

# La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal\*

Inés Olaizola Nogales

*Catedrática en Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra*

---

OLAIZOLA NOGALES, Inés. La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2018, núm. 20-03, pp. 1-30. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 20-03 (2018), 31 mayo]

RESUMEN: Europa ya no es una sociedad homogénea culturalmente. Algunas de las culturas, tradiciones o costumbres que traen consigo las personas que provienen de otros países chocan con nuestra legislación penal. En el trabajo me planteo hasta dónde puede una sociedad democrática aceptar comportamientos que colisionan con valores, en algunos casos fundamentales, que la propia sociedad ha reconocido como suyos. Para ello parto de la consideración de que hay algunos límites que no pueden traspasarse en aras del derecho a la cultura. A partir de ahí, estudio el posible encaje que las motivaciones culturales de un sujeto pueden tener en nuestro Derecho Penal. Adelanto que las soluciones que propongo afectan sólo al ámbito de la culpabilidad.

PALABRAS CLAVE: Cultura, límite, conciencia, convicción, alteración en la percepción, error de prohibición.

ABSTRACT: Europe is no longer a culturally homogeneous society. Some of the cultures, traditions or customs that people have brought with them from other countries clash with our penal legislation. In this work I question just how far a democratic society can accept behaviours that clash with, in some cases, fundamental values, that the society has recognised as its own. For this reason I am starting from the consideration that there are some limits that cannot be crossed in the interest of the right to culture. From here, I study the possible niche that the cultural motivations of a subject may have in our Criminal Law. I bring forwards that the solutions that I propose only affect the sphere of guilt.

KEYWORDS: Culture, limit, awareness, conviction, change in perception, cultural defence.

Fecha de publicación: 31 mayo 2018

---

SUMARIO: I. Introducción. II. La diversidad cultural y los límites. 1. Concepto de cultura. 2. Límites. III. La respuesta penal ante la diversidad cultural. 1. Algunas cuestiones previas. 1.1. Definición de delito culturalmente motivado. 1.2. Supuestos concretos. 1.3. Diferencia entre el delito culturalmente motivado y el delito de conciencia y/o por convicción. 1.4. Diferente realidad en Latinoamérica. 1.5. Insuficiencia de la respuesta penal. 2. Posibles respuestas desde el CP. 2.1. Tipificación expresa. 2.2. Respuesta desde la culpa.

*bilidad. A) La anomalía o la alteración psíquica: art. 20.1º CP. B) La alteración en la percepción, art. 20.3º CP. a) Deficiencias sensoriales/orgánicas. b) Deficiencias socioculturales y posibles críticas. C) El error de prohibición, art. 14.3 CP. IV. Propuesta de ley ferenda: eximente o atenuante basadas en motivaciones culturales.*

---

\* Este trabajo se encuadra en el Proyecto de Investigación: Principios y garantías penales: sectores de riesgo (MINECO, DER 2016-76715-R), dirigido por el prof. Miguel Díaz y García Conlledo.

## I. Introducción

Cuentan de dos personas que estaban sentadas una enfrente de la otra con un número en medio. ¿Qué número ves? Una de ellas contestó: “veo el seis”, no, contestó la otra: “no es el seis, es otro número”. Qué tú tengas razón no significa que yo esté equivocado.

Europa ya no es una sociedad homogénea culturalmente. La inmigración producida, sobre todo en la última parte del siglo XX, ha generado la irrupción de nuevas culturas, de nuevas tradiciones<sup>1</sup>. En la actualidad, podemos hablar, también en Europa, de una sociedad pluricultural donde conviven ciudadanos pertenecientes a las más variadas culturas<sup>2</sup>.

Algunas de estas culturas, tradiciones o costumbres chocan con el ordenamiento jurídico, incluso con el ordenamiento jurídico penal. Se trata de conductas que son constitutivas de delito en el país de acogida, y, sin embargo, están permitidas o incluso son exigidas en el país de origen. O puede tratarse de conductas constitutivas de delito tanto en el país de acogida como en el de origen, pero con una respuesta penal diferente<sup>3</sup>.

Ante esta situación se puede plantear si la legislación penal debe aplicarse sin tomar en consideración los condicionantes culturales o si se pueden tener en

<sup>1</sup> Debe ser cuestionada la idea tradicional en virtud de la cual se ha estimado que el ordenamiento jurídico penal se construye sobre la base de un Estado que recoge aquellos valores reconocidos por una sociedad considerada culturalmente homogénea. Así, CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, en: *Política Criminal* 3 (2007), 2.

<sup>2</sup> Creo que es importante matizar algunos conceptos. En concreto es importante diferenciar entre pluriculturalidad y multiculturalidad. Ambos parten de la diversidad cultural, pero en la pluriculturalidad las culturas coincidentes no se interrelacionan equitativamente debido a que se toma la cultura mayoritaria como vara de medir, rechazando o despreciando lo que es diferente a ella. El multiculturalismo parte de un ideal de convivencia marcada y enriquecida con las diferencias de cada grupo. Vid. ampliamente, DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados Ideologías y modelos penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, 467 ss.; Es interesante la recensión al libro de De Maglie por TAMARIT SUMALLA, J.M., “Conflictos culturales y dilemas morales”, en: *InDret* 1/2013, 1-3; SANZ MULAS, N., “Diversidad cultural y Política Criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, en: *RECPC* 2014, 8.

<sup>3</sup> Tenemos múltiples ejemplos, tales como, la mutilación genital femenina; asesinatos por honor; cicatrices tribales; poligamia; relaciones sexuales con menores de edad; matrimonios forzados, delitos contra la salud pública. Sobre distintos casos vid. CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Política Criminal* 3 (2007), 17 ss.; MONGE FERNÁNDEZ, A., *El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Bosch, Barcelona, 2008, 29 ss.; DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados*, 2012, 112.

cuenta, de alguna manera. Esto es, hasta dónde puede una sociedad democrática aceptar comportamientos que colisionan con aquellos que la propia sociedad ha reconocido como suyos. Habrá que definir previamente qué se entiende por cultura y lo que se ha dado en llamar por la doctrina: delitos culturalmente motivados<sup>4</sup>.

Por otra parte, no se puede obviar la deriva cada vez más intolerante de las sociedades ante el fenómeno de la inmigración<sup>5</sup>. Europa apuesta por el “cierre de fronteras”, por políticas inmigratorias muy restrictivas. En España tenemos el ejemplo del muro de Ceuta y Melilla y los continuos asaltos a la valla. Por otro lado, la posición de Europa ante la crisis de los refugiados sirios resulta escandalosa con el llamado "pacto de la vergüenza" entre Bruselas y Ankara, que suscita numerosas dudas legales y morales. Además, proliferan los partidos de extrema derecha claramente xenófobos. Así, el *Frente Nacional* en Francia, quiere reducir el número de inmigrantes en situación legal de 200.000 a 10.000 y favorecer a quienes tengan nacionalidad francesa a la hora de acceder a un empleo. La subida de *Alternativa para Alemania*, un partido de corte neonazi, es interpretado como una respuesta contra la política de asilo de refugiados llevada a cabo por Merkel. En Grecia, el partido *Amanecer Dorado* ha aceptado para sí calificativos como el de racista y ha dejado evidentes muestras de su complicidad con estas ideas, gritando consignas nazis en el Parlamento Griego. En el Reino Unido, el *UKIP* es un partido nacionalista y euroescéptico dentro de la ultraderecha europea. El partido *Ley y Justicia*, en Polonia, es un partido de corte tradicionalista, profundamente homófobo y xenófobo, el partido de *la Libertad* en Austria, también es de corte xenófobo.

Además, la llegada de Trump a la presidencia de EEUU refuerza la política excluyente. Así, ha anunciado su intención de construir un muro entre México y EEUU, la de expulsar de forma progresiva al máximo número de inmigrantes o la de restringir la entrada de personas de origen árabe o musulmán aludiendo al posible riesgo de conflicto de culturas por su carácter fundamentalista e incluso por el riesgo de que sean terroristas.

Estas posiciones radicales parten de la premisa falsa de que nuestras sociedades son unívocas de un solo color, de una sola ideología o de una sola religión y la realidad es que estamos ante una sociedad cada vez más plural y multicolor. Por otra parte, por más vallas y fronteras que se pongan no dejará de haber movimientos migratorios en un mundo desigual y cada vez más globalizado. No se pueden poner puertas al campo<sup>6</sup>. En mi opinión, la solución para lograr una convivencia pacífica nunca va a venir desde las políticas del enfrentamiento o del rechazo.

<sup>4</sup> DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados*, 2012, 68 ss.

<sup>5</sup> Ampliamente, SANZ MULAS, *RECPC* 2014, 11 s.

<sup>6</sup>Según los datos del INE, en diciembre de 2016 había un total de 4.418.898 extranjeros residentes en España, a esta cifra habría que añadir el número de extranjeros en situación irregular. Sin tener en cuenta los

Por ello, me parece importante analizar la respuesta que debe darse ante las diferencias y en concreto si los posibles condicionantes culturales pueden tener alguna consideración a la hora de aplicar el CP: en qué casos, bajo qué cobertura jurídica, cuáles son los límites infranqueables, etc. La respuesta a estos interrogantes constituirá el objeto de este trabajo.

## II. La diversidad cultural y los límites

### 1. *Concepto de cultura*

El Diccionario de la Real Academia define la cultura como: *el conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.* Se define también la cultura popular como *el conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo*. En parecidos términos la Declaración Universal de la UNESCO (2001), sobre la diversidad cultural, define la cultura como *el conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, la manera de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias*.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en su art. 27, recoge el derecho de las personas que pertenezcan a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, compartido con los demás miembros del grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y a practicar su propia religión y a emplear su propio idioma<sup>7</sup>.

Creo que en lo que a este trabajo se refiere, al hablar de cultura se estará haciendo referencia a la identidad cultural de un grupo de personas determinado, que detentan patrones de valoración similares y una visión del mundo particular<sup>8</sup>.

Pues bien, a pesar de la premisa básica de que en una sociedad democrática se deben respetar las diferentes culturas si se quiere lograr una convivencia pacífica, considero, sin embargo, que ello no es incompatible con la exigencia de que dichas culturas –todas ellas– se adecuen a unos principios básicos. Nos planteamos si el pluralismo cultural, que debe ser seña de identidad de una sociedad avanzada y democrática, debe tener límites, y si debe tenerlos, cómo fijarlos.

extranjeros pertenecientes a la UE, los países de origen más frecuentes son por este orden: Marruecos, China, Ecuador y Colombia.

<sup>7</sup> Ampliamente, TORRES FERNÁNDEZ, E., “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural, en: *AFDUAM 17* (2013), 406 ss.

<sup>8</sup> En este sentido define el concepto de cultura CASTILLO ARA, A., “La ponderación de valoraciones culturales en el error de prohibición”, en: *Revista de Derecho 2* (2014), 246 s.

## 2. Límites

En diversos textos internacionales se recoge la idea de que las tradiciones o los comportamientos motivados culturalmente no pueden traspasar determinados límites y que el derecho a la cultura no es un derecho absoluto. Así, por ejemplo, *la Convención de Derechos del Niño*<sup>9</sup>, en su art. 24 obliga a los Estados a abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para su salud; *la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*<sup>10</sup>, en su artículo 5 señala: “Los Estados tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”; *la Declaración de Naciones Unidas sobre eliminación de todas las forma de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones*<sup>11</sup>, en su art.1 indica: “La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás” y *la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*<sup>12</sup> que en su art.12 recoge: “Se debería tener en cuenta la importancia de la diversidad cultural y del pluralismo: no obstante, estas consideraciones no habrán de invocarse para atentar contra la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Además, *la Convención sobre Protección y Promoción de las Expresiones Culturales*<sup>13</sup>, en su art. 2 establece: “Solo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantiza la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales”, atendiendo así a la idea de que la diversidad cultural solo puede aspirar a construirse sobre y no al margen de la libertad de los individuos que conforman el grupo<sup>14</sup>.

La exigencia de estos límites también es recogida por la doctrina. Así, estoy de acuerdo con ASUA, en que cuando la diferencia cultural se opone al reconocimiento de un derecho a “ser igual”, este último debe prevalecer sobre aquella. La defensa de la diversidad cultural no puede significar dar por buenas todas las prácticas o tradiciones de una cultura, sino solo aquellas que resulten compatibles con la misma premisa de igualdad sustancial de todo ser humano y el ejercicio de su libertad. Se debe repudiar, por tanto, toda relación que se legitime sobre la idea de

<sup>9</sup> Tratado Internacional de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

<sup>10</sup> Tratado Internacional de Naciones Unidas firmado en 1979, que entró en vigor en 1981.

<sup>11</sup> Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981.

<sup>12</sup> Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de octubre de 2005.

<sup>13</sup> Convenio de la UNESCO de 20 de octubre de 2005.

<sup>14</sup> TORRES FERNANDEZ, *AFDUAM 17* (2013), 410, afirma que la diversidad cultural sólo puede aspirar a construirse sobre y no al margen de la libertad de los individuos que forman el grupo.

superioridad de unas personas sobre otras<sup>15</sup>. También en nuestra propia cultura, afirma ASUA que los discursos sobre la incapacidad de la mujer para el disfrute de sus derechos y la supeditación a su destino como procreadora, esposa y madre, ha conformado la imagen de lo femenino con mayor o menor grado de sublimación religiosa hasta hace bien poco<sup>16</sup>.

En parecidos términos se manifiestan otros autores. Así, SAMBUC, se muestra radicalmente contrario al relativismo cultural, opina este autor que cultura, tradición y autenticidad no son sinónimos de libertad cultural. No pueden servir de coartada a prácticas que privan a los individuos de la igualdad de oportunidades y violentan los derechos del hombre. Como límites infranqueables considera el conjunto de derechos humanos inscritos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas, así como los derechos económicos, sociales y políticos. Y considera que en ningún caso deben juzgarse, en nombre de la tolerancia, determinados hechos en función a la pertenencia a ciertos grupos en el marco de un procedimiento penal. La libertad cultural debe basarse, continúa SAMBUC, en la libertad del individuo para escoger, si se conforma con una cultura o no y el límite vendrá dado por los derechos humanos<sup>17</sup>. CARNEVALI afirma que existen mínimos a los que una sociedad no puede renunciar y que hallan su basamento en los derechos fundamentales frente a los cuales no cabe oponer posturas sustentadas en consensos culturales<sup>18</sup>. TORRES afirma que el derecho a la identidad cultural está limitado, porque no es un derecho absoluto, sino que debe interpretarse en un conjunto más amplio sin poder apelar a la propia cultura para amparar violaciones de otros derechos. Estos derechos vendrían conformados por un mínimo común denominador basado en el respeto a la dignidad humana<sup>19</sup>. Siguiendo la misma línea, opina MONGE que tratar de mantener determinadas prácticas transgresoras de los derechos humanos fundamentales sólo con el fin de servir a la

<sup>15</sup> ASUA BATARRITA, A., “Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina”, en: *Eguzkilore 18* (2004), 87. En términos parecidos HERRERA MORENO, M., “Multiculturalismo y Derecho Penal: a propósito de la problemática sobre la mutilación genital femenina”, en: *Revista de Derecho Penal 5* (2002), 69, quien afirma que el Estado ha de ser intransigente ante todo lo que limite la capacidad de optar del individuo: la libertad cultural no sólo implicará el derecho a mantener su cultura, sino la posibilidad de revisar sus propias tradiciones o romper incluso con ellas.

<sup>16</sup> ASUA BATARRITA, *Eguzkilore 18* (2004), 88.

<sup>17</sup> SAMBUC B., “Los peligros del relativismo cultural”, en: *Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Anuario de Derecho Penal 2006*, 265 ss. Este autor indica que las mayores debilidades del multiculturalismo son tres: 1) La culturalización de los hechos sociales, priorizando las interpretaciones culturalistas y descuidando aspectos como el empleo o la escuela; 2) La fosilización de las tradiciones de origen, puesto que privilegiando la pertenencia cultural se pueden tolerar comportamientos sexistas y discriminadores y 3) El aislamiento de los grupos culturales.

<sup>18</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Política Criminal 3* (2007), 23 s.

<sup>19</sup> TORRES FERNÁNDEZ, *AFDUAM 17* (2013), 410 s. En el mismo sentido, HERRERA MORENO, *Revista de Derecho Penal, 5* (2002), 69; FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Diversidad cultural y sistema penal”, en: *Revista penal 22* (2008).

tradicción cultural resulta incompatible con el Estado de Derecho<sup>20</sup>. DE MAGLIE concreta una serie de límites insuperables puestos para tutelar a la persona cuya tutela no puede decaer nunca. Así señala el derecho a la vida, junto con la los derechos de libertad personal. Señala también la inmunidad respecto a torturas y penas corporales, el derecho de las mujeres y de los sujetos débiles respecto a todo tipo de coerción o violación de su cuerpo, incluyendo el reconocimiento de la libertad sexual. En resumen, defiende la intangibilidad del cuerpo humano como presupuesto fundamental de la libertad<sup>21</sup>. SANZ, afirma que la diversidad debe protegerse de eventuales excesos y ataques, porque la tolerancia no puede alcanzar a todo, también es necesario poner límites a la tolerancia, puesto que la tolerancia es elasticidad con límites<sup>22</sup>.

Se ha cuestionado la universalidad de los derechos humanos, aludiendo a un etnocentrismo occidental. Sin embargo, opino como TORRES, que de un concepto básico de persona como ser vivo de la especie humana se derivan una serie de derechos. Por un lado, los más básicos como la vida y la integridad personal. Por otro lado, el derecho a la integridad moral, con la consiguiente prohibición de la tortura y el trato degradante que constituyen. Estos derechos, más allá del posible etnocentrismo occidental, constituyen una barrera infranqueable al ejercicio de la diversidad cultural<sup>23</sup>. Creo también que es interesante la reflexión de MONGE en el sentido de que fruto de la confusión entre tolerancia y relativismo moral se deriva un errado dilema en el que se considera que o bien se es tolerante, negando cualquier validez universal a los derechos humanos, o bien, se afirma su eficacia *erga omnes*, situándose en un etnocentrismo intolerante<sup>24</sup>.

Se puede afirmar por tanto que hay unos límites infranqueables, basados en el respeto a los derechos humanos fundamentales, tales como la vida, la libertad, la igualdad y la integridad que no pueden traspasarse alegando un derecho a la identidad cultural. Ello querrá decir que las conductas o comportamientos que infrinjan dichos límites, vulnerando preceptos penales, serán conductas típicas y antijurídicas.

Ahora bien, en mi opinión, una cosa es que no se puedan permitir ni justificar comportamientos que lesionen derechos básicos fundamentales amparándose en motivos culturales, y otra distinta es que, a pesar de ello, no pueda considerarse la posibilidad de disminuir o incluso eximir de pena en alguno de estos supuestos. Es

<sup>20</sup> MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero frente al Derecho penal*, 2008, 39 ss,

<sup>21</sup> DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados*, 2012, 190 ss.

<sup>22</sup> SANZ MULAS, *RECP*, 2014, 12.

<sup>23</sup> TORRES FERNÁNDEZ, *AFDUAM 17* (2013), 413.

<sup>24</sup> MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero frente al derecho penal*, 2008, 39. Muy crítico con el relativismo cultural, SAMBUC, *Anuario de Derecho Penal* 2006, 260 ss. Este autor afirma que uno de los principales peligros del relativismo es la culturización del Derecho en nombre de la tolerancia, si la dimensión cultural del individuo prima sobre la libertad personal, el individuo estará subordinado al grupo, mientras que si prima la persona, sus características étnicas, religiosas o de raza serán secundarias.

decir, lo que se deberá estudiar es la posible relevancia penal de los condicionantes culturales que motivan el comportamiento de un individuo. En este sentido, como indica FOBLETS, cuando se consideran los factores culturales no se están defendiendo prácticas contrarias a los fundamentos del ordenamiento de nuestra sociedad. Considera la autora evidente que se debe reaccionar y condenar los actos que amenazan seriamente sus fundamentos. Sin embargo, añade: “hay algo de paradójico en el hecho de condenar individuos sin tener en cuenta la complicidad de la comunidad a la que pertenece el inculgado”<sup>25</sup>.

### III. La respuesta penal ante la diversidad cultural

#### 1. *Algunas cuestiones previas*

##### 1.1. *Definición de delito culturalmente motivado*

El respeto a la cultura diversa, a las costumbres y a las tradiciones no plantea ningún problema cuando no choca con el ordenamiento jurídico. Los problemas surgen, tal y como ya indicado, cuando el comportamiento llevado a cabo por el sujeto constituye delito donde lo ejecuta, pero no así en su lugar de origen, o al menos, aun siendo delito, la respuesta penal es notablemente diferente.

¿De qué hablamos cuando decimos que un comportamiento ha venido influido por condicionantes culturales? ¿Qué es el delito culturalmente motivado?

Una de las mayores expertas en este tema, DE MAGLIE, lo define como un comportamiento que es considerado delito por las normas del sistema de la cultura dominante, realizado por un sujeto perteneciente a un grupo étnico minoritario. El mismo comportamiento en la cultura del grupo al que pertenece el autor es por el contrario perdonado, aceptado como normal, aprobado o, en determinadas situaciones, incluso impuesto. Esta autora exige entonces algunos requisitos tales como 1) el motivo cultural: habrá de comprobarse que la causa psíquica que ha determinado al sujeto a cometer el delito encuentra su explicación en su bagaje cultural; 2) la coincidencia en la reacción: será necesario comprobar que los demás miembros del grupo al que pertenece el sujeto valorarían el comportamiento que ha realizado el sujeto del mismo modo que él; 3) la diversidad entre las culturas: debe compararse la diferente forma de valorar y de reaccionar entre el país anfitrión y el país de origen<sup>26</sup>. En parecido sentido ha definido la doctrina esta clase de delitos. Así básicamente se define como un comportamiento que no es delito dentro de la esfera cultural minoritaria a la que pertenece el sujeto, pero sí que lo es dentro del sistema

<sup>25</sup> FOBLETS, M.C., “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 constitucional”, en: *Derecho Penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal 2006*, 310 s.

<sup>26</sup> DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados*, 2012, 68 s.

penal de la cultura mayoritaria<sup>27</sup>. En la base del delito cultural está por tanto la diferente valoración de la conducta entre dos ordenamientos jurídicos: entre aquel en el que el sujeto ha sido educado y aquel en el que le acoge. Esta diferente valoración puede ir desde el hecho de que en el primero la conducta está permitida y en el segundo prohibida, hasta el caso más extremo en el que la conducta en el primero sea obligatoria y en el segundo la conducta constituya delito.

### 1.2. *Supuestos concretos*

Se repiten en todos los trabajos sobre este tema prácticamente los mismos ejemplos. Es importante señalarlo para dar cuenta de los hechos que estamos analizando<sup>28</sup>.

-Supuestos de muerte para resguardar el honor familiar. Por ejemplo, el caso Kimura, una mujer americana que había nacido y vivido muchos años en Japón se arrojó al océano Pacífico con sus dos hijos –de cuatro años y seis meses- con el fin de acabar con la vida de los tres porque su marido, y padre de sus hijos, le había sido infiel. Los socorristas salvan a Kimura, no pudiendo salvar a los niños. La mujer culpa a los socorristas por haberla salvado. Ella debía suicidarse con los niños, porque los huérfanos, según la tradición japonesa, son considerados desadaptados y empujados a la marginación. Kimura era una tradicional esposa japonesa que esperaba todas las noches a su marido para lavarle los pies. En Japón este tipo de homicidios se castigan como homicidios involuntarios con penas muy leves (sin entrada en prisión). En la cultura china es inaceptable que una mujer traicione a su marido. Si el marido no reacciona ante la traición -incluso matando a la mujer- se le considera débil y fracasado.

-Algunas conductas sexuales: Kargar, un refugiado afgano que vive en EEUU es sorprendido por una vecina mientras besaba el pene de su hijo de dieciocho meses. En la vivienda incluso había fotografías en las paredes del padre realizando esta práctica. En la cultura afgana este gesto se considera una manifestación de amor hacia el niño.

-Algunas conductas de tráfico de drogas con fines terapéuticos, fundamentalmente opio.

-Matrimonios forzados: En algunas culturas los matrimonios convenidos son una práctica permitida. Entre los países que permiten el matrimonio infantil, destacan Asia Meridional y en África Occidental y Central, donde el 46 y el 41% de las niñas, respectivamente, son niñas casadas, que han contraído matrimonio forzosamente.

<sup>27</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Política Criminal* 3 (2007), 24; TORRES FERNÁNDEZ, *AFDUAM* 17 (2013), 422; SANZ MULAS, *RECPC*, 2014, 13;

<sup>28</sup> DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados*, 2012, 112 ss.

-Las denominadas conductas de lesiones: son llamativas las conductas de escarificación de mejillas o sobre otras partes del cuerpo de jóvenes sobre todo provenientes de África, como símbolo del paso de la adolescencia a la madurez. Se cortan las mejillas y se recubren los cortes con vinagre, carbón tal de manera que las heridas, aunque se cicatricen, dejen desfigurado el rostro u otras partes del cuerpo como signo de valor.

-Por supuesto las mutilaciones genitales femeninas. Costumbre ancestral que se remonta a las sacerdotisas del antiguo Egipto hace unos 5.000 años. Se define como un acto de purificación para las niñas menores de 15 años. La mayoría de las madres realizan esta práctica para asegurar a sus hijas un futuro de respeto, pues las mujeres que sufren la mutilación son aptas para el matrimonio.

### 1.3. *Diferencia entre el delito culturalmente motivado y el delincuente de conciencia y/o por convicción*

Creo que es irremediable hacer una breve referencia a los conceptos de autor de conciencia y/o por convicción para marcar algunas diferencias. En los casos que nos ocupan, los sujetos han sido educados con unas pautas de comportamiento consideradas correctas en su país de origen, que, sin embargo, en el país de acogida no sólo no son correctas, sino que constituyen delito. No se trata, a mi modo de ver, ni de un delincuente de conciencia ni por convicción, aunque reconozco que algunas veces la línea que los separa puede ser muy fina.

Siguiendo a JERICÓ, entiendo que se puede diferenciar entre la decisión de conciencia de la decisión por convicción. La decisión de conciencia genera en el sujeto una obligación absoluta de realizar o de abstenerse de un determinado comportamiento que, en caso de no cumplirla, provoca una afectación grave de su dignidad. El individuo se ve compelido a actuar de una determinada manera y sabe que si no lo hace se le generará un conflicto irresoluble en su fuero interno. Tal decisión de conciencia puede provenir de diversas motivaciones –aunque la más habitual será la religiosa- pero en cualquier caso deberá generar el conflicto interno. El sujeto que actúa por convicción entiende que su actuación responde a razones de justicia y considera que su actuación es correcta, por lo que experimenta cierta obligatoriedad en la ejecución de sus comportamientos, aunque no de forma inexcusable<sup>29</sup>. Por su parte TAMARIT, define al delincuente por convicción como aquel sujeto que actúa impulsado por la creencia de que debe cometer el hecho de acuerdo con un orden normativo al que valora más altamente que el derecho estatal vigente. Este orden de normas puede tener distinta naturaleza: política, religiosa, ética, etc. Dentro de esta categoría amplia de delincuente por convicción destaca que el término conciencia no puede considerarse contrapuesto al término convicción, sino que debe servir

<sup>29</sup> JERICÓ OJER, L., *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid 2007, 65, 77, 262, 276, 283; MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero ante el Derecho penal*, 2008, 60 s.

para remarcar dentro del mismo aquellos supuestos en los que se dan unos matices fuertemente personales llevando al autor a una situación de conflicto<sup>30</sup>. Por su parte LUZÓN define al delincuente por convicción como aquel sujeto que conoce la prohibición por la norma y la consiguiente antijuridicidad, incluso penal, de su conducta, pero consciente y voluntariamente no cumple la prohibición porque internamente no la respeta, no comparte su fundamento, la valoración negativa en que se basa, sino que está convencido de que es correcto actuar así y cometer delitos graves para conseguir los fines pretendidos por una determinada ideología opuesta y enfrentada a la norma jurídica vigente<sup>31</sup>.

En los supuestos descritos en el epígrafe anterior podemos ver que se trata de sujetos que no comprenden el fundamento de la prohibición, no es que no lo compartan por razones de conciencia o de convicción, sino que no lo comprenden por haberse educado –socializado– en unos valores radicalmente diferentes. Salvo casos especiales, estos sujetos no sufren un conflicto interno personal de las características exigidas para ser considerado delincuente de conciencia ni tampoco consideran, como los delincuentes por convicción, que las normas que ellos cumplen tienen un valor superior a las que infringen, ni pretende cambiar el ordenamiento jurídico con sus actuaciones, simplemente son las normas en las que ellos se han educado y por tanto son las que comprenden<sup>32</sup>.

Se trata de supuestos en los que el esfuerzo de comprensión –interiorización de la norma– se ve muy dificultado por sus condicionamientos culturales<sup>33</sup>. Entiendo que hay matices diferentes, aunque a veces son difíciles de advertir. Imaginemos que un ciudadano español homosexual realiza prácticas homosexuales en un país donde tales prácticas constituyen un delito grave, castigado incluso con la pena de muerte<sup>34</sup>. Supongamos que el sujeto sabe que tales comportamientos son delito y

<sup>30</sup> TAMARIT SUMALLA, *La libertad ideológica en el Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1989, 340 s.

<sup>31</sup> LUZÓN PEÑA, D.M., “Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, en: *InDret 1/2013*, 11 s; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 531.

<sup>32</sup> DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados*, 2012, 247, afirma esta autora, que el “autor cultural” no es hostil hacia el Derecho, sino que el no cumplimiento deriva de la ausencia de percepción de desvalor de la conducta. Me parece interesante la reflexión que realiza SANZ MULAS, *RECPC* 2014, 4, cuando afirma que no se puede considerar un problema de multiculturalidad los conflictos que involucran a sujetos, que perteneciendo a un grupo social minoritario, reclaman ciertos derechos dentro de un sistema del que forman parte, que reconocen y que por tanto negocian con los mismos instrumentos (pone como ejemplo determinados colectivos como los homosexuales). En estos casos, continúa la autora, se trata de conflictos propios del pluralismo que apuntan más bien a estilos de vida grupal o de movimientos sociales.

<sup>33</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Política Criminal* 3 (2007) 27. Sin embargo, ZAFFARONNI afirma que esta polémica se superpone en algunos casos con la conciencia disidente, ZAFFARONI, R./ALAGIA, A./SLOKAR, A., *Derecho Penal Parte General*, 2ª, EDIAR, Buenos Aires, 2002, 737. También MODOLELL GONZÁLEZ, “Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (casos del indígena y costumbres de origen afroamericano)”, en: *Diversidad y Pluralidad Cultural. Anuario de Derecho Penal* 2006, 384, afirma que algunos supuestos pueden encajar en los supuestos propios del delincuente por convicción,

<sup>34</sup> Hay algunos países árabes en los que las prácticas homosexuales no sólo la consideran una ofensa a Alá y un acto contra la naturaleza. Sino que, además, la penan con la muerte. Y esta sentencia, por lo

conoce las consecuencias de llevarlos a cabo en aquel país. Lógicamente lo hará a escondidas, con ocultación. No creo que el sujeto sufra un conflicto interno (conciencia). Tampoco creo que realice tal comportamiento porque quiera enfrentarse al orden establecido en el país donde reside (convicción). Probablemente ese sujeto lo que no llegue a captar es el sentido de la prohibición. Educado en un país en el que tales prácticas son completamente legales, incluso en algunos ámbitos valoradas positivamente, le costará interiorizar que puedan considerarse delito en otro lugar, es decir su visión del mundo hará que le cueste comprender el fundamento de la prohibición.

#### 1.4. *Diferente realidad en Latinoamérica*

Antes de continuar, creo que es importante hacer un inciso. La elaboración de este trabajo se hace desde la perspectiva europea y no desde otras perspectivas como puede ser la perspectiva latinoamericana<sup>35</sup>. En este caso se ha planteado en algunos países el reconocimiento constitucional de las diferentes culturas y el valor de sus respectivos órdenes jurídicos<sup>36</sup>. A este respecto la Corte Constitucional de

general, se aplica de una manera brutal: por lapidación. Es la ley contra los homosexuales en la mayoría de los países regidos por el islam. O en aquellos donde milicias fundamentalistas controlan gran parte de su territorio, como es el caso de Nigeria -no estrictamente musulmán-, o Siria e Irak, donde el Estado Islámico mantiene ciudades bajo su dominio, sin intervención de un gobierno central. También en Afganistán, Arabia Saudita, Brunei, Mauritania, Pakistán, entre otros. En América Latina y el Caribe hay muchas variedades: países donde se penaliza la homosexualidad, países donde no hay ninguna ley que proteja a las personas homosexuales y donde hay muchos crímenes de odio, sobre todo en Brasil y México, y otros países, como Uruguay, Argentina o Colombia, donde se va alcanzando la igualdad como ciudadanos

<sup>35</sup> Así, por ejemplo, conforme a los datos ofrecidos por el Ministerio ecuatoriano coordinador de Patrimonio Natural y Cultural, el 77,4 % de la población del Ecuador es mestiza, heredera de vertientes culturales indígenas y europeas. Se reconocen 13 nacionalidades indígenas: Chachi (Esmeraldas), Tsáchila (Santo Domingo), Awa (Carhi y Esmeraldas), Epera (Esmeraldas), Cofán (Sucumbíos), Siona-Secoya (Sucumbíos), Quichuas amazónicos (Sucumbíos, Pastaza), Waorani (Sucumbíos), Zápara (Pastaza), Shuar (Zamora Chinchipe), Achuar (Morona Santiago, Pastaza y Zamora Chinchipe), Shiwiar (Amazonia) y Quichuas andinos y la presencia de pueblos afrodescendientes y montubios. Además, la existencia de entre 20 y 25 pueblos con identidades diferenciadas conforme sus tradiciones culturales, realidades geográficas y reivindicaciones sociales (Ministerio Coordinador de Patrimonio Natural y Cultural, 2008b). Existen 13 lenguas nativas: nueve en la región amazónica: Aingae (etnia Cofán), Pai coca (etnia Siona y Secoya), Zápara (etnia Zápara, es de indicar que la lengua Zápara es patrimonio mundial, declarada por la UNESCO en el año 2001), Shuar chicham (etnia Shuar), Achuar chicham (etnia Achuar), Wao tededo (etnia Waorani), Kichwa (etnia Kichwa del Oriente), Simigae (Kandwash) y Shiwiar chicham (Shiwiar) (de la Torre et al., 2008). Cuatro en la Costa: Awapit (etnia Awa), Eperapedede (etnia Epera), Cha"palaa (etnia Chachi), Tsafiqui (etnia Tsáchila). Y el Kichwa hablada por la etnia Kichwa, que vive en el callejón interandino y son más de tres millones de kichwa-hablantes (Ministerio Coordinador de Patrimonio Natural y Cultural, 2008c).

<sup>36</sup> La mayor parte de los Estados de la región ha ido introduciendo modificaciones en sus ordenamientos jurídicos, dando gradualmente acogida, al menos en parte, a las demandas indígenas. Es así como Panamá (1971), Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), México (1992 y 2001), Guatemala (1992), El Salvador (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994), Ecuador (1994 y 1998) y Venezuela (1999) han elevado a rango constitucional los derechos de los pueblos y/o de las personas indígenas. Otros países como Chile, si bien no consideran estos derechos en sus ordenamientos constitucionales, sí lo han hecho en su legislación (1993). El carácter pluriétnico y pluricultural de los Estados y de las sociedades que la componen es recogido por diversos ordenamientos constitucionales. Así en Colombia (1991) "el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana" (Art. 7); en Perú (1993) "el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación" (Art. 2 inc. 19);

Ecuador de 30 de julio de 2017, dictó una sentencia muy relevante, conocida como la Sentencia de La Cocha, en la que se resuelven varias cuestiones. Se trataba de un caso de asesinato en el que tanto la víctima como los agresores pertenecían a la comunidad indígena y habían aceptado todas las partes someterse a dicha jurisdicción. La primera consideración de la sentencia es que la jurisdicción indígena está legitimada para juzgar los hechos. Entiende la sentencia que un nuevo juzgamiento por parte del juez común y el ingreso en prisión de los jóvenes implica una vulneración del principio de *non bis in ídem*. La condena sufrida por los jóvenes consistió en castigos físicos (latigazos y ortigas) y el Tribunal estima necesario explicar que, para la comunidad indígena de La Cocha, las sanciones corporales no constituyen una tortura o un acto cruel o degradante, sino que las mismas tienen como única finalidad la restitución del equilibrio y la sanación de los involucrados. En su contexto, este tipo de "sanciones", indica la sentencia, constituye la única vía para restaurar el equilibrio quebrantado. Además, al ser aplicadas públicamente cumplen una labor ejemplificadora y preventiva que busca disuadir a los demás miembros de la comunidad de cometer ese tipo de faltas en un futuro, así como también evitar la reincidencia del infractor.

En el Convenio 169 de la OIT<sup>37</sup> acerca de pueblos indígenas y tribales en su art. 2 se señala: "1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad". Quizás en este contexto la problemática de la valoración de los factores culturales podría quedar resuelta si se ponderaran los factores culturales en el momento de creación legislativa, mediante la incorporación de representantes de grupos que representen una identidad cultural en la discusión legislativa<sup>38</sup>.

Bolivia (1994) se reconoce como "...libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural..." (Art. 1); Ecuador (1998) se reconoce en términos similares como "...un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico." La naturaleza colectiva de los "pueblos indígenas" es reconocida por Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Paraguay y Venezuela.

El reconocimiento de las costumbres jurídicas o del derecho consuetudinario indígena, tanto en el sistema jurídico estatal como a través de sistemas de jurisdicción indígena, es otro de los temas abordados por los ordenamientos constitucionales de los países andinos (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú) así como por el de Paraguay y México. En general se reconoce el derecho de las autoridades indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial conforme a su costumbre o derecho consuetudinario, siempre que éste no sea contrario a la Constitución ni a las leyes y/o a los derechos fundamentales. Se subraya la necesidad de que la ley establezca las formas de coordinación de estas jurisdicciones especiales con el sistema jurídico estatal. También, CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Política Criminal 3* (2007), 19; FERRÉ OLIVÉ, *Revista Penal 22* (2008), 36 ss. BASILICO R.A., *Error de prohibición culturalmente motivado, Diversidad cultural y administración de justicia*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2017, 85 ss.

<sup>37</sup> El Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, es un tratado internacional adoptado en Ginebra, el 27 de junio de 1989, siendo ratificado por nuestro país en septiembre de 2008, vigente desde el 15 de septiembre del año 2009.

<sup>38</sup> Ampliamente, CASTILLO ARA, *Revista de Derecho 2* (2014), 245 ss. En este sentido resulta muy interesante el trabajo de MODOLELL GONZÁLEZ, *Anuario de Derecho Penal 2006*, 280 ss. Este autor distingue grupos de casos y diferentes soluciones para cada uno de ellos. Así cuando se refiere al indígena no integrado entiende que deben prevalecer las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas en la

### 1.5. *Insuficiencia de la respuesta penal*

Volviendo a la realidad europea la primera idea importante, tal y como se ha indicado más arriba, es que, no se considerará permitida o justificada una conducta penalmente relevante por el hecho de venir motivada por razones culturales. Entiendo que el delito, desde su concepción material, supone, siempre que el legislador seleccione correctamente las conductas, una acción gravemente nociva para la sociedad, que perturba gravemente bienes jurídicos importantes, es decir, condiciones mínimas de convivencia social, de modo reprobable y no justificado y que pone en cuestión la vigencia del orden jurídico<sup>39</sup>. Los supuestos expuestos en muchos casos suponen un ataque a los bienes jurídicos fundamentales. Ello implica que son conductas que atacan gravemente condiciones mínimas necesarias para la convivencia y que por tanto deben ser calificadas como delitos.

Sin embargo, creo que, aunque es absolutamente imprescindible rechazar y tipificar estas prácticas, las medidas penales no pueden ser únicas y deben venir acompañadas de otras soluciones<sup>40</sup>.

La solución pasa, a mi modo de ver, en primer lugar, por tratar de entender que determinadas conductas que, para los que nos hemos educado en una cultura occidental, son conductas intolerables por violentar derechos humanos básicos y por retroceder en avances relacionados con la idea de igualdad y de libertad, sin embargo, en otras regiones del planeta no se perciben de la misma manera. Los sujetos que las llevan a cabo se han educado en valores muy distintos a los nuestros, que les hacen percibir de diferente manera la gravedad de las conductas, llegando incluso a considerar que algunas de ellas son positivas y necesarias. No puede ignorarse que quien llega a un país en el que se prohíben determinadas conductas en las que él se ha educado, puede llegar a conocer la prohibición y sus consecuencias, pero llegar a entender las razones de la prohibición y asumirlas puede costarle un tiempo<sup>41</sup>.

medida en que el ordenamiento jurídico del Estado es totalmente ajeno al indígena. En el caso del indígena integrado parcial o totalmente en el Estado distingue a su vez los supuestos en los que el sujeto conoce ambos ordenamientos, en cuyo caso entiende MODOLELL que habrá que acudir a la figura del delincuente por convicción de los supuestos en los que el sujeto no conoce la norma estatal, en este supuesto aboga por la apreciación del error de prohibición.

<sup>39</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones 3ª*, 2016, 31.

<sup>40</sup> SANZ MULAS, *RECPC*, 2014, 43. Esta autora, haciendo referencia al delito de mutilación genital con bastante razón, critica algunas posiciones occidentales de determinados grupos feministas cuando se refieren a este tipo de prácticas. Considera que es un ejemplo claro de “síndrome de la misionera” que desde una visión de superioridad está llamada a salvar a las “ignorantes” y “sometidas” mujeres del tercer mundo. Afirma esta autora que, siendo como es una manifestación de violencia de género, se debe proteger también a las mujeres que cooperan en estas prácticas, por tradición y por respeto a lo que puede suceder si no cooperan en la mutilación de sus hijas. En sentido similar, HERRERA MORENO, *Revista de Derecho Penal* 5 (2002), 77; FOGLETS, *Anuario de derecho Penal* 2006, 310: “Considerar a los padres de la niña sometida a excisión, y con mayor razón a la madre, como individualmente culpables, significa descuidar la dimensión esencialmente social de la práctica incriminada”.

<sup>41</sup> Resulta interesante la reflexión de TORRES FERNÁNDEZ, *AFDUAM* 17 (2013), 416, indicando que

Siendo esto así, estoy de acuerdo con ASUA, en que se hace imprescindible una labor pedagógica y de formación hacia estos colectivos, de manera parecida a los programas que la OMS (Organización Mundial de la Salud) lleva a cabo en los países de origen. Afirma la autora, con la que estoy de acuerdo, que podemos operar con la presunción de que el inmigrante que se aloja entre nosotros puede y debe entender nuestra interpretación de las normas, pero si partimos de presunciones irrefutables difícilmente solucionaremos los problemas<sup>42</sup>.

## 2. Posibles respuestas desde el CP

### 2.1. Tipificación expresa

El CP no dispone de ningún precepto específico que recoja estas motivaciones culturales. Antes bien, al contrario, algunas de las conductas que podrían encajar en lo que se ha definido como delito culturalmente motivado han sido tipificadas expresamente. Así, por ejemplo, se ha tipificado expresamente el delito de mutilación genital femenina –art. 149.2 CP- o el delito de matrimonio forzado –art.172 bis-. El mensaje que se lanza con dichas tipificaciones es la absoluta falta de tolerancia hacia comportamientos de este tipo, porque en ambos casos la necesidad de la regulación específica es cuestionable<sup>43</sup>. Así, la mutilación genital podría sancionarse como un delito de lesiones graves, extirpación de un órgano principal, art. 149.1 CP, con la misma pena que se recoge para el delito específico, de seis a doce años de prisión. Por su parte, el delito de matrimonio forzado, además de los problemas concursales que va a provocar con el delito de trata de personas del art. 177 bis 1.e), trae aparejada prácticamente la misma pena que el delito de coacciones.

Estoy de acuerdo con SANZ en que resulta preocupante que ninguno de los ordenamientos europeos se haya planteado recoger en alguna medida la especificidad cultural en el ámbito del Derecho penal, continúa la autora indicando que la cons-

en el conocimiento de las normas penales desempeña un papel muy importante la cultura del sujeto, puesto que las normas de cultura actúan como vehículo de transmisión de lo obligado en cada situación social, por lo que las posibilidades de motivarse por la norma penal estarán mediatizadas por la coincidencia entre la norma jurídica y la norma de cultura.

<sup>42</sup> ASUA BATARRITA, *Eguzkilore 18* (2004), 94. Esta autora pone como ejemplo de programa de formación el llevado a cabo por el grupo de hombres y mujeres africanos y europeos para la abolición de las mutilaciones sexuales femeninas –GAMS- que desarrolla su trabajo de información y sensibilización en las comunidades de inmigrantes en países europeos. Es importante en este mismo sentido la Declaración del Comité Nacional de Bioética en su informe de 1998, que aunque reconoce que la práctica de la mutilación sexual femenina es intolerable e inaceptable, considera que es preciso intervenir con nuevas formas de acogida y de integración de aquellas familias en cuyo seno se presume que estas prácticas pueden ser realizadas probablemente de forma clandestina, ayudándoles a percibir que hay otras vías a través de las cuales las adolescentes pueden abrirse a una futura vida familiar y conyugal. En sentido similar, expresando la necesidad de apostar por labores de formación y de sensibilización y no solo por la vía penal, HERRERA MORENO, *Revista de Derecho Penal 5* (2002), 79 s.; SANZ MULAS, *RECPC* 2014, 42 ss.

<sup>43</sup> TRAPERO BARREALES, M.; *Matrimonios ilegales y Derecho penal: bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 195 ss.

trucción social de la alteridad como barbarie no es un buen punto de partida para propiciar el diálogo intercultural, pues sólo se limita a estigmatizar. Esta misma autora señala, además, que las penas que ha recogido el CP en el delito de mutilación genital lo único que hacen es etiquetar a los colectivos que llevan a cabo estas prácticas como bárbaros e incivilizados, promoviendo con ello su exclusión social, la intolerancia y la xenofobia<sup>44</sup>.

## 2.2. Respuestas desde la culpabilidad

Considero que debemos plantearnos si este tipo de comportamientos, que hemos denominado delitos culturalmente motivados, con las características que hemos señalado más arriba, puede tener algún tipo de exención o atenuación penal desde la perspectiva de la culpabilidad. Si para considerar culpable a un sujeto, es necesario que este pueda acceder a la norma y motivarse consecuentemente por ella, la cuestión será si de una persona que se ha educado en unos valores muy diferentes a los que rigen en la sociedad en la que vive, se puede afirmar que su accesibilidad a la norma está limitada, que no es normalmente motivado por la norma y en ese sentido verse afectada su culpabilidad.

### A) La anomalía o la alteración psíquica, art. 20.1º CP

En mi opinión no cabe la aplicación del art. 20.1º CP, porque la apreciación de tal precepto implica la anormalidad psíquica, la presencia de perturbaciones mentales, permanentes o pasajeras del sujeto<sup>45</sup>. Tiene una base por tanto psíquica –de perturbación mental-, por lo que considerar estos casos incluidos en el ámbito de la imputabilidad sería considerar que los sujetos que llevan a cabo esta clase de delitos tienen anuladas o perturbadas sus facultades mentales. Como bien dice ZAFFARONI sería considerar la absurda teoría de que los indígenas son inimputables y por tanto peligrosos<sup>46</sup>.

Merece la pena destacar en este sentido el art. 33 del CP Colombiano que señala: “Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender la ilicitud o de determinarse de acuerdo a esa comprensión por diversidad cultural”. Se planteó un recurso de inconstitucionalidad contra este precepto precisamente por el hecho de considerar inimputable a un sujeto por razón de sus diferencias culturales. Tal precepto fue interpretado por el

<sup>44</sup> SANZ MULAS, *RECPC* (2014), 29 ss.; En el trabajo de TRAPERO BARREALES, *Matrimonios ilegales*, 2016, 198 ss., se puede leer esta misma idea.

<sup>45</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3ª, 2016, 501 ss.

<sup>46</sup> ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, 2ª, 2002, 738. La mayoría de la doctrina rechaza la aplicación del 20 1º CP, así, HERRERA MORENO, *Revista de Derecho Penal* 5 (2002), 75; FOGLETS, *Anuario de Derecho Penal* 2006, 307; JERICÓ OJER, *El conflicto de conciencia*, 2007, 574; MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero ante el Derecho penal*, 2008, 71, quien afirma que tratar de reconducir estas prácticas a la eximente del art. 20.1ª choca contra los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho; DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados*, 2012, 239.

TC C-370/02, de 14 de mayo de 2002 que declaró su constitucionalidad siempre que se entendiera, que la inimputabilidad no se derivaba de una incapacidad, sino de una cosmovisión diferente, y que en los casos en los que el sujeto no comprendiera la ilicitud por sus condicionantes culturales la sentencia debía ser de absolución y no de declaración de inimputabilidad del sujeto<sup>47</sup>.

#### B) La alteración en la percepción, art. 20.3º CP

En mi opinión, sin embargo, debe analizarse con mayor profundidad la posibilidad de apreciar el art. 20.3º CP que recoge la eximente de alteración en la percepción. Esta eximente vendría integrada por dos elementos: el primero, la alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia y el segundo, consecuencia del primero, consistiría en la alteración grave de la conciencia de la realidad.

Se viene considerando que se trata de una anomalía permanente debida a una grave falta de comunicación con el exterior provocada por alteraciones en la percepción sufridas desde la infancia. Como consecuencia, deviene el segundo elemento, esto es, el sujeto no tendrá conciencia de la realidad social, cultural y normativa que da un conocimiento aproximado de los valores, normas y principios básicos, éticos y jurídicos<sup>48</sup>.

¿Qué causas provocan la incomunicación?

##### a) Deficiencias sensoriales u orgánicas

Las razones de tal incomunicación provienen, según la mayoría de la doctrina, de deficiencias sensoriales y/u orgánicas<sup>49</sup>.

Debe recordarse que la interpretación histórica apoya esta conclusión, puesto que el art. 8.3 CP 1944/1973 en su redacción anterior a la reforma del CP de 1983 declaraba exento de responsabilidad penal “al sordomudo de nacimiento o desde la infancia que careciera en absoluto de instrucción”. Se criticaba que el precepto se refiriera sólo a los sordomudos porque se entendía que otros defectos sensoriales, como la ceguera o el autismo, sin el suficiente apoyo podrían llevar a la misma incomunicación.

<sup>47</sup> COLÁS TURÉGANO, A., “Tratamiento penal de la diversidad cultural” en: BORJA JIMÉNEZ, E. (coord.), *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 404 ss.; TORRES FERNÁNDEZ, *AFDUAM* 17 (2013), 435.

<sup>48</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3ª, 2016, 513 s. CARMONA SALGADO, C., “Artículo 20.3 CP”, en: COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, EDERSA, Madrid, 1999, 289. Esta autora afirma que este requisito de alteración grave de la conciencia de la realidad se verá cumplido si el autor carecía de la capacidad para comprender la valoración jurídica (no simplemente ética) del hecho perpetrado. Según NAQUIRA RIVEROS, J.; *Imputabilidad y alteración de la percepción: exención y atenuación de la responsabilidad criminal*. (Tesis doctoral inédita), MORILLAS CUEVA, L. (dir.), Universidad de Granada, 2013, 210, la exigencia de este elemento supone en el agente una alteración de la capacidad de conocimiento y valoración del injusto.

<sup>49</sup> CARMONA SALGADO, *Comentarios al CP*, 1999, 300; JERICÓ OJER, *El conflicto de conciencia*, 2007, 574; MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero ante el Derecho penal*, 2008, 75, esta autora afirma que pretender incluir la incidencia de los factores socio-culturales como eximente de alteración en la percepción resulta una interpretación algo forzada, contraria, incluso al principio de legalidad penal.

Otro posible argumento a favor de esta interpretación es que la apreciación de la misma lleva aparejada la caracterización como inimputable del sujeto y la correspondiente imposición de una medida de seguridad. Conforme al art. 103 CP, al que fuera declarado exento de responsabilidad en virtud del art. 20.3º CP se le podrá imponer, si fuera necesario, la medida de internamiento en un centro educativo especial o cualquier otra de las medidas del art. 96 CP.

#### b) Deficiencias socio-culturales. Posibles críticas

Hay otra línea doctrinal, que afirma la posibilidad de aceptar que la base de la alteración, que lleva a la incomunicación, no sea únicamente biológica, sino también socio-cultural, considerando que quien ha sido educado en una cultura radicalmente distinta a la del país de acogida percibe la realidad de forma diferente. Así TAMARIT defiende la posible aplicación de esta eximente a supuestos de aislamiento cultural en que pueden encontrarse personas que no han tenido oportunidad de adoptar los valores fundamentales de la cultura de la sociedad de acogida, como el respeto a la dignidad humana sin condiciones o el repudio de la violencia<sup>50</sup>.

Me parece en este sentido muy interesante la STS de 20 de abril de 1987 (RJ 1987/2579)<sup>51</sup>, que abre de forma tímida la puerta a esta posibilidad. El TS declara que a los efectos de esta eximente la grave alteración de la conciencia de la realidad equivale a un erróneo o distorsionado conocimiento de los elementos de la cultura que reglan la interacción social: valores, normas y pautas de comportamientos vigentes. Y continúa: “Cuando una persona sufre en su conciencia un déficit de tal naturaleza, puede decirse que sufre una grave alteración de la conciencia de la realidad. Normalmente la alteración en la percepción vendrá determinada por un defecto sensorial, aunque no puede descartarse por completo que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sean efecto de *excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad.*”.

En un sentido similar cabe destacar la STS 1135/2006, de 16 de noviembre. El TS señala resulta que lo relevante en el estudio de la imputabilidad es la capacidad de motivación de la norma y la posibilidad de actuación conforme a la misma. Afirma el tribunal que no es difícil analizar su concurrencia desde una perspectiva psíquica ya que si el sujeto padece una anomalía psíquica grave podemos representarnos la afectación de su enfermedad en el contenido de la imputabilidad que se materializará, en función de la intensidad en la exención, completa o incompleta, de

<sup>50</sup> TAMARIT SUMALLA, “Libertad de conciencia y responsabilidad penal: Relevancia de los motivos de conciencia en la valoración de la antijuridicidad y culpabilidad, en: *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos I* (2001), 397; MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero frente al Derecho Penal*, 2008, 75, responde que según la tesis del mencionado autor lo que motivaría la aplicación de un tratamiento jurídico penal diferente sería la situación de aislamiento cultural y no la motivación del sujeto.

<sup>51</sup> Ampliamente sobre esta sentencia y sobre jurisprudencia posterior, NAQUIRA RIVEROS, *Imputabilidad y alteración de la percepción*, (Tesis doctoral inédita), Granada, 2013, 188 ss.

la responsabilidad penal o en su atenuación, conforme a los arts. 20.1, 2 y 6 y 21.1, 2, 3, 6, o incluso a través del ejercicio de la función jurisdiccional de la individualización de la pena. Sin embargo, en esta sentencia el Tribunal afirma que también en su conformación ha de atenderse a una perspectiva social, pues los déficit de socialización, cuando son relevantes, pueden presentarse con intensidad tanto en la percepción como en la capacidad de actuación conforme a la norma al conformar una errónea apreciación de la realidad sobre la que atender el mandato de la norma, situación que guarda cierta relación dogmática con el error de prohibición que afecta al elemento subjetivo del delito, pero no permite señalar como consecuencia jurídica la aplicación de medidas de seguridad. Continúa la Sentencia afirmando que esta deficiencia sociológica del sujeto, puede suponer "una presión motivacional a favor del delito superior a la media normal", reconociendo de esta manera la influencia del entorno social en la actuación delictiva, y concluye indicando que estas situaciones deberán ser tenidas en cuenta al tiempo de individualización de la pena, y en aquellos supuestos graves de deficiencias en la socialización que influyen con intensidad relevante en la percepción de la realidad o en la capacidad de observancia de la norma, servirá como presupuesto de la atención o exención del art. 20.3 del Código Penal.

La aceptación de esta segunda tesis implicará la posibilidad de que un sujeto sea declarado inimputable a pesar de no tener anomalía mental, sensorial u orgánica de ningún tipo<sup>52</sup>. Si se acepta esta premisa, esto es, que cabe apreciar el art. 20.3º a un sujeto sin ninguna anomalía, no veo inconveniente para apreciar la eximente (bien completa, incompleta) a los supuesto que estamos analizando. Sería necesario que la divergencia cultural provocara en el sujeto una situación de incomunicación que tuviera como consecuencia una comprensión gravemente distorsionada de la realidad. No basta con que el sujeto sea extranjero o se haya educado en una cultura diferente, sino que es preciso que dicha educación, el entorno en el que se mueve, la situación de aislamiento respecto a la sociedad de acogida o la discrepancia profunda entre sus valores y los de la sociedad de acogida hagan que el sujeto tenga gravemente alterada la conciencia de la realidad.

<sup>52</sup> Esta eximente es considerada causa de inimputabilidad, a pesar de que en el art. 20.3º no se exige, como en el 20.1º y en el 20.2º, que quien la alegue haya tenido como consecuencia de la alteración en la percepción "no haber podido comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión". Sin embargo, la interpretación sistemática apoya la consideración del precepto como causa de inimputabilidad. Ampliamente sobre este asunto, NAQUIRA RIVEROS, *Inimputabilidad y alteración de la percepción*, (Tesis Doctoral inédita), Granada, 2013, 179 ss. En mi opinión, estoy de acuerdo con la STS 1135/2006, de 16 de noviembre cuando afirma: "si aplicamos los elementos de la imputabilidad a la situación de déficit importante de socialización comprobamos que tanto la percepción de la norma, como la valoración de la bondad de un bien jurídico como objeto de protección del derecho penal y la consideración de que una determinada conducta supone una lesión o una puesta en peligro del mismo, así como la capacidad para actuar conforme a la norma, o de inhibirse en la realización del ataque o de su puesta en peligro, aparecen seriamente comprometidas en los supuestos de la ausencia, o el déficit importante, de esos presupuestos de valoración llegando a desvirtuar las capacidades de comprensión, o distorsionarla de forma relevante, por lo que la capacidad de actuar conforme a esa comprensión aparece, también, desvirtuada"

Podrían oponerse dos argumentos en contra de esta tesis. El primero el tenor literal-gramatical del precepto<sup>53</sup> y el segundo la consideración de inimputable de un sujeto que no padece ninguna anomalía<sup>54</sup>. Creo que ambos pueden rebatirse.

b.1) ¿Lo permite el tenor literal?

En primer lugar, el tenor de la eximente no lo impide, el precepto exime de pena a quien “por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”. No exige propiamente que la alteración de la percepción provenga de un déficit sensorial, sino que tal tesis proviene de una interpretación histórica, no siendo tal interpretación vinculante. Por otro lado, la exigencia de que dicha alteración se dé desde el nacimiento o desde la infancia tampoco supone un inconveniente. Estoy en este sentido de acuerdo con NAQUIRA en que la expresión “desde” no tiene que ser entendida como “en” o “con motivo u ocasión” del nacimiento. Entiendo que la exigencia temporal de la eximente se puede considerar cumplida cuando el sujeto, desde sus primeros días, nació, creció y se educó en un entorno cultural completamente diferente al de la sociedad de acogida<sup>55</sup>. Esta interpretación dotaría de un mayor contenido a la eximente analizada, ya que buena parte de las deficiencias sensoriales podrían recogerse en el art. 20.1 CP 1995. Debe tenerse en cuenta que a diferencia de los antiguos arts. 8.1 y 2 del anterior CP, que recogían la enajenación y el trastorno mental transitorio, el art. 20.1º CP incluye como causa de inimputabilidad cualquier anomalía o alteración psíquica<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> NAQUIRA RIVEROS, *Inimputabilidad y alteración de la percepción*, (Tesis Doctoral inédita), Granada, 2013, 230. Opina este autor que, aunque la interpretación de esta eximente desde la perspectiva normativa-valorativa-socio-cultural es factible y razonable, en un mundo de globalización e integración de países, continentes y culturas, exige un mayor grado de desarrollo interpretativo por la forma literal en que está actualmente tipificada la disposición legal. En todo caso, para este autor la divergencia socio-cultural no es factible en aquellos delitos de existencia universal, tales como los que atentan contra la vida, contra la integridad o la salud, porque en todas las culturas se consideran ilegales estos comportamientos, hay casos concretos -continúa este autor- en los que se permiten ciertos comportamientos (por ejemplo los supuestos de ablación), estos supuestos, según este autor, podrían ser resueltos debidamente a través de la aplicación de un error de prohibición indirecto. Sin embargo, NAQUIRA (230) considera que sí podría ser considerado inimputable el sujeto, que por venir de una cultura diferente, desconoce la norma que inspira los delitos que atentan, por ejemplo, contra el medio ambiente, la hacienda pública, etc.). Desde mi punto de vista, no acabo de comprender la relevancia que tiene el que se trate de unos tipos de delitos u otros a los efectos de considerar aplicable o no el art. 20.3º CP. MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero frente al Derecho Penal*, 2008, 75. Afirma esta autora que la inclusión en la eximente de supuestos de subdesarrollo cultural constituiría *analogía in malam partem*, proscrita en nuestro Derecho Penal. No estoy de acuerdo con esta idea, ya que la inclusión de nuevos supuestos en una eximente amplía el ámbito de aplicación de la eximente por lo que, en todo caso, de ser analogía -cuestión discutible-, sería *in bonam partem*, y por tanto permitida en nuestro Derecho Penal.

<sup>54</sup> DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados*, 2012, 258. Esta autora añade que el autor cultural no puede ser asimilado a un *rusticus* que hay que educar. Se trata de una teoría en la que hay una cultura superior, la occidental, en la que es deseable que el diverso se integre.

<sup>55</sup> NAQUIRA RIVEROS, *Inimputabilidad y alteración de la percepción*, (Tesis Doctoral inédita), Granada, 2013, 207.

<sup>56</sup> NAQUIRA RIVEROS, *Inimputabilidad y alteración de la percepción*, (Tesis Doctoral inédita), Granada, 2013, 195.

## b.2) ¿Cabe la declaración de inimputabilidad?

Respecto a la segunda razón, podría ser criticable que consideremos que un sujeto es inimputable por comportarse conforme a sus valores y a su cultura. Así, DE MAGLIE, afirma que el criterio de la insuficiente socialización no es una propuesta adecuada para resolver la problemática de los conflictos culturales dado que, igualando el déficit de socialización a la diversidad cultural, se denigra a los sujetos y a los grupos portadores de otras culturas. Debe tenerse en cuenta que DE MAGLIE, sólo considera la posibilidad de exonerar de pena cuando se trate de delitos que no vulneren inmunidades fundamentales -derecho a la vida, derecho a la libertad personal e intangibilidad del cuerpo humano-, porque si la conducta viola una de las inmunidades fundamentales, la autora considera que no será posible atribuir al sujeto un tratamiento penal favorable, de manera que solo en los supuestos en los que el derecho a la cultura no interfiera con las llamadas inmunidades fundamentales será posible seguir adelante en el análisis con el fin de verificar su relevancia sobre los elementos del delito<sup>57</sup>.

Por mi parte considero que cuando se afirma que un sujeto tiene alterada su percepción por esta divergencia cultural y ello le impide tener conciencia de la realidad, estamos afirmando que su cultura, los valores en los que ha sido educado chocan frontalmente con la cultura y los valores de la sociedad de acogida. No estamos afirmando que el sujeto padezca una anomalía, sino que su educación y los valores, que le han inculcado desde la infancia, le impiden tener conciencia de la realidad social, cultural y normativa, llegando a un comportamiento incompatible con los fundamentos de la sociedad de acogida que no está dispuesta a transigir con esos comportamientos<sup>58</sup>. Por tanto, se podrá afirmar que la conducta es peligrosa y que es necesario que el sujeto cambie su forma de percibir el mundo, puesto que si su comportamiento supone una violación grave de bienes jurídicos fundamentales podremos afirmar que, desde nuestra perspectiva, su forma de comprender el mundo es deficitaria y por ello consideramos que la conducta del sujeto constituye

<sup>57</sup> DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados*, 2012, 190 ss.

<sup>58</sup> Resulta interesante la graduación que realiza CASTILLO ARA, *Revista de Derecho* 2 (2014), 254 ss. Esta autora diferencia entre conocimiento, comprensión e internalización (sic) de las normas. Por una parte, exigirá que haya conocimiento y comprensión de las normas para considerar excluido el error, afirmando que la norma como línea de comportamiento solo puede ser obedecida en tanto el destinatario de ella comprenda el contenido de la misma (256). Por otra parte, la autora añade que en el caso de falta de internalización (sic) de las normas no se trata de un mero caso de falta de comprensión, sino que el sujeto tendrá un parámetro de significado o de valoración de los bienes que se consideran jurídicamente valiosos, diferenciado y divergente del parámetro dominante de la sociedad. Esta internalización (sic) deficitaria es considerada por la autora como una **socialización exótica**. La premisa es la siguiente: el autor tiene un sistema de valoración diferenciado, determinado por su pertenencia a una identidad cultural particular y, por consiguiente, su motivación es distinta al resto de los miembros de la sociedad que no forman parte de esa identidad cultural. En conclusión, afirma esta autora que la mayor o menor internalización (sic) de las normas va a depender de dos factores: en primer lugar, del mayor o menor contacto efectivo que tenga el destinatario de la norma con el ordenamiento jurídico, en segundo lugar, será determinante el nivel de integración que el sujeto tenga en la cultura dominante.

un delito grave. Como ya he señalado más arriba el derecho a la diversidad cultural no es un derecho absoluto<sup>59</sup>.

Por otra parte, la medida de seguridad regulada para tales supuestos no tiene más connotación que la educativa, en ningún caso médica. Precisamente más arriba he señalado que en estos supuestos, especialmente en los que atentan de manera más grave a bienes jurídicos fundamentales, es imprescindible una labor educativa y pedagógica que haga comprender a los sujetos implicados que en nuestras sociedades hay determinados valores que son límites infranqueables que no se puedan traspasar al amparo de ninguna tradición o cultura.

En el supuesto de que no se aceptara la tesis expuesta<sup>60</sup> creo que podrían apreciarse dos posibles soluciones en esta línea.

La primera consistiría en la apreciación de una eximente incompleta del art. 21.1º CP entendiéndose que no se dan todos los requisitos por faltar la base biológica/orgánica como fuente de la alteración de la percepción. Y, si este se considera un requisito esencial, la segunda opción podría ser la de apreciar una atenuante analógica –en algún caso muy cualificada, entendiéndose que, cuando la alteración en la percepción proviene de una base biológica, la eximente no viene dada por las propias alteraciones biológicas, sino precisamente porque dichas alteraciones provocan una grave situación de incomunicación cultural que altera gravemente la conciencia de la realidad del sujeto. Se podría afirmar que cuando la diferencia cultural provoca situaciones similares de incomprensión y de incomunicación a las provocadas por los déficits sensoriales, al menos cabría la apreciación de una atenuante analógica a la eximente<sup>61</sup>.

### C) El error de prohibición, art. 14.3 CP

Se define el error de prohibición como aquella discrepancia existente entre el conocimiento del sujeto y la realidad. Normalmente se afirma que esta falta de coincidencia puede deberse a que el sujeto no tiene representación alguna de la realidad (ignorancia) o que tiene una representación equivocada de la realidad (equivocación). Como criterios para afirmar la existencia de un error de prohibición destacan entre otros: 1) el criterio del *modus operandi* utilizado, así la jurispruden-

<sup>60</sup> Opina NAQUIRA RIVEROS, *Inimputabilidad y alteración de la percepción*, (Tesis Doctoral inédita), Granada, 2013, 222, que si el legislador pretendió, por razón de justicia material, otorgar una eximente a quien por haber nacido y vivido en un contexto cultural diverso al de la sociedad española, debería haber explicitado dicha idea en una forma diferente y clara, por ejemplo: “Está exento de responsabilidad criminal: el que al tiempo de cometer la infracción penal, por carencia o limitación grave de carácter socio-cultural, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión”.

<sup>61</sup> Es interesante en este sentido la SAP Ávila 21/2004, de 27 de enero que apreció una atenuante analógica en un caso de un asesinato cometido por un miembro de etnia gitana contra otro miembro de la misma etnia. El Tribunal reconoce que la peculiaridad cultural de la etnia a la que pertenecía le podía ocasionar una apreciación distorsionada de los valores socialmente admitidos. En la cultura del procesado, reconoce la sentencia, que se da la necesidad de lavar el deshonor sufrido por la agresión a una mujer de la familia, tomando represalias de forma personal.

cia rechaza el error de prohibición cuando el sujeto oculta la realización del hecho; 2) la naturaleza del delito, descartándose el error de prohibición –salvo excepciones– en supuestos que afecten al Derecho Penal nuclear; 3) el haber cometido el sujeto delitos similares con anterioridad<sup>62</sup>.

Algunas sentencias, que han resuelto sobre estos temas, concluyen que la relevancia penal de estos condicionantes culturales sólo puede venir desde el ámbito de la culpabilidad y concretamente desde la aplicación del error de prohibición. En las Sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel 197/2011, de 15 de noviembre y en la SAN 9/2013, de 4 abril se aprecia error de prohibición vencible tratándose de dos casos muy similares. En los dos supuestos el delito que se comete es el de la mutilación genital femenina. Se aprecia en ambos casos un error de prohibición vencible en las respectivas madres de las niñas, alegando que se trataba de señoras, una procedente de Gambia y otra de Senegal, que desconocían la ilicitud del hecho porque llevaban muy poco tiempo en España, no hablaban español, su círculo de relaciones era cerrado y limitado a personas de sus países de origen. En el caso de la Audiencia Provincial de Teruel, sin embargo, considera que al padre de la víctima no le es aplicable el error por tratarse de una persona que llevaba más tiempo en España, por lo que se podía considerar que conocía la realidad social española y la ilicitud de sus actos. La Sentencia de la AP de Teruel fue confirmada posteriormente por el TS en Sentencia 835/2012, de 31 de octubre<sup>63</sup>.

En estos casos, las sentencias aprecian un error de prohibición porque deducen que las madres *no conocían la ilicitud del hecho*, es decir, no sabían que su conducta estaba prohibida en España. Pero ello no soluciona el problema que planteo, puesto que no se tiene en cuenta de forma específica o especial el factor cultural, sino que se trata de un factor cultural que en este caso concreto sirve para declarar el no conocimiento de los hechos, no operando de forma distinta a cualquier otro factor. Por ello, consecuentemente, en la Sentencia de la AP Teruel, se condena al padre de la víctima, a pesar de que él también provenía de la misma cultura y realiza la conducta por los mismos condicionantes culturales que la madre.

Además, debe tenerse en cuenta que, una vez apreciado el error de prohibición, este no podrá volver a apreciarse, puesto que ya no podría volverse a argumentar que había desconocimiento. Incluso hay sentencias más estrictas que rechazan la

<sup>62</sup> Ampliamente OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2007, 132 ss.

<sup>63</sup> Ampliamente, TORRES FERNÁNDEZ, *AFDUAM 17* (2013), 436 s. Esta autora considera que el error de prohibición es el instrumento legal más idóneo, aunque reconoce que cuando se demuestra que el sujeto conoce la prohibición no cabrá su aplicación y la autora se inclina por la posible aplicación del miedo insuperable o el estado de necesidad disculpante, aunque ve escollos diversos en estas soluciones. Así, para el estado de necesidad ve problemas en la configuración de la exigencia de la inminencia del mal y en el miedo insuperable ve dificultades para considerar que la posible presión que el grupo cultural ejerza sobre el sujeto pueda llegar a considerarse miedo y, en su caso, insuperable.

posibilidad de apreciar el error de prohibición en aquellos casos en los que se atenta contra derechos como la vida, la integridad física o moral o la libertad<sup>64</sup>.

En los casos que nos ocupan es difícil poder apreciar un error de prohibición en el sentido definido más arriba. En la mayoría de las ocasiones, tal y como se ve en la vida diaria, podemos deducir que los sujetos que cometen este tipo de actos saben que la conducta está prohibida en el país donde la realizan, el ejemplo clásico es el de la mutilación genital femenina: se realiza en la clandestinidad, en algunas ocasiones se pone la excusa de que se ha realizado fuera del país y se alega falta de competencia de los tribunales<sup>65</sup>.

Tampoco me convence la tesis de que se trate de un error de prohibición indirecto, esto es sobre los límites de una causa de justificación<sup>66</sup>. En mi opinión estos sujetos no actúan entendiendo que se encuentran amparados por una causa de justificación, por ejemplo, el ejercicio legítimo de un derecho, –libre desarrollo de su personalidad-. Creo que en la mayoría de estos supuestos el autor conoce la falta de justificación de su conducta conforme al ordenamiento del país de acogida, más allá de que pueda haber casos concretos, igual que respecto al error de prohibición directo, que pueda apreciarse un error en sentido estricto. Una cosa es que el sujeto crea que su comportamiento no es disvalioso y no comprenda porqué se sanciona su comportamiento, porque así ha sido educado, y otra que no conozca que conforme al ordenamiento jurídico su conducta no está justificada.

En los supuestos que estoy analizando los sujetos han sido educados en una cultura y en unos valores diferentes, aunque conocen que la conducta está prohibida, incluso prohibida penalmente, actúan porque no han tenido la posibilidad de comprender el desvalor o el daño que la infracción de esa norma supone. Debemos entender que quien llega a un país de acogida con una cultura muy diferente puede conocer la norma y sus consecuencias de una manera más o menos rápida, pero sin embargo puede tardar más en asimilar o comprender esas normas y romper así con su propia forma de entender el mundo. Es lo que ZAFFARONI llama error culturalmente condicionado. Se trata de casos en los que el esfuerzo de comprensión – interiorización- de la norma se ve particularmente dificultado por su condicionamiento cultural<sup>67</sup>.

Cuando se habla de conciencia de la antijuridicidad en el ámbito del error de prohibición esta se suele definir como el conocimiento por parte del autor de la

<sup>64</sup> STS 1399/2009, de 8 de enero

<sup>65</sup> En este sentido HERRERA MORENO, *Revista de Derecho Penal* 5 (2002), 75; MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero frente al Derecho Penal*, 2014, 92.

<sup>66</sup> Así lo señala TORRES FERNÁNDEZ, *AFDUAM* 17 (2013), 437.

<sup>67</sup> ZAFFARONI/ALAGIA/SKOLAR, *Derecho Penal Parte General*, 2ª, 2002, 736 s.; En parecidos términos, aceptando el error culturalmente condicionado, ASUA BATARRITA, *Eguzkilore* 18 (2004), 95 s.; MODOLLEL GONZÁLEZ, *Anuario de Derecho Penal* 2006, 384 s.; CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Política Criminal* 3 (2007), 27; CASTILLO ARA, *Revista de Derecho* 2 (2014), 254; BASILICO, *Error de prohibición culturalmente motivado*, 2017, 114.

desvaloración que el Derecho atribuye al hecho<sup>68</sup>. Dentro de esta definición creo que se puede afirmar que no basta con un conocimiento formal de la norma, sino que será necesario que el sujeto entienda que su conducta es contraria a Derecho, y que tiene consecuencias. Esto es, habrá conciencia de la antijuridicidad cuando el sujeto sepa que su conducta es contraria a Derecho. La norma sólo será accesible al sujeto cuando pueda comprender el contenido de la misma.

Ahora bien, cuando ZAFFARONI se refiere a la comprensión de la norma se refiere a algo más, se refiere a la internalización (sic) –o más bien a la posibilidad por parte del sujeto de internalizar (sic) la norma. Es lo que él llama comprensión efectiva. Según este autor para que se pueda afirmar la culpabilidad del sujeto será necesario que este haya tenido ocasión o posibilidad de interiorizar los valores que fundamentan el injusto en un grado razonablemente exigible. Si no ha podido interiorizar los valores, habrá un error de comprensión. Según ZAFFARONI, se degradaría el principio de culpabilidad a una ficción si se entendiese que cualquier ser humano, que conoce la antijuridicidad de su conducta, está en condiciones de comprenderla. La exigibilidad de la internalización (sic) (comprensión) de las pautas jurídicas depende del grado de esfuerzo que el sujeto deba realizar para materializar esa comprensión efectiva. Dentro de este error de comprensión, incluye ZAFFARONI el error culturalmente condicionado que cataloga como un error de prohibición. Para este autor, cuando el sujeto conoce la norma, pero no la puede internalizar por razones culturales, por regla general no se le podrá reprochar su conducta<sup>69</sup>. Por otra parte, señala ZAFFARONI, que este error también cabrá cuando se trate de delitos que lesionen bienes jurídicos fundamentales<sup>70</sup>. Acepta este autor que cuanto mayor es la lesión jurídica cualquier exculpación debe ser de

<sup>68</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición*, 2007, 58. No procede en este trabajo explicar la discusión acerca de si se exige, para excluir el error de prohibición, el conocimiento de la prohibición general por el Derecho y el conocimiento de la prohibición penal. En mi opinión, en aquellas ocasiones en las que se pueda afirmar que el sujeto ha actuado con una menor motivación por la norma por no conocer el carácter de ilícito penal de su conducta, podrá aplicarse una atenuante analógica al error de prohibición incluso muy cualificada.

<sup>69</sup> ZAFFARONI/ALAGIA/SKOLAR, *Derecho Penal Parte General*, 2ª, 2002, 737 s. CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Política Criminal* 3 (2007), 27. En parecido sentido se expresa ARNAZA GALDÓS, J., “El condicionamiento cultural en el Derecho Penal Peruano”, en: *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro-Homenaje al Profesor doctor Don. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, 544. Para este autor el error culturalmente condicionado sería aquel en el que el sujeto, a pesar de conocer la ilicitud del hecho no conoce las razones por las que determinadas conductas que él suele ejecutar se hallan sancionadas. Es un error sobre lo injusto material de la conducta realizada. DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados*, 2012, 241 ss. Esta autora identifica conciencia de la antijuridicidad con conciencia de la ofensa y en este sentido afirma que la ausencia de conciencia de producir perjuicios al interés tutelado por la norma penal, derivada de la pertenencia del autor a un grupo étnico en cuya cultura el comportamiento lesivo es considerado incluso obligatorio, lleva a la solución de excluir la culpabilidad del autor cultural.

<sup>70</sup> En contra de aceptar ninguna atenuación cuando se lesionen bienes jurídicos fundamentales, CEREZO MIR, J., “La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el Código Penal Peruano”, en: PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Homenaje a Ruperto Nuñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, 108; MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero frente al Derecho penal*, 2008, 113 s.; TORRES FERNÁNDEZ, *AFDUAM* 17 (2013), 441; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3ª, 2016, 531.

mayor entidad, esto es, el ámbito de autodeterminación debe estar reducido por motivos más fuertes, de manera que el vínculo cultural que impide a una persona comprender la ilicitud de las inhumaciones ilegales pueda ser menos fuerte que el vínculo cultural exigible en el caso de un homicidio, pero no se puede decir de forma absoluta que en estos casos no cabrá error<sup>71</sup>.

En mi opinión, sin embargo, no es posible apreciar en los supuestos de delitos culturalmente motivados el error de prohibición, tal y como está recogido en el art. 14.3 CP. En este punto es interesante recordar que la literalidad de otros códigos penales es diferente cuando regulan el error de prohibición. Así, el CP argentino incluye en su art. 34, la falta de *comprensión* de la criminalidad del acto tanto por razones mentales como por error<sup>72</sup>. O por ejemplo el CP peruano incluye en su art. 15 *el error culturalmente condicionado*<sup>73</sup>. Sin embargo, como ya se ha señalado más arriba, el CP español recoge “el error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal” y opino como LUZÓN, que este se produce cuando el sujeto conoce todos los elementos fundadores o presupuesto de la prohibición y, sin embargo, -por un error inconsecuente con tal conocimiento y por tanto “no razonable” para el hombre medio ideal, desconoce la valoración negativa y prohibición jurídica de esa conducta<sup>74</sup>. El error de prohibición se producirá por tanto cuando en el momento de la actuación al sujeto le falte el conocimiento de la antijuridicidad, bien por tener una representación positiva de la licitud de la conducta o bien por no tener ninguna representación, pero creo que no se pueden considerar incluidos, conforme a la literalidad del art 14.3 CP, aquellos supuestos que estamos estudiando, esto es, supuestos en los que el sujeto conoce que la conducta que realiza está prohibida, pero no tiene interiorizada la valoración negativa de ella.

Creo, no obstante, que podría afirmarse la posible apreciación de una atenuante analógica al error de prohibición, alegando que el sujeto, aunque conoce la norma, no llega a captar todo el sentido de la misma, las razones de la punición, es decir, no llega a captar el desvalor de la conducta ni el fundamento de la prohibición<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> ZAFFARONI/ALAGIA/SKOLAR, *Derecho Penal Parte General*, 2ª, 2002, 738, s.

<sup>72</sup> Artículo 34.- No son punibles: 1) el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente. Sobre este precepto, BASILICO, *Error de prohibición culturalmente motivado*, 2017, 115, afirma este autor que el CP argentino debería haber sido más explícito para recoger claramente la situación de quien por su cultura realiza una conducta no comprendiendo el carácter delictuoso de su acto.

<sup>73</sup> 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 a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena. Sobre la posibilidad de apreciar este error y sus dificultades, HURTADO POZO, J., “Derecho Penal y diferencias culturales: el caso peruano”, en: *Derecho Penal y Criminología* 29 (2008) 61 ss.

<sup>74</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3ª, 2016, 261; En el mismo sentido, OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición*, 2007, 53.

<sup>75</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3ª, 2016, 530 s. Sería, en palabras de este autor, un posible supuesto de

Podría entenderse que, aunque el sujeto conoce la norma y la prohibición, incluso penal, de su conducta, la posibilidad de determinación normal por el sujeto sí que es menor. Dependiendo de las dificultades de comprensión efectiva que el sujeto tenga (por su mayor o menor integración; por el mayor o menor arraigo del comportamiento en el grupo de referencia del sujeto, por el mayor o menor choque que suponga desde su perspectiva), la atenuante analógica podría considerarse muy cualificada.

#### IV. Propuesta *de lege ferenda*: eximente o atenuante basadas en motivaciones culturales

*De lege ferenda*, dado que las soluciones anteriores pueden no satisfacer por tratarse de interpretaciones muy minoritarias (en el caso de la eximente recogida en el art. 20.3º CP) o por pasar la solución por la aplicación de una atenuante analógica -tanto analógica respecto al art. 20.3º CP, como analógica al error de prohibición-, cabría valorar la posibilidad de introducir en el CP una atenuación basada específicamente en las motivaciones culturales, que podría configurarse como atenuante, en algunas ocasiones como muy cualificada, e incluso como eximente. Como afirma ASUA, la claridad de la prohibición de algunos de estos comportamientos -la autora se refiere a la mutilación genital - como conducta ilícita, no tolerable, no es incompatible con matizar el reproche<sup>76</sup>.

Es una cuestión que precisa de un mayor estudio, pero *a priori* no me parece rechazable esa opción. Como he indicado al inicio, cada vez son mayores los movimientos migratorios y con ellos el número de personas que provienen de otras culturas con una visión del mundo diferente. Si bien he insistido a lo largo de trabajo en que hay conductas que no podemos permitir, también es verdad que la solución criminalizadora sin tener en cuenta estas diferencias culturales no me parece adecuada, porque ello significa no tener en cuenta la diferente motivación ante las normas y las dificultades de accesibilidad a las mismas por parte de estas personas.

menor exigibilidad penal individual, un supuesto de reprochabilidad subjetiva atenuada. También consideran esta posibilidad, JERICÓ OJER, *El conflicto de conciencia*, 2007, 576: esta autora considera que será excepcional la aplicación de tal atenuante; HERRERA MORENO, *Revista de Derecho Penal* 5 (2002), 75, afirma esta autora, refiriéndose a la mutilación genital que pocos supuestos responden tan óptimamente al fundamento de la no exigibilidad. Dadas las condiciones de socialización y dada la tolerancia jurídica en la mayoría de los países de procedencia, la posibilidad de obrar normativamente está apenas al alcance de pocas familias, educadas en los efectos medicinales y morales de la mutilación genital de las niñas. MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero frente al Derecho penal*, 2008, 109.

<sup>76</sup> ASÚA BATARRITA, *Eguzkilore* 18 (2004), 94; En el mismo sentido, FOBLETS, *Anuario de Derecho Penal* 2006, 309; SANZ MULAS, *RECPC* 2014, 36.

Para la apreciación de la exención será importante valorar la deficiente motivabilidad del sujeto por la norma. Para ello deberán tenerse en cuenta las circunstancias concretas que impiden al sujeto la accesibilidad normal a la norma, tales como el origen del sujeto, el grado de aceptación de la conducta en su lugar de origen; las posibilidades que el sujeto ha tenido para acceder a la norma del país de acogida: el tiempo de estancia, las relaciones con otras personas diferentes a las de su país de origen, el conocimiento de las costumbres y de la cultura del país de acogida. Es decir, todas aquellas circunstancias que ayuden al sujeto a familiarizarse con los valores del país de acogida y a asumirlos como valiosos. Habrá que valorar hasta qué punto está afectada la accesibilidad normativa del sujeto, es decir, la posibilidad del sujeto de motivarse normalmente por la norma ante la presión de las normas de su grupo de origen. Esta situación de conflicto será el primer presupuesto para poder apreciar un supuesto de inexigibilidad subjetiva. Además, hará falta para que la valoración de la conducta jurídico-penalmente sea disculpable que esa actuación no implique un peligro de repetición reiterada y por ello no resulte penalmente intolerable desde el punto de vista preventivo, este será el segundo presupuesto necesario para la exención de pena<sup>77</sup>. Cuando no se cumpla alguno de los dos requisitos, cabría apreciar, bien una eximente incompleta o una atenuante.

Entiendo que la exención o la atenuación también podrán apreciarse en supuestos en que se atente contra bienes jurídicos fundamentales<sup>78</sup>. Aun reconociendo las dificultades, no veo razones para excluir estos supuestos, puesto que no se está afirmando que las conductas estén permitidas, ni que sean aceptables para el Derecho, sino que se está valorando el grado de culpabilidad del sujeto.

Probablemente en los supuestos en los que se atenta contra bienes jurídicos fundamentales sea más difícil llegar a una eliminación completa de la culpabilidad y por tanto de una exención total de la pena. El Derecho renuncia a la sanción penal porque considera que, desde el punto de vista valorativo y teleológico, incluidos los fines de la pena, no se le puede o no merece la pena imponerle al sujeto la sanción penal y este requisito será más difícil de cumplir cuando se trate de delitos que atenten contra bienes jurídicos fundamentales.

Por otra parte, estoy de acuerdo con LUZÓN, cuando afirma que el hecho de que la inexigibilidad individual se decida desde consideraciones valorativas y teleológicas de las normas penales explica que la decisión sobre la exculpación o no de unas conductas y no de otras en las que la dificultad motivacional sea similar se admite porque habrá circunstancias que no merezcan una valoración muy negativa, pero se rechace en otras ocasiones por considerarse muy preocupantes<sup>79</sup>. Llevado al terreno

<sup>77</sup> Sigo en este punto los requisitos que LUZÓN PEÑA exige en los supuestos de conflicto de conciencia, *InDret* 1/2013, 11 s.

<sup>78</sup> En contra LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3ª, 2016, 531. Este autor afirma que será inadmisiblemente la atenuación cuando se trate de delitos muy graves.

<sup>79</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3ª, 2016, 489 s.

de la diversidad cultural, será más fácil la exención o la atenuación en aquellos casos en los que la motivación cultural se base en aspectos más compartidos por nuestra cultura que aquellos más distantes o que supongan una vulneración de derechos nucleares para nuestra cultura.

Algunos autores afirman que la consideración de estas motivaciones culturales para atenuar la pena puede conllevar riesgos. Así se afirma que tal consideración puede tener un efecto contraproducente para los propios extranjeros porque pueda entenderse que la sola pertenencia a una determinada cultura condiciona la comprensión de la norma y podría dar lugar a un incentivo perverso, en el sentido de no integrarse para seguir manteniendo la falta de comprensión<sup>80</sup>. Además, afirma TORRES, que una respuesta más benévola puede llevar a hacer dejación en la protección de bienes jurídicos fundamentales a cuya tutela el ordenamiento jurídico no puede renunciar sin poner en riesgo su propia legitimidad como mecanismo de control social y que el reconocimiento expreso de la diversidad cultural en el ámbito penal puede abrir una vía que subjetivice en exceso la exigencia de responsabilidad a las motivaciones personales del autor, introduciendo un factor de desgaste del nivel de protección de los valores que integran un consenso mínimo y puede implicar no dejar fuera contenidos moralizantes ajenos a nuestro modelo de Estado plasmado en la Constitución<sup>81</sup>.

En este sentido, es muy interesante el proceso de consulta al que los suizos sometieron un proyecto de reforma de CP en el que se preguntaba sobre si se debían tener o no en cuenta los condicionantes culturales de los infractores. La respuesta fue mayoritariamente negativa en base a algunos de los siguientes argumentos. El primero fue que el hecho de considerar las bases socioculturales de un autor a título de circunstancias atenuantes afectaría al Derecho penal en tanto código mínimo de comportamiento. El segundo es que dicha atenuación constituiría un ataque al principio de igualdad y un perjuicio grave contra los suizos. El tercero es que supondría una presunción para los extranjeros de incapacidad de comportarse conforme al código de comportamiento suizo mínimo y el último sería que dichas atenuantes podrían incentivar a los extranjeros a no asimilar los valores fundamentales suizos<sup>82</sup>.

En mi opinión, sin embargo, la atenuación de la pena no significa que se apruebe la conducta, por lo que no se está cuestionando el código mínimo de comportamiento, pero sí permite dar una respuesta diferenciada de la que se aplica a quien realiza una conducta similar sin los condicionantes culturales. Ello responde precisamente a una exigencia derivada del principio de igualdad, conforme al cual no

<sup>80</sup> SAMBUC, *Anuario de Derecho Penal* 2006, 270; CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Política Criminal* 3 (2007), 22 ss.

<sup>81</sup> TORRES FERNÁNDEZ, *AFDUAM* 17 (2013), 425 ss.

<sup>82</sup> Ampliamente explica el resultado de la consulta, HURTADO POZO, *Derecho Penal y Criminología* 29 (2008), 87 ss.

podemos tratar igual a lo que es desigual, en palabras de ASUA: “si partimos de presunciones irrefutables y afirmamos sin matices la exigibilidad de la conducta conforme a la norma, eludimos las exigencias de examen individualizado de la responsabilidad, una exigencia inherente a la idea de la culpabilidad individual que informa nuestro ordenamiento jurídico penal. ¿Podemos ignorar el condicionamiento cultural que afecta a la persona encausada, sin infringir la máxima que obliga a tratar igual lo igual y su reverso, de forma desigual lo que es desigual?”<sup>83</sup> También TAMARIT, opina en el mismo sentido, cuando afirma que la apelación al principio de igualdad no puede erigirse burdamente en contra de su sentido originario en arma vindicativa de la necesidad de intervención penal<sup>84</sup>. No creo por otro lado que la posible atenuación pueda suponer un incentivo de cara a la no integración, puesto que, como afirma SANZ, precisamente la intransigencia produce que muchas personas migradas tiendan a reforzar sus prácticas más tradicionales. A mayor igualdad de derechos y a mayor respeto por parte de los poderes públicos, mayor posibilidad de integración y de prevención de los delitos culturalmente motivados y porque en definitiva ninguna persona sensata elegiría conscientemente ser eternamente extranjera<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> ASUA BATARRITA, *Eguzkilore* 18 (2004), 96.

<sup>84</sup> TAMARIT SUMALLA, *InDret* 1/2013, 4. Es interesante en este sentido la STS 1135/2006, de 16 de noviembre, citada anteriormente, cuando señala: “En aplicación de la Ley penal el ordenamiento, y sus aplicadores, deben utilizar los instrumentos precisos para asegurar, desde luego, la igualdad en la aplicación penal lo que supone, no sólo la aplicación igualitaria de la Ley a los supuestos sustancialmente iguales, también posibilitar que en la aplicación de la Ley penal, se tengan en cuenta las desiguales condiciones de los ciudadanos ante la Ley penal esto es, a situaciones en las que la desigualdad se concreta en un deteriorado acceso a la educación, a las ventajas de la sociedad del bienestar, a las situaciones de desestructuración social y familiar que pueden ir anejas a la desigualdad, propiciando que las situaciones de falta de socialización o de acentuados déficits puedan ser tenidos en cuenta por la norma penal en la fijación de la responsabilidad cuando esa situación ha generado una socialización anómala”.

<sup>85</sup> SANZ MULAS, *RECPC* 2014, 47 ss.