

## Conflictos culturales y dilemas penales

Recensión a DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados: Ideologías y modelos penales*, Madrid, Marcial Pons, 2012, 304 páginas.

Josep Tamarit Sumalla

Universitat Oberta de Catalunya/Universitat de Lleida

-I-

Los directores de la colección “Derecho penal y criminología” de la editorial Marcial Pons, Iñigo Ortiz de Urbina y Ramon Ragués, han tenido el acierto de incluir una monografía de la profesora Cristina DE MAGLIE sobre los delitos culturalmente motivados. La obra recoge un extenso y profundo trabajo de investigación jurídica, que adopta como referencias fundamentales el Derecho angloamericano y el Derecho italiano, lo cual constituye un valioso y útil ejercicio de Derecho penal comparado. Además, la autora hilvana un fecundo diálogo entre la argumentación jurídica y los resultados de estudios de carácter sociológico o de otras ciencias, en un esfuerzo por superar un argumentario puramente dogmático y evitar la tentación de consagrarse a una retórica política burdamente tributaria de preconcepciones ideológicas, tan al uso en algunos sectores académicos a la hora de enfrentarse a ciertos temas sensibles. El rigor en el recurso a las fuentes, el planteamiento del discurso a partir de casos y una visión equilibrada de problemas de gran complejidad como los conflictos de valores que se plantean en nuestra sociedad multicultural confieren a sus aportaciones un gran valor político-criminal.

El libro expone los resultados del estudio de cómo en el ámbito angloamericano se ha ido forjando la denominada *cultural defense*, en la modulación de la respuesta del sistema jurídico a los casos de delitos culturalmente motivados. Se recoge con abundancia de datos una serie de casos en los que los Tribunales de los Estados Unidos de América se han visto obligados a lidiar con estrategias de defensa que buscaban mitigar o evitar la pena imponible a personas residentes en ese país pertenecientes a minorías étnicas o culturales que habían cometido un hecho delictivo por motivos relacionados con el fuerte vínculo que mantenían con su comunidad de procedencia. Así, el caso Kimura, una japonesa que mató a sus dos hijos de corta edad en un intento de suicidio por motivos de honor, el caso Chen, de violencia de un hombre de origen chino contra su pareja, el caso Moua, un laosiano que cometió actos de coerción física contra la mujer, de su mismo grupo nacional, propios de los rituales de seducción socialmente aceptados en su comunidad, el caso Kargar, un hombre de origen afgano que fue sorprendido besando los órganos genitales de su hijo recién nacido en un gesto de bienvenida a su hijo varón reconocido como propio de su cultura, o el caso Saeturn, protagonizado por personas procedentes de Laos que tenían importantes cantidades de opio, que pretendían ser utilizadas por los miembros de la familia para prácticas curativas aceptadas como normales en su etnia. Normalmente estos procesos se han desarrollado bajo una presión social del grupo de referencia y con cierta disponibilidad de la comunidad mayoritaria a aceptar la relajación del rigor punitivo, y mediante un desarrollo creativo de categorías jurídicas como *mental insanity*, *duress* o *mistake of law*, hasta que se ha ido pergeñando, entre las *new defenses*, la idea de la “defensa cultural”.

Por otra parte la autora alude a casos acaecidos en Italia, de características muy parecidas a los que, desde hace más tiempo, se vienen produciendo en los Estados Unidos. Más diferente es sin embargo el instrumental teórico-conceptual con el que la comunidad jurídica hace frente a estos casos en uno y otro sistema jurídico, además de las diferencias

de carácter estrictamente legal. Por ello la autora efectúa una amplia revisión de las categorías propias de la teoría jurídica del delito, a partir de una acotación del concepto de delito culturalmente motivado, en clave restrictiva. Por tal debe entenderse no todo delito cuya comisión sea atribuible, por parte del autor, a un motivo de carácter cultural, sino tan sólo aquél en el que el autor se haya comportado de acuerdo con la pauta de comportamiento del grupo cultural, entendido éste estrictamente en sentido étnico. Ello permite restringir el número de casos entendidos como problemáticos a los que cumplan con una serie de exigencias, entre las que cabe señalar la “coincidencia de reacción” (juicio de pronóstico respecto al comportamiento que en análogas circunstancias habría adoptado el “hombre medio” perteneciente al grupo cultural), un canon de razonabilidad y la viabilidad de la “prueba cultural” en el seno del proceso penal, mediante la que el juez, asistido acaso por un “experto cultural” que intervenga como perito, pueda obtener un conocimiento necesario del elemento cultural diferencial en que se funda la motivación del ofensor.

Después de responder con sólidos argumentos a las tesis más reticentes a la admisibilidad de la exención cultural, DE MAGLIE emprende una revisión de las categorías jurídico-dogmáticas propias de la sistemática continental de base germánica, dominante en Italia así como en España y otros países de cultura latina, lo cual le permite concluir que algunos de los casos problemáticos analizados podrían no generar responsabilidad penal por falta de tipicidad o antijuridicidad del comportamiento del autor, ausencia de dolo o inexigibilidad de conducta adecuada a la norma. Las soluciones y los argumentos propuestos son en buena parte asimilables al sistema penal español. Lo son menos, aparentemente, algunas de las propuestas que inciden en una disminución de la pena, como la aplicación de la circunstancia atenuante de haber actuado el culpable por motivos de particular valor moral o social (art. 62-1 CPI), aunque el rendimiento que suele otorgarse a la circunstancia atenuante analógica del art 21-7 del CPE supone de hecho una vía que permite suplir la ausencia de causas legales específicas como la comentada y moderar el rigorismo legalista del sistema español de determinación de la pena.

Pero la aportación de la autora no se detiene ahí, sino que desarrolla una propuesta de reforma legislativa consistente en la introducción de una causa de no punibilidad “cultural”, sobre la base del concepto restringido de delito culturalmente motivado anteriormente comentado. El ámbito de cobertura de esta causa de no punibilidad no se extendería a todos los delitos, sino que quedarían excluidos los comportamientos que supongan una violación de las “inmunidades fundamentales”, relativas a los derechos inviolables de la persona, o que conlleven el uso de la violencia física y/o psicológica, lo cual dejaría el ámbito de operatividad de la causa de impunidad prácticamente reducido a los delitos sin víctima. En todo caso, debemos entender que esta excusa absoluta propuesta por la autora no impediría la resolución de otros casos problemáticos por las vías ya conocidas del Ordenamiento vigente. Especial atención merecen los supuestos en los que es la víctima la que propicia el hecho delictivo mediante una conducta culturalmente motivada, consintiendo lesiones en sus bienes jurídicos que aparecen, al menos en principio, como típicamente relevantes. Ilustrativos son en este sentido los casos

de las mujeres africanas mayores de edad que son objeto de una ablación del clítoris o de las personas que por motivos culturales se someten a prácticas de desfiguración del rostro (escarificación). La exclusión de la antijuridicidad del comportamiento del tercero que, mediando consentimiento prestado libre y válidamente por el ofendido, realiza estas conductas lesivas para la salud o la integridad física, no sería fácil de fundamentar en el marco del Derecho positivo español, dada la vigencia del desafortunado art. 155 CP, que atribuye efectos meramente atenuantes al consentimiento de la víctima en las lesiones. Sin embargo, el tema admitiría un rico debate a partir de argumentos victimodogmáticos, como los relativos a la autopuesta en peligro y al reconocimiento de un ámbito de responsabilidad de la víctima o a la naturaleza del bien jurídico protegido, en el sentido, apuntado por la autora, de interpretar la salud en su relatividad cultural y en su dimensión de salud psíquica, vinculada al bienestar del sujeto y a la vivencia de su identidad.

La introducción de la perspectiva de la víctima, meramente sugerida en la obra respecto a los citados problemas de consentimiento, invita a complementar las aportaciones de la autora con otra clase de enfoques. Así, cabría explorar por otras vías distintas a las de las categorías jurídicas tradicionales las razones por las que los Tribunales, como la sociedad en general, pueden estar más predispuestos a admitir una renuncia o una disminución de la pena en relación con los comportamientos culturalmente motivados, atendiendo a variables como el carácter intracomunitario o intercomunitario del conflicto. Casos como Kimura, Kargar, Chen o Moua, así como otros que la autora recoge de Italia, se caracterizan no sólo por la motivación “cultural” del autor sino también por ser las víctimas pertenecientes al mismo grupo étnico del ofensor. En estos casos, incluso viéndose afectadas “inmunidades fundamentales”, pueden encontrar más apoyo social y disposición de los actores político-criminales competentes las propuestas de relajación del rigor punitivo, acercándose la actitud frente a estos conflictos a la postura liberal y antipaternalista ante los *victimless crimes* (delitos sin víctima). No estaría de más preguntarse si se estaría dispuesto a aceptar igualmente una exención de pena ante conductas cuyas víctimas fueran miembros ajenos a la comunidad del ofensor. Esta cuestión no nos remite tan sólo al ámbito teórico de la Sociología del Derecho, sino que puede llevarnos también al terreno de lo aplicado, al preguntarnos sobre el papel que pueden desempeñar la justicia penal y la justicia restaurativa y sobre el modo en que la comunidad de referencia de los protagonistas del conflicto puede intervenir en la resolución de las consecuencias del mismo, distinguiendo según que se trate de conflictos de carácter intracomunitario o intercomunitario. La interacción y complementariedad entre la justicia penal y la justicia restaurativa puede ser un buen modo de conjugar la afirmación de los valores del pacto constitucional, esencialmente los derechos individuales frente a las dinámicas comunitarias que puedan ser una amenaza para los mismos, y la necesidad de reconocer los vínculos comunitarios y el papel que éstos pueden desempeñar en las necesidades de reparación, prevención y resolución de los conflictos.

En definitiva, DE MAGLIE nos brinda una buena ocasión de comprobar como la evolución hacia una sociedad multicultural ofrece nuevas perspectivas desde las que cabe repensar el sentido de la justicia penal, aunque sea, en gran parte, para confirmar nuestra conciencia de

los límites y los grandes inconvenientes de este torpe remedio. La lucha contra el arraigo que todavía tiene en amplios sectores sociales y profesionales la creencia en la terapéutica de la aflicción, la ancestral confianza en lo punitivo como remedio, debe seguir siendo una de las señas de identidad de la *finezza* propia del buen discurso jurídico. La apelación a los dos grandes principios liberales de legalidad y de igualdad no puede erigirse burdamente, en contra de su sentido fundamental y originario, en arma vindicativa de la necesidad de la intervención penal ahí donde la realidad social a la que la norma debe ser aplicada ponga de manifiesto precisamente que esa necesidad no existe. Para ello no hace falta basar la defensa de la no punibilidad de los delitos culturalmente motivados en la idea de la “discriminación positiva” inspirada en la protección del más débil, que podría propiciar la visión de los miembros de ciertas minorías como inferiores, sino en la estricta valoración de los fines de la pena y el sentido excepcional del recurso a la misma, pues no es tanto la renuncia a ella como su imposición lo que requiere ser fundamentado en estrictas razones de necesidad para la protección subsidiaria de los bienes jurídicos.