salvaguarda y defensa de la dignidad humana, por ejemplo a través de la neutralización de tradiciones machistas que degraden de manera particular a la mujer. Precisamente la construcción de los derechos humanos hoy considerados son una evolución de algunas culturas, aunque particularmente lo sea de la occidental.

⁵⁹ Organización Mundial de la Salud. “Los derechos humanos”. https://www.who.int/topics/human_rights/es/ [Consulta: 13-05-2021]

⁶⁰ Borja Jiménez, Emiliano. *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p 95. Citado por Sanz Mulas, *Ob. Cit.*, p 129.

Con ello quiero decir que, igual que la ciencia avanza y lo que en algún momento fue la panacea hoy puede estar obsoleto, la cultura también evoluciona y se desarrolla, debemos conocer y proteger las culturas y tradiciones, pero no perder la capacidad de ser críticos ante ellas y reconocer que algunas no son acordes a la escala de valores que hoy tenemos. Debemos analizarlas con perspectiva histórica y en el contexto y época en que fueron concebidas y no despreciarlas con los ojos de la actualidad, pero también es necesario que sepamos discernir cuándo la tradición no puede estar por encima de la dignidad humana.

El hecho de que el derecho a la cultura, al igual que la dignidad, también sea considerado un derecho humano plantea el problema de la colisión entre ambos, ¿cuál debe prevalecer? En mi opinión, se plantea un problema parecido al de la colisión de derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico y la solución puede ser paralela a la de nuestro test de proporcionalidad que propone el Tribunal Constitucional. La dignidad humana es el centro y base de los derechos humanos de manera que en este test de proporcionalidad siempre prevalecerá y será la que mayor protección tenga.

Por lo tanto, no debe nunca quedar por encima de la dignidad humana el derecho a la propia cultura y a la diversidad cultural. *La “tolerancia es elasticidad con límites”*⁶¹, y esa tolerancia hacia la diversidad cultural no puede ser indiferencia hacia la degradación de la dignidad, los derechos humanos son la frontera que no debemos sobrepasar si no queremos que el Estado pierda su carácter de democrático⁶².

Así lo avala igualmente el derecho internacional a través del artículo 4 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural de 2001, expresando que *“la defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance”*.

Podemos concluir en este punto que la adecuada convivencia en una sociedad multicultural en la que los valores esenciales de distintas culturas colisionan entre sí, debe

⁶¹ Sanz Mulas, Nieves. *Ob. Cit.*, p 34.

⁶² Carrillo, Marc. El caso del matrimonio forzoso. *El País*, 29 de abril de 2009. https://elpais.com/diario/2009/04/29/opinion/1240956005_850215.html [Consulta 14-05-2021]

comenzar colocando a la dignidad humana en el ápice de la pirámide de protección de los derechos y, a partir de ella, ser capaces de proteger el resto al máximo nivel posible, teniendo en cuenta que la protección de la diversidad cultural también es una demanda de la dignidad humana⁶³.

2. EL DELITO CULTURALMENTE MOTIVADO

2.1. CONCEPTO DE DELITO CULTURAL

2.1.1. Definición de delito cultural

El delito cultural es definido por BROECK, para el cual, es “*un acto de un miembro de una cultura minoritaria, que es considerado un delito por el sistema jurídico de la cultura dominante. El mismo acto es, sin embargo, dentro de un grupo cultural del delincuente, condonado, aceptado como un comportamiento normal y aprobado o, incluso, promovido en una situación dada*”⁶⁴. Esta es la definición más extendida del concepto de delito culturalmente motivado.

Partiendo de esa definición, la doctrina ha tratado de desarrollar los elementos que integran el concepto de delito cultural, entendiendo, en primer lugar, que estos deben referirse a hechos castigados por la ley del país que los juzga; en segundo lugar, que debe existir una motivación cultural, un conflicto interno en el sujeto a incumplir la norma del estado de acogida en pos de cumplir aquella que en su comunidad se exige cumplir, o viceversa; y, finalmente, debe observarse una gran diferencia entre la cultura del grupo étnico a la que pertenece el sujeto que comete el hecho y la cultura dominante en el estado de acogida que va a enjuiciar este hecho⁶⁵.

⁶³ Martínez-Pujalte, Antonio-Luis. *Ob. Cit.*, pp 146 y ss.

⁶⁴ Van Broeck, Jeroen. “Cultural defence an Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)”. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, p 5. Extraído de Pérez de la Fuente, Óscar. “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”. *European Journal of Legal Studies*, Vol.5, núm. 1, 2012, p. 64.

⁶⁵ Macías Caro, Víctor Manuel. *Ob. Cit.*, p 123.

Por su parte, DE MAGLIE define el delito cultural como “*un comportamiento realizado por un sujeto perteneciente a un grupo étnico minoritario que es considerado delito por las normas del sistema de la cultura dominante. El mismo comportamiento en la cultura del grupo al que pertenece el autor es por el contrario perdonado, aceptado como normal o aprobado o, en determinadas situaciones, incluso impuesto*”⁶⁶.

Esta autora acoge la definición propuesta por BROECK, añadiendo dos rasgos al concepto. En primer lugar, potencia la pertenencia al grupo cultural del autor del hecho criminal, analizando pormenorizadamente las condiciones que este debe cumplir para que verdaderamente se considere que el sujeto pertenece al grupo étnico y exista detrás de su conducta una real motivación cultural. En segundo lugar, considera que debe enfocarse el asunto en el ámbito de la prueba en la fase procesal, de tal manera que se logre identificar mejor la presencia del delito cultural, probando tres aspectos: la existencia de motivación cultural, la coincidencia en la actuación por otros sujetos del grupo cultural en el mismo contexto y la heterogeneidad de las culturas enfrentadas que son la juzgadora del hecho y la comitente de este⁶⁷.

En relación a esta definición y a los dos rasgos de la pertenencia al grupo cultural y de la prueba procesal en que DE MAGLIE incide, SANZ MULAS incorpora a su obra estas novedosas consideraciones del concepto de delito cultural, estableciendo tres requisitos esenciales para poder afirmar que nos encontramos frente a un delito cultural y no un delito ordinario.

El primer requisito será atender a la motivación interna del sujeto para observar si su conducta se ha visto influida por su identidad cultural o más bien responde a una motivación delictiva, por lo tanto, debemos analizar si el hecho cometido es consecuencia de la voluntad de cometer un crimen o, en cambio, surge de la necesidad de seguir sus principios o valores culturales. El segundo de los requisitos es que el hecho sea predominante en su comunidad y coherente con las costumbres habituales de su cultura, lo que permitirá la exclusión de conductas inexistentes o desaparecidas ya de la comunidad invocada y que el sujeto pueda alegar para justificar su comportamiento. Por último, explica que es necesario hacer una comparativa de la cultura al que pertenece el sujeto y la

⁶⁶ De Maglie, Cristina. *Ob. Cit.*, p 68.

⁶⁷ Cisneros Ávila, Fátima. *Derecho penal y diversidad cultural: Los comportamientos culturalmente motivados [Tesis doctorado, Universidad de Málaga]*. Repositorio institucional-Universidad de Málaga, 2017, p 255.

del país que enjuicia su conducta y concluir que existe una gran diferencia entre ambas para que verdaderamente estemos frente a un delito culturalmente motivado⁶⁸.

Además, es interesante tener en cuenta una circunstancia que diferencia al delito cultural de los delitos ordinarios. Por un lado, en el delito ordinario la misma colectividad será la que cometa los hechos delictivos y la que acuse a la vez esta conducta. En cambio, en el delito cultural existirán dos sociedades, y por tanto dos sistemas de valores, que se enfrenten: la sociedad de la que surge el hecho delictivo o sociedad minoritaria; y, por otro lado, la que acuse dicho hecho, también denominada sociedad de acogida. Por lo tanto, la conducta que se incrimine se originará desde una percepción y comprensión de la realidad y se reprimirá desde el punto de vista de otra diferente. En el delito cultural el comportamiento surge desde el prisma de una cultura y es enjuiciado desde el prisma de otra⁶⁹.

Por otro lado, al hablar de delito cultural debemos considerar a qué queremos hacer referencia con este concepto. Algunos autores se oponen a su existencia como categoría normativa, es decir, admiten que pueda ser un fenómeno criminológico pero rechazan que existan unos elementos que distingan los delitos ordinarios de los culturales, de tal manera que los elementos y las consecuencias jurídicas de los delitos que se hubieran cometido por motivaciones culturales deben ser los mismos que los delitos comunes, sin la posibilidad de apreciar singularidades propias.

En cambio, otros autores sí estiman que las conductas criminales realizadas impulsadas por motivaciones culturales deben considerarse no solo fenómenos criminológicos, sino también categorías delictivas propias y diferentes a las categorías delictivas ordinarias. Para ello estos autores, además, tratan de extraer qué características o elementos son comunes a todos ellos para adjudicarles una única, o al menos unificada, consecuencia jurídica⁷⁰.

Ambas posiciones, en mi opinión, son inadecuadas. La primera, por ser ciega y no tener en cuenta la necesidad en el mundo actual de considerar el delito cultural como una

⁶⁸ Sanz Mulas, Nieves. *Ob. Cit.*, p 33.

⁶⁹ Foblets, Marie Claire. “Los delitos culturales: de la repercusión de los conflictos de cultura sobre el comportamiento delincente. Reflexiones sobre la contribución de la antropología del derecho a un debate contemporáneo”. *Anuario de Derecho penal*, 2006, p 297.

⁷⁰ Macías Caro, Víctor Manuel. *Ob. Cit.*, p 126.

categoría normativa distinta a los delitos ordinarios. Las cada vez más presentes migraciones en los nuevos estados globalizados y plurales, hacen necesario tratar los delitos que cometen personas con visiones de la realidad diferenciadas, de manera diferenciada. Si bien es cierto que parecen poder resolverse a través de los juicios que sobre la tipicidad, la antijuricidad y sobre todo la culpabilidad se hacen en cada supuesto, ello no lo libera de numerosos problemas jurídicos a la hora de estudiarlos y juzgarlos, como veremos más adelante. Por lo tanto, esta posición es insuficiente.

En cuanto a la segunda, la actitud de tratar de considerar el delito cultural como categoría diferenciada, extrayendo unos elementos comunes a todos para unificar las consecuencias aplicables resulta en la opinión de algunos autores⁷¹, y en la mía propia, complicado e incluso desfavorable, especialmente por la variedad de conductas culturales que podemos encontrar en la práctica y la necesidad de considerarlas de manera particular y no tan generalizadamente.

Estos son algunas de las definiciones dadas por la doctrina y, como hemos podido comprobar, concluyo con que dotar de una definición absolutamente correcta de delito cultural es complicado. La mayor parte de las propuesta acuden a otros conceptos comunes para esbozar la definición como son la motivación cultural, la pertenencia al grupo o la cultura minoritaria, sin embargo, la relatividad de estos términos y la pluralidad y heterogeneidad de las posibles conductas, nos lleva a no encontrar soluciones determinantes para la definición de delitos culturales.

2.1.2. El delito cultural y el delito cometido por un motivo cultural

Dentro del estudio del concepto de delito cultural, debemos tener en cuenta la restricción del término que ha hecho DE MAGLIE, distinguiéndolo del delito cometido a consecuencia de un motivo cultural pero no como expresión de la cultura en sí.

Esta autora considera que para que exista un comportamiento cultural con relevancia penal es preciso observar tres requisitos: en primer lugar, la existencia de una cultura común que influya en el estilo de vida de los miembros de la comunidad; en segundo lugar, debe tratarse de una cultura de grupo que influya de manera decisiva en el

⁷¹ Macías Caro, Víctor Manuel. *Ob. Cit.*, p 126.

carácter y personalidad del sujeto, que guíe sus decisiones vitales; y, por último, que el sujeto verdaderamente pertenezca al grupo y sea considerado como parte de este por el resto de miembros⁷².

Para DE MAGLIE, por lo tanto, hay delito cultural cuando el comportamiento supone la exteriorización de la cultura del grupo en general, de tal manera que cualquier miembro de esa comunidad cultural habría actuado de la misma manera.

Además, según SANZ MULAS, el sujeto que comete un delito culturalmente motivado lo hace creyendo que no tendrá repercusión penal porque su comportamiento está guiado por las normas que imperan en su comunidad⁷³. No está hablando de que el sujeto no conozca la norma objetivamente, lo cual implica un error de prohibición, sino que ni siquiera se ha planteado la posibilidad de que esté penada su conducta porque él actúa conforme a la manera normal, ordinaria de actuar en la vida. De hecho, el condicionamiento cultural puede llevarse a cabo no solo en el caso de creer el sujeto que se está comportando lícitamente, sino también cuando él mismo ni siquiera se ha planteado la licitud o ilicitud de su hecho⁷⁴.

Por otro lado, partiendo del concepto de delito cultural que hasta ahora hemos ido delimitando, debemos distinguirlo de lo que anteriormente hemos denominado delito cometido por un motivo cultural. Este último es aquel delito que se comete, no como expresión de la cultura, sino por motivos culturales, religiosos, convicciones personales, de conciencia o incluso por motivos de tradición.

Esto ha sido puesto de relieve por autores como DE MAGLIE o SANZ MULAS, una diferenciación en mi opinión muy interesante pero algo difusa y deficiente porque la distinción entre delitos cometidos como expresión cultural en sentido estricto, de aquellos que responden más bien a consideraciones religiosas o de tradición pero que no son expresión verdadera de la comunidad cultural es muy compleja y a veces no está clara, lo que puede dar lugar a numerosos problemas jurídicos en la práctica.

⁷² De Maglie, Cristina. *Ob. Cit.*, p 65.

⁷³ Sanz Mulas, Nieves, *Ob. Cit.*, p 34.

⁷⁴ Peña Cabrera, Alonso Raúl. *Derecho penal. Estudio programático*, Lima: Grijley, 1994, pp 436 y 444 y ss.

Quizá esto sea sencillo en ejemplos como la tradicional costumbre del lanzamiento de una cabra desde el campanario en Manganeses de la Polvorosa (Zamora), que claramente puede verse más como un comportamiento relacionado con la tradición y no tanto como una expresión de la cultura española u occidental o, por ejemplo, en sucesos como crímenes de honor que tampoco son expresión de una cultura sino consecuencia de consideraciones de conciencia.

En cambio, esta distinción no está tan clara, en mi opinión, en supuestos como, por ejemplo, la prohibición de realizar transfusiones de sangre entre las comunidades de Testigos de Jehová.

Esta conducta parece responder más a consideraciones o motivos religiosos que a la expresión de la propia cultura y, sin embargo, encontramos en esta actuación los requisitos que según DE MAGLIE deben concurrir en el delito cultural. Precisamente observamos en este comportamiento la existencia de una cultura común que, aunque sea por motivos religiosos, influye en el estilo de vida de los sujetos; es una cultura de grupo que impacta en la formación de la personalidad del sujeto y en sus decisiones; y, finalmente también tiene lugar el requisito de permanencia en el grupo y reconocimiento de ser miembro de este.

La importancia de esta distinción, desde mi punto de vista, es su necesidad para una hipotética introducción en el sistema jurídico de la denominada eximente cultural que existe en otros estados. Es decir, considero que debe partirse de esta distinción para preparar el terreno hacia la introducción de la eximente cultural, de tal manera que solo serán subsumibles a ella, y por tanto irresponsables penalmente, los autores de los delitos culturales en sentido estricto que acabamos de definir.

Por lo tanto, no podría extenderse su aplicación a situaciones que más bien se cometen por motivo de la cultura, la religión o las consideraciones personales, estas conductas solo cabría dirigirlas hacia otras instituciones jurídicas como la objeción de conciencia o a otras relacionadas con los elementos del delito que modifican o extinguen la responsabilidad penal, como veremos en el siguiente epígrafe, como es el caso del error de prohibición o la inimputabilidad por alteración en la percepción.

2.1.3. El delito cultural y la defensa cultural (cultural defense)

Para comenzar, es preciso tener en cuenta que existe una diferencia doctrinal entre el concepto de *delito cultural* o *delito culturalmente motivado* y el concepto de *defensa cultural* o *cultural defense*.

En principio, todos hacen referencia a los problemas que surgen sobre las normas penales originadas en un ámbito cultural y sobre su aplicación en un Estado, cuando aparece la diversidad cultural y las conductas con motivación cultural. Sin embargo, por un lado la doctrina europea se centra en el acto cometido, denominándolo delito cultural; y, por otro lado, la doctrina americana centrándose en la defensa del acusado lo denomina *cultural defense* o defensa cultural.

Ya hemos definido anteriormente el delito cultural con los matices que diversos autores estiman, por lo que me remito a ello. Por su parte, la defensa cultural ha sido definida por LYMAN que considera que es “*cuando se negará o mitigará la responsabilidad penal donde los actos son cometidos bajo una creencia de buena fe, razonable en su propiedad, basada en la herencia o tradición cultural del actor*”⁷⁵. En este caso podemos observar una definición que va dirigida a la extinción de responsabilidad, lo cual tiene sentido en el ámbito americano en el que se ha consolidado la eximente cultural, como tendremos oportunidad de ver más adelante.

También RENTELN aporta una definición, concibiéndola como “*una causa de exclusión o de disminución de la responsabilidad penal, alegable por un sujeto perteneciente a una minoría étnica con cultura, costumbres y usos diversos, o en cualquier caso en contraste con los de la cultura del sistema anfitrión*”⁷⁶.

⁷⁵Lyman, John C. “Cultural defense: Viable doctrine or wishful thinking?” *Criminal Justice Journal*, 1986, p. 88. Extraído de Pérez de la Fuente, Óscar. *Ob. Cit.*, p. 64.

⁷⁶ Renteln, Alison-Dundes. “In Defense of Culture in the Courtroom”, en Shweder, Richard Allan; Minow, Martha y Markus, Hazel Rose (coord.). *Engaging Cultural Differences. The multicultural Challenge in Liberal Democracies*, 2002, p. 196, Extraído de Macías Caro, Víctor Manuel. *Ob. Cit.*, p 80.

Fue entre los años 80 y 90, a partir de los casos Kimura⁷⁷, Moua⁷⁸ y Chen⁷⁹, cuando esta doctrina de la defensa cultural se comienza a desarrollar en Estados Unidos y Reino Unido, para posteriormente, difundirse en Europa⁸⁰.

Más tarde, RENTELN, considerará que debe tomarse en cuenta no solo doctrinal o jurisprudencialmente, sino convertirla en Derecho positivo para reforzarla y obligar a que los jueces realmente tuvieran en cuenta el trasfondo cultural que pueda ser relevante en la actuación de las partes⁸¹. Esto es precisamente el origen de la actual eximente cultural que existe en algunos ordenamientos jurídicos como es el caso del Código Penal peruano en su artículo 15⁸².

Respecto de esta eximente, podemos imaginar fácilmente lo peligroso que puede ser, y la alarma social que causaría, la introducción de una eximente cultural sin matizar y aplicable a cualquier sujeto con una identidad cultural diferente a la imperante en el Estado que es de aplicación. Por ello, dos tendencias han tratado de delimitarla⁸³.

La primera de estas tendencias es la que diferencia las conductas violentas de las no violentas. En este caso, se aboga por aplicar la eximente en todos aquellos delitos en que no se ataquen bienes jurídicos considerados esenciales y plenamente ligados a la dignidad humana, aquellos indiscutibles y considerados derechos humanos inviolables como la vida, la integridad física o la libertad sexual. Por lo tanto, aquellos no considerados tan

⁷⁷ People v. Kimura, n° A-09113, Los Angeles Superior Court, 21 de noviembre de 1985.

⁷⁸ People v. Tou Moua, n° 328106-0, Fresno County Superior Court, 28 de noviembre de 1985.

⁷⁹ People v. Chen, n° 87-774, New York Supreme Court, 2 de diciembre de 1988.

⁸⁰ Renteln, Alison-Dundes. *The Cultural Defense*. Oxford University Press, 2005, p 416. Extraído de Macías Caro, Víctor Manuel. *Ob. Cit.*, p 81.

⁸¹ Macías Caro, Víctor Manuel. *Ob. Cit.*, p 81.

⁸² Artículo 15. Error de comprensión culturalmente condicionado. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Lo dispuesto en el primer párrafo será aplicable siguiendo los lineamientos para procesos penales interculturales señalados por la judicatura para los casos de la comisión de los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo cometidos en perjuicio de menores de catorce años y de mayores de catorce años cuando estos no hayan prestado su libre consentimiento.

⁸³ Sanz Mulas, Nieves, *Ob. Cit.*, p 50.

intrínsecos a la dignidad, como pueden serlo delitos contra el medio ambiente o los relacionados con sustancias psicotrópicas, por ejemplo, podrían ser eximidos por la vía de la eximente cultural según esta tendencia más amplia.

Por su parte, la segunda tendencia defiende no la irresponsabilidad penal, sino su atenuación. No obstante, según esta teoría la atenuación, en lugar de dirigirse solo a los delitos violentos, debería dirigirse a todos los delitos cometidos por motivos culturales.

En mi opinión, la postura más adecuada podría ser una teoría ecléctica entre ambas. Por un lado, acoger la aplicabilidad de la atenuación de responsabilidad a todos los delitos de los que se predicara una verdadera motivación cultural, y además, que en determinadas circunstancias pudiera aplicarse más que una simple atenuación, directamente una eximente. Esta teoría aunaría el elemento de exención y no solo atenuación de la primera teoría, y el rasgo generalista de la segunda.

Los motivos que me llevan a pensar esto son, por un lado, que si lo que hay detrás de un delito cultural es una diferente comprensión de la realidad, dicha diferencia debe ser predicable de cualquier delito, no solo de los considerados “no violentos”. La idea es que siempre que en el delito concurra una verdadera motivación cultural, y soy consciente de la dificultad que puede entrañar esta prueba, pueda aplicársele, al menos, una atenuación en el reproche penal. Y si además la conducta carece de una gran relevancia por no atacar a los bienes jurídicos más esenciales, de acuerdo a nuestra sensibilidad, se pueda eximir de responsabilidad al sujeto.

Por otro lado, de acuerdo a la opinión de DE MAGLIE, con la cual coincido, la consecuencia de la primera teoría siempre será la aplicación de una eximente completa en unos casos y la aplicación de todo el reproche penal, lo que es muy cuestionable, en otros casos⁸⁴. De manera que si seguimos esta corriente, estaríamos mirando más al delito cometido que a las circunstancias del autor y a la motivación en su actuación que, en mi opinión, es la verdadera esencia del delito cultural.

⁸⁴ De Maglie, Cristina. *Ob. Cit.*, pp 146 y 147.

2.2. ELEMENTOS DEL DELITO A LA LUZ DEL DELITO CULTURALMENTE MOTIVADO

Una vez analizados brevemente el concepto y los elementos esenciales del delito cultural, así como figuras próximas a él y las distintas formas de comprenderlo según el ordenamiento jurídico desde el que se analice, es interesante observar los elementos que configuran los delitos con carácter general, como la tipicidad, la antijuricidad o la culpabilidad, pero a la luz de los delitos que son cometidos como consecuencia de una educación o identidad cultural determinada.

En primer lugar debemos partir de que el delito es una acción típica, antijurídica y culpable, a cuya realización se impone una consecuencia jurídica determinada en la ley. Estos elementos que conforman el delito tienen que aparecer de manera progresiva y estar presentes en él en el siguiente orden: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Esta visión estratificada del delito tiene como consecuencia que, en el momento en que alguno de los elementos no tenga presencia en el hecho, este dejará directamente de ser objeto de enjuiciamiento penal, el delito no será punible o castigable penalmente y no analizaremos los posteriores elementos. Si la conducta no es típica, no podrá ser ni antijurídica ni culpable y si no es antijurídica, ya no podrá ser culpable: *“no hay culpabilidad sin antijuricidad, aunque sí hay antijuricidad sin culpabilidad”*⁸⁵.

Partiendo de esto, primeramente, haremos una referencia a interesantes cuestiones que la doctrina se plantea sobre los elementos de tipicidad y antijuricidad. No obstante, no ahondaremos el análisis en ellos puesto que considero que el elemento más relevante en el delito cultural será el de culpabilidad y el juicio que los tribunales hagan sobre él.

2.2.1. Tipicidad

En primer lugar, la tipicidad implica que el delito debe ser una acción típica, es decir, será necesario que la conducta se describa en una norma penal especial, una Ley Orgánica debido a la particular incidencia que dicha norma tiene en los derechos

⁸⁵ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho penal: parte general* (10ª edición, revisada y puesta al día/con la colaboración de Pastora García Álvarez ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 191.

fundamentales. Además, del principio de tipicidad se deriva que la conducta esté descrita con taxatividad, evitando la introducción de elementos normativos y conceptos jurídicos indeterminados; así como con anterioridad a la comisión del hecho que se castiga, lo que supone, con carácter general, la irretroactividad de las normas penales.

Por lo tanto, la tipicidad es expresión del principio de legalidad en el ámbito penal: *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, por lo que para que una conducta se califique como delito deberá haber sido descrita con anterioridad en una ley, tanto la propia conducta como las consecuencias de su comisión.

Respecto de la tipicidad desde la perspectiva de los delitos culturales, algunos autores han hecho referencia a una posible exclusión de la tipicidad alegando la adecuación social del comportamiento o la falta de lesividad al bien jurídico protegido.

Como establece CISNEROS ÁVILA, la adecuación social solo puede alegarse en aquellos lugares en los que existen comunidades absolutamente guetificadas e impermeables a la sociedad de acogida. Por lo tanto, podría ser alegado, por ejemplo, en países latinoamericanos con respecto a tribus indígenas que viven aisladas de otras comunidades, pero no en aquellos estados en los que las diferentes comunidades culturales conviven de manera más o menos integrada con la sociedad de acogida como podría ser la nuestra⁸⁶.

Tiene más relevancia, en mi opinión, la posible falta de lesividad. CISNEROS ÁVILA hace referencia a un caso llegado a los tribunales y expuesto por DE MAGLIE en el que un hombre afgano fue acusado de abusar sexualmente de su hijo por besar sus partes íntimas⁸⁷. Teniendo en cuenta que en la cultura afgana esto es un símbolo de amor, cabría alegar una falta de tipicidad porque falta la lesión al bien jurídico, lo que hay detrás de esta actuación del padre no es la damnificación de la libertad sexual del menor. No obstante, de aceptar esto, se generarían graves problemas de seguridad jurídica porque habría que analizar los supuestos muy cuidadosamente en atención al sentido de la acción en cada cultura.⁸⁸

Esto mismo es defendido por SANZ MULAS, que considera que en muchas ocasiones, aunque concurren todos los requisitos que el tipo exige, no se observa una

⁸⁶Cisneros Ávila, Fátima. *Ob. Cit.*, p 295.

⁸⁷ De Maglie, Cristina. *Ob. Cit.*, p 199.

⁸⁸ Cisneros Ávila, Fátima. *Ob. Cit.*, p 298.

efectiva ofensa al bien jurídico que se protege. Por ello defiende que debe ser el juez el que determine el grado de lesividad al bien jurídico, atendiendo a la escala de valores e identidad cultural del sujeto que realiza la conducta.⁸⁹

2.2.2. Antijuricidad

Una acción antijurídica requiere que sea contraria al ordenamiento jurídico, es decir, que atente contra los valores supremos del Estado. Además, si una acción es típica, lo normal es que sea antijurídica, de lo contrario estaríamos ante una extralimitación, una injerencia del Derecho Penal en ámbitos que deberían quedar fuera de este, supondría considerar como hechos delictivos conductas que no atentan contra bienes jurídicos superiores y necesitados de protección.

No obstante, sí puede ocurrir que una acción típica no sea antijurídica porque concurren causas de justificación que excluyan la ilicitud del hecho, de manera que en estos casos, se considera que existen circunstancias en las que el propio ordenamiento jurídico puede autorizar la comisión de hechos, en principio delictivos, porque no puede exigírsele al sujeto actuar conforme a Derecho.

Esto tiene lugar, bien como respuesta al *principio de ausencia de interés*, en cuyo caso la justificación reside en que el titular del bien jurídico lesionado renuncia a su protección, como ocurre en algunos delitos con el consentimiento de la víctima; o bien, debido al *principio del interés preponderante*, en cuyo caso la lesión de un bien jurídico tiene lugar para la salvaguarda de otro bien jurídico superior, como ocurre en el supuesto de estado de necesidad⁹⁰.

Partiendo de este concepto de antijuricidad, podemos afirmar, por tanto, que la negación de la antijuricidad viene de la mano de la concurrencia de causas de justificación. Si existen causas de justificación, el ordenamiento jurídico autorizará la conducta del sujeto y eliminará su naturaleza delictiva.

En mi opinión, de las tres causas de justificación que nuestro ordenamiento jurídico recoge en el Código Penal, que son la legítima defensa del artículo 20.4º, el estado de

⁸⁹ Sanz Sanz Mulas, Nieves, *Ob. Cit.*, p 90.

⁹⁰ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Ob. Cit.*, p 296.

necesidad en el artículo 20.5º y el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo del artículo 20.7º, solo cabe alegar esta última como justificativa del delito cultural.

CISNEROS ÁVILA refleja algunas posturas a favor del estado de necesidad subsumiéndolo al conflicto de conciencia que puede presentarse en un sujeto que deba elegir entre la salvaguarda del bien jurídico protegido o sus propias convicciones morales.⁹¹

Sin embargo, yo considero que las afecciones al núcleo duro de la personalidad o a las creencias morales, culturales o religiosas, deben ir encaminadas más por la vía de la protección del derecho de objeción de conciencia y no tanto a través de la justificación de estado de necesidad, de esta manera creo que se compatibilizan mejor la defensa de la identidad cultural del sujeto y la protección del ordenamiento jurídico y el orden público del Estado.

Si lo vemos con el ejemplo de la prohibición que tienen los Testigos de Jehová a la participación política, es mejor solución la de eximirles de participar por la vía de la protección de la objeción de conciencia, permitiéndoles un tribunal no participar a través de este derecho, que negar la antijuricidad mediante la causa de justificación de estado de necesidad. Esto es porque en el primer caso el sujeto pide al tribunal la no participación en la mesa electoral y, de ser admitido su derecho, no participará porque su actuación está autorizada con anterioridad. En cambio, si la no participación se admite por estado de necesidad, el sujeto, sin previa autorización judicial, habrá cometido un delito, aunque más tarde este se autorice y justifique, eliminando el carácter delictivo a su actuación a través de la aplicación del artículo 20.5º del Código Penal.

No obstante, autores como BURSKI o TAMARIT SUMALLA, citados por CISNEROS ÁVILA, consideran que podría establecerse una excepción cultural dentro de la antijuricidad siempre que se realice un minucioso juicio de ponderación de intereses⁹².

Por otro lado, centrándonos en la causa de justificación de cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, en numerosos supuestos el sujeto considera, por motivos culturales, que su conducta criminal es la adecuada debido a

⁹¹ Cisneros Ávila, Fátima. *Ob. Cit.*, p 299.

⁹² Cisneros Ávila, Fátima. *Ob. Cit.*, p 300.

que este se encuentra cumpliendo un deber o ejerciendo un derecho que le corresponde, por lo que podría alegar este precepto 20.7º del Código Penal para justificar su actuación.

El fundamento de esta causa de justificación, de acuerdo a la doctrina mayoritaria, es el principio de interés preponderante. No obstante, CEREZO MIR pone límites al interés preponderante, fijando la dignidad humana como un interés superior en todo caso, de tal manera que no podrá justificarse un comportamiento que atente contra la dignidad humana aunque en el test de interés preponderante se considere mayor el deber cumplido⁹³.

Del mismo modo, MACÍAS CARO considera que el límite deben ser los derechos humanos protegidos por la normativa internacional, de tal forma que podría justificarse una lesión en un bien jurídico en aras de la identidad cultural siempre que la conducta no lesione uno de los derechos humanos⁹⁴.

Además, en mi opinión debemos tener en cuenta que el cumplimiento de ese deber o el ejercicio de un derecho deben estar amparados por el ordenamiento jurídico, por lo tanto, no bastará alegar un deber o un derecho moral o religioso, sino que las normas jurídicas tienen que regular, o al menor permitir, este ejercicio.

En relación a esto último, no creo, como algunos autores consideran, que pueda ser causa de exención la existencia de un derecho afirmado en otro ordenamiento jurídico. Es decir, que pueda invocarse, por ejemplo, el *ius corrigendi* permitido en el ordenamiento jurídico del Estado de procedencia para justificar un delito de lesiones a los hijos⁹⁵. A lo sumo, creo que esto es más reconducible, si concurren los requisitos, al error de prohibición que examinaremos más adelante.

De esta manera, a través de los argumentos de la necesaria regulación o permisón por el ordenamiento jurídico y de la limitación que impone la dignidad humana o los derechos humanos, que son los que más suelen verse comprometidos en los supuestos de delitos culturales, considero que podemos descartar, en principio, la idea de una posible alegación del artículo 20.7º como causa de justificación en delitos motivados por razón de

⁹³ Juspedia. “La eximente de cumplimiento del deber y ejercicio de derecho”. <https://juspedia.es/teoria-juridica-del-delito/cumplimiento-del-deber-ejercicio-de-derecho-y-consentimiento/la-eximente-de-cumplimiento-del-deber-y-ejercicio-de-derecho> [Consulta: 28-04-2021].

⁹⁴ Macías Caro, Víctor Manuel. *Ob. Cit.*, p 195

⁹⁵ Sanz Mulas, Nieves, *Ob. Cit.*, p 96

la cultura. No obstante, los tribunales deberán apreciar la posible concurrencia de esta causa de justificación a través del juicio de ponderación de intereses.

2.2.3. Estudio especial del elemento de culpabilidad

Observadas las cuestiones más relevantes sobre la tipicidad y antijuricidad, partiremos de que los delitos cometidos por convicción cultural que analicemos serán típicos y antijurídicos, de lo contrario, estaríamos fuera del ámbito penal: los juicios morales sobre las conductas no tipificadas como delitos por la ley no tienen cabida en el Derecho Penal de un Estado de Derecho. De manera que lo que debemos observar es si aparece la nota de culpabilidad o si esta se encuentra atenuada o incluso inexistente.

A partir de aquí debemos, en primer lugar, explicar qué es la culpabilidad. Que una acción sea culpable o no supone decidir si puede atribuirse la conducta criminal al sujeto que la realiza. Se trata, por tanto, de la capacidad humana para actuar de acuerdo a unas exigencias normativas lo que permite atribuir al individuo la comisión de una acción delictiva y exigirle responsabilidad por ello⁹⁶. Esto es la base del concepto de culpabilidad porque si dicha capacidad se encuentra anulada o limitada, si no podemos exigir que el sujeto actúe de acuerdo a la norma, la nota de culpabilidad no concurrirá y entrarán en juego las causas de exclusión o atenuación de la culpabilidad.

De manera que, con la culpabilidad, estamos ante el juicio sobre la imputación de un hecho a un sujeto basándonos en la libertad de acción. Sin embargo, esta libertad de acción puede estar ausente, como ocurre en el caso de los inimputables, o mediatizada de tal manera por otras circunstancias que no es exigible para el sujeto que actúe de forma distinta a como lo hizo, como ocurre en los supuestos de inexigibilidad de un comportamiento distinto. Por lo tanto, podemos afirmar que la culpabilidad requiere de tres elementos: que el sujeto sea imputable, que actúe con conocimiento de la antijuricidad de su conducta y que no concurra en él una situación tan extraordinaria que sea inexigible la realización de una conducta conforme a la norma y distinta a la que realizó.

Una vez analizado el concepto de culpabilidad y, partiendo de este, debemos averiguar si es posible entender que en los delitos culturalmente motivados existe una

⁹⁶ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Ob. Cit.*, p 339.

incapacidad para actuar de acuerdo a las normas, si la libertad de acción del sujeto en este supuesto se encuentra anulada o limitada de tal modo que no es posible exigirle responsabilidad penal por ello o, en su caso, si esta responsabilidad debe ser menor a la que corresponde.

Es interesante en este sentido el análisis que OLAIZOLA NOGALES realiza sobre las eximentes del artículo 20.1º, 20.3º y el error de prohibición del artículo 14 en su apartado tercero del Código Penal, tratando de estudiar si es posible la apreciación de alguna de estas dos circunstancias modificativas de la responsabilidad, o en su caso de la eximente, respectivamente⁹⁷.

2.2.3.1. *Anomalía o alteración psíquica*

En primer lugar, el artículo 20.1º establece que está exento de responsabilidad criminal “*el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*”.

En mi opinión, este precepto es claro y no cabe alegarlo como posible eximente de un delito culturalmente motivado ya que se refiere una anomalía o alteración psíquica, un concepto médico-psiquiátrico relacionado con una enfermedad mental o una oligofrenia, que es una deficiencia en el desarrollo psíquico.

SANZ MULAS explica que considerar que pertenecer a una cultura altera las facultades mentales, como algunos autores como VÁZQUEZ GONZÁLEZ hacen⁹⁸, quiere decir que la identidad cultural de alguna manera destruye la voluntad y personalidad del sujeto, lo que supone una ofensa a la propia persona y a su cultura⁹⁹.

En este sentido, coincido con la opinión de Sanz Mulas y considero que el concepto de anomalía o alteración psíquica no guarda relación alguna con la identidad cultural y considerar lo contrario supone entender que las personas con una identidad

⁹⁷ Olaizola Nogales, Inés. *Ob. Cit.*, p 16.

⁹⁸ Vázquez González, Carlos. *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (Especial referencia a la mutilación genital femenina)*. Madrid: Dykinson, 2010, p 192.

⁹⁹ Sanz Mulas, Nieves. *Ob Cit.*, p 99.

cultural distinta padecen enfermedades mentales o deficiencias en su desarrollo psíquico, lo que nos conduce a una solución completamente peligrosa y racista.

2.2.3.2. *Alteración en la percepción*

El artículo 20.3º del Código Penal establece que se le exime de responsabilidad penal a quien, *“por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”*. Esta expresión de “alteración de la conciencia de la realidad” es subsumible a la situación de un extranjero procedente de una cultura alejada y diferente de la que impera en el país de acogida, siempre teniendo en cuenta determinadas circunstancias. De manera que la alteración que provoca incomunicación no tiene por qué ser solamente de tipo biológica y sensorial, sino que puede estar motivada por la diferencia cultural y hay líneas doctrinales que así lo afirman.

De acuerdo con lo anterior, OLAIZOLA NOGALES invoca la STS 1135/2006, de 16 de noviembre que yo vengo a mencionar¹⁰⁰. En este caso el Tribunal Supremo afirma que, partiendo de que el artículo 20 del Código Penal lo que expone son unas circunstancias en las que la imputabilidad se encuentra limitada y, por tanto, el sujeto que las sufre se ve impedido a actuar conforme la indicación de la norma, una grave falta de socialización puede dar lugar a esa falta de percepción de la norma y a esa falta de capacidad necesaria para actuar de acuerdo a ella.

Literalmente expresa la sentencia citada que *“resulta también evidente que el juicio de imputabilidad no sólo ha de referirse al estado psíquico del sujeto, afectado de una anomalía o de una alteración profunda de su estructura mental, sino también habrá de tenerse en cuenta que el individuo es un ser social que desenvuelve su vida en un determinado y concreto ámbito sociocultural que, sin duda alguna, influye en su estructuración como persona, de manera que la conciencia de la antijuricidad puede variar en función de las distintas alternativas sobre las que se haya podido desarrollar su personalidad y que afectan al nivel familiar, al laboral, a la formación escolar, a la formación en valores, éticos y sociales, etc”*. Además, añade que estas deficiencias sociológicas pueden dar lugar a una *“presión motivacional a favor del delito superior a la media normal”*, lo cual habrá de tenerse en cuenta a la hora de valorar el hecho.

¹⁰⁰ Olaizola Nogales, Inés. *Ob. Cit.*, p 18.

Por lo tanto, según el Alto tribunal, la circunstancia eximente de responsabilidad contemplada en el artículo 20.3º del Código Penal no es solo interpretable desde el punto de vista biológico, sino también social.

Hay quienes podrían rechazar esta interpretación considerando que la literalidad del precepto no permite extender la eximente objeto de análisis. Sin embargo, además de la doctrina del Tribunal Supremo, podemos rebatir esta posible crítica con el hecho de que el legislador penal de 1983¹⁰¹ modificara la expresión de “sordomudo de nacimiento” por el de “alteración de la percepción”, concepto que se incorporó al actual Código Penal de 1995. El mensaje que envía esta modificación legislativa puede entenderse como bidireccional: por un lado, tratando de dar cabida a otras deficiencias biológicas como la ceguera o el autismo, no contempladas debido al ámbito tan reducido que suponía la expresión “sordomudo”; y, por otro lado, extendiendo su aplicación también al ámbito socio-cultural, afirmando que la alteración de la percepción puede venir motivada por las circunstancias exógenas y del medio en el que el individuo se desarrolla.

Por otro lado, debemos destacar los beneficios que reportarían la aplicación de una eximente ante un delito culturalmente motivado en lugar de un error de prohibición. La diferencia entre entender que un sujeto es inimputable por que concurren en él circunstancias que le eximen de responsabilidad y la de entender que lo que concurre en él no es esto sino un error de prohibición, es la posible imposición de medidas de seguridad, que en el primer caso tendrá lugar y en el segundo supuesto no.

En este sentido, OLAIZOLA NOGALES entiende que el derecho a la diversidad cultural no puede entenderse en términos absolutos y que es necesaria la apreciación de la inimputabilidad con el fin de poder imponer al delincuente por motivos culturales medidas de seguridad¹⁰².

Esto es porque considera, siguiendo la línea de pensamiento de DE MAGLIE¹⁰³, que la alteración de la percepción por motivo de diferenciación cultural indica que dicha cultura choca con los valores supremos del ordenamiento jurídico de acogida, por lo tanto, la conducta criminal motivada culturalmente dañará bienes jurídicos fundamentales y será peligrosa para la convivencia. En este caso, una eximente permitirá la imposición de

¹⁰¹ Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal.

¹⁰² Olaizola Nogales, Inés. *Ob. Cit.*, p 21.

¹⁰³ De Maglie, Cristina. *Ob. Cit.*, p 190.

medidas de seguridad a través de las cuales se podrá educar al sujeto en los valores del Estado de acogida e insertarlo en la sociedad, en cambio, el error de prohibición conducirá simplemente a la exclusión de responsabilidad criminal sin margen alguno para una posible labor pedagógica sobre el responsable criminal.

2.2.3.3. *El error de prohibición*

La culpabilidad no solo requiere que el sujeto sea imputable, es decir, que sea capaz de actuar conforme al mandato de la norma jurídica, sino que es preciso también que el sujeto conozca la antijuricidad de su comportamiento. En ocasiones no es que en el sujeto concurren circunstancias que le impidan conducirse conforme al mandato legal, sino que este no conoce la ilegalidad de su actuación.

Debemos tener en cuenta que el conocimiento de la norma no tiene que ser exhaustivo sino que debe ser un conocimiento desde la, denominada por la doctrina, *esfera del profano*, referido a aquellos conocimientos que cualquier persona sin formación jurídica pueda tener. Esto actúa con especial relevancia en supuestos en los que los bienes jurídicos protegidos son los más esenciales, los que forman parte del núcleo duro del Derecho Penal como la vida o la integridad física.

El Código Penal establece la irresponsabilidad criminal en supuestos en que tenga lugar la falta de conocimiento de la ilegalidad de una conducta, en el artículo 14 en su apartado tercero, bajo la figura del error de prohibición, *“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”*.

El error de prohibición puede ser directo, lo que supone un desconocimiento de la prohibición; o indirecto, el cual se mueve en el ámbito de la confusión sobre la concurrencia de causas de justificación, es decir, el sujeto cree que concurren causas de justificación que realmente no están presentes¹⁰⁴.

Dentro del error de prohibición directo, me parece importante tener en cuenta dos cuestiones en el terreno de los delitos motivados por razón de la cultura y es que, una cosa es desconocer la norma de manera objetiva y otra, no tener asimilado el sentido de la

¹⁰⁴ Muñoz Conde, Francisco, García Arán, Mercedes. *Ob. Cit.*, p 366.

prohibición. La educación de acuerdo a unos valores morales, religiosos o culturales condiciona la manera que los seres humanos tenemos de ver el mundo, por ello puede ocurrir que el sujeto conozca la prohibición pero ataque a ciertos bienes jurídicos sin entender el desvalor que su acción tiene para nuestra cultura.

ZAFFARONI denomina a esto *error culturalmente condicionado*, entendiendo como tal aquellas situaciones en las que la identidad cultural obstaculiza gravemente la comprensión de la norma en sentido teleológico y no simplemente gramatical. De acuerdo a la teoría de ZAFFARONI, dentro del error de prohibición es necesario distinguir el error de conocimiento, que es aquel provocado por la ignorancia de la norma, del error de comprensión, que es el que sufren quienes, aún entendiendo la literalidad de un precepto normativo, no alcanzan a entender su sentido, debido a una identificación cultural diferente a la que impera en el Estado que dicta la prohibición¹⁰⁵.

En este sentido, ZAFFARONI considera que no es posible castigar la conducta de quien tiene otra visión de la realidad, lo que ha dado lugar al desarrollo legislativo del concepto de *error culturalmente condicionado* en países como Perú o Argentina, eximiendo de responsabilidad por la inexigibilidad al sujeto de la internalización de la norma.

En contraste con la visión de ZAFFARONI, creo interesante considerar la opinión de OLAIZOLA NOGALES respecto de la imposibilidad de apreciación de error de prohibición sobre delitos culturalmente motivados en nuestro país por razón de la literalidad del precepto 14.3 del Código Penal. OLAIZOLA NOGALES considera que pueden subsumirse a este error de prohibición supuestos en los que el autor del hecho no conozca la antijuricidad porque no alcance a comprender qué situación es la que se castiga en el plano práctico, sin embargo, según ella no puede entenderse como error de prohibición la falta de interiorización del desvalor de la norma y que, a lo sumo, esto puede considerarse una atenuante analógica al error de prohibición¹⁰⁶.

En mi opinión, OLAIZOLA NOGALES trata de desterrar la aplicación del error de prohibición a los delitos motivados por razón de la cultura a favor de una aplicación de la eximente del artículo 20.3° del Código Penal que no excluye la responsabilidad penal, sino la imputabilidad, lo que permite aplicar al sujeto medidas de seguridad a través de las

¹⁰⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. (2ª ed ed.). Buenos Aires: Ediar, 2003, p 736.

¹⁰⁶ Olaizola Nogales, Inés. *Ob. Cit.*, p 26.

cuales se podría educar y dar a conocer nuestros valores al sujeto criminal. Considero que esta es una buena solución a favor de la convivencia social, puesto que la simple exclusión de responsabilidad solo llevará a no imponer sobre él una medida penal desorbitada teniendo en cuenta su situación personal e identidad cultural, mientras que considerarle inimputable permitirá su inserción en la sociedad de acogida a través de estas medidas de seguridad.

No obstante, creo que las medidas de seguridad no deben tener un carácter asimilacionista ni pretender la completa conversión de los valores del sujeto, sino que deben ser medidas de corte multicultural y reducirse a enseñar a los sujetos el desvalor que tiene su conducta por el daño que producen a bienes jurídicos que consideramos esenciales e inatacables en nuestra sociedad. De esta manera, aunamos el rechazo a la asimilación de las culturas del mundo a la cultura occidental, protegiendo la identidad y diversidad cultural que establecen las normas internacionales como la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005 de la UNESCO¹⁰⁷ o el artículo 27¹⁰⁸ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, a la vez, protegemos el orden público y los valores fundamentales del Estado de acogida.

Por otro lado, en cuanto al error de prohibición directo y dejando a un lado la comprensión del sentido de la prohibición que acabo de analizar, debemos tener en cuenta también el conocimiento objetivo de la prohibición.

Este error de prohibición es complicado que pueda ser aceptado en su vertiente de error invencible salvo en supuestos extraordinarios en los que aparezcan factores como la reciente llegada al país, el desconocimiento de la lengua y la cultura y un fuerte aislamiento social. Por lo que, de considerarse, generalmente se considerará el desconocimiento de la prohibición un error vencible.

¹⁰⁷ Aprobada el 20 de octubre de 2005, por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 33ª reunión, celebrada en París del 3 al 21 de octubre de 2005.

¹⁰⁸ Artículo 27. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les 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.

Además, le añade fuerza al argumento anterior el hecho de que el bien jurídico protegido sea alguno de los que atacan el núcleo de la dignidad del ser humano, como puede ser la vida o la integridad física, así como el hecho de que en la mayoría de casos, la conducta criminal se realice de manera clandestina y con la mayor ocultación posible, lo que lleva a considerar que se realiza en conocimiento de su ilegalidad.¹⁰⁹

3. DELITOS CULTURALES EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL

3.1. DEBATE SOBRE LA TIPIFICACIÓN EXPRESA DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA Y LOS MATRIMONIOS FORZADOS, ¿ATAQUE AL MULTICULTURALISMO?

La enorme cantidad de inmigrantes y las grandes oleadas de refugiados que han llegado a territorio europeo en las últimas décadas ha producido numerosas modificaciones legislativas en los distintos Estados. El encuentro de muy diversas culturas extranjeras con las culturas europeas ha enfrentado las diferentes escalas de valores y maneras de vivir y observar el mundo, produciendo problemas que han tratado de resolverse por la vía normativa.

En el ámbito penal, que es quizá el más relevante y complicado, porque es donde más se enfrentan los diferentes valores y distintas consideraciones del concepto y contenido de un bien jurídico concreto, la tendencia actual europea ha sido la introducción de delitos que castigan conductas culturales tales como matrimonios forzados, poligamia o mutilación genital femenina.

Precisamente España se ha sumado a la tendencia europea de tipificación de estas conductas culturales de manera expresa, por un lado, a través de la introducción en 2003 de un segundo apartado al artículo 149 del Código Penal, castigando la mutilación genital

¹⁰⁹ Sanz Mulas, Nieves. *Ob. Cit.*, p 103.

femenina¹¹⁰; y, por otro lado, añadiendo en 2015 el artículo 172 bis al Código Penal para penar de manera explícita los matrimonios forzados¹¹¹.

La tipificación de estos delitos hubiera sido, no solo justificable sino también encomiable y necesario, en mi opinión, ante una hipotética laguna legal de estas conductas. El problema es que estos hechos estaban castigados con anterioridad: la mutilación genital femenina, por la vía de lesiones graves del artículo 149 del Código Penal y los matrimonios forzados, por la vía de las coacciones que establece el artículo 172 del Código Penal. Además, podría entenderse esta adición si constituyesen los nuevos delitos, por ejemplo, una agravación de la pena sin embargo, el castigo punitivo al que se llega con ellos es el mismo que anteriormente.

Teniendo en cuenta lo anterior, si la introducción de estos delitos no añade nada nuevo materialmente a nuestro ordenamiento jurídico penal ya que se castigan con la misma fuerza las conductas de mutilación genital femenina y matrimonios forzados por la anterior vía de lesiones graves y coacciones, respectivamente, que con los nuevos delitos específicos para ellas podemos preguntarnos, ¿cuál es el motivo que lleva a estas modificaciones legislativas? ¿Eran necesarias o resultan redundantes?

En este sentido, DE PABLO SERRANO¹¹², citando a MAQUEDA ABREU, explica que la tipificación expresa es una manera de tranquilizar a la población, eliminando el problema de manera fácil a través de la vía penal, criminalizando y estigmatizando a quienes realizan estas conductas, en lugar de enfrentándose al núcleo de la cuestión.

Esto es derecho penal simbólico, como lo define HILL¹¹³, “*leyes que no están en situación de efectuar cambios y solo tienen funciones simbólicas*”. El problema de este derecho penal

¹¹⁰ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

¹¹¹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹¹² De Pablo Serrano, Alejandro Luis. “Estigmatización del inmigrante y matrimonios forzados”, p. 823, en del Álamo Gómez, Nuria y Picado Valverde, Eva María (Dir.). *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género III. Migraciones y derechos humanos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2021, pp. 815-826.

¹¹³ Citado por Hassemer, Winfried, “Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos”, p 27, en Varios Autores, *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 23-36.

simbólico, además de todos los que ya de por sí el derecho penal simbólico tiene detrás, es que en este caso tiene efectos perversos de estigmatización de la población minoritaria y con una identidad cultural distinta¹¹⁴.

En este sentido, un delito de coacciones puede ser cometido por cualquier persona, y, mientras la conducta sea subsumible al tipo, los hechos podrán constituir desde un matrimonio forzado hasta el hecho de obligar a los inquilinos al pago de la renta correspondiente, no se observa detrás del delito un trasfondo cultural. Sin embargo, el delito de matrimonio forzado que establece el artículo 172 bis será cometido, normalmente, por un grupo étnico o religioso determinado y concreto y no por el resto de ciudadanos. Lo que esto produce es un señalamiento, un mensaje universalista de intolerancia ética y de rechazo social frente a las prácticas bárbaras de grupos culturales¹¹⁵, se etiqueta a estas personas como incivilizadas y bárbaras¹¹⁶.

Ante ello, DE PABLO SERRANO critica, en el ámbito de matrimonios forzados pero extensible a la mutilación genital femenina u otros delitos cometidos por motivos culturales, la política de criminalización de las conductas culturales y la creación de tipos penales específicos para ellas, innecesarios por existir ya vías en el Código Penal para hacerles frente.

Tras la crítica, lo que propone es la apertura de un debate con enfoque interseccional y desde la perspectiva de la violencia de género, que normalmente es el trasfondo del problema, y que culmine con políticas de largo alcance que verdaderamente penetren en la sociedad¹¹⁷ y, en mi opinión, que no solo supongan un lavado de cara del ordenamiento jurídico y una anestesia para la opinión pública.

¹¹⁴ De Pablo Serrano, Alejandro Luis. *Ob. Cit.*, p 823.

¹¹⁵ Maqueda Abreu, María Luisa. “El nuevo delito de matrimonio forzado: Art. 172 bis CP”, p. 562, en Álvarez García, Francisco Javier (Dir.) y Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

¹¹⁶ De Pablo Serrano, Alejandro Luis. *Ob. Cit.*, p 823

¹¹⁷ De Pablo Serrano, Alejandro Luis. *Ob. Cit.*, p 824.

3.2. CLASES DE DELITOS CULTURALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Al hablar de los delitos culturales, debemos partir de que nuestro Código Penal solo recoge una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal que hace referencia a la cultura, la cual actúa como agravante genérica. Se trata del apartado cuarto del artículo 22 del Código Penal, *“cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”*.

Existe alguna otra referencia a la cultura en el Código Penal en delitos concretos como el delito de discriminación laboral, el delito de odio, el delito de discriminación y el delito de asociación delictiva¹¹⁸. Fuera de ellos no aparece la cultura como factor modulador de la reprensión penal en las actuaciones delictivas cometidas por quienes poseen una escala de valores diferentes y, por supuesto, no existe en nuestro país ni en los estados del entorno jurídico europeo una figura similar a la eximente existente en algunos países latinoamericanos.

3.2.1. Mutilación genital

La mutilación genital femenina, de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, comprende la *“escisión total o parcial de los órganos genitales femeninos o cualquier otra lesión de los mismos por motivos no médicos”*. Se trata de prácticas que no aportan beneficios a la salud de las mujeres a las que se les practica sino todo lo contrario, ya que a consecuencia de la mutilación genital femenina pueden sufrir hemorragias graves, quistes, infecciones y complicaciones en el parto¹¹⁹.

¹¹⁸ Sanz Mulas, Nieves. *Ob. Cit.*, p. 55.

¹¹⁹ Organización Mundial de la Salud. Mutilación genital femenina <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> [Consulta:18-06-2021]

Los motivos que llevan a la realización de esta lesión en las mujeres responden a factores socioculturales que varían según la región en que tenga lugar, aunque destaca especialmente el asegurar la virginidad y fidelidad de la mujer y el eliminar de ella aquellas partes impuras y consideradas masculinas. Se trata de prácticas que afectan esencialmente a las niñas, aunque puede alcanzar a veces a la mujer adulta. Las mujeres afectadas en España proceden esencialmente de Senegal, Nigeria, Malí y Gambia¹²⁰, aunque son prácticas en general procedentes de las regiones occidental, oriental y nororiental de África así como de algunos países de Oriente Medio y Asia¹²¹.

En el año 2003 tiene lugar en España la introducción en el Código Penal del delito de mutilación genital femenina a través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros. Se modifica así el artículo 149.2 del Código Penal, estableciendo el legislador que *“el que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección”*.

Lo que conduce al legislador a introducir este apartado, a pesar de que la mutilación genital femenina ya estuviera castigada por la vía de las lesiones graves que establece el artículo 149.1¹²² y con la misma contundencia penal (de seis a 12 años de prisión) es, de acuerdo al preámbulo de la LO 11/2003, *“porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales”*.

¹²⁰ Kaplan Marcusán, Adriana y López Gay, Antonio. *Mapa de la mutilación genital femenina en España*, 2016, p. 15 file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/MapFGMSp2016.pdf [Consulta 18-06-2020]

¹²¹ Mutilación genital femenina, 2020 <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> [Consulta 18-06-2020]

¹²² Artículo 149.1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.

Además de tipificar la conducta de manera directa y concreta con la adición de este segundo apartado, se añade la posibilidad de aplicar la inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de cuatro a 10 años si la víctima fuera menor o persona discapacitada necesitada de especial protección bajo el argumento de que *“en la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones”*, tal y como explica el preámbulo de la Ley.

Este sería el marco normativo de las conductas de mutilación genital y femenina en nuestro ordenamiento penal. A partir de este marco, podemos examinar qué opina la doctrina al respecto.

Por un lado, VÁZQUEZ GONZÁLEZ¹²³ considera que el legislador lo que trata de conseguir con esta modificación del Código Penal es desaprobado de manera explícita la mutilación genital femenina, apoyar a quienes eliminan o quieren eliminar estas prácticas de su conducta y, finalmente, intimidar y disuadir a los que traten de continuar con su comportamiento.

Por otro lado, es criticable el hecho de que solo se haga referencia a la mutilación genital, omitiendo el término de “femenina”. Lo que se deduce de la literalidad del precepto es que se castiga la mutilación genital sin diferenciación de sexo, por lo que parece que se está tipificando tanto conductas de ablación como de circuncisión y, en cambio, en la práctica los tribunales no condenan la mutilación genital cuando esta se produce en hombres. Esto produce serias dudas de seguridad jurídica¹²⁴.

Además, muchas prácticas que podrían encajar en el concepto de mutilación genital como la perforación del clítoris a través de un piercing o las cirugías cosméticas como las labioplastias, que no son curativas ni médicas y que dudosamente tienen cabida en la exención que establece el artículo 156¹²⁵ del Código Penal, no tienen una clara respuesta penal¹²⁶.

¹²³ Vázquez González, Carlos. *Ob. Cit.*, pp 173 y 174.

¹²⁴ Sanz Mulas, Nieves. *Ob. Cit.*, pp 59 y ss.

¹²⁵ Artículo 156. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía

Finalmente, otra de las críticas que merece ser atendida es la de la inclusión de una posible inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, a juicio del juez, cuando estemos ante víctimas vulnerables como menores o discapacitados. SANZ MULAS¹²⁷ considera que la aplicación de esta inhabilitación especial puede agravar la situación de exclusión social de la menor y tiene un carácter prejuicioso al presuponer que los padres o tutores no son “buenos padres” e ignorando el trasfondo cultural y social de la actuación ya que en la mayoría de ocasiones los padres toman esta decisión porque consideran que esto es “lo mejor” para su hija.

En mi opinión esta última crítica es comprensible pero al ser una medida que se impondrá solo si el juez lo considera conveniente y en ningún modo es preceptiva, creo que su inclusión es necesaria. Debemos confiar en la prudencia de los jueces al dictar sentencia para que la apliquen o no teniendo en cuenta la verdadera motivación del padre o tutor al realizar esta actuación, sin prejuicios sobre el sujeto que cometió la acción o permitió que se cometiera y teniendo en cuenta que en estas situaciones lo normal es que la conducta fuera orientada a buscar el bien de su hijo, de tal manera que solo resulte aplicada si el interés del menor se encuentra efectivamente afectado o en peligro.

3.2.2. Matrimonios forzados

Los matrimonios forzados, según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su informe de 2014 sobre la Prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado, este puede definirse como “*todo aquel que se celebra sin el consentimiento pleno y libre de al menos uno de los contrayentes y/ o cuando uno de ellos*

transsexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil.

¹²⁶ Sanz Mulas, Nieves. *Ob. Cit.*, p 63.

¹²⁷ Sanz Mulas, Nieves. *Ob. Cit.*, p 64.

*o ambos carecen de la capacidad de separarse o de poner fin a la unión, entre otros motivos debido a coacciones o a una intensa presión social o familiar*¹²⁸.

Paralelamente a la mutilación genital que acabamos de analizar, el legislador en 2015 decide introducir en el Código Penal el delito de matrimonios forzados a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Es decir, aprovechando la profunda modificación que tiene lugar en 2015 del Código Penal, se introduce un nuevo delito específico para castigar esta conducta.

De esta manera se incorpora un nuevo artículo, el 172 bis, cuya redacción es la siguiente en su primer apartado, *“el que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Además, el segundo apartado establece que la misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo”*. Y, finalmente en el tercero de los apartados se agrava lo anterior para el caso de que la víctima del hecho sea un menor de edad, *“las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad”*.

La introducción del delito hasta aquí no parece entrañar nada fuera de lugar, a lo sumo es alabable e incluso podría llegar a considerarse que la medida, en 2015, llega tarde para hacer frente a estas actuaciones y proteger a quienes las sufren. Sin embargo, si observamos el artículo que precede al que estamos analizando, el artículo 172 en su apartado primero¹²⁹, podemos comprobar que aquello que se pretende castigar ya lo estaba y, además, con la misma pena que se propone para el nuevo.

¹²⁸ Asamblea General de Naciones Unidas. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de Prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado*, 2014, p. 4.

¹²⁹ Artículo 172. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.

Partiendo de lo anterior podemos llegar a la siguiente cuestión: ¿era realmente necesario introducir un nuevo delito para tipificar de manera específica una conducta que ya estaba castigada con la misma pena por el delito de coacciones graves?

El preámbulo de la Ley trata de justificar esta introducción alegando, por un lado, compromisos internacionales¹³⁰ y con la Unión Europea¹³¹ y, por otro lado, comparándose con Estados de nuestro entorno jurídico en los que ya se había regulado: “*resultaba oportuna, por todo lo anterior, la tipificación específica de este delito, que ya está regulado en otros países de nuestro entorno como Francia, Dinamarca, Reino Unido, Alemania o Noruega*”.

Con esta justificación, en mi opinión insuficiente porque se basa esencialmente en seguir normas internacionales que ya estaban siendo cumplidas con el delito de coacciones graves, parece que lo que se trata de conseguir es señalar y estigmatizar a un colectivo concreto: se trata de prácticas que solo algunos grupos de extranjeros cometen. No olvidemos que cualquier persona puede cometer un delito de coacciones graves, subsumiendo a este tipo numerosas conductas de diversa naturaleza, sin embargo, solo determinados grupos culturales será a quienes se aplique el delito de matrimonios forzados.

En la práctica y por regla general, salvo excepciones de laboratorio, no se dará el caso de que un español o incluso un europeo, realice la conducta que el delito de matrimonio forzado tipifica. Por lo tanto, ya tenemos el cóctel: el titular en la prensa con un detenido o condenado con una identidad cultural concreta, la alarma social y la estigmatización del grupo cultural al que dicho sujeto pertenezca.

Existen algunas razones que desaconsejan la tipificación de este delito que MAQUEDA ABREU¹³² considera. En primer lugar, la falta de necesidad ya que el desvalor de esta conducta ya se cubría de la misma forma a través de otro delito, el delito de coacciones graves como he indicado con anterioridad. En segundo lugar, debido a la

¹³⁰ Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Ratificado por España mediante instrumento de ratificación de 16 de diciembre de 1983, publicado en BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984. En vigor para España desde el 4 de febrero de 1984.

¹³¹ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Publicado en el DOUE núm. 101, de 15 de abril de 2011.

¹³² Maqueda Abreu, María Luisa. *Ob. Cit.*, pp 560 a 564.

ideología que subyace detrás de esta medida, que podría resumirse en el señalamiento y estigmatización de los grupos culturales minoritarios. Quizá el camino no sea tanto castigar en sí la acción, la cual es absolutamente sancionable, sino de buscar la prevención para evitar estas conductas. En tercer lugar, la tipificación puede llegar a ser contraproducente: el mero simbolismo o apariencia de protección de la sociedad, así como el simple castigo de la conducta en lugar de buscar verdaderas soluciones que acaben con este problema lleva a que estos hechos se cometan en clandestinidad, agravando, aún más si cabe, la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas, especialmente niñas, que son víctimas de matrimonios forzados.

Por otro lado, debemos hacer referencia a las críticas de la doctrina e incluso las del Consejo Fiscal¹³³, dirigidas a este artículo 172 bis, no por la tipificación específica del hecho, sino por la ausencia de circunstancias que debían encontrarse recogidas y mayormente castigadas, así como por el enfoque que se le da a la tipificación.

Respecto a lo primero, hay quienes entienden que la redacción del tipo debería contemplar no solamente la violencia o intimidación grave, sino también el abuso. Esto es porque la apreciación de que concurre intimidación grave será más exigente y puede entenderse que no tiene lugar en los casos en los que las víctimas de matrimonios forzados sean niñas a las que no sea necesario una intimidación grave para compelerles al matrimonio, sino que la simple figura de autoridad que representa un padre, por ejemplo, puede ser suficiente para obligarles a ello en contra de su voluntad. Por este motivo, la reflexión de algunos autores es contemplar en el tipo la concurrencia de abuso de situación de superioridad sobre las víctimas, evitando así las parcelas de impunidad a las que puede llegarse con la interpretación de *intimidación grave*.

En este sentido el Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto de Ley Orgánica 1/2015, considera que *“cabría hacer varias objeciones. En primer lugar, no parece oportuno exigir que la violencia o intimidación ejercidas sobre la víctima sea grave, entendemos que basta con que exista tal violencia o intimidación siempre y cuando sea de intensidad suficiente para condicionar la voluntad del sujeto pasivo que las sufre y menoscabar su libertad de decisión”*¹³⁴.

¹³³ Fiscalía General del Estado. *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal.*

¹³⁴ Fiscalía General del Estado. *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal*, p.141

Otra de las críticas que se realizan al artículo 172 bis, y que anteriormente he mencionado, es que no debería tipificarse la conducta por la vía de las coacciones sino por la vía de las amenazas. Quienes defienden esta opción lo hacen porque consideran que anteriormente a la coacción que la víctima recibe para compelerle a contraer matrimonio, habrá sufrido amenazas. Es decir, el enfoque no está tanto en la coacción que el sujeto pasivo recibe en el momento en que tiene lugar el matrimonio, sino en un momento anterior en que la víctima ha sido persuadida y amenazada para obligarla a contraer matrimonio¹³⁵.

3.2.3. Bigamia

La bigamia un tipo de matrimonio en el que una persona puede desposar a varias otras al mismo tiempo¹³⁶. Se trata de un comportamiento legal, y por lo tanto normalizado, en 47 países de Asia y África¹³⁷.

El delito de bigamia existe en nuestro ordenamiento jurídico penal desde el Proyecto del Código Penal de 1822, que en su artículo 543 establecía que *“cualquiera que contrajere nuevo matrimonio, sabiendo no estar disuelto otro a que se hallaba ligado, incurre en delito de bigamia, y sufrirá la pena de 5 a 8 años de obras públicas. Será además castigado con la pena de estuprador con arreglo al capítulo quinto, título primero de la segunda parte, si por este medio abusare deshonestamente de una muger honrada, engañándola con la apariencia de matrimonio; sin perjuicio también de la pena que merezca según el título quinto de esta primera parte, si para ello se hubiera valido o hecho uso de documentos falsos”*.

Actualmente este delito se regula en el artículo 217 de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el cual expresa que *“el que contrajere segundo o ulterior matrimonio,*

¹³⁵ Pedraza Bolaño, Eva. *Análisis del fenómeno de los matrimonios forzados desde la perspectiva jurídico penal* [Trabajo de Fin de Grado]. Repositorio institucional-Universidad Rovira i Virgili, 2016.

¹³⁶ Raffino, Maria Estela. *Poligamia*, 2020. <https://concepto.de/poligamia/>. [Consulta 18-06-2021].

¹³⁷ Pérez Vaquero, Carlos. *La poligamia es legal en 47 países*, 2012. [https://cj-worldnews.com/spain/index.php/es/derecho-31/in-albis1/item/2165-la-poligamia-es-legal-en-47-pac3adses](https://cj-worldnews.com/spain/index.php/es/derecho-31/in-albis1/item/2165-la-poligamia-es-legal-en-47-paises) [Consulta 18-06-2021].

a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año”.

El bien jurídico que se persigue proteger con este delito es controvertido. La consideración general de la doctrina es que con este delito no es que se proteja el matrimonio como institución básica de la familia, sino más bien se dirige a proteger el derecho de toda persona a tener un determinado estado civil indisponible e inmodificable¹³⁸. Por su parte, otros autores como MIR PUIG¹³⁹ consideran que la tipificación de este delito se dirige a la protección de la regulación civil, de manera que la protección del estado civil sería más bien indirecta. En este sentido el delito trata de proteger el respeto al ordenamiento jurídico civil.

Además, podemos observar la justificación que daba el Tribunal Supremo en 1986¹⁴⁰, afirmando que el delito “*supone un ataque frontal a la institución familiar, en cuanto que la misma tiene su fundamento en el matrimonio y éste responde en nuestro país, al igual que en la mayoría de los países civilizados, a la concepción monogámica, lo que lleva al legislador a criminalizar y sancionar la conducta del que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior*”.

A pesar de que en este caso se hacía referencia al anterior Código Penal de 1973, es interesante esta consideración por parte del Tribunal en relación con los delitos culturales. Se expresa que el matrimonio responde en nuestro país a una concepción monogámica de él y se hace alusión al resto de países que también contienen este mismo delito, a los cuales considera el Tribunal Supremo como civilizados.

Aunque actualmente la jurisprudencia de otras justificaciones a la tipificación de la bigamia, indudablemente la anterior es base para esta tipificación. Estamos, por tanto, ante un delito cultural, un delito que se encuentra en los países que “no son civilizados” porque son conductas habituales de esos lugares.

¹³⁸ Pérez Ferrer, Fátima. “Análisis de los problemas interpretativos y aplicativos del delito de bigamia en el Derecho Penal español”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020, p.4 <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-05.pdf> [Consulta 18-06-2021].

¹³⁹ Mir Puig, Santiago: “Matrimonios ilegales en el Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1974, pp. 436 y ss. Extraído de Pérez Ferrer, Fátima. “Análisis de los problemas interpretativos y aplicativos del delito de bigamia en el Derecho Penal español”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020, p.4 <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-05.pdf> [Consulta 18-06-2021].

¹⁴⁰ STC 123/1986, de 31 de enero de 1986.

En el delito de bigamia no se plantean las mismas cuestiones que en los dos delitos observados anteriormente, este no se ha introducido a pesar de estar su conducta previamente tipificada a través de otros tipos como forma de señalamiento a las culturas que lo practican, sino que se encuentra en nuestro ordenamiento penal desde el siglo XIX y sigue manteniéndose hoy en día.

Sin embargo, sí cabe plantearse si realmente es necesario el castigo penal ante esta conducta y si el bien jurídico debe protegerse con la mayor fuerza del ordenamiento jurídico o si, por el contrario, se está vulnerando el carácter de *última ratio* que debe regir el Derecho penal.

4. EXIMENTE CULTURAL ¿LEGE FERENDA?

Una vez analizados los mecanismos con los que cuenta nuestro ordenamiento jurídico para poder llegar a una diferenciación en la graduación de la pena a la hora de aplicar el tipo penal a una actuación que ha podido verse influida por la identidad cultural del sujeto activo, cabe analizar la denominada *eximente cultural* para apreciar una posible introducción de esta figura en nuestro Derecho penal.

De acuerdo a RENTELN, se trata de “*una causa de exclusión o disminución de la responsabilidad penal invocable por un sujeto perteneciente a una minoría étnica con cultura, costumbres y usos diversos o, en cualquier caso, en contraste con los de la cultura del sistema anfitrión*”¹⁴¹.

La eximente cultural es una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal que da lugar a la no imposición de la pena a pesar de la comisión de un hecho delictivo. Teniendo en cuenta que las eximentes en nuestro ordenamiento jurídico son de aplicación, bien por la vía de las causas de justificación o no apreciación de antijuricidad, o bien por la

¹⁴¹ Renteln, Alison Dundes., *In Defense of Culture in the Courtroom* en Shweder, Richard A. Y Minow, Martha y Markus Hazel, Rose. *Engaging Cultural Differences: The Multicultural Challenge in Liberal Democracies*. New York: Russell Sage Foundation, 2002, p. 196. Extraído de Sanz Mulas, Nieves. *Ob. Cit.*, p. 49.

vía de imputabilidad o no apreciación del elemento de culpabilidad, debemos tener en cuenta que la eximente cultural sería encuadrada en este último caso.

De manera que la aplicación de la eximente cultural supondría una apreciación de inimputabilidad por falta de culpabilidad del autor del hecho. Por este motivo, es importante comprender la justificación de la falta de culpabilidad por parte de quien es exento de responsabilidad penal por poseer una identidad cultural distinta y delimitar bien este ámbito, eliminando la ambigüedad y subjetividad en la apreciación de una figura tan importante que, de ser aplicada, dejará el hecho criminal impune.

Pasando al estudio de la figura, en primer lugar OLAIZOLA NOGALES considera que la apreciación de la eximente supondría el análisis de las circunstancias que impiden al sujeto la accesibilidad normal a la norma, como pueden ser el origen de este, el grado de aceptación de la conducta en el lugar de origen o las posibilidades del sujeto para acceder a esta norma del país de acogida¹⁴². Pero en mi opinión, esto es precisamente lo que se tiene en cuenta en la apreciación del error de prohibición, no estaríamos añadiendo nada nuevo al ordenamiento penal.

Además, añado como presupuestos para la aplicación de la eximente que la valoración de la conducta sea disculpable y no se observe peligro de reiteración, de tal manera que la figura podría actuar, ya no como eximente sino como atenuante cuando se atente contra bienes jurídicos fundamentales¹⁴³. En este sentido considero que, por un lado estamos ante conceptos muy ambiguos e indeterminados y, por otro lado, si partimos de la eximente, ante un caso de reiteración podría volver a apreciarse esta eximente a pesar de lo que considera OLAIZOLA NOGALES, podría un juez ver que cabe su aplicación de nuevo. Sin embargo, si lo que aplicamos es el error de prohibición el sujeto podrá estar exento una vez de la responsabilidad criminal por el hecho cometido pero en caso de reiteración no podría volver a serle de aplicación el error de prohibición porque la naturaleza de esta figura, que se basa en el desconocimiento y dificultad o imposibilidad para superar este desconocimiento, no lo permitiría.

En relación con lo anterior, debemos destacar dos tendencias sobre la eximente y su extensión: una versión ampliada que aboga porque la exención se aplique de manera total aunque solo respecto de un grupo de delitos; y, por otro lado, una versión restrictiva que

¹⁴² Olaizola Nogales, Inés. *Ob. Cit.*, p. 28.

¹⁴³ Olaizola Nogales, Inés. *Ob. Cit.*, p. 28.

aboga más bien porque no se exima sino simplemente se atenúe la pena, pero en cambio pueda aplicarse con carácter general a todos los delitos¹⁴⁴.

Tanto una u otra configuración de la eximente, bien en su versión ampliada o bien en su versión restrictiva, suponen un indudable triunfo del multiculturalismo y esta es la mayor argumentación a favor de esta figura que puede hacerse. Además, supone dejar de lado la igualdad formal para lograr una igualdad material que tenga en cuenta las desigualdades de cada persona y la influencia que la cultura puede haber generado en la forma de observar la realidad.

Por otro lado, observamos interesantes críticas que la doctrina ha lanzado como la que cita OLAIZOLA NOGALES¹⁴⁵ explicando que esta figura podría llevar a que el extranjero decidiera realizar su conducta contraria a nuestro ordenamiento jurídico sabiendo que esta sería eximida de responsabilidad penal. El grave problema que supone esto es que puede llevar a que los grupos culturales decidan no integrarse en la sociedad, estarían abocados a elegir entre integrarse y cumplir la ley o no hacerlo y continuar con su conducta contraria a las normas, lo cual no llevaría a ninguna respuesta penal.

Además, esto podría llevar a una dejación de la protección de los bienes jurídicos que son considerados fundamentales, los cuales podrían verse en serio peligro. Los derechos humanos no deben llegar a relativizarse con la justificación de un derecho a la cultura como hemos indicado en otros apartados, debe haber un límite infranqueable basado en el respeto a la dignidad humana y esta eximente podría acabar con ella. Surgirían, por lo tanto, innumerables problemas en el ámbito legislativo a la horade elaborar la eximente, como en el judicial a la hora de aplicarla, porque deberían ser resueltas cuestiones como hasta dónde puede llegar a ser de aplicación esta figura y si todos los comportamientos culturales pueden ser objeto de exención o atenuación o, por el contrario, existen algunos que bajo ningún concepto nuestro ordenamiento jurídico podría admitir por ser del todo contrarios a nuestro sistema democrático.

En mi opinión, en nuestro ordenamiento jurídico contamos con circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal como hemos analizado anteriormente, suficientes y, más concretamente, el error de prohibición es una vía adecuada para resolver los conflictos que puedan tener lugar cuando la conducta criminal se vea influida por la

¹⁴⁴ Sanz Mulas, Nieves. *Ob. Cit.*, pp. 50 y 51.

¹⁴⁵ Olaizola Nogales, Inés. *Ob. Cit.*, p. 29.

cultura que subyace en la personalidad del sujeto activo. España no es un país con grupos culturales minoritario absolutamente segregados de la mayoría e impermeables a la escala de valores de nuestra sociedad, como ocurre en otros países como Perú en el que se observan grupos étnicos verdaderamente aislados y ajenos al grupo social mayoritario. Por lo tanto, en nuestro país contamos con los mecanismos necesarios para hacer frente a situaciones complejas en las que intervenga la identidad cultural en la actuación de las personas.

Esto no quiere decir que debamos quedarnos conformes con ello y permanecer pasivos al fenómeno cultural, sino que quizá el camino a recorrer no sea tanto la introducción de una eximente cultural en España, sino la formación de los jueces en este sentido, de tal manera que cuando se enfrenten a este tipo de situaciones sean capaces de comprender la influencia que la identidad cultural tiene en el sujeto para que apliquen correctamente las figuras que el ordenamiento penal pone a su disposición, como por ejemplo el error de prohibición.

5. CONCLUSIONES

Los movimientos migratorios y la globalización son actualmente esencia de los Estados, se trata de fenómenos de los que prácticamente ningún país puede escapar: la multiculturalidad ha venido para quedarse y potenciarse cada vez más.

Los seres humanos estamos abocados a convivir en un mundo en el que, si bien no se niega la soberanía de los Estados, las fronteras se han vuelto más *líquidas*: es posible negar a un individuo su paso a un territorio, pero este podrá tener contacto con la sociedad de dicho territorio a través de Internet, por ejemplo, por lo que las barreras físicas y terrestres se mantienen, pero no existen barreras en la realidad virtual.

Este hecho supone una transformación del mundo, de las relaciones entre los individuos y de la configuración normativa de los Estados. Precisamente en este último punto, en el ámbito normativo de los Estados, y más concretamente en el Derecho penal, es el prisma desde donde se analiza el factor cultural en el presente trabajo.

La llegada de migrantes procedentes de distintos Estados, que llevan consigo una identidad cultural que les define y una visión de la realidad alejada de la visión de las

sociedades que viven en el país de acogida, supone superar un gran desafío: grupos heterogéneos con distintas formas de percibir y entender el mundo deben convivir pacíficamente.

Ante este desafío, existen numerosos modelos de gestionar la diversidad que a lo largo de la historia, e incluso hoy en día, han sido utilizados por los Estados para regular la convivencia. Los más fáciles son aquellos mediante los que se homogeneiza a la población bajo un principio de igualdad formal, y así hallamos el asimilacionismo; o mediante los que simplemente se decide ignorar a los grupos diferentes y separarlos del mayoritario, a través del segregacionismo. En cambio, descubrimos que el más adecuado y beneficioso para potenciar y proteger esa riqueza humana denominada “*diversidad*”, es el multiculturalismo.

No obstante, el multiculturalismo no lo pone nada fácil y no está exento de problemas que ofrecer. A través de él hemos observado una importante pugna de intereses cuando conviven culturas distintas en un mismo territorio: la forma de regular la sociedad que tiene cada grupo étnico o cultural, de acuerdo a la escala de valores de cada uno. Concretamente en nuestro país se enfrenta, por un lado, el derecho a la propia cultura; y, por otro lado, la protección del ordenamiento jurídico español, configurado en base a los valores constitucionales y a los Derechos Humanos.

En esta colisión, hemos podido observar cómo, a pesar de la crítica que puede hacerse a la conformación de los Derechos Humanos -que para algunos es entendido como una extensión del occidentalismo-, la dignidad humana, que es el núcleo fundamental de estos Derechos Humanos, supondrá un límite en este enfrentamiento. Es decir, el derecho a la cultura debe no solo protegerse, sino también potenciarse, como patrimonio de la humanidad y como esencia configuradora de la identidad de las personas, pero este derecho se topará con un límite infranqueable: la dignidad humana.

El enfrentamiento derecho a la cultura-ordenamiento jurídico se hace aún más plausible en el ámbito penal. Esto es precisamente porque en este caso convergen distintas consideraciones del bien jurídico que se trata de proteger y chocan de manera más violenta las diferentes escalas de valores de los diversos grupos culturales.

Para tratar de dar respuestas a este problema, es analizado en este trabajo el concepto y notas esenciales del denominado delito cultural, desde el punto de vista de diversos autores, así como su distinción de otras figuras próximas como la comisión de un delito por un motivo cultural que no es expresión de la cultura como tal. Y esto, unido al análisis

de los elementos del delito que establece la teoría general del Derecho penal, desde el prisma de los delitos cometidos por razón cultural.

De esta manera, hemos comprobado que la forma de tener en cuenta la identidad cultural de un sujeto cuando se comete un hecho delictivo no es tanto desde el punto de vista de la tipicidad o antijuricidad, como de la culpabilidad. En ese juicio de culpabilidad, es decir, en ese juicio sobre la capacidad que el sujeto posee para actuar de acuerdo a las exigencias normativas, atribuirle la realización de la conducta y exigirle responsabilidad, observamos que el error de prohibición es la figura más adecuada para considerar inimputable al comitente del hecho delictivo cuando la cultura que le define hubiera sido determinante en la consecución de este, aunque el encaje de otras eximentes pueda ser debatido también.

Además de tener en cuenta el fenómeno cultural desde el punto de vista de los elementos del delito, y abordar los problemas penales que tienen lugar a consecuencia de dicho fenómeno desde ahí, nuestro ordenamiento jurídico contiene tipificados en el Código Penal, y por tanto de manera específica, algunos delitos que pueden considerarse culturales, en el sentido de que recriminan conductas cometidas en nuestro país por vulnerar bienes jurídicos fundamentales y que, sin embargo, en determinados grupos culturales no solo son conductas normales, sino incluso obligatorias para sus miembros.

En este sentido, analizamos comportamientos castigados por el derecho penal, como la mutilación genital femenina, los matrimonios forzados o la bigamia y, partiendo de que no dudamos en este trabajo del imprescindible reproche penal que deben recibir estos comportamientos, ni de la adecuada protección que necesitan las víctimas, sin embargo, sí nos planteamos la crítica sobre el enfoque que se ha dado a su tipificación.

El problema, como hemos visto, parte de la decisión del legislador en 2003, a través de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros por la que se añade un segundo apartado al artículo 149 del Código Penal para tipificar de manera expresa la mutilación genital femenina, a pesar de que esta conducta ya estuviera castigada con la misma pena a través de las lesiones graves, reguladas en el primer apartado del artículo 149.

Y, por otro lado, el legislador, paralelamente, decide en 2015 introducir un nuevo artículo al Código Penal, el 172 bis, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo,

por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Igual que en el caso de la mutilación genital femenina, esta introducción supone una reiteración del castigo penal, pero en este caso para los matrimonios forzados, a pesar de que estos fueran subsumibles al delito de coacciones que establece el artículo 172 en su apartado primero.

Ambas modificaciones han desatado toda una serie de críticas porque han sido vistas como una muestra de intolerancia cultural y deseo de señalar y estigmatizar a comunidades culturales muy concretas, que en general son las únicas que podrán ser sujeto activo de la comisión de estos tipos. Lo que desarrollamos, y concluimos, en este sentido en el presente trabajo es que no se trata de regular un derecho penal simbólico que estigmatice a colectivos minoritarios, ni tampoco de dejar impune estas conductas o relativizar los derechos de las víctimas basándonos en el fenómeno cultural, sino de tratar de abrir un debate y llegar a verdaderas políticas que eviten comportamientos que, bajo la justificación de la cultura o la tradición, sean degradantes de la dignidad humana.

BIBLIOGRAFÍA

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

CISNEROS ÁVILA, Fátima. *Derecho penal y diversidad cultural: Los comportamientos culturalmente motivados*. [Tesis de doctorado, Universidad de Málaga]. Repositorio institucional-Universidad de Málaga, 2017.

CONTRERAS MAZARIO, José María. “La protección internacional de las minorías religiosas: algunas consideraciones en torno a la declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y al convenio-marco sobre la protección de las minorías”. *Anuario español de Derecho Internacional*, vol. 15, 1999, pp 159-204.

DE MAGLIE, Cristina. *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

DE PABLO SERRANO, Alejandro Luis. “Estigmatización del inmigrante y matrimonios forzados”, en del Álamo Gómez, Nuria y Picado Valverde, Eva María (Dir.). *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género III. Migraciones y derechos humanos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2021, pp. 815-826.

DI MARTINO, Carmine. “El encuentro y la emergencia de lo humano”, en PRADES LÓPEZ, Javier María y ORIOL SALGADO, Manuel. *Los retos del multiculturalismo*. Madrid: Ediciones Encuentro S.A., 2009

ERIKSON, Erik. *Ética y psicoanálisis*. Buenos Aires: Hormé, 1967.

FERRAJOLI, Luigi. *I diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari: Laterza, 2001.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal*.

FOBLETS, Marie Claire. “Los delitos culturales: de la repercusión de los conflictos de cultura sobre el comportamiento delincente. Reflexiones sobre la contribución de la antropología del derecho a un debate contemporáneo”. *Anuario de Derecho penal*, 2006, pp 287-312.

GIMÉNEZ ROMERO, Carlos. *Qué es la inmigración*. Barcelona: Integral, 2003.

HERNÁNDEZ DE FRUTOS, Teodoro y CASARES GARCÍA, Esther “Diferenciación socio-espacial y segregación racial en España”. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 21, 2016, pp 91-109.

HIDALGO TUÑÓN, Alberto. “La identidad cultural como factor de exclusión social”. *Eikaisia. Revista de filosofía*, núm. 18, 2008, pp 67-92.

HUNTINGTON, Samuel. *La nuova America. Le sfide della società multiculturale*. Milán: Garzanti editoriale, 2005.

KYMLICKA, Will. *Multicultural Citizenship*, Oxford: Clarendon Press, 1995.

LYMAN, John C. “Cultural defense: Viable doctrine or wishful thinking?” *Criminal Justice Journal*, 1986.

MACÍAS CARO, Víctor Manuel. *Los delitos culturales a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales*, [Tesis de doctorado, Universidad de Málaga]. Repositorio institucional-Universidad de Huelva, 2014.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. “El nuevo delito de matrimonio forzado: Art. 172 bis CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. “Derechos humanos e identidad cultural. Una posible conciliación entre interculturalidad y universalidad”. *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 38, 1998, pp. 119-148.

MIR PUIG, Santiago: “Matrimonios ilegales en el Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1974, pp. 436 ss. Extraído de Pérez Ferrer, Fátima. “Análisis de los problemas interpretativos y aplicativos del delito de bigamia en el Derecho Penal español”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020, p.4 <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-05.pdf> [Consulta 18-06-2021].

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general* (10ª edición, revisada y puesta al día/con la colaboración de Pastora García Álvarez ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

OCHOA JIMÉNEZ, María Julia. “Protección jurídica de las minorías en Europa”. *Revista Papel Político*, vol. 19, núm. 1, Vol. 19, 2014, pp. 211-236.

OLAIZOLA NOGALES, Inés. (2018). “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2018, núm. 20-03, pp. 1-30.

PEDRAZA BOLAÑO, Eva. *Análisis del fenómeno de los matrimonios forzados desde la perspectiva jurídico penal* [Trabajo de Fin de Grado]. Repositorio institucional-Universidad Rovira i Virgili, 2016.

PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar. “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”. *European Journal of Legal Studies*, Vol.5, núm. 1, 2012, p. 64-95.

PÉREZ FERRER, Fátima. “Análisis de los problemas interpretativos y aplicativos del delito de bigamia en el Derecho Penal español”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020, p.4 <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-05.pdf> [Consulta 18-06-2021].

PEÑA CABRERA, Alonso Raúl. *Derecho penal. Estudio programático*, Lima: Grijley, 1994.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “El derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural. La influencia de la identidad cultural en la teoría del delito”, en PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 73-114.

RUIZ VIEYTEZ, Eduardo Javier. *Juntos pero no revueltos: sobre diversidad cultural, democracia y derechos humanos*. Madrid: Maia Ediciones, 2011.

SANZ MULAS, Nieves. *Delitos culturalmente motivados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

VAQUERIZO DOMÍNGUEZ, Enrique. *La construcción de identidad cultural de los migrantes mexicanos en los Estados Unidos a partir de comunidades virtuales* [Tesis de doctorado, Universidad de Complutense de Madrid]. Repositorio institucional-Universidad Complutense de Madrid, 2019.

VAN BROECK, Jeroen. “Cultural defence an Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)”. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (Especial referencia a la mutilación genital femenina)*. Madrid: Dykinson, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. (2ª ed ed.). Buenos Aires: Ediar, 2003.

WEBGRAFÍA

CARRILLO, Marc. El caso del matrimonio forzoso. *El País*, 29 de abril de 2009. https://elpais.com/diario/2009/04/29/opinion/1240956005_850215.html [Consulta 14-05-2021].

Derechos culturales: cultura y desarrollo. <https://culturalrights.net/es/documentos.php?c=14&p=161> [Consulta: 08-05-2021]

Juspedia. “La eximente de cumplimiento del deber y ejercicio de derecho”. <https://juspedia.es/teoria-juridica-del-delito/cumplimiento-del-deber-ejercicio-de-derecho-y-consentimiento/la-eximente-de-cumplimiento-del-deber-y-ejercicio-de-derecho> [Consulta: 28-04-2021].

KAPLAN MARCUSÁN, Adriana y LÓPEZ GAY, Antonio. *Mapa de la mutilación genital femenina en España*, 2016. file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/MapFGMSp2016.pdf [Consulta 18-06-2020]

Los mapas que muestran los lugares con mayor segregación racial de EE.UU. *BBC News*, 1 de agosto de 2015 https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/08/150728_eeuu_mapas_segregacion_racial_bd [Consulta:16-06-2021].

Mutilación genital femenina, 2020. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> [Consulta 18-06-2020]

Organización Mundial de la Salud. “Los derechos humanos”. https://www.who.int/topics/human_rights/es/ [Consulta: 13-05-2021]

Organización Mundial de la Salud. “Mutilación genital femenina”. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> [Consulta: 18-06-2021]

Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa. <https://www.osce.org/es/national-minority-issues> [Consulta: 08-05-2021]

PÉREZ VAQUERO, Carlos. *La poligamia es legal en 47 países*, 2012. <https://cj-worldnews.com/spain/index.php/es/derecho-31/in-albis1/item/2165-la-poligamia-es-legal-en-47-paises> [Consulta 18-06-2021].

Portal de datos mundiales sobre la migración. <https://migrationdataportal.org/> [Consulta:01-04-2021].

PIGHI BEL, Pierina. Racismo en EE.UU.: el muro que se construyó en Detroit hace 80 años para separar un barrio blanco de uno negro (y que sigue en pie hasta hoy). *BBC News*, 30 de julio de 2020. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-53287992> [Consulta: 16-06-2021].

RAFFINO, Maria Estela. *Poligamia*, 2020. <https://concepto.de/poligamia/>. [Consulta 18-06-2021].

Segregación de inmigrantes en España: así se concentra la población extranjera en barrios pobres de las ciudades. *Eldiario.es*, 29 de enero de 2020. https://www.eldiario.es/desalambre/renta-marca-concentracion-inmigrantes-espana_1_1053178.html [Consulta: 16-06-2021].

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

STEDH (Gran Sala). Caso Chapman v. theUnitedKingdom, 18 de enero de 2001

STC 123/1986, de 31 de enero de 1986.

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

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

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

ANEXO DE LEGISLACIÓN

Legislación española

Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Naciones Unidas

Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se adopta el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Resolución 217 A (III), de 20 de diciembre de 1948, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se adopta la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Resolución 2142 A (XX), de 26 de octubre de 1966, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se adopta el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se adopta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, de la Asamblea General, por la que se adopta el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

Resolución 36/55, de 25 de noviembre de 1981, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se adopta la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones.

Resolución 50/144, de 13 de diciembre de 1985, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se adopta la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven.

Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se adopta el Convenio sobre los Derechos del Niño.

Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se adopta el Convenio sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Resolución 53/105, de 8 de diciembre de 1998, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se establece la Corte Penal Internacional.

Declaración Universal sobre Diversidad Cultural, de 2 de noviembre de 2001, adoptada por la 31ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO.

Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, adoptada en la 33ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO.

Resolución 61/295, de 13 de septiembre de 2007, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se adopta la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Asamblea General de Naciones Unidas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado, 2014

Unión Europea

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000.

Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas

Consejo de Europa

Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, adoptado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su número 177, el 4 de noviembre de 1950.

Convenio marco para la Protección de las Minorías Nacionales de 1994, adoptado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su número 157, el 1 febrero de 1995.