

DIVERSIDAD CULTURAL Y POLÍTICA CRIMINAL

Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)

Nieves Sanz Mulas

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Salamanca

SANZ MULAS, Nieves. Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2014, núm. 16-11, p. 11:1-11:49. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-11.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 16-11 (2014), 22 dic]

RESUMEN: El mosaico étnico, lingüístico y cultural en que se ha convertido nuestro Viejo Continente, genera una serie de conflictos que suponen un claro desafío para los Estados que lo conforman: el del multiculturalismo. En principio, pareciera que quien llega debe adaptarse, pero esto no significa que deba asumir todos los valores dominantes en el lugar de destino. La integración es otra cosa. El derecho a la diversidad, a ser diferentes, obliga a conciliar las diferencias entre los grupos implicados guiados por el diálogo y el principio de tolerancia. Pero, ¿qué sucede cuando se presenta un conflicto entre el respeto a los valores comprendidos dentro de una determinada cultura y lo que disponen las normas penales del país de acogida?

Uno de los supuestos más emblemáticos de delitos culturalmente motivados es, sin duda, la mutilación genital femenina. Al respecto, en este trabajo se trata de intentar comprender si esta práctica, pese a la aberración que su solo nombre nos suscita, debería, sin embargo, tener desde el punto de vista jurídico-penal un trato diferente, dada su ineludible base cultural. En cualquier caso, limitarse a tipificarla, tal y como ha hecho nuestro legislador (art. 149.2

CP), es una visión demasiado simplista que desatiende la complejidad del entramado social, cultural y económico que asegura su prevalencia, contribuyendo a su clandestinidad y silenciando aún más a sus víctimas. Para erradicar de forma progresiva esta costumbre, se requiere algo más que el Derecho penal. Se hace necesaria una actuación global que la sitúe en el contexto de la violencia y la discriminación de las mujeres en las diferentes culturas — también la nuestra—. Porque no es sino en relación a las mujeres que las prescripciones religiosas y comunitarias se traducen a menudo en formas de opresión y discriminación, y eso es algo que, lejos de atenuarse, se refuerza con el fenómeno migratorio. Las condiciones que las sociedades de destino dispongan para las personas migradas son, por tanto, determinantes. A mayor igualdad de derechos y en derechos, con idéntica consideración y respeto por parte de los poderes públicos, mayores posibilidades de integración y prevención de este tipo de tradiciones. Sin igualdad no hay diálogo posible, y la realidad es que la asimetría entre los interlocutores crece con la misma intensidad que el subdesarrollo, el desempleo y los desequilibrios de la riqueza.

PALABRAS CLAVE: Diversidad cultural, inmigración y política criminal, multiculturalismo, etnocentrismo, asimilacionismo, delito culturalmente motivado, mutilación genital femenina, ablación, violencia de género, derechos humanos, error de comprensión culturalmente condicionado.

Fecha de publicación: 22 diciembre 2014

SUMARIO: I. PLURALISMO Y MULTICULTURALISMO: 1. Cultura y multiculturalismo: delineamientos generales. 2. De la segregación al derecho a la diversidad. 3. ¿Es la sociedad española una sociedad multicultural? II. MULTICULTURALISMO Y DERECHO PENAL: 1. Problemas multiculturales y Derecho penal: A) Los delitos culturalmente motivados. B) La pluralidad jurídica como solución: un acercamiento a la cuestión indígena latinoamericana. C) Un Derecho penal “neutral” que tenga en cuenta las particularidades culturales: el error de comprensión culturalmente condicionado. 2. Los derechos humanos como límite infranqueable. III LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA FRENTE A LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA: 1. Planteamiento del problema: A) Concepto y cifras. B) Significado de la ablación. 2. Las soluciones adoptadas en Europa frente a la MGF. 3. El controvertido delito de lesiones agravadas del art. 149.2 CP español. 4. Las motivaciones culturales de la MGF y la posibilidad de exculpación o atenuación de la responsabilidad en el CP español: A) Eficacia del consentimiento y atipicidad de las lesiones. B) Justificación de la conducta y estado de necesidad (art. 20.5 CP) . C) Motivaciones culturales y culpabilidad. D) La posible apreciación del error de prohibición (art. 14.3 CP). E) La motivación cultural como circunstancia atenuante. 5. Conclusiones previas: la clara postura asimilacionista adoptada por España. IV CONCLUSIONES FINALES: 1. Feminismo y multiculturalismo: la MGF como violencia de género. 2. La urgencia de un enfoque global y sensible frente al pluralismo cultural: A) La necesidad preventiva de la pena como punto de partida. B) La justicia restaurativa como posible solución. C) La igualdad de derechos como mínimo ineludible para el diálogo.

I. PLURALISMO CULTURAL Y MULTICULTURALISMO

1. Cultura y multiculturalismo: delineamientos generales

Entre otras muchas novedades, la globalización ha traído consigo un mundo de diversidad y variación, además de una mayor conciencia de las propias raíces étnicas y culturales. Si bien el mundo multifocal y confuso surgido tras la Guerra Fría es hoy escenario de multitud de conflictos tribales y de nacionalidad, sin duda los mayores peligros para la estabilidad provienen de los conflictos entre Estados o grupos procedentes de civilizaciones diversas¹. Esto es, las distinciones más importantes en el nuevo orden mundial, no son ya ideológicas, políticas ni económicas, sino culturales, por lo que urge comprender cómo se pueden reconciliar las pretensiones de universalidad con la diversidad de formas de vida².

A la homogeneización derivada del fenómeno globalizador, se contraponen la valorización de la autonomía y de la peculiaridad de las minorías³, con lo que nos enfrentamos a un gran desafío: el del multiculturalismo. Un importante reto tam-

¹ MUÑOZ, J., “Diálogo y conflicto entre civilizaciones”, *Claves de razón práctica*, 179, enero-febrero 2008, p. 40.

² BENHABIB, S., “Otro universalismo: sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos”, en ISEGORÍA. *Revista de Filosofía moral y política*, nº 39, julio-diciembre 2008, p. 179.

³ DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, Colección Derecho penal y Criminología, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 43.

bién para el Derecho penal, tradicionalmente construido sobre los valores de una sociedad (erróneamente)⁴ considerada homogénea, pero que hoy no tiene más razón de ser ante la evidencia de una gran mayoría de Estados pluriculturales⁵. Una incontestable realidad que repercute sobre algunos de sus principios básicos, como los de legalidad y culpabilidad⁶, y que obliga incluso a reformular sus propias categorías para adaptarlas a las nuevas exigencias.

La cultura como hecho colectivo y no individual, como manifestación de la vida social de las personas, es una noción ambigua y con múltiples sentidos⁷. Pese a ello, y siguiendo a AGUILAR, cabría ser definida como “una totalidad compleja de concepciones, significados, símbolos, sistemas normativos, valoraciones éticas, modos de vida, religión, utensilios, habilidades, artes y letras que surgen en procesos sociales”⁸. La cultura es el mundo de la diversidad, ninguna cultura es mera repetición de otra; es más, dentro de una misma cultura hay múltiples manifestaciones en el arte, el pensamiento, la ciencia, las costumbres, etc.,⁹.

Ahora bien, pese a que la historia ha evidenciado la existencia de muchas culturas¹⁰, el moderno modelo de Estado-nación¹¹ negó a las etnias y se constituyó en un

⁴ Como nos recuerda HOBBSBAWN, desde que el mundo es mundo ningún territorio, sea cual sea su tamaño, ha sido habitado por una única población homogénea, ya sea cultural, étnica o de cualquier otro aspecto. Más aún, la pertenencia, e incluso la lealtad a un gobierno nacional no excluía la pertenencia o lealtad también a alguna otra comunidad, familia o religión. Los fundadores del moderno Estado-nación en el Siglo XVIII eran conscientes de ello, y definieron al “pueblo” o “nación” de sus respectivos Estados de la única manera posible: como habitantes de un territorio pre-existente. *Vid.*, en HOBBSBAWN, E. J., “Identidad”, *Revista Internacional de filosofía política*, 3, 1994, p. 7.

⁵ Para un análisis más exhaustivo, LAMO DE ESPINOSA, E., “Fronteras culturales”, en LAMO DE ESPINOSA, E., (ed.), *Culturas, Estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Alianza, Madrid, 1995, pp. 21 y ss.

⁶ CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, en *Política criminal*, nº 3, 2007, A6, pp. 2 y 3 (versión electrónica en <http://www.politicacriminal.cl>).

⁷ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (Especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 33.

⁸ AGUILAR ROSALES, E., “Multiculturalismo y derecho”, en *Revista multidisciplinar. Revista electrónica de la Facultad de Estudios Superiores de Acatlán*, UNAM (México), Año II, Nº 4, septiembre-diciembre 2009, p. 70.

⁹ MARTÍNEZ MUÑOZ, J.A., “Multiculturalismo y estados personales”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*, Vol. 2, 2001, p. 780.

¹⁰ La afirmación de que el multiculturalismo es un fenómeno moderno debe sin duda matizarse, pues aunque hoy adquiere especial relevancia, no es ni mucho menos un fenómeno desconocido. La historia está repleta de experiencias multiculturales, y al respecto sírvannos como ejemplo los Imperios Romano, Austro-Húngaro y Ruso.

¹¹ Concepción moderna de Estado que, sin embargo, hoy sufre una profunda crisis, lo que a su vez pone en entredicho su propia legitimación. Una crisis debida, de acuerdo con MARTÍNEZ MUÑOZ, a factores como: a) el desarrollo de las comunicaciones y la información que permite una globalidad e instantaneidad de la comunicación a nivel mundial que escapa a sus límites y que forma parte del proceso de globalización general de la cultura (ej. Internet); b) la economía internacionalizada y la globalización en las relaciones económicas y financieras, con la libre circulación de capitales y mercancías, y que se puede entender como ausencia de intervención planificada del Estado en sectores económicos; c) la pérdida de capacidad de decisión económica de los Estados derivada del reconocimiento de su incompetencia en la gestión y del fracaso de las políticas intervencionistas, así como de los costes que generan; d) una relativa homogeneización y globalización cultural, que contrasta con la tendencia particularista de los grupos etnoculturales por defender su identidad; e) la

régimen jurídico-político hegemónico frente a otras culturas (a través de la conquista). Unas culturas minoritarias que, de este modo, quedaron negadas o excluidas con sus respectivos sistemas normativos¹², pero que, sin embargo, sobrevivieron hasta nuestros días¹³. En consecuencia, cabría hablarse de Estado multicultural en la medida en que cohabitan en un mismo territorio diferentes culturas, ya sea porque son sociedades en las que están presentes culturas indígenas que hoy reclaman pleno reconocimiento; porque son Estados plurinacionales (las situaciones de Canadá y de India son emblemáticas); o porque se trata de sociedades que, producto de la inmigración, han incorporado nuevas culturas¹⁴. Este último es el caso de Europa.

Si bien el fenómeno migratorio es tan antiguo como la propia humanidad¹⁵, la diferencia de nuestro tiempo es la amplitud y regularidad que ha adquirido en vastas regiones del planeta, alcanzando proporciones globales, de modo que el paisaje de la vida cotidiana se ha visto alterado por una diversidad inédita¹⁶. Cabría

existencia de relaciones entre sujetos de diferentes Estados (comerciales, culturales, matrimoniales, etc.) que, pese a estar mediatizadas ridículamente por el Estado, exigen un tratamiento coherente con su naturaleza de relaciones interpersonales independientes de la nacionalidad estatal que evidencia la inviabilidad del Estado territorial limitado; f) el fracaso de la actividad pública en el economía, cultura y sociedad, pese a lo cual mantiene un monopolio de recursos y actividades que en la práctica sólo ha servido para favorecer a grupos reducidos de personas; g) la crisis de la noción de soberanía, lo que ha puesto de relieve una de las principales carencias del pensamiento moderno: la necesidad de justificación de las pretensiones políticas en términos morales; h) la corrupción generalizada de algunos Estados que ha hecho cuestionarse el papel central del Estado en la planificación económica. *Vid.*, en MARTÍNEZ MUÑOZ, J.A., “Multiculturalismo y estados personales”, *op. cit.*, pp. 794 y ss.

¹² En los países de América Latina, en concreto, la existencia de una pluralidad cultural y jurídica ha sido negada sistemáticamente en el plano formal por los diversos Estados, señalando que no existía o que era mínima, y ello pese a que la magnitud de la población indígena en países como Bolivia, Ecuador y Perú supera el 50%. *Vid.*, en KALINSKY, B., *Justicia, cultura y Derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 137 y 138.

¹³ AGUILAR ROSALES, E., “Multiculturalismo y derecho”, *op. cit.*, p. 71.

¹⁴ Hay que diferenciar, por tanto, entre estado multinacional, como aquél en que hay una problemática referida a los grupos étnicos y religiosos, especialmente producto de la inmigración, y estado poliétnico donde surge un conflicto de minorías nacionales o indígenas. *Vid.*, en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, *op. cit.*, p. 59. En consecuencia, 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 (ej. homosexuales o feministas). En estos casos, se trata de conflictos propios del pluralismo que apuntan más bien a estilos de vida grupal o de movimientos sociales. Esto es, perspectivas de vida o costumbres que se suelen dar en una misma nación. *Vid.*, en CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, *op. cit.*, p. 7. Esto es, se debe partir de una concepción restringida de la acepción “étnica” del concepto de cultura, dejando fuera los estilos de vida, las asociaciones voluntarias, los movimientos sociales, etc, porque, en palabras literales de KYMLICKA, “la marginación de las mujeres, de los homosexuales o los minusválidos atraviesa los confines de los grupos nacionales y étnicos; tiene lugar en las culturas mayoritarias y en los Estados nacionales homogéneos en igual medida que en las minorías nacionales y en los grupos étnicos y ha de ser combatida en todos estos lugares”. *Vid.*, en KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 35.

¹⁵ Como nos recuerda MUÑOZ, la propia población europea es el resultado de migraciones masivas. Desde tiempos remotos, oleadas de personas fueron saliendo de las estepas del Asia Central y se unieron o otras provenientes de inmigraciones anteriores en las penínsulas meridionales, surorientales y particularmente en esas penínsulas occidentales de Asia que hoy denominamos Europa, dispersándose después. *Vid.*, MUÑOZ, J., “¿Diálogo o conflicto entre civilizaciones?”, *op. cit.*, p. 41.

¹⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, *op. cit.*, p. 43.

afirmarse, con HOBBSBAWN, que “durante la segunda mitad del siglo XX se ha vivido la transformación más rápida, profunda y universal de la historia humana”¹⁷, y ello ha hecho confluír en sociedades como la europea, un “crisol de civilizaciones”¹⁸ donde luchan por convivir razas, culturas, costumbres, religiones y tradiciones sorprendentemente diferentes.

En definitiva, en nuestro Viejo Continente actualmente cabría hablar de una especie de “civilización nómada”¹⁹, conformada por modernas sociedades multiétnicas, multiculturales y multirreligiosas. Una potencial fuente de conflictos, de encuentros y desencuentros, con un punto de partida claramente etnocentrista; o lo que es lo mismo, basado en la tendencia emocional a tomar la propia cultura como criterio exclusivo a la hora de interpretar los comportamientos de otros grupos, razas o sociedades. Y es que, de acuerdo con TOURAINE²⁰, el encuentro de las culturas normalmente conlleva más el enfrentamiento directo que el reconocimiento distante, pues cada cultura es un conjunto coherente, distinto de las otras, y que se protege de ellas. Esto es, la convivencia espacial induce a cada parte subjetiva a reivindicar la propia diferencia y el reconocimiento de ésta por los demás²¹.

Entre los factores que pueden tensionar la convivencia, cabe destacar la posición asumida por ciertas minorías de resaltar su cultura intensificando procesos de identidad —*repliegue identitario*—²², provocado fundamentalmente por la exclusión social. Fenómenos que parecen aumentar en la medida que se profundizan los procesos de globalización, pues la conciencia cultural parece intensificarse al relacionarse y competir con otros grupos generando actitudes de movilización más que de aislamiento²³. Ahora bien, y ello sin olvidar el peligro cierto de que nuestras sociedades se transformen en una especie de “torre de Babel”, por las diferentes formas de vida y costumbres y la existencia de grupos culturales no deseosos de integrarse a la cultura mayoritaria del país de referencia²⁴, o bien porque no se lo permiten o se les niegan de hecho los medios para su integración²⁵.

Sea como fuere, lo normal —porque siempre, y como en todo, hay excepciones—²⁶ es que los enfrentamientos no originen conflictos violentos. Las colisiones

¹⁷ HOBBSBAWN, E. J., “Identidad”, *op. cit.*, p. 16.

¹⁸ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, *op. cit.*, p. 44.

¹⁹ FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Diversidad cultural y sistema penal”, en *Revista Penal*, nº 22, julio 2008, p. 33.

²⁰ TOURAINE, A., *¿Podremos vivir juntos? Iguales y diferentes*, PPC editorial, Madrid, 1997, p. 83.

²¹ CARDUCHI, M., “El multiculturalismo. Entre círculo hegeliano y constitucionalismo de la alteridad”, en CORNACCHIA, L., - SÁNCHEZ-OSTIZ, P., (Coord.), *Multiculturalismo y Derecho penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, p. 84.

²² HIDALGO TUÑÓN, A., “La identidad cultural como factor de exclusión social”, *Eikaisia. Revista de Filosofía*, año III, mayo 2008, p. 87. (<http://www.revista-defilosofia.org>)

²³ CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, *op. cit.*, p. 4.

²⁴ BENARDI, A., “El Derecho penal ante la globalización y el multiculturalismo”, en *Revista de Derecho penal contemporáneo*, nº 4, 2003, p. 23.

²⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, *op. cit.*, p. 131.

²⁶ Recordemos las revueltas de inmigrantes producidas en los suburbios de algunas ciudades francesas en el

se suelen producir entre lo que dispone el sistema penal del Estado receptor y las costumbres propias de ciertas culturas, y sobre todo cuando el individuo entra en conflicto acerca de qué cultura priorizar —*desdoblamiento identitario*—²⁷ por considerarlas antagónicas. Y ello puede producirse, según FLOBETS²⁸, o bien porque recibe la influencia simultánea de varios grupos normativos —es el caso de algunos inmigrantes de segunda generación mal “aculturados”—; o bien porque no posee las normas del grupo que califica su comportamiento, tomando como referencia las de su grupo cultural —es el caso de las poblaciones colonizadas y los inmigrantes de primera generación—.

Los conflictos culturales se manifiestan con más fuerza en la segunda generación de inmigrantes por encontrarse expuestos a normas contrapuestas²⁹. Por un lado, las del país de origen que les transmiten sus padres, y, por otro, las del país en el que han nacido y que observan a su alrededor en su vida cotidiana. Esto es, para estos individuos se presentan conflictos de “lealtades” valóricas, debiendo elegir entre respetar las normas y valores de su familia de origen o los de la sociedad que los acoge³⁰.

otoño de 2005. El tema central del debate era el problema de la integración de los jóvenes. Un conflicto de reconocimiento cultural, pues no se trataba de inmigrantes anclados en su cultura de origen, sino de jóvenes franceses, educados bajo la bandera francesa de la igualdad, pero en la práctica marginados en auténticos guetos superfluos en la periferia de las grandes ciudades. En definitiva, supuso la explosión de un problema de rechazo, marginación y búsqueda de reconocimiento. Algo similar está sucediendo en estos momentos (agosto de 2014) en Estados Unidos. Tras el asesinato de un joven afroamericano de 18 años, Michael Brown, por disparos de un policía blanco en Ferguson, un suburbio de San Luis, en Missouri, se ha desatado una ola de protestas raciales que acusa a la policía (mayoritariamente blanca) de actuar con racismo. A raíz de estos hechos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) de la ONU ha expresado su preocupación por el aumento de la discriminación racial emitiendo un comunicado en el que advierte sobre una serie de cuestiones, incluidos la discriminación de las minorías por parte de la justicia penal, el desigual acceso a la educación y los malos tratos a los no ciudadanos. Asimismo, expresa su preocupación por la cantidad de muertos y heridos a causa de la violencia de guardias fronterizos por la cantidad de muertos y heridos a causa de la violencia de guardias fronterizos que intentan impedir el ingreso de inmigrantes indocumentados latinos al territorio de los EEUU.

²⁷ HIDALGO TUÑÓN, A., “La identidad cultural como factor de exclusión social”, *op. cit.*, p. 83.

²⁸ FLOBETS, 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 contemporáneo”, en *Anuario de Derecho penal*, 2006, p. 293.

²⁹ En la primera, tercera y siguientes generaciones el conflicto cultural también está presente, pero mientras en la primera la mayor preocupación reside en reinsertarse para poder trabajar, en la tercera y siguientes el fenómeno va disipándose poco a poco. En concreto, la primera generación está aún ligada a la nacionalidad del país de origen. El paso de un proyecto migratorio provisional al establecimiento de una residencia permanente, bajo la presión del reagrupamiento familiar y la profunda adaptación a la sociedad de acogida, es lo más característico de estos primeros flujos migratorios. Tienen asimilado que no son más que unos extranjeros y, por ello, sólo se ven concernidos por la vida política nacional cuando hay una nueva reforma legislativa en materia migratoria. Sin embargo, sus hijos tienen exigencias y esperanzas nuevas, y viven su relación con la sociedad de sus padres como adhesión lejana que tiene una función de identificación. En momento de crisis (paro) o de agresión psicológica (racismo) se produce una vuelta a la identidad pero marcada por una forma de rebelión o de protesta. Los movimientos de los jóvenes en las urbes son el descontento de una juventud en busca de reconocimiento ciudadano. *Vid.*, en CHATOU, Z., “La inmigración magrebi en Francia y el problema de la ciudadanía”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, 11, 1998, p. 31.

³⁰ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, *op. cit.*, p. 133.

2. De la segregación al derecho a la diversidad

A través de la historia, el camino transitado por los Estados para hacer frente a la diversidad cultural ha ido desde la segregación hasta la conformación de Estados multiculturales. Tanto la segregación como sometimiento —que es lo que sucedió en las colonizaciones por parte de los europeos en América y África—, como la política de la asimilación a la cultura dominante —que se traducía en desconocer las diferencias—, respondían a visiones etnocentristas, en las que, de acuerdo con CARNEVALI, “los valores de la mayoría se imponían como medida de unidad respecto al resto y en donde la religión, a través de la evangelización, cumplía un importante papel en los procesos de aculturación. Es más, el recurso a la superioridad racial también sirvió para determinar la supremacía cultural y por tanto resolver cuáles eran los valores predominantes, desconociendo los otros”³¹.

Ciertamente, en la Europa de nuestros días es ilusorio pensar en una “cultura única” europea, por lo que el principal punto de encuentro debe ser el reconocimiento del ser humano en su dignidad, y con independencia de su origen o creencias. Porque, hoy por hoy, la multiculturalidad sólo cabe enfocarse desde dos puntos de vista claramente opuestos³²: enfrentamiento y contextos de conflicto y poder, por una parte; o coexistencia organizada, respeto y reciprocidad, por otra. En la primera opción, el afán de dominio puede llevar a la conquista, al comunitarismo autoritario, al totalitarismo, al dominio político de la religión, al fundamentalismo y al nacionalismo extremo y doctrinario. En la segunda, sin embargo, y en contrapartida, se trata de situaciones ideales exentas de dominio en las que es viable la comunicación, la interdependencia y la coincidencia en valores comunes que rebasan las particularidades.

En principio, pareciera que quien llega debe adaptarse al país de acogida, pero esto no significa que deba asumir todos los valores dominantes en el lugar de destino. La integración es otra cosa. El derecho a la diversidad, a ser diferentes, se traduce en que los grupos implicados deben conciliar sus diferencias guiados por el diálogo y el principio de tolerancia³³. Porque pluriculturalidad y multiculturalidad³⁴

³¹ CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, *op. cit.*, p. 8.

³² AGUILAR ROSALES, E., “Multiculturalismo y derecho”, *op. cit.*, p. 70.

³³ FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Diversidad cultural y sistema penal”, *op. cit.*, p. 34.

³⁴ Aún existe un paso más, definido por el “interculturalismo”, y que apuesta por la interconexión, el cambio y las relaciones e influencias mutuas entre las culturas, de lo que deriva la necesidad de otorgar algunos derechos específicos al respecto. Es lo que algunos autores llaman nuevo “constitucionalismo cultural” y su relación con la ciudadanía étnica y cultural, partiendo desde posiciones de igualdad entre los ciudadanos. Entre otros autores, SARTORI, G., *La sociedad multicultural. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001, p. 62; PICHARDO GALÁN, J. I., *Reflexiones en torno a la cultura: una apuesta por el interculturalismo*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 70 y ss.; GARRIDO GÓMEZ, M. I., “El interculturalismo como propuesta de gestión de los derechos de las minorías culturales”, en PÉREZ DE LA FUENTE (ed.), *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 119 y ss.; HERRERA FLORES, A., “Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia”, *Revista de Filosofía*

son términos relacionados pero no equiparables. Si bien ambos parten del reconocimiento de la diversidad cultural, no coinciden en el modo en que se interrelacionan las culturas coincidentes en un espacio geográfico.

En la pluriculturalidad las culturas coincidentes no se interrelacionan equitativamente debido al etnocentrismo; esto es, tomamos nuestra propia cultura como “vara de medir” rechazando o despreciando lo que es diferente a nosotros. Hay que partir, por tanto, de relativizarla, sustituyendo el etnocentrismo por el discurso de la tolerancia. Y es que, en completo acuerdo con VÁZQUEZ, “los conflictos étnicos y culturales producto de la inmigración, no se producen por la diversidad de opiniones, creencias o costumbres de los inmigrantes (que no pueden evitarse), sino por la intolerancia ante aquellos que piensan, sienten o son de opinión diferente (negativa innecesaria)”³⁵.

El multiculturalismo, de su parte, se configura como un ideal de convivencia de la sociedad pluralista por promover el sueño de una convivencia marcada y enriquecida por las diferencias de cada grupo³⁶. Esto es, como modelo de gestión de la multiculturalidad en un sociedad democrática, que se preocupa por la vulnerabilidad de las culturas minoritarias promoviendo el ejercicio de la diversidad cultural y condenando la intolerancia³⁷. Porque la globalización está amenazando un elemento irrenunciable para el ser humano: la pertenencia a un grupo bien determinado — que es siempre una cuestión de contexto y definición social, porque todos nosotros somos seres multidimensionales—³⁸, lo que no sólo afecta a su bienestar, sino sobre todo a su identidad personal cuya puesta en peligro amenaza su derecho a la religión, lengua y cultura propias³⁹. De lo que se trata, en definitiva, es de aprender a convivir en un intercambio pacífico, aprendiendo unos de otros, estudiando mutuamente nuestras historias, ideales, artes y culturas⁴⁰.

3. ¿Es la sociedad española una sociedad multicultural?

Aunque, como consecuencia de la terrible crisis económica que aún seguimos “capeando”, son muchos los inmigrantes que han optado por volver a sus países de

Práctica, nº 12, junio 2004, p. 52. Para MUÑOZ, se trataría de la exigencia moral de un espacio humanizado en el que hombres y mujeres venidos de otras partes puedan desarrollar su manera de ser propia en compañía de los otros y compartir un espacio comunitario, humano y humanizador, algo bien distinto a la reclusión de los diferentes en guetos tolerados; esto es, convertir el mundo en un genuino multiverso, pasar de la unidad monolítica a la pluralidad cultural y religiosa y del anatema al diálogo. *Vid.*, en MUÑOZ, J., “Diálogo y conflicto entre civilizaciones”, *op. cit.*, p. 41.

³⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, *op. cit.*, p. 53.

³⁶ DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, *op. cit.*, p. 48.

³⁷ La tolerancia se ha convertido en el valor central de la sociedad postmoderna, considerándose intrínsecamente conectada al pluralismo, sin embargo, y así nos lo recuerda SARTORI, “la diferencia está en que la tolerancia *respet*a valores ajenos, mientras que el pluralismo *afirma* un valor propio... afirma que la diversidad y el disenso son valores que enriquecen”. *Vid.*, en SARTORI, G., *La sociedad multicultural...*, *op. cit.*, p. 18.

³⁸ HOBBSBAWN, E.J., “Identidad”, *op. cit.*, p. 5.

³⁹ HÖFFE, O., *Derecho intercultural*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 26.

⁴⁰ MUÑOZ, J., “Diálogo y conflicto entre civilizaciones”, *op. cit.*, p. 40.

origen (o emigrar a otros con mejores perspectivas)⁴¹, la conformación de la sociedad española no tiene nada que ver con la de hace una década⁴². De la noche a la mañana España se ha convertido en un país pluricultural donde conviven ciudadanos pertenecientes a las más variadas culturas. Ahora bien, ¿nos convierte eso en un país multicultural? Yendo aún más lejos, ¿Europa es realmente una sociedad multicultural?

Pues lo cierto es que no. En los países receptores, brilla por su ausencia una política comunitaria europea para la cohesión social y la integración cultural de los inmigrantes, y ello pese a haber basado su intervención desde hace ya más de dos décadas en un eje tripartito⁴³: el control de flujos migratorios (sin duda el eje central de las políticas comunitarias sobre inmigración), la integración de los inmigrantes y la cooperación al desarrollo. Es más, y así nos lo recuerda CHATOU⁴⁴, el asunto migratorio en este periodo de crisis y mundialización, y su utilización por políticos y medios de comunicación, ha hecho de la adquisición de la nacionalidad y de la ciudadanía una problemática central en las posturas políticas nacionales; un clima que traduce las tensiones existentes dentro de cada sociedad y sume a los inmigrantes en una inseguridad singular.

En lo que a nuestro país en concreto se refiere, tampoco se ha logrado diseñar una política diáfana y consecuente en materia de acogida e integración de los inmigrantes, encontrándonos incluso con normas contradictorias entre sí⁴⁵. Para empezar, los extranjeros al día de hoy sufren importantes límites y restricciones en materias como la obtención del permiso de residencia, lo que de entrada les convierte en una especie de “ciudadanos parciales”⁴⁶, pues limita su derechos a la libertad de circulación, a la participación política, de reunión y manifestación, de asociación, a la educación, al trabajo y a la seguridad social, a la asistencia sanitaria, a la tutela judicial efectiva, o a la reagrupación familiar. De igual forma, aún es mucho lo que queda por hacer cuando del respeto a la identidad y diversidad culturales, y al derecho a la diferencia, se trata.

Sea como fuere, el legislador español sí fija como límite a la diversidad cultural

⁴¹ La población de España disminuyó durante 2013 en 220.130 personas. El número de extranjeros disminuyó en un 7,8% debido a la emigración y a la adquisición de nacionalidad española. En el caso de los españoles, el saldo migratorio fue de -45.913 (emigraron 79.306 personas e inmigraron 33.393). Durante 2013, España registró un saldo migratorio negativo de 256.849 personas. Este saldo, un 80,2% mayor que en 2012, estuvo provocado por un descenso del 4,3% de la inmigración y un aumento del 22,7% de la emigración. *Vid.*, en <http://www.ine.es>

⁴² Según los datos del padrón municipal del INE, a 1 de enero de 2014, en España había 4.676.022 extranjeros, a los que habría que añadir los que se encuentran en situación irregular. Las nacionalidades mayoritarias son Rumania y Marruecos seguidas de Reino Unido, Ecuador, Italia, Colombia, China, Alemania, Bulgaria, Bolivia, Portugal, Francia, Perú, Ucrania, Argentina, etc. *Vid.*, en <http://www.ine.es>

⁴³ SANABRIA MARTÍN, F., “Inmigración y cultura: convivencia, integración, asimilación”, *Cuadernos de pensamiento político*, octubre/diciembre 2006, p. 193.

⁴⁴ CHATOU, Z., “La inmigración magrebí en Francia y el problema de la ciudadanía”, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 70.

el respeto por los derechos humanos. Respeto que incluso exige de forma coactiva frente a las tradiciones o costumbres culturales que se opongan a ellos. En concreto, sanciona las prácticas atentatorias a los derechos humanos, como la poligamia⁴⁷ o la mutilación genital, mientras que se pronuncia de forma restrictiva —o directamente no menciona tales problemas— en asuntos como el uso del velo en el ámbito educativo⁴⁸ y a efectos de identificación personal⁴⁹, derivando las oportunas decisiones a las correspondientes comunidades autónomas o municipios⁵⁰.

El art. 2 ter de la *LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, introducido por la reforma de la *LO 2/2009*, bajo la rúbrica de “Integración de los extranjeros”, deja clara esta política de “asimilación”, ya que persigue que los inmigrantes se empapen “en el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, sí como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres (...)”. De su parte, el nuevo art. 9.3 suprime toda referencia al reconocimiento y respeto a la identidad cultural⁵¹.

⁴⁷ Esta costumbre no provoca, sin embargo, excesivos problemas en Europa, pues los sucesivos matrimonios se llevan a cabo ante las autoridades de los países de origen y no del país de acogida. En nuestro país, además de ser delito (art. 217 CP), supone la imposibilidad del reagrupamiento (art. 17.1.a) *LO 4/2000*). También se prohíbe la posibilidad de reagrupar a varias esposas en la *Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar* (art. 4.4). Unas prohibiciones criticadas por suponer una discriminación entre la primera mujer y sus hijos en relación con las otras mujeres y sus descendientes, y que en el fondo no busca sino que el inmigrante se integre en la cultura española donde la definición legal del matrimonio es monogámica. *Vid.*, en ACALE SÁNCHEZ, M., “Tratamiento jurídico y social de la mujer inmigrante víctima: modelo español”, *EGUZKILORE, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 21, diciembre 2007, p. 220.

⁴⁸ En los pocos casos que se han producido en España, se hizo prevalecer el derecho a la educación de las niñas sobre la normativa interna de los correspondientes centros escolares. En cualquier caso, no hay una respuesta unánime en Europa sobre esta polémica, yendo las soluciones desde su prohibición (Francia), hasta países que lo toleran (Alemania) pasando por otros que dejan la solución individual del conflicto en manos de los centros escolares implicados (España e Inglaterra). *Vid.*, en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁹ El RD 1586/2009, que modifica el RD 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del DNI y sus certificados de firma electrónica, expresamente prevé la obligación de que la fotografía se realice “con la cabeza totalmente descubierta” y “sin cualquier otra prenda que pueda impedir o dificultar la identificación de la persona” (art. 5.1.b).

⁵⁰ Ya son unos 30 los municipios catalanes que han votado menciones sobre el uso público del velo integral. 17 de ellos lo han prohibido, pero sólo siete desarrollaron la normativa correspondiente (Lleida, Cervera, Castelló d’Empúries, Lloret de Mar, El Vendrel, Reus y Mollet del Vallés). En el caso de Lleida se llevó tal normativa prohibicionista al TS, que consideró que un Ayuntamiento no puede limitar el ejercicio de un derecho fundamental como la libertad religiosa, y la paralizó en 2013 (STS de fecha 6 de febrero de 2011, de la Sala de lo contencioso administrativo- sección séptima, recurso casación nº 4118/2011). En cualquier caso, en ninguno de los municipios prohibicionistas se ha puesto ninguna multa por ello, afirmándose la ausencia de problemas al respecto. *Vid.*, en EL PAÍS, 20 de julio de 2014.

⁵¹ El anterior art. 9.4 establecía literalmente: “Los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural”. El actual art. 9.3, sin embargo, se limita a decir: “Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integridad social”. Una previsión tan generalista y abstracta, que ha acabado con toda la relevancia que este precepto tenía anteriormente.

Cabe afirmarse, por tanto, que España no ha adoptado un enfoque multicultural respecto de las minorías inmigrantes. A la sociedad española el inmigrante le genera desconfianza y son muchos los estereotipos y prejuicios⁵² que, aprovechados — cuando no alentados— por los propios gobernantes, justifican la adopción de medidas claramente racistas y xenófobas.

En definitiva, en España, la convivencia con los inmigrantes, si bien es pacífica, se lleva a cabo, sin embargo, en un clima de separación y alejamiento. Nuestro país, como el resto de Europa, se aferra a la política migratoria restrictiva, basada en el cierre de fronteras⁵³, en la negación de derechos civiles y políticos, en el rechazo de políticas de discriminación positiva para los inmigrantes, en la restricción de la residencia y la ciudadanía para los recién llegados, y en la expulsión o el retorno “voluntario”, sobre todo de los colectivos de inmigrantes no deseados por considerarse “no integrables”⁵⁴.

Porque tampoco hay que dejar de lado el denominado “*filtro étnico*”⁵⁵ que denuncia el fomento de políticas migratorias que excluyen a unos emigrantes frente a otros en función de su procedencia geográfica. Esto es, el filtro se hace recaer en supuestas razones culturales o religiosas que justificarían la mayor integración de determinados colectivos frente a otros, evitando así los posibles conflictos culturales. Se busca restringir, en definitiva, la entrada sobre todo de inmigrantes de origen árabe o musulmán, por ser englobados dentro de lo descrito como “islamofobia”, como fundamentalistas y posibles terroristas. Y ello porque, de acuerdo con VÁZQUEZ, “se asimila Islam a islamismo e islamismo a fundamentalismo, cuando ni todo árabe o musulmán es islamista, ni el Islam o la religión musulmana implican una imposibilidad total de integración en nuestras sociedades, ya que la identidad de los musulmanes es la de un conjunto de pueblos culturalmente muy diversos que comparten, como nexo de unión, unas creencias religiosas”⁵⁶.

⁵² A los inmigrantes se les culpa, entre otras muchas cosas, de aumentar las cargas sociales y económicas de los nacionales, poniendo así en peligro el Estado de bienestar; de aprovecharse de las coberturas sociales; de ser vagos, y de no tener aspiraciones a ponerse al nivel de los nacionales. De hecho, son habituales comentarios como: “las plazas de las guarderías van para ellos”, “se llevan los pisos de protección oficial”, “nos quitan el trabajo”, “todas las ayudas son para ellos”, etc.

⁵³ En el momento de la redacción de este trabajo (agosto de 2014), son diarias las noticias sobre los asaltos a las vallas de Melilla y Ceuta por parte de cientos de inmigrantes subsaharianos, lo que ha llevado a reforzar la seguridad en la frontera con un número de efectivos policiales nunca antes visto. Lo que se ha dado en llamar el “muro de Schengen”, a imagen y semejanza del “muro de Berlín” de otros tiempos, podría compartir con éste la calificación de “muro de la vergüenza”, ya que, de acuerdo con LÓPEZ, “se ha convertido en la demostración viva de que en nuestros principios hay un doble lenguaje: el que defiende la libertad de movimientos para las mercancías y la restringe para las personas por el sólo hecho de que buscan mejorar sus condiciones de vida en países que quieren proteger sus privilegios”. *Vid.*, en LÓPEZ GARCÍA, B., “El Islam y la integración de la inmigración social”, en *Cuadernos de Trabajo social*, vol. 15, 2002, p. 131.

⁵⁴ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, *op. cit.*, p. 87.

⁵⁵ LÓPEZ GARCÍA, B., “El Islam y la integración de la inmigración social”, *op. cit.*, p. 129.

⁵⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, *op. cit.*, p. 90.

II. MULTICULTURALISMO Y DERECHO PENAL

1. Problemas multiculturales y Derecho penal

Ahora bien, ¿cómo deben afrontar los Estados la diversidad cultural? ¿Hasta dónde una sociedad democrática puede tolerar comportamientos que colisionan con aquellos que esa sociedad ha reconocido como suyos? Si es consustancial a una sociedad democrática la tolerancia, ¿dónde se fija el límite? ¿Qué sucede con aquellos actos que son consentidos dentro de un contexto cultural pero delictivos en la sociedad en la que se insertan?⁵⁷ Los ejemplos al respecto son de sobra conocidos, y algunos ya han sido mencionados: la causación de lesiones por motivos supuestamente “culturales” —emblemática al respecto es la mutilación genital femenina que se analizará con profundidad más adelante—; ritos de iniciación que conllevan la desfiguración del rostro o del cuerpo de menores⁵⁸; las muertes para resguardar el honor familiar; la poligamia; la obediencia intrafamiliar, los actos de maltrato familiar y los márgenes del derecho de corrección de los menores⁵⁹; los matrimonios forzados; algunos ritos matrimoniales que en los códigos penales de occidente quedan integrados en los delitos sexuales o contra la libertad; la posesión y uso de drogas con fines terapéuticos; el trabajo infantil; el uso del velo islámico⁶⁰ en espacios públicos; y, por supuesto, el propio terrorismo islámico.

El multiculturalismo, por tanto, también conlleva problemas que el correspondiente Estado debe afrontar incluso a través del Derecho penal. La diversidad también debe protegerse penalmente de eventuales excesos y ataques, porque la tolerancia no puede alcanzar a todo, también son necesarios poner límites a la tolerancia. La tolerancia es elasticidad con límites⁶¹. Pero, ¿dónde se puede establecer la frontera que permita hablar de delitos culturalmente orientados o motivados y

⁵⁷ CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁸ En algunos grupos étnicos, provenientes sobre todo de África y de Nueva Guinea, se practica la escarificación sobre las mejillas o sobre otras partes del cuerpo de los jóvenes como rito de iniciación que marca el paso de la adolescencia a la madurez. Los cortes sobre las mejillas vienen a menudo recubiertos de sustancias corrosivas (vinagre, carbón, sal) de forma que la herida, pese a cicatrizar, desfigura el rostro o el cuerpo como muestra de la prueba de valor en que se sustancia la ceremonia. *Vid.*, en DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, *op. cit.*, p. 224.

⁵⁹ De interés al respecto, ÍÑIGO CORROZA, E., “Parentesco y Derecho penal en un contexto multicultural”, en CORNACCHIA, L., - SÁNCHEZ-OSTIZ, P., (Coord.), *Multiculturalismo y Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 133 y ss.

⁶⁰ El *hiyab* es un pañuelo usado en Marruecos que cubre el cabello y el cuello. El *chador* es una vestimenta más larga que cubre prácticamente todo el cuerpo. De su parte, el *haik*, usado en Argelia, es una prenda que cubre el cabello y los hombros. Finalmente, el *burka* es la prenda impuesta por los talibanes, que cubre todo el cuerpo y todo el rostro, y las mujeres que lo llevan sólo pueden ver a través de una especie de celda de tela. Para un análisis más pormenorizado de lo que representan estas exigencias culturales, GARCÍA PASCUAL, C., “El velo y los derechos de las mujeres”, en ANSUÁTEGUI ROIG – LÓPEZ GARCÍA – DEL REAL ALCALÁ – RUÍZ RUIZ (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 87 y ss.

⁶¹ MARTÍNEZ MUÑOZ, J.A., “Multiculturalismo y estados personales”, *op. cit.*, p. 786.

con ello determinar, si cabe, respuestas particulares? Esto es, y en palabras literales de CARNEVALI, hay que preguntarse “si resulta válido o no mantener una especie de presunción de igualdad entre los valores de diversas culturas o, si corresponde, que una sociedad realice un juicio de legitimidad respecto de los comportamientos de otras culturas minoritarias”⁶².

A) *Los delitos culturalmente motivados*

Por delitos culturalmente motivados cabe entender los casos en que determinadas conductas contrarias a la norma penal del país “anfitrión”, se explican sin embargo en razón a la cultura a la que pertenece el infractor. Esto es, la conducta se realiza por quien pertenece a una cultura minoritaria donde el comportamiento llevado a cabo no es delito, bien porque es atípico, bien porque está justificado, exculpado o, en determinadas ocasiones, incluso impuesto. También puede ocurrir que el comportamiento sea delictivo en ambas conductas, pero el tratamiento penal es diverso. En definitiva, se presenta un conflicto entre el respeto a los valores comprendidos dentro de su cultura y lo que disponen las normas penales del país de acogida⁶³. La gran diferencia, por tanto, respecto a los delitos habituales reside en que en éstos es la propia sociedad la que se defiende y acusa, mientras en los delitos “configurados” bajo una clave cultural, la sociedad de la que surge la conducta y la sociedad que acusa no son la misma⁶⁴. Esto es, el delito culturalmente motivado surge de una percepción o lógica cultural, pero es reprimido según otra diferente⁶⁵.

Y siendo esto así, ¿cómo puede exigirse obediencia y lealtad a unos valores insertados en una legislación ajena, que en muchos casos ni siquiera conocen? Si se opta por aplicar igualmente la legislación del país de acogida, ¿son suficientes los recursos habidos en la teoría del delito o es preciso reinventar las categorías empleadas por la doctrina penal hasta el momento? En definitiva, ¿cómo debe ser el

⁶² CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, *op. cit.*, p. 21.

⁶³ Por tanto, no son delitos culturalmente motivados, por no suponer un conflicto étnico-cultural: los delitos debidos al mero *status* de extranjero del sujeto activo; los debidos simplemente a la inexperiencia o la carencia de socialización del autor; los debidos a la diferencia en la disciplina legislativa vigente en el ordenamiento de origen respecto al ordenamiento anfitrión (porque la calificación de un supuesto como delito culturalmente motivado no depende simplemente de la valoración de la diversidad de la normativa aplicada en los ordenamientos jurídicos de referencia, sino de una valoración de las diferencias que existen entre la cultura del sistema anfitrión y la cultura del grupo étnico del que forma parte el imputado). *Vid.*, en DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, *op. cit.*, p. 96.

⁶⁴ FOLETS, M.C., “Los delitos culturales: de la repercusión de los conflictos de cultura sobre el comportamiento delincente...”, *op. cit.*, p. 297.

⁶⁵ Se deben, en todo caso, diferenciar los delitos culturalmente motivados de los delitos por convicción. En el autor por convicción, el conflicto entre sus convicciones y el Derecho es irresoluble. Antepone sus creencias al derecho oficial siendo plenamente consciente de que su conducta es delictiva, mientras que quien actúa motivado por su cultura lo hace creyendo obrar bajo el convencimiento de que el Derecho penal no obliga a quienes como él se comportan de acuerdo con las normas imperantes de su comunidad. Por tan crucial diferencia, al delincuente por convicción no se le puede justificar ni exculpar, ni tampoco aplicar la figura del error de prohibición. *Vid.*, en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, *op. cit.*, p. 162.

Derecho penal que ya se está enfrentando a esa “nueva” realidad social? ¿Debe ser un Derecho penal *sólo occidental*? La respuesta según FERREIRA⁶⁶ tiene dos grandes posibles soluciones: la admisión de un pluralismo jurídico, que acepta una especie de relativismo cultural, permitiendo diferentes soluciones según el *background* cultural; y la existencia de un único Derecho penal, neutral en relación con los acontecimientos o las preferencias culturales o de origen étnico, pero articulando posibles vías que tengan en consideración las motivaciones culturales.

B) *La pluralidad jurídica como solución: un acercamiento a la cuestión indígena latinoamericana*

Una opción, por tanto, sería admitir la existencia de una cierta “pluralidad jurídica”⁶⁷. Esto es, romper con la teoría monista que circunscribe el origen de la norma jurídica y su aplicación sólo a las instituciones estatales⁶⁸, considerando que las conductas llevadas a cabo por quienes pertenecen a las culturas minoritarias, y que colisionan con las normas de la cultura mayoritaria, deben entenderse justificadas. O lo que es lo mismo, ante la disyuntiva de cumplir el deber impuesto por la cultura predominante y el impuesto por su propia cultura, debe entenderse justificado quien opta por este último.

Esta es una solución planteada, sobre todo, para resolver problemas de diversidad cultural en Latinoamérica. Para ello, se parte de considerar que las normas europeas se impusieron sin tener consideración alguna a la población autóctona. Esto es, su *ius puniendi* originario fue expropiado por los colonizadores, quienes con su Derecho desplazaron las normas de convivencia por las que las comunidades indígenas se regían hasta entonces⁶⁹. Un “agravio” histórico que hoy se quiere reparar reconociendo constitucionalmente el carácter multiétnico y pluricultural de algunas naciones latinoamericanas⁷⁰. Constituciones que, de acuerdo con CARDUCCI, “marcan una nueva vía del constitucionalismo no *contra* alguien sino

⁶⁶ FERREIRA MONTE, M., “Multiculturalismo y derecho penal en el espacio lusófono”, en CORNACCHIA, L., - SÁNCHEZ-OSTIZ, P., (Coord.), *Multiculturalismo y Derecho penal*, op. cit., pp. 121 y ss.

⁶⁷ FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Diversidad cultural y sistema penal”, op. cit., pp. 37 y ss.; KALINSKY, B., *Justicia, cultura y Derecho penal*, op. cit., pp. 12 y ss.

⁶⁸ KALINSKY, B., *Justicia, cultura y Derecho penal*, op. cit., p. 154.

⁶⁹ Y con la independencia las cosas tampoco mejoraron, pues solamente provocó la emancipación al servicio de las élites políticas y económicas. Esto es, los “criollos” no pensaban de manera diferente que sus antecesores, y ligados intelectualmente a la península ibérica y al resto de Europa, inspiraron sus Códigos penales en las leyes españolas e italianas del momento. En definitiva, y en ilustrativas palabras de FERRÉ, “los gobernantes habían cambiado y compartían con los indígenas la misma nacionalidad pero no los mismos derechos”. *Vid.*, en FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Diversidad cultural y sistema penal”, op. cit., pp. 36 y ss.

⁷⁰ Es el caso, por ejemplo, de Argentina (art. 75), Bolivia, Colombia (art. 246), Ecuador y Perú (arts. 139 y 149). Al respecto, en los últimos cincuenta años se ha producido un progresivo avance. Para mayor información, VALENZUELA REYES, M., “Derechos de los pueblos indígenas en el contexto internacional, especialmente en lo relativo a los aspectos penales”, en *Revista de Estudios Criminológicos y penitenciarios*, nº 6, 2003.

finalmente *juntos*”⁷¹. Un reconocimiento acerca de la diversidad cultural⁷², aceptando que los pueblos indígenas puedan originar un sistema jurídico propio, con normas sustantivas y procesales, que si bien no son expresadas de manera escrita son igualmente válidas⁷³.

Y ello sin olvidar los instrumentos internacionales que exigen a los Estados donde existan minorías que dispongan las medidas necesarias para hacer efectiva la diversidad cultural; entre otros, el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1996⁷⁴ y el convenio OIT⁷⁵ 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de 1989⁷⁶.

Para los defensores del pluralismo jurídico, el Derecho penal en un Estado pluri-

⁷¹ A juicio de este autor, las constituciones más recientes presentan una escritura expresiva de un vocabulario diferente al del constitucionalismo occidental, no destinado a sustituirlo, sino a integrarlo con otros lenguajes, otras culturas. Esto es, promueven un constitucionalismo de la “alteridad”, fundado en la armonización; en el “derecho fundamental a la identidad cultural”, como derecho del individuo y de la comunidad; en la construcción axiológica no en torno a “valores” sino a bienes comunes cuya pérdida se asume a veces incluso como un verdadero ilícito constitucional. Este es el caso de la Constitución de Bolivia, que considera ilícito de “atentado a la Constitución” cualquier conducta, también institucional, que niegue el diálogo intercultural e impida el ejercicio de los instrumentos institucionales previstos en la Constitución. *Vid.*, en CARDUCCI, M., “El multiculturalismo. Entre círculo hegeliano y constitucionalismo de la alteridad”, en CORNACCHIA, L., - SÁNCHEZ-OSTIZ, P., (Coord.), *Multiculturalismo y Derecho penal, op. cit.*, pp. 89 y 90.

⁷² CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, *op. cit.*, p. 8.

⁷³ KALINSKY, B., *Justicia, cultura y Derecho penal, op. cit.*, p. 154.

⁷⁴ Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos (1996): “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

⁷⁵ Esta norma de naturaleza laboral tiene en cuenta la especial vulnerabilidad laboral de los indígenas, procurando facilitar su integración en el ámbito del trabajo, mejorar sus condiciones de vida y los niveles de salud y educación. Pero no sólo eso, más allá de los aspectos estrictamente laborales, asume otros de naturaleza penal, destacando el derecho a resolver sus conflictos aplicando sus propias normas, con sus procedimientos y ante sus tribunales “siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Se trata, en consecuencia, del principal instrumento jurídico internacional con carácter vinculante en esta materia, si bien sólo ha sido ratificado por una veintena de países. *Vid.*, en FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Diversidad cultural y sistema penal”, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁶ Art. 8 OIT: “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados debe tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”. Art. 9: “1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”. Art. 10: “1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento”.

cultural debe incorporar —nos dice BECERRA—⁷⁷ el presupuesto fundamental de que no se sancionará la diversidad cultural, que será tenido en cuenta el derecho consuetudinario, y que serán respetadas las distintas valoraciones sobre las conductas que provengan de parámetros culturales diversos y preexistentes a la cultura oficial; de igual forma, los jueces abandonarán el paradigma del funcionario judicial sólo sometido a la ley y no comprometido con otros datos del contexto social en el que se desenvuelve el caso. Esto es, se avala la coexistencia de dos mecanismos punitivos: el formalizado, de la cultura mayoritaria, y el comunitario de la cultura minoritaria, permitiéndose en determinados territorios la aplicación de un Derecho penal indígena consuetudinario⁷⁸.

En definitiva, y según esta postura, la solución a la diversidad cultural no cabe buscarse en la esfera de la culpabilidad, pues de este modo se estaría reconociendo la supremacía de una cultura sobre otra. Y ello porque en un Estado que desconoce la diversidad, y basa su soberanía en la visión de un solo grupo (y cuyos intereses representa), el interés “común” se convierte en el interés de un grupo y el desarrollo de políticas estatales se convierte así en el desarrollo de políticas que reflejan una relación de dominación⁷⁹. Esto es, la justicia penal que no respeta la diversidad cultural termina siendo una justicia discriminatoria en la que un parámetro cultural es impuesto a quienes responden a un modelo distinto⁸⁰.

Ahora bien, eso no implica, en cualquier caso, que se permita la desaparición completa de los principios fundamentales en materia penal⁸¹, al menos los de legalidad⁸², culpabilidad (responsabilidad objetiva y personalidad de las penas)⁸³ y humanidad de las penas⁸⁴. De igual forma, tal opción debe estar claramente limita-

⁷⁷ BECERRA, N., *Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pp. 18 y 19.

⁷⁸ El Derecho indígena consuetudinario generalmente se centra en tres áreas: el régimen de tierras, la familia y los delitos. Las características diferenciales con el derecho estatal podrían resumirse en las siguientes: participación efectiva de la población en el juzgamiento y señalamiento de las sanciones; aplicación de principios jurídicos específicos y de una norma abstracta y genérica; búsqueda de la resolución efectiva del problema real y no solamente las muestras visibles del mismo; aplicación de sanciones efectivas dentro del contexto en que se encuentran estas poblaciones, muchas de ellas con una fuerte carga moral; alto nivel de legitimidad en la población; atención a la víctima; procedimientos rápidos y gratuitos; no se victimiza al inculpaado ni se le retira del trabajo ni de su familia; no se aplica la pena de cárcel, pero sí algunas formas de limitación temporal de la libertad. *Vid.*, en KALINSKY, B., *Justicia, cultura y Derecho penal*, *op. cit.*, p. 142.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 140 y 141.

⁸⁰ BECERRA, N., *Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*, *op. cit.*, p. 20.

⁸¹ FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Diversidad cultural y sistema penal”, *op. cit.*, p. 39.

⁸² Al no tratarse de una ley escrita, sino de derecho oral, nos sitúa ante una norma incierta, lo que reduce considerablemente la vigencia del principio de legalidad.

⁸³ Ciertamente la responsabilidad subjetiva puede verse afectada, pues puede considerarse delito conductas como haber pisado un lugar sagrado, sin ni siquiera saberlo, o se puede castigar de igual modo el homicidio doloso que el imprudente. De su parte, las penas en ocasiones se pueden extender a terceras personas (ej., familia) con lo que también se vulneraría el principio de personalidad de las penas.

⁸⁴ Se cuestionan muchas de las sanciones que aplican las comunidades indígenas, sobre todo las que no guardan similitud con las impuestas en el sistema normalizado (ej. castigar un homicidio poniendo a cargo del autor la sustitución de las responsabilidades del fallecido hasta que sus hijos sean mayores de edad; azotes,

da territorialmente y también debe existir el derecho a optar por una u otra ley penal.

C) *Un Derecho penal “neutral” que tenga en cuenta las particularidades culturales: el error de comprensión culturalmente condicionado*

Ciertamente es encomiable el esfuerzo dirigido a reconocer la identidad cultural, pero es discutible y peligroso que ello permita justificar actos atentatorios a bienes que la sociedad mayoritaria estima valiosos, simplemente por estar fundados en el respeto a la costumbre de ciertas culturas. Es por ello que la gran mayoría de los países adoptan una posición neutral en sus códigos penales, pero, eso sí, siendo cada vez más las voces que piden una cierta consideración de las motivaciones culturales en la comprensión del delito y su castigo; esto es, la admisión de regulaciones excepcionales en razón de las particularidades de sus destinatarios. Por tanto, determinada la existencia de un hecho culturalmente motivado, el siguiente paso es ver si es posible encontrar una solución a los conflictos étnico-culturales dentro de las categorías clásicas del Derecho penal⁸⁵.

En este sentido, la sociedad norteamericana, multicultural por excelencia⁸⁶, ha desarrollado las denominada *cultural defense* cuando concurren determinados factores o circunstancias culturales que permiten excluir o disminuir la responsabilidad penal. Para que la *cultural defense* pueda ser aplicada, es necesario que el delito esté motivado por razones culturales, de forma que la cuestión a resolver es de qué manera el condicionamiento cultural puede haber influido en el comportamiento personal —*excuse*—⁸⁷. Desde esta perspectiva, en la medida en que una motivación cultural es lo suficientemente importante como para condicionar su conducta se materializa una *excuse*. Ahora bien, la *cultural defense* no está formalizada, no conforma una eximente autónoma, sino que tomando en consideración los factores culturales se recurre a las instituciones generales⁸⁸. Esto

cepto nocturno, baño de agua fría seguido de ortigamiento, etc.). Ciertamente, mientras algunas penas se ejecutan en el seno de la comunidad, favoreciendo la resocialización del sujeto, otras tienen un claro carácter cruel y vejatorio. Se trata, en todo caso, de un asunto difícil cuando los derechos fundamentales que sirven de “baremo” se estiman provenientes de unos patrones culturales ajenos a la cultura indígena.

⁸⁵ DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 187.

⁸⁶ Actualmente, los asiáticos son un interlocutor importante en la sociedad americana, representando numéricamente la mayoría de la población, y no siendo ya considerados sólo como mera mano de obra, sino como protagonistas del comercio, la industria y la economía. Estos grupos tienen costumbres, usos y tradiciones particulares, que provocan un choque ideológico con la cultura tradicional americana. Frente a ello, los tribunales americanos han optado por un modelo de mediación, dirigido a equilibrar, por una parte, la necesidad sentida por el grupo culturalmente dominante de reafirmar la intangibilidad del sistema penal y, por otra, las ansias de apertura manifestadas por una sociedad multicultural. Vid., en DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 108.

⁸⁷ En el sistema norteamericano la distinción entre *justifications* y *excuses* es bastante reciente y deriva de nuestra distinción entre ilicitud y culpabilidad. DRESSLER, J., *Cases and materials on Criminal Law*, 3ª ed., Sant Paul, MN: Thomson, 2003, p. 468 y ss.

⁸⁸ Las alegaciones que pueden invocarse pueden ser: en relación al hecho —*Mistake of Fact*—, a los estados pasionales —*Unconsciousness and Heat of Passion*—, la provocación —*Provocation*—, la enfermedad

es, se trata de un sistema que quiere mostrarse sensible a la diferencia étnico-cultural pero no cede frente a la misma, un sistema que no está dispuesto a poner en discusión los fundamentos de un Derecho penal de signo occidental, que siempre y en toda circunstancia deben ser confirmados⁸⁹. Además, el hecho de que su apreciación dependa del arbitrio judicial conlleva una cierta inseguridad jurídica⁹⁰. En cualquier caso, aunque el sujeto pueda evitar o disminuir la condena, esto tiene un gran coste, porque toda la construcción de las “excuses” está fundada en la existencia de un vicio, una incapacidad del sujeto, como un sujeto que sufre carencias o anomalías y que por tanto es de alguna forma inferior⁹¹. Es más, para que la “*cultural evidence strategy*”⁹² pueda ser realizada con éxito, debe atacar la credibilidad y el prestigio del grupo étnico correspondiente, probando que todo el grupo minoritario habría reaccionado del mismo modo que el imputado. Y esto supone un coste social muy elevado, puesto que para defender a un sujeto se denigra de hecho toda la cultura y tradiciones de su grupo. Los costes son, en consecuencia, mayores que los beneficios, pues para dejar impune al autor del delito culturalmente motivado se afecta necesariamente a toda su comunidad de origen. Este modelo, por tanto, sólo es eficiente en el plano teórico, la apertura del sistema dominante a la diversidad cultural sólo es aparente⁹³.

mental —*Insanity*— y la imputabilidad disminuida —*Diminished Responsibility*—. *Vid.*, en CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, *op. cit.*, p. 26.

⁸⁹ DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, *op. cit.*, p. 108.

⁹⁰ Ahora bien, lo que sí es altamente positivo es la presencia habitual en este tipo de procesos de antropólogos, ejerciendo funciones de perito, encargados de ilustrar sobre el condicionamiento cultural presente o no en la conducta delictiva.

⁹¹ Un ejemplo muy ilustrativo al respecto, es el “caso Kimura” juzgado por la Corte de la ciudad de Los Ángeles (California). Fumiko Kimura, ciudadana norteamericana, pero que nació y creció en Japón, enterada de la relación extramatrimonial de su marido, decide matarse junto con sus dos hijos (de cuatro años y seis meses). Para ello se sumerge en la playa de Santa Mónica con el objetivo de llevar a cabo la “oyako-shinju”, o suicidio paterno filial, como forma de castigar al marido, con la esperanza de que con ello éste pierda la respetabilidad y el prestigio social; de igual modo, es la forma de poder permanecer siempre unida a sus hijos y no abandonarles en una sociedad en la que los huérfanos son considerados desadaptados y se les empuja a la marginación. Sin embargo, los socorristas lograron salvar a la madre pero no a los niños, motivo por el que ésta se sintió particularmente deshonrada y avergonzada frente a la sociedad. Asimismo, durante el proceso se determinó que estaba sola, sin empleo y además abandonada por el marido, circunstancias que influyeron en su decisión de llevar a cabo el suicidio colectivo. Dichos factores culturales y la influencia que ejercieron en su comportamiento, condujeron al tribunal a condenarla por homicidio, pero con una pena sustancialmente más baja que la solicitada en un inicio: 1 año de prisión y cinco años de *probation*. La reducción de la pena se fundamentó en que la mujer sufría un intenso estrés emotivo ante la incapacidad de superar el conflicto entre el pasado y el presente por la presión de su cultura de origen. Un trastorno tan radical como para alterar profundamente sus facultades mentales —*insanity*— (Nº A-091133 (Los Angeles Cty. Super Ct. 1985). *Vid.*, en CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, *op. cit.*, p. 18

⁹² Como la *cultural defense* no está formalizada, ningún abogado puede entrar en un tribunal y pedir que se reconozca. En los juzgados de lo que se habla es de “*cultural evidence*”, una estrategia procesal utilizada por las defensas para intentar excluir, o al menos atenuar, la responsabilidad penal alegando pruebas sobre las costumbres de origen del imputado.

⁹³ DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, *op. cit.*, pp. 108 y ss.

La discusión en cuanto al tratamiento penal de las conductas contrarias a los valores de la cultura mayoritaria, pero “amparadas” por la cultura minoritaria, se puede centrar bien en la esfera del injusto, bien en la de la culpabilidad. Al respecto, y por ejemplo, el ejercicio del derecho a la cultura se presenta como hipótesis que excluya la antijuridicidad (ilicitud) del comportamiento. En este sentido, se trataría de saber si el daño efectivamente producido fue o no para salvaguardar un interés superior, y por tanto permitido por el Ordenamiento. Un supuesto clásico de “conflicto de intereses”, que sin embargo tampoco está exento de problemas, pues además de constituir una lesión irreparable para los bienes jurídicos, conllevaría una protección diferenciada de los derechos fundamentales según el género y la cultura de partida; esto es, una discriminación negativa con la correspondiente violación del principio de igualdad⁹⁴.

Respecto a la visión que algunos códigos penales ostentan sobre las minorías — en el caso de Latinoamérica las poblaciones indígenas—⁹⁵ como pueblos que viven en un “estado general de inmadurez”⁹⁶, ni siquiera nos detendremos en valorar la posible inimputabilidad. Porque quien realiza un delito motivado por sus patrones culturales, no es una persona inmadura ni sufre alteraciones psíquicas. Ésta no es sino una visión excesivamente paternalista, y por ello inaceptable, y que parte de una concepción etnocéntrica del mundo, considerando como inferiores a las culturas que no se ajusten al modelo occidental⁹⁷. Por tanto, y de acuerdo con DE MAGLIE, “la respuesta que vincula automáticamente el conflicto cultural y la absolución por trastorno mental no parece practicable por ser incorrecta en el plano ideológica y tosca en el plano sistemático”⁹⁸.

Para muchos autores⁹⁹ lo más razonable, en consecuencia, es abordar el problema desde la perspectiva del error de prohibición. Pero no tanto como desconocimiento de las normas jurídicas —lo que excluiría el dolo, pero que seguiría siendo censurable— sino más bien la falta de sensibilidad personal del agente debido a la carencia de comprensión de la norma, en la medida en que no representa correctamente su desvalor¹⁰⁰. Esto es, se pretende englobar los casos en que el esfuerzo de

⁹⁴ Y ello porque, por ejemplo, se permitiría la extirpación del clítoris por razones culturales, pero no la castración de hombres tras la comisión de delitos contra la libertad sexual. *Vid.*, en FERREIRA MONTE, M., “Multiculturalismo y derecho penal en el espacio lusófono”, *op. cit.*, p. 124.

⁹⁵ El CP colombiano es un claro ejemplo al respecto, dado que en su art. 33 establece literalmente: “*Inimputabilidad*. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviera la capacidad de comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, *diversidad sociocultural* o estados similares (...)”.

⁹⁶ Muy interesante al respecto, son los casos reales expuestos en la obra KALINSKY, B., *Justicia, cultura y Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 168 y ss.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 158.

⁹⁸ DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, *op. cit.*, p. 239.

⁹⁹ En este sentido, y entre otros, CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, *op. cit.*, p. 27; FERREIRA MONTE, M., “Multiculturalismo y derecho penal en el espacio lusófono”, *op. cit.*, p. 124.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

internalización de la norma se ve particularmente dificultado por su condicionamiento, pudiendo afirmarse que no es posible reprocharle su incomprensión¹⁰¹.

Se habla, por tanto, de un error de prohibición no ya fundamentado en el desconocimiento de la norma sino en su falta de comprensión: es el conocido como *error de comprensión culturalmente condicionado* desarrollado por ZAFFARONI¹⁰², y que abarca aquellos supuestos en que, pudiendo conocer la prohibición de la norma, el sujeto no la puede comprender al haber internacionalizado un conjunto de valores diferentes, que pueden ser incluso incompatibles con los compartidos por la cultura dominante. Y, obviamente, cuanto mayor sea la diversidad étnico-cultural de una sociedad, tanto más la conciencia de la antijuridicidad (ilicitud) se verá influida por la comprensión cultural y tanto más estará determinada la motivación para actuar¹⁰³.

En definitiva, en estos supuestos el sujeto conoce la antijuridicidad formal y material de su conducta, pero no le es exigible que obre conforme a ese conocimiento. Para este renombrado profesor argentino estaríamos ante un error de prohibición invencible, ante una autoría por conciencia que excepcionalmente excluiría la culpabilidad¹⁰⁴. Porque mientras en el error de prohibición directo el sujeto desconoce la prohibición de la norma, en el error de comprensión sí la conoce pero el sujeto no comprende las razones de porqué determinadas conductas que él suele llevar a cabo se hallan sin embargo sancionadas; una especie de error sobre el injusto material de la conducta¹⁰⁵.

Sea como fuere, es ésta una opción que, si bien representa un reconocimiento obligado a la cultura de los pueblos indígenas y la superación de la vieja concepción de los mismos como salvajes o de sus miembros como inimputables o peligrosos, conlleva también riesgos nada desdeñables¹⁰⁶. De entrada, su deslinde del error

¹⁰¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, op. cit., p. 159.

¹⁰² ZAFFARONI consideraba que “al sujeto que conoce la norma prohibitiva, pero no la puede internalizar por razones culturales, por regla general no se le puede reprochar esa falta de internalización (comprensión)”. Al respecto, pone el siguiente ejemplo: si pensamos en un sujeto nacido y crecido en una comunidad indígena, con sus moldes culturales —frecuentemente bien complejos— que lleva a cabo las inhumaciones conforme a su ritual, pero en violación de las leyes vigentes, bien puede conocer esas leyes y saber que las inhumaciones en esas condiciones pueden propagar una enfermedad peligrosa y quedar eventualmente incurso en la tipicidad del art. 203 (CP argentino). No obstante, el sujeto no podrá internalizar (comprender) la antijuridicidad de su conducta, porque frente a la importancia del ritual funerario, el riesgo parecerá siempre nimio y no podrá exigírsele que lo comprenda de otra manera. Vid., en ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 736. En este sentido, CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, op. cit., p. 27.

¹⁰³ FERREIRA MONTE, M., “Multiculturalismo y derecho penal en el espacio lusófono”, op. cit., p. 124.

¹⁰⁴ ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 705.

¹⁰⁵ ARMAZA GALDÓS, J., “Error y condicionamiento cultural”, en *Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito*, Arequipa, Adrus, 2004, p. 211.

¹⁰⁶ El gran ejemplo al respecto es el contenido en el Art. 15 del CP peruano que literalmente establece: *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”. Ahora bien, aunque la intención primera del legislador fue regular el error de prohibición culturalmente

de prohibición y del autor por convicción no es fácil, y puede provocar divergencias de orden cultural que den lugar a desconfianzas en el sistema penal. Por no hablar del incentivo perverso en que podría convertirse para no integrarse ni conocer las normas imperantes, cuando en sociedades construidas democráticamente no pueden establecerse guetos o espacios cerrados que impidan toda integración¹⁰⁷. En cualquier caso, al tratarse de un concepto elaborado para resolver la problemática indígena Latinoamericana¹⁰⁸, puede resultar complicado su encaje como medio para resolver los conflictos multiculturales planteados en Europa.

Se trata, por tanto, de una figura que debe limitarse *lege ferenda* o vía jurisprudencial, pues el derecho a la diferencia, a la propia identidad cultural, necesariamente debe ceder ante otros derechos fundamentales de claro rango superior, como pueden ser la vida, la integridad corporal, la libertad o la libertad sexual¹⁰⁹. En cualquier caso, para los detractores de esta opción, no nos hallamos ante un error, ya que la persona no actúa por error sino por un condicionamiento cultural, y obviamente sus valores y patrones culturales no son una forma errónea de percibir el mundo (menos aún un error jurídico), sino una forma propia tan válida como otras. Y es que la percepción de la cultura como un supuesto de error no sería, a su juicio, sino otra forma de visión etnocéntrica de la sociedad¹¹⁰.

2. Los derechos humanos como límite infranqueable

La respuesta como hemos visto no es, desde luego, sencilla. Ni el aislamiento jurídico, como defensa a ultranza de las normas culturales de las minorías étnicas, ni una integración homogénea rayana con el asimilacionismo, parecen dar una respuesta adecuada a la pluralidad y diversidad cultural. La inadecuación del Derecho penal tradicional para hacer frente a los delitos motivados culturalmente es

condicionado, al final se reguló otra cosa muy diferente en la que se considera al indígena como una especie de inimputable por motivos culturales, lo que de plano es absolutamente rechazable. Y ello porque el indígena no está actuando por error, sino en base a pautas culturales distintas. Es más, la concepción del error de comprensión culturalmente condicionado como un error sobre lo injusto material del hecho haría posible la aplicación de la eximente, por analogía *in bonam partem*, también en los supuestos de error sobre lo injusto material que no estuvieran condicionados culturalmente (ej. delito fiscal, delitos de contrabando, delitos contra la ordenación del territorio y contra el medio ambiente). De igual modo, podría aplicarse la eximente por analogía en supuestos de autoría por convicción en que no se dé un error de comprensión culturalmente condicionado; esto es, el sujeto actúa conociendo la ilicitud de su conducta, pero cree erróneamente que la norma no es vinculante para él, dadas sus convicciones, religiosas, morales o políticas. *Vid.*, en CEREZO MIR, J., “La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el Código penal peruano”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (edit.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 106 y 107.

¹⁰⁷ CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁸ Sería la solución a adoptar en los países donde no se ha realizado una transferencia formal del *ius puniendi* a favor de las comunidades indígenas. Y más cuando la mayoría de los países que han ratificado la Convención de la OIT no han establecido una regulación nacional al respecto.

¹⁰⁹ CEREZO MIR, J., “La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el Código penal peruano”, *op. cit.*, p. 102.

¹¹⁰ KALINSKY, B., *Justicia, cultura y Derecho penal*, *op. cit.*, p. 159.

ciertamente evidente. La única solución en principio válida —el error de prohibición—, sólo puede tener alguna viabilidad tras un gran esfuerzo de adecuación, que pasaría por aceptar que razones étnicas y culturales pueden llegar a justificar la exclusión de la culpabilidad. Pero, ¿no estaríamos con ello abriendo un camino a un multiculturalismo extremo que desproteja penalmente ciertos bienes jurídicos que son penalmente relevantes?¹¹¹

Estas opciones, por tanto, no despejan el problema de la discriminación negativa de carácter cultural, lo que podría dar lugar a sentimientos de injusticia y falta de comprensión del resto de la comunidad¹¹² ¿Debe el Derecho penal intervenir igualmente? Sí, se debe, y es ineludible establecer un mínimo común en las políticas criminales, porque en completo acuerdo con VÁZQUEZ, “no toda diversidad ni diferencia es éticamente aceptable, ni todo punto de vista cultural tiene en sí el mismo valor ético”¹¹³. Y es que poco se avanza en este asunto si, sobre la base de un pluralismo mal entendido, se siguen permitiendo culturas asentadas sobre una reiterada violación de los derechos individuales.

El mínimo común es el del respeto a los derechos humanos, el “derecho a tener derechos” de todo ser humano; esto es, y en palabras de BENHABIB, “de ser reconocido por otros y de reconocer a otros a su vez como persona merecedora de respeto moral y de derechos legalmente garantizados en el seno de una comunidad humana”¹¹⁴. Limitar determinadas expresiones culturales estaría, por tanto, justificado, al existir mínimos que una sociedad no puede renunciar y que se asientan en los derechos fundamentales, sobre los cuales no cabe oponer posturas sustentadas en consensos culturales porque son universales e inalienables¹¹⁵.

En esta sociedad civil global los individuos no son portadores de derechos sólo en virtud de su ciudadanía dentro de los Estados, sino de su humanidad, sin excepción posible¹¹⁶. Las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas también son titulares del conjunto de Derechos consagrados en la *Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas*, así como el *Pacto Internacional de Derechos eco-*

¹¹¹ FERREIRA MONTE, M., “Multiculturalismo y derecho penal en el espacio lusófono”, *op. cit.*, p. 125.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, *op. cit.*, p. 142.

¹¹⁴ BENHABIB, S., “Otro universalismo: sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 179.

¹¹⁵ Sirva como ejemplo la STS de 8 de enero de 2010 que apoyaba los argumentos esgrimidos por SAP Cádiz de 19 de marzo de 2009, en el caso de la condena por agresión sexual a los padres de una menor de 14 años por obligarle mediante amenazas y coacciones a mantener relaciones con su marido (también condenado) con el que la obligaron a casarse en un viaje a Mauritania, su país de origen. En ambas instancias se dejó claro que “la vulneración de un derecho tan elemental del ser humano como el de su libertad sexual, no puede de ninguna forma quedar condicionado a circunstancias tales como la del origen cultural de quien lo agrade... El Estado de Derecho nunca debe abdicar, obviamente, de sus más elementales esencias, como lo es sin duda el respeto a la dignidad del ser humano, en aras de un relativismo cultural que aloje el fundamento de la decisión en las creencias, opiniones o costumbres de un determinado grupo, con el grave riesgo que ello por añadidura supondría para la adecuada protección de las víctimas, como titulares últimos de tales valores básicos”.

¹¹⁶ BENHABIB, S., “Otro universalismo: sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 201.

*nómicos, sociales y culturales de 1966, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos de 1996, la Convención Europea de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 y sus protocolos adicionales*¹¹⁷. Las respuestas que se quieran —y puedan— dar a esta problemática, por tanto, no pueden abandonar los fundamentos que están en la base de los procesos civilizadores de Occidente, entre ellos, los de la Ilustración, si bien con las correcciones y matices que se requieran. Y ello porque no debe olvidarse que en la formulación inicial de los derechos humanos, éstos se concibieron desde una base ética mínima que posibilitara la convivencia pacífica entre las diferentes culturas, con la consiguiente aceptación por parte de los ciudadanos de la intermediación de la justicia como característica de toda la humanidad¹¹⁸.

Ahora bien, tampoco se debe ignorar el posible riesgo de “occidentalismo”, pues ya son innumerables los ejemplos de violaciones de derechos humanos y manifestaciones de Derecho penal del enemigo¹¹⁹, en legislaciones de Estados de consolidada tradición ilustrada como el nuestro, que ponen de manifiesto el hecho de que el multiculturalismo, en palabras literales de CORNACCHIA y SÁNCHEZ-OSTIZ, “más que un dato pintoresco, reviste en ocasiones una faceta dramática para la vida de las personas e interpela sobre las bases mismas de un edificio que dábamos por bien asentado”¹²⁰. Debemos, por tanto, liberar a los derechos humanos de la retórica intervencionista que tantas veces les acompaña¹²¹. O lo que es lo mismo, escapar de un occidentalismo ciego y pretencioso¹²², que se limite a pensar que todo esto no son más que manifestaciones de nuevos barbarismos que acabarán por desaparecer de forma natural bajo la “bota democrática” de una sociedad civili-

¹¹⁷ En este sentido, el derecho penal consuetudinario indígena, pese a ser reconocido y necesario, es limitadamente garantista, por lo que se debe circunscribir a faltas o delitos leves que no pongan en peligro las garantías y derechos fundamentales de los propios indígenas. Y ello porque todas las disposiciones jurídicas aplicables exigen un límite material al sistema indígena: no debe contradecir el catálogo de derechos fundamentales y derechos humanos que están consagrados en los Convenios internacionales, la Constitución y las Leyes. *Vid.*, en FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Diversidad cultural y sistema penal”, *op. cit.*, p. 41.

¹¹⁸ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El extranjero frente al derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 39.

¹¹⁹ Un ejemplo claro al respecto lo representa la lucha contra el terrorismo islámico. El miedo frente a situaciones de amenaza terroristas ha conducido a que el Derecho penal clásico se haya “armado hasta los dientes” con una amenaza de pena casi omnicompreensiva contra toda clase de actividades imaginables, también las preparatorias o solamente de apoyo, que pudieran desembocar potencialmente en delitos de terrorismo. Intervenciones amplias que, sea como fuere, también legitiman el que éstas se produzcan en los derechos de libertad de los ciudadanos. En el futuro, por tanto, una de las tareas más difíciles a acometer por la dogmática jurídico-penal consistirá en definir los límites de una instrumentalización del Derecho penal con fines de prevención. Porque, al fin y al cabo, éste está limitado en su capacidad de rendimiento, pues está orientado preferentemente al castigo posterior. *Vid.*, en WEIBER, B., “Prevención mediante el Derecho penal: ¿es el derecho penal un medio adecuado contra el omnipresente miedo de atentados terroristas?”, en CORNACCHIA, L., - SÁNCHEZ-OSTIZ, P., (Coord.), *Multiculturalismo y Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 170 y ss.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 14.

¹²¹ BENHABIB, S., “Otro universalismo: sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 202.

¹²² CORNACCHIA, L., - SÁNCHEZ-OSTIZ, P., (Coord.), *Multiculturalismo y Derecho penal*, *op. cit.*, p. 14.

zada. Ahora bien, y en todo caso, no basta con hablar sin descanso de los derechos humanos, y ni mucho menos asumirlos sin más como nuestra instancia legitimadora básica, antes debemos conseguir que se respeten incluso en ese “supuesto paraíso”¹²³ que sería Occidente. El reconocimiento de los derechos humanos no tiene sentido sin la previa defensa pública frente a su lesión, lo cual presupone aceptar la sociabilidad humana, la coexistencia y una mínima organización social en el marco de la cual tiene lugar dicha defensa¹²⁴.

III. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA FRENTE A LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

Uno de los supuestos más emblemáticos de la multiculturalidad es, sin duda, la mutilación genital femenina, como práctica motivada por la cultura o la tradición que con el fenómeno de la inmigración entra en conflicto con las leyes de los países receptores. En este trabajo, se trata de intentar comprender si esta práctica, pese a la aberración que su solo nombre nos suscita, debería, sin embargo, tener desde el punto de vista jurídico-penal un trato diferente dada su ineludible base cultural.

1. Planteamiento del problema

A) *Concepto y cifras*

Según la definición dada por Amnistía Internacional¹²⁵, mutilación genital femenina (de ahora en adelante MGF) es el término utilizado para referirse a la extirpación parcial o total de los órganos genitales femeninos por razones culturales o religiosas u otros motivos no terapéuticos. La también denominada ablación o circuncisión femenina, provoca problemas de salud permanentes e irreversibles¹²⁶ a

¹²³ MUÑOZ, J., “¿Diálogo o conflicto entre civilizaciones?”, *op. cit.*, p. 40.

¹²⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ, P., “Principios y reglas como base para un modelo argumentativo intercultural de Derecho penal”, en CORNACCHIA, L., - SÁNCHEZ-OSTIZ, P., (Coord.), *Multiculturalismo y Derecho penal*, *op. cit.*, p. 45

¹²⁵ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los Derechos humanos. Infibulación, excisión y otras prácticas cruentas de iniciación*, Amnistía Internacional (EDAI), Madrid, 1998, *vid en*: <http://amnistiainternacional.org/publicaciones/12-refugiados-los-derechos-humanos-no-tienen-fronteras.html>, p.21

¹²⁶ Para empezar, la mutilación genital puede provocar la muerte. En el momento de llevarse a cabo pueden presentarse dolores, conmoción, hemorragias y daños en los órganos que rodean el clítoris y los labios. Posteriormente, puede producirse retención de orina y desarrollarse infección graves. Es más, la utilización del mismo instrumental con varias niñas sin ser previamente esterilizado puede suponer la propagación del VIH. Muy a menudo, las infecciones crónicas, las hemorragias intermitentes, los abscesos y los pequeños tumores benignos del nervio que pueden provocar la mutilación, producen malestar y dolor extremo. En lo que a la infibulación en concreto se refiere, ésta puede tener efectos aún más graves a largo plazo: infecciones crónicas del tracto urinario, piedras en la vejiga y la uretra, trastornos renales, infecciones del tracto genital a consecuencia de la obstrucción del flujo menstrual, infecciones en la pelvis e infertilidad, tejido cicatrizal excesivo, queloides (cicatrices prominentes e irregulares que se agrandan progresivamente) y quistes dermoides. En cuanto a los efectos psíquicos, los relatos personales revelan sentimientos de ansiedad, terror, humillación y

quienes la padecen y, aunque se focaliza principalmente en África y algunos países de Oriente Próximo, Europa tampoco está exenta.

Según la OMS, cerca de 140 millones de mujeres y niñas sufren en la actualidad las consecuencias de la mutilación genital¹²⁷, y dos millones más de niñas y adolescentes son sometidas a ella cada año¹²⁸. En África se lleva a cabo de una forma generalizada¹²⁹, y es práctica común en algunos países de Oriente Medio. También se produce en zonas de Asia¹³⁰ y el Pacífico, América del Norte, Latinoamérica y Europa. En los países industrializados, la MGF se realiza sobre todo entre los inmigrantes procedentes de países en los que se practica. Al respecto, hay informes acerca de mutilaciones en Australia, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Francia, Italia, Noruega, Países Bajos, Reino Unido y Suecia¹³¹. Aunque no hay cifras concretas en lo que a estos países se refiere, según la OMS, aproximadamente 500.000 mujeres y niñas en Europa han sido víctimas de la MGF y 180.000 niñas corren el riesgo de serlo¹³². Específicamente, en el

traición, todos los cuales seguramente tengan efectos negativos a largo plazo. Finalmente, como efectos sobre la sexualidad, la MGF puede hacer que el primer acto sexual sea una terrible experiencia para las mujeres. Puede ser extremadamente doloroso e incluso peligroso si a la mujer se le debe practicar una incisión. Algunas recién casadas sufren graves heridas por las incisiones mal realizadas por sus esposos. Es más, la herida duradera que se produce en la zona genital puede aumentar el riesgo de transmisión del VIH durante el contacto sexual¹²⁶. En el parto, el tejido cicatrizal puede desgarrarse. A las mujeres infibuladas, cuyos genitales apenas disponen de abertura, es necesario realizarles un corte para permitir la salida del niño. Si no hay nadie asistiendo el parto, es posible que se produzcan desgarros perineales u obstrucción del parto. Tras el alumbramiento, a menudo a las mujeres les vuelven a practicar la infibulación para que queden “estrechas” para sus maridos. Unas incisiones y suturaciones constantes de los genitales tras cada nacimiento, que pueden provocar la formación de un fuerte tejido cicatrizal en la zona de los genitales. En cualquier caso, y también hay que decirlo, los resultados clínicos y la mayoría de los estudios sobre el placer sexual de la mujer sugieren que la MGF no inhibe el placer femenino. *Vid., en AMNISTÍA INTERNACIONAL, La mutilación genital femenina y los Derechos humanos, op. cit., pp. 25 y ss.*

¹²⁷ www.who.int.

¹²⁸ <http://amnistiainternacional.org/publicaciones/12-refugiados-los-derechos-humanos-no-tienen-fronteras.html>

¹²⁹ Según datos de Amnistía Internacional, en África la MGF se practica en más de 28 países: Benín (50%); Burkina Faso (70%); Camerún (20%); República Centroafricana (50%); Chad (60%); Costa de Marfil (60%); Egipto (97%); Eritrea (90%); Etiopía (90%); Gambia (entre el 60 y el 90% de media; casi el 100% de las mujeres fulas y sarahulis); Ghana (15-30%); Guinea (70-90%); Guinea-Bissau (50% de media; 70-80% en zonas habitadas por los fulas y los mandinkas; 30-40% en zonas urbanas); Kenia (50%); Liberia (50-60%); Mali (90-94%); Mauritania (25% de media; 95% entre los soninkes y los halpulaares; 30% entre los mujeres de etnia árabe-bereber); Níger (20%); Nigeria (50%); República democrática del Congo (5%); Senegal (20%); Sierra Leona (80-90%); Somalia (98%); Sudán (89%); Tanzania (10%); Togo (12%); Uganda (5%); Yibuti (90-98%). *Vid., en AMNISTÍA INTERNACIONAL, La mutilación genital femenina y los Derechos humanos, op. cit., p. 24.*

¹³⁰ No hay cifras sobre su frecuencia en Asia, aunque se han recibido informaciones que indican que se lleva a cabo en poblaciones musulmanas de Indonesia, Sri Lanka y Malasia. En la India, una pequeña secta musulmana, Daudi Bohra, practica la clitoridectomía. En Oriente medio la mutilación genital se practica en Egipto, Omán, Yemen y los Emiratos Árabes Reunidos. También existen informaciones sobre que se lleva a cabo en determinados grupos indígenas de América Central y del Sur. *Vid., en AMNISTÍA INTERNACIONAL, La mutilación genital femenina y los Derechos humanos, op. cit., p. 23.*

¹³¹ *Ibidem.*

¹³² Cifras que según el Parlamento Europeo están subestimadas y no tienen en cuenta a la segunda genera-

año 2012 se calculaba que en España había unas 17.000 menores en riesgo de sufrir ablación¹³³.

El tipo de mutilación¹³⁴, la edad¹³⁵ y la forma en que se lleva a cabo¹³⁶ depende de factores como el grupo étnico al que pertenece la niña, el país en el que vive, su origen socioeconómico, o si vive en un área rural o urbana. Las niñas que viven en países industrializados son operadas de forma clandestina por médicos de sus

ción ni a los inmigrantes indocumentados (*Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2012, sobre la erradicación de la mutilación genital femenina*).

¹³³ Según datos aportados por un estudio de la Universitat de Barcelona, en 2012 vivían en España 57.251 mujeres procedentes de países en los que se practica la mutilación genital, con un aumento del 40% respecto a 2008. De ellas, 16.869 son niñas menores de 15 años, población que ha aumentado en un 61,4% respecto a 2008, lo que indica la antigüedad de las trayectorias migratorias de estos orígenes. La población de estos orígenes se ha incrementado sostenidamente, a pesar de la crisis, y en los últimos años se han diversificado las nacionalidades de origen. El 31,7% de la población femenina de esta procedencia reside en Cataluña, mientras que un 13,2% reside en Madrid y un 10,8% en Andalucía. Lleida es el quinto municipio de España con más mujeres de estas nacionalidades, Barcelona el sexto y Salta el octavo, los tres con más de 1.200 mujeres. En el caso de las niñas menores de 15 años, Cataluña acapara el 36,6% del total. Son más de 6.000 niñas y se han incrementado en casi 2.000 desde el año 2008. De su parte, Zaragoza es el municipio español con más niñas menores de 15 años procedentes de países donde se practica MGF, con 818 niñas en riesgo. *Vid.*, en KAPLAN MARCUSÁN – LÓPEZ GAY, *Mapa de la mutilación genital femenina en España*, Fundación Wassu-Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2012.

¹³⁴ La Organización Mundial de la Salud (OMS) distingue como modalidades: la *clitoridectomía (ablación)*, que consiste en la resección parcial o total del clítoris, y en casos muy infrecuentes sólo del prepucio. La *escisión*, que implica la resección parcial o total del clítoris y los labios menores, con o sin escisión de los labios mayores. Y la *infibulación (o circuncisión sudanesa o faraónica)*, que se corresponde con el estrechamiento de la abertura vaginal para crear un sello mediante el corte y la recolocación de los labios menores y mayores, con o sin resección del clítoris, dejando un mínimo orificio para la salida de la orina y el flujo menstrual. *Vid.*, www.who.int. Mientras las dos primeras representan alrededor del 85% de los supuestos, la tercera es la modalidad ejecutada en el 15% de los casos en África (*Resolución del Parlamento Europeo sobre las mutilaciones genitales femeninas 2001/2035, de 20 de septiembre*).

¹³⁵ Las edades oscilan entre poco después del nacimiento y el primer embarazo, aunque generalmente se produce entre los cuatro y los ocho años. Según la OMS, la media de edad está descendiendo, lo que indica que se trata de una práctica cada vez menos asociada con la iniciación a la edad adulta, sobre todo en las zonas urbanas.

¹³⁶ Lo normal es que la mutilación se haga en grupo (hermanas, familiares o vecinas), y allí donde forma parte de una ceremonia de iniciación se puede practicar a todas las niñas de la comunidad que pertenecen a un determinado grupo de edad. A veces el acontecimiento se asocia con una fiesta y regalos, suponiendo incluso un gran evento para la comunidad. El procedimiento puede llevarse a cabo en el propio domicilio de la niña o en el de algún pariente o vecino, en un centro de salud, o bien, especialmente si está asociada con la iniciación, en un lugar especialmente designado al efecto (por ejemplo, junto a un árbol o río determinados). La persona que practica la mutilación suele ser una anciana, una partera o curandera tradicionales, y aunque lo más frecuente es que no se tome medida alguna para reducir el dolor, en ocasiones se les administra un anestésico local a la niña, o se le ordena que previamente se sienten en agua fría para entumecer la zona y reducir la posibilidad de hemorragia. La niña es inmovilizada con las piernas abiertas, y la mutilación se lleva a cabo utilizando un cristal roto, la tapa de una lata, unas tijeras, la hoja de una navaja u otro instrumento cortante. Cuando se trata de una infibulación, se utilizan espinas o puntos para unir ambas partes de los labios mayores, y las piernas pueden permanecer atadas hasta 40 días. A veces se aplican polvos antisépticos, aunque generalmente se trata de ungüentos preparados a base de hierbas, leche, huevos, ceniza o estiércol, y que se consideran cicatrizantes. En el caso de niñas de familia con muchos recursos, es posible que la mutilación sea realizada por un médico especializado en un hospital utilizando anestesia local o general. *Vid.*, en AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los Derechos humanos, op. cit.*, p. 21.

propias comunidades que residen allí, pero lo más frecuente es que se haga venir del país a médicos tradicionales, o bien se envíe a las niñas fuera del país para practicarles la mutilación, aprovechando las vacaciones escolares, lo que complica su prevención¹³⁷.

B) *Significado de la ablación*

Esta costumbre ancestral hunde sus raíces en las sacerdotisas del Antiguo Egipto, a las que se les realizaba la infibulación hace unos 5.000 años; y se concibe, en palabras de PÉREZ VAQUERO, “como un acto que purifica a las niñas menores de 15 años, mejorando su fertilidad en un rito de transición a la vida adulta que las convierte en mujeres”¹³⁸. Según el politólogo indio PAREKH¹³⁹, se trata de una práctica vinculante con su propia cultura, íntimamente relacionada con su moral y las creencias sociales que son parte integrante de su modo de vida; una costumbre que —para las creencias de estos pueblos— garantiza la virginidad de las chicas, las exime de toda sospecha social, protege a la familia de la ignominia que resultaría de sus probables indiscreciones y promueve valores importantes como regular la sexualidad de las muchachas jóvenes, facilitando la disciplina y el autocontrol¹⁴⁰.

La costumbre y la tradición son, sin duda, las razones más invocadas para explicar la MGF. Junto con otras características físicas o de comportamiento, la MGF define quién pertenece al grupo, sobre todo cuando forma parte de un ritual de iniciación a la vida adulta¹⁴¹. Un ritual para formar parte de la sociedad secreta de las mujeres que tiene tres partes: una física, donde se produce la mutilación del clítoris; otra donde se produce la transmisión cultural; y la última, que da pertenencia social. Por tanto, la mayoría de las madres realizan esta práctica para asegurar a sus hijas un futuro de respeto y bienestar, pues las mujeres circundadas son aptas para el matrimonio —única carrera abierta en África a las mujeres— porque ya han sido iniciadas y, en consecuencia, instruidas¹⁴². En concreto, las sociedades que

¹³⁷ *Ibidem*, p. 23.

¹³⁸ PÉREZ VAQUERO, C., “La mutilación genital femenina en España y la Unión Europea”, en *Noticias Jurídicas*, Diciembre 2011 (www.noticiasjuridicas.com)

¹³⁹ PAREKH, B., *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*, Istmo, Madrid, 2005, pp. 406 y 407.

¹⁴⁰ En muchas sociedades, una razón importante que se esgrime a favor de la MGF es la creencia de que mitiga el deseo sexual de la mujer y, por lo tanto, reduce las posibilidades de relaciones sexuales fuera del matrimonio. Se pone en duda la capacidad de las mujeres no mutiladas de ser fieles por propia voluntad. *Id.*, en AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los Derechos humanos*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² En muchas sociedades que practican la MGF, es extremadamente difícil, por no decir imposible, que una mujer se case si no se ha sometido a la mutilación. Esto es, la MGF se estima necesaria para que una niña sea plenamente considerada como mujer, y la práctica marca la diferenciación entre sexos en lo que atañe a los futuros papeles a desempeñar en la vida y en el matrimonio. Se cree que la ablación del clítoris y de los labios —que algunos consideran las “partes masculinas” del cuerpo de la mujer— incrementa la femineidad, término que generalmente se asocia con docilidad y obediencia. En el caso de la infibulación, a la mujer la “cosen” y “abren” sólo para su esposo, pues en algunas culturas el incremento del placer sexual del hombre es una razón

practican la infibulación son parcamente patriarcales, y por ello es de importancia vital impedir que la mujer tenga contactos sexuales “ilegítimos”, pues se considera que de ello depende el honor de toda la familia¹⁴³.

La limpieza y la higiene también se invocan como razones que justifican la MGF. En algunas sociedades donde se practica, a las mujeres no mutiladas se las considera poco limpias¹⁴⁴ y no se les permite manipular alimentos ni agua. Algunas sociedades creen, incluso, que las mujeres no mutiladas no pueden concebir, y que sin embargo, la clitoridectomía, además de aumentar la fertilidad, hace que el parto sea más seguro¹⁴⁵.

Finalmente, también se apela a razones religiosas, como es el caso de las musulmanas. Aunque la ablación no es un precepto islámico¹⁴⁶, pues no existe en el Corán ni en los textos sagrados de esta religión (ni en la *charía* ni en la *sunna*¹⁴⁷), los líderes islámicos no se muestran unánimes al respecto, pues algunos fundamentan su realización sobre un dicho, o *hadiths*¹⁴⁸, atribuido tradicionalmente a Mahoma. Una atribución, sin embargo, dudosa al ser anterior al Islam, por no hablar de que son numerosos los países musulmanes que no la practican¹⁴⁹.

2. Las soluciones adoptadas en Europa frente a la MGF

En Europa las soluciones adoptadas frente a la MGF son diversas: unos países han promulgado leyes penales *ad hoc* para prohibir y penalizar su práctica (Reino Unido, Suecia); otros han reformado sus códigos penales incluyéndola como

que se invoca a favor de la mutilación. *Vid.*, en AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los Derechos humanos*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Por eso los términos populares para referirse a la mutilación son sinónimos de purificación (*tahara* en Egipto, *tahur* en Sudán) o de limpieza (*sili-ji* entre los bambarras, grupo étnico de Mali).

¹⁴⁵ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los Derechos humanos*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁴⁶ La conferencia subregional sobre MGF, acogida por el Gobierno de Yibuti en febrero de 2005, fue importante por el debate de dos días de duración entre los líderes religiosos de Yibuti y de los países vecinos, sobre las dimensiones teológicas de la MGF. Tras el importante debate, el documento de conclusiones, la Declaración de Yibuti, reivindica que las afirmaciones de que el Corán exige la MGF son infundadas y reafirma que todos los tipos de MGF son contrarios a los preceptos religiosos del Islam. *Vid.*, en PÉREZ VAQUERO, C., “La mutilación genital femenina en España y la Unión Europea”, *op. cit.*

¹⁴⁷ AMIRIAN, N y ZEIN, M, *El Islam sin velo*, Planeta, Barcelona, 2009, p. 84.

¹⁴⁸ Así por ejemplo, en respuesta a una pregunta que le formuló Um Attiyah (practicante de la MGF), el profeta dijo: “Reduce pero no destruyas”. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los Derechos humanos*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁴⁹ Como Arabia Saudí, Iraq, Kuwait, Afganistán, Argelia o Irán. En 2005 UNICEF señaló que en las comunidades en las que hay una firme percepción de que el Islam exige la práctica de la MGF, se ha demostrado que el compromiso de los líderes religiosos en las discusiones públicas es un elemento clave para concienciar sobre esta práctica, desvinculándola de las consideraciones religiosas y creando un entorno adecuado para el cambio. *Vid.*, en UNICEF, *Innocenti Digest, Cambiar una convención social perjudicial: la MGF*, Florencia, 2005, p. 37. Disponible en <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/fgm-e.pdf>

delito autónomo (Bélgica, Dinamarca, Italia¹⁵⁰); y otros han optado por no tipificarla expresamente al considerar que ya existen delitos en los que esta práctica tiene perfecto encaje, principalmente en los delitos de lesiones y sus posibles tipos agravados cuando las víctimas sean menores de edad o las lesiones sean cometidas por sus padres o tutores (Alemania, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, etc.). Una opción esta última que, pese a ser la mayoritaria, presenta problemas nada desdeñables, pues puede llevar a que los jueces ante una mutilación no completa o definitiva no la cataloguen como una lesión grave, aplicándole una forma atenuada de lesiones con una pena demasiado benigna; o, por el contrario, que cuando la MGF se adecue a los tipos más graves de lesiones y se cometa sobre menores de edad se les imponga a los padres una pena excesiva¹⁵¹.

Sea como fuere, lo más preocupante es que ninguno de los ordenamientos jurídicos europeos se ha planteado recoger en alguna medida la especificidad cultural en el ámbito del Derecho penal. Pese a las pomposas declaraciones de intenciones, no sólo no se reconoce la diversidad cultural cuando entra en conflicto con las normas imperantes, sino que cuando se hace se persigue con todos los medios al alcance (tolerancia cero), y ello sin tener en cuenta que, de acuerdo con GUERRA¹⁵², la construcción social de la alteridad como barbarie o incivilización no es buen punto de partida para propiciar ni el diálogo intercultural ni el cambio social, pues sólo se limita a estigmatizar.

3. El controvertido delito de lesiones agravadas del art. 149.2 CP español

Siguiendo los criterios establecidos en la normativa internacional¹⁵³, especialmente la Unión Europea¹⁵⁴, el legislador español ha adoptado diversas medidas

¹⁵⁰ La Ley nº 7, de 9 de enero de 2006, que contiene las “disposiciones relativas a la prevención y prohibición de las prácticas de mutilación genital femenina”, introduce en el art. 583 bis del CP el delito de “prácticas de mutilación de los órganos genitales femeninos”, que castiga con prisión de cuatro a doce años a “quien en ausencia de exigencias terapéuticas, causare una mutilación de los organos genitales femeninos”. Una penalización, a juicio de DE MAGLIE, inefectiva por contribuir no a la erradicación de estas prácticas, sino a su ocultación y clandestinidad al desatender su significado histórico, cultural y religioso. *Vid.*, en DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, *op. cit.*, pp. 74 y ss.

¹⁵¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, *op. cit.*, pp. 167 y ss.

¹⁵² GUERRA PALERMO, M.J., “Culturas y género: prácticas lesivas, intervenciones feministas y derechos de las mujeres”, en *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política*, nº 38, enero-junio 2008, p. 63.

¹⁵³ Entre otras, *Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979* y la creación del *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)*; *Resolución de la Asamblea General de la ONU 48/104, de 20 de noviembre de 1993 — Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer—; Plan de acción sobre la eliminación de las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de la mujer y el niño (Comisión de Derechos humanos de la ONU, 22 de julio de 2004)*; *Suplemento del manual de legislación sobre la violencia contra la mujer “Prácticas perjudiciales” contra la mujer (ONU-mujeres 2010)*; *Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 67/146, 20 diciembre de 2012, sobre “Intensificación de los esfuerzos mundiales por la eliminación de la MGF”*.

¹⁵⁴ Es normativa europea de referencia en la materia: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2007*; *Informe del 3 de mayo de 2001 y Resolución 1247 (2001), de 22 de mayo, de la Asamblea*

legales específicas relacionadas con la MGF. Una de ellas fue tipificar estas conductas en el art. 149.2 del CP¹⁵⁵ que establece literalmente:

“(…) 2. El que causare a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz”.

Con su tipificación expresa, el legislador perseguía tres propósitos claros¹⁵⁶: desaprobar explícitamente estas prácticas, elevar un mensaje de apoyo a los inmigrantes que han renunciado o quieren renunciar a estas prácticas, y actuar como elemento intimidatorio y disuasivo. Ahora bien, y pese a tan loables intenciones, la tipificación llevada a cabo es susceptible de diversas críticas.

Para empezar, el legislador definió el resultado del delito como “*el que causare a otro una mutilación genital..*”, omitiendo el adjetivo “femenina”, lo que presupone que la víctima pueda ser tanto una mujer como un hombre¹⁵⁷, y no se corresponde con el fundamento de la tipificación expresa de la mutilación genital. Ahora bien, de acuerdo con el art. 3 del Código civil¹⁵⁸, entendemos con VÁZQUEZ¹⁵⁹ que este artículo se aplicará solo a los casos en que las víctimas de tales prácticas sean mujeres o niñas, acudiéndose en los demás supuestos, o bien al art. 149.1 o bien al art. 150 CP.

De igual forma, con la expresión “*en cualquiera de sus manifestaciones*” se pretende evitar la impunidad de aquellas conductas que no se hubieran descrito específicamente, tal y como recomienda ONU-mujeres. Ahora bien, con ello se genera otro problema, pues tal expresión genérica obliga a incluir en el tipo cualquier práctica mutilatoria, cuando la propia OMS distingue diversos tipos de MGF, con efectos más o menos graves y diferentes tipos de secuelas (desde el simple pinchazo en el clítoris, hasta el cierre artificial de la vagina tras haber escindido el clíto-

Parlamentaria del Consejo de Europa; Resolución del Parlamento Europeo sobre las mutilaciones genitales femeninas (2001/2035 (INI)); Resolución 2007/2093, de 16 de enero de 2008 sobre la comunicación de la Comisión “Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia” (2007/2093 (INI)); Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de marzo de 2009, sobre la lucha contra la mutilación genital femenina practicada en la UE (2008/2071 (INI)); Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2012, sobre la erradicación de la mutilación genital femenina (2012/2684 (RSP)).

¹⁵⁵ A través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

¹⁵⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, op. cit., p. 173 y 174.

¹⁵⁷ PÉREZ VAQUERO, C., “La mutilación genital femenina en España y la Unión Europea”, op. cit., p. 17.

¹⁵⁸ Art. 3 Ccivil: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, con los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

¹⁵⁹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, op. cit., p. 172.

ris). Una variedad de daños que no las hace igualmente merecedoras del grave reproche penal del art. 149.2 CP¹⁶⁰.

El legislador, en definitiva, ha elaborado una norma fragmentaria o incompleta, pues no da respuesta a prácticas cada vez más frecuentes, como la perforación del clítoris (*piercing*) o las cirugías vaginales cosméticas (*labioplastia*), lo que sin duda genera gran inseguridad para los profesionales que las llevan a cabo¹⁶¹. Y ello porque estas prácticas tampoco son médicas o curativas, sino de carácter estético, y de igual modo no están incluidas entre los supuestos en que el consentimiento en las lesiones conlleva una eficacia destipificadora de las mismas (art. 156 CP).

En lo que a las consecuencias jurídicas se refiere, el marco penal previsto va desde los 6 a los 12 años de prisión con independencia del tipo de mutilación practicada y el resultado producido. Esto es, no cabe establecerse una graduación de las mutilaciones de acuerdo a su gravedad, por lo que podría darse la misma respuesta punitiva a supuestos muy diferentes. Algo que, como ya hemos adelantado, es inadmisibles. A toda esta sinrazón, hay que añadirle, además, la posible imposición de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad de 4 a 10 años, si la víctima es menor de edad o incapaz y el juez lo estima adecuado al interés del menor de edad o incapaz. Una pena que sólo tiene sentido tras la previa catalogación de los autores como “malos padres”. Pero, ¿realmente lo son?

La respuesta no es tan fácil como pudiera parecer, pues si tenemos en cuenta que los padres que llevan a cabo estas prácticas lo hacen pensando en el bien de sus hijas, lo único que hacemos es privar de la patria potestad a quienes, según sus costumbres y valores culturales se están comportando de una forma absolutamente correcta, y por ello actuando como “buenos” progenitores. Porque considerar a los padres de la niña mutilada genitualmente, como individualmente culpables, solo significa una cosa: estamos obviando la clara dimensión social de esta práctica¹⁶².

4. Las motivaciones culturales de la MGF y la posibilidad de exculpación o atenuación de la responsabilidad en el CP español

La única vía posible, buscando una solución más justa a la aplicación de este artículo, sería ver la posibilidad de que las motivaciones culturales se esgrimieran como causa de justificación, que convierta la conducta típica conforme a Derecho, o como una causa de inimputabilidad o inculpabilidad de modo que no se le pueda reprochar o exigir la conducta al sujeto.

¹⁶⁰ TORRES FERNÁNDEZ, E., “La mutilación genital femenina, un delito culturalmente condicionado”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 17, 2008, p.10; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, op. cit., p. 172.

¹⁶¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, op. cit., p. 175.

¹⁶² FOLETS, M.C., “Los delitos culturales: de la repercusión de los conflictos de cultura sobre el comportamiento delincente...”, op. cit., p. 310.

A) *Eficacia del consentimiento y atipicidad de las lesiones*

El debate sobre la ilicitud de renunciadas a bienes jurídicos como la vida o a la integridad corporal es claramente intercultural, dada la diferente consideración otorgada a comportamientos como el suicidio o determinadas autolesiones, especialmente las que se refieren a la salud. De hecho, y así nos lo recuerda DE MAGLIE, “la composición multiétnica del tejido social nos ofrece un espectáculo cotidiano de alteraciones sobre el cuerpo y el rostro que contrastan con un modelo de belleza y de armonía general y uniforme”¹⁶³.

En el concreto caso de la MGF, el hecho de que quienes son afectadas por ella sean niñas, y por tanto, personas sin capacidad jurídica de decisión, no implica, sin embargo, que uno de los niveles de discusión en estos supuestos no sea el del consentimiento del interesado en las privaciones de su propia integridad corporal. Es más, la decisión de los padres en este caso no sólo se plantea como una posibilidad *de facto*, sino también como facultad *de iure*, dado que el conflicto cultural presupone, precisamente, la reclamación de un ámbito de autonomía en decisiones que en su cultura de origen pueden ser incluso lícitas¹⁶⁴.

De hecho, si comparamos estas conductas con la circuncisión masculina entre judíos, vemos como en este último supuesto no se plantean problemas, aun cuando la decisión también recae sobre los padres y se apoya en una costumbre asociada a la religión¹⁶⁵. Por tanto, la pregunta a hacernos ante la diferente valoración, es la de si la costumbre que deriva de la religión islámica no pertenece al acervo de la cultura occidental, a diferencia de la religión judía; o si la práctica de la MGF presenta factores que son discutibles en esta cultura¹⁶⁶. Para DE MAGLIE, el legislador parte de la premisa de que la comprensión occidental del cuerpo es racional, civilizada y basada en datos científicos, mientras que la africana está basada en supersticiones, ritos bárbaros y creencias inciviles. Esto es, a su juicio, detrás de esta opción “hiperpunitiva” para la MGF “se entrevé una burda contraposición entre “ciencia” y “cultura”. La primera sería una (obvia) prerrogativa de las socie-

¹⁶³ DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 227.

¹⁶⁴ PÉREZ DEL VALLE, C., “Límites a la autonomía personal: ¿existen bienes jurídicos indisponibles? Reflexiones a partir del debate doctrinal sobre el consentimiento en el s. XIX”, en CORNACCHIA, L., - SÁNCHEZ-OSTIZ, P., (Coord.), *Multiculturalismo y Derecho penal*, op. cit., pp. 98 y 99.

¹⁶⁵ La circuncisión masculina es un rito practicado también en las sociedades occidentales, especialmente en los Estados Unidos, y mucho más extendido que la MGF. Se estima que cada año son circundados alrededor de más de trece millones de niños, en comparación con los dos millones de niñas sometidas a la MGF, y también puede provocar efectos negativos, tanto físicos como psicológicos. Las investigaciones hablan como posibles complicaciones de: hemorragias, infecciones, amputaciones, retención urinaria, pérdida y asimetría de la piel, quistes epidérmicos, fimosis, estenosis, fistulas. E incluso la muerte, cuando la circuncisión es practicada en estructuras no equipadas y usando material sin esterilizar. *Vid.*, en DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., pp. 81 y ss.

¹⁶⁶ PÉREZ DEL VALLE, C., “Límites a la autonomía personal: ¿existen bienes jurídicos indisponibles?...”, op. cit., p. 99.

dades occidentales, la segunda lo que identifica a las sociedades africanas, o mejor, islámicas”¹⁶⁷.

Sea como fuere, la hipótesis del consentimiento en la MGF sigue siendo generalmente rechazada porque en la mayoría de los casos hablamos de niñas, y la importancia del bien jurídico y la seriedad del daño no permiten que personas con esa fragilidad realicen actos de disposición de tales hechos¹⁶⁸.

B) *Justificación de la conducta y estado de necesidad (art. 20.5 CP)*

De las posibles causas de justificación recogidas en el CP español, la única con una cierta “aproximación” al fenómeno de la MGF es la del estado de necesidad¹⁶⁹, dado que quien realiza la conducta obra bajo la presión moral que le dicta el código cultural de su comunidad o grupo de pertenencia¹⁷⁰. Pero, ¿puede ser realmente asimilada la MGF al estado de necesidad? Esto es, ¿la obediencia a una costumbre que admite un menoscabo de la integridad física no curativo puede constituir una causa de justificación en nuestro ordenamiento?

Pues lo cierto es que no, porque no se dan algunos de los requisitos establecidos legalmente para poder apreciar esta causa de justificación. En concreto, la existencia de una situación de peligro y la ponderación de intereses en conflicto. Es evidente que para los autores de la MGF el interés preponderante es el que les “impone” su cultura, mientras que para nosotros es la salvaguarda de la integridad física y psíquica de la mujer. Una valoración de intereses en conflicto que no puede ser cuestionado ante la gravedad del mal infringido, por lo que no cabe alegar el estado de necesidad como causa de justificación¹⁷¹.

C) *Motivaciones culturales y culpabilidad*

Dentro de la categoría del delito, sin duda es la culpabilidad la más adecuada para valorar el conflicto cultural suscitado por la MGF. Al respecto, y en primer lugar, ¿podría hablarse de inimputabilidad?

¹⁶⁷ DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 83.

¹⁶⁸ FERREIRA MONTE, M., “Multiculturalismo y derecho penal en el espacio lusófono”, op. cit., p. 123.

¹⁶⁹ La solución norteamericana de la *cultural defense* no se puede extrapolar a nuestro país, donde las causas de justificación como circunstancias eximentes de la responsabilidad vienen tasadas legalmente sin que sea posible ampliarlas a otra serie de circunstancias análogas o semejantes. Además, la valoración jurídica de conceptos como la internalización o la motivación de las normas, no solo pecan de imprecisos, sino que además no son aceptados de forma unánime por la doctrina española. Vid., en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, op. cit., p. 208.

¹⁷⁰ FOGLETS, M.C., “Los delitos culturales: de la repercusión de los conflictos de cultura sobre el comportamiento delincente...”, op. cit., p. 306. En Estados Unidos la *cultural dictation* o *cultural compulsion* es la causa más esgrimida por los defensores para solicitar clemencia a los tribunales. En ella se considera que los sujetos culturalmente obligados se enfrentan a una elección, para ellos irreconciliable, que es o cumplir con la ley o con los dictados impuestos por su cultura, prevaleciendo estos últimos. Vid., en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, op. cit., p. 185.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 187.

En principio no porque las únicas causas de *inimputabilidad* previstas en nuestro CP son las descritas en el art. 20.1º, 2º y 3º, por lo que se excluye cualquier otro tipo de anomalía de carácter social, educativo o cultural, por mucho que también influyan o motiven la conducta. En el caso concreto de la eximente de alteración en la percepción (art. 20.3º), CERESO¹⁷² niega la inclusión de los factores socioculturales en la misma, al interpretar esta eximente sólo en relación con la percepción sensorial. En cualquier caso, ¿se puede considerar inimputable a quien delinque condicionado por su cultura?

Como ya adelantamos en su momento, la respuesta positiva llevaría a afirmar que el mero hecho de pertenecer a una cultura altera las facultades mentales del autor, algo sumamente peligroso pues llevaría a considerar que la cultura es una coerción, una fuerza que destruye la voluntad de quienes obedecen sus normas y los empuja —sin resistencia posible— a realizar actos delictivos. Esto es, no podemos considerar que el condicionamiento cultural sea una causa de inimputabilidad, porque hacerlo sería considerar “inimputables” a los inmigrantes, lo que equivaldría a equipararlos con enajenados mentales o personas que sufren alteraciones en la percepción, minusvalorándoles tanto a ellos como a sus culturas. Por no hablar de que una interpretación en sentido contrario, no solo eximiría de responsabilidad al autor de una MGF, sino también al autor de una lapidación por adulterio, de un asesinato por motivos de honor, o de un atentado terrorista *yihadista*¹⁷³.

En cuanto a la posible apreciación de un *supuesto de inexigibilidad de una conducta distinta*, al no existir en nuestro ordenamiento ninguna causa legal de inculpabilidad específica por este motivo¹⁷⁴, sólo podría intentar encajar en el estado de necesidad exculpante. Sin embargo, tampoco aquí, donde el mal causado es de igual valor que el que se trata de evitar, sería viable por la diferente gravedad de los males “en conflicto”.

Finalmente, ante la posible solución por la vía del *miedo insuperable* (art. 20.6 CP), ciertamente el miedo a la exclusión social es uno de los motivos principales que lleva a los progenitores a mutilar genitualmente a sus hijas, pues piensan que de no hacerlo éstas se convertirán en una especie de “parias” en su entorno social y cultural. Ahora bien, ¿ese miedo es insuperable? o ¿influyen también otras motivaciones?

¹⁷² CERESO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General III. Teoría jurídica del delito/2*, Madrid, 2001, p. 84. En el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ, A., *El extranjero frente al Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 75. De manera minoritaria, sin embargo, TAMARIT defiende la aplicabilidad de esta eximente en los casos de MGF siempre que resulte probado en el caso concreto que se trate de un aislamiento cultural. *Vid.*, en TAMARIZ SUMALLA, J., *La libertad ideológica en el Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1989, *passim*.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 192.

¹⁷⁴ Solución sin embargo considerada satisfactoria, entre otros, para TORRES FERNÁNDEZ, E., “La mutilación genital femenina, un delito culturalmente condicionado”, *op. cit.*, p.10.

p. 18; CERESO MIR, J., “La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el Código penal peruano”, *op. cit.*, p. 108.

La doctrina¹⁷⁵ excluye la apreciación de la eximente del miedo insuperable en estos supuestos, por considerar que los autores, aunque puedan sufrir en algunos casos cierto temor ante futuras represalias si no llevan a cabo esta práctica sobre sus propias hijas, se trata de un temor que no les impediría ejercer un juicio racional sobre lo que realizan. Porque una vez actuarán convencidos, y otras muchas resignados, pero nunca bajo un estado de ánimo de tal intensidad que les nuble la razón.

D) *La posible apreciación del error de prohibición (art. 14.3 CP)*

Como ya adelantamos, la posible apreciación de un error de prohibición puede ser un instrumento idóneo para enfrentar los casos que aquí nos ocupan. Ahora bien, en relación a la aplicabilidad del error de prohibición a los inmigrantes, hay que diferenciar entre los supuestos en que el inmigrante está más o menos integrado socialmente —y se presupone, por tanto, que conoce ambos ordenamientos—, y aquellos otros en que no conoce suficientemente nuestra legislación, porque acaba de llegar a nuestro país, desconoce el idioma o no cuenta con los recursos suficientes para informarse al respecto. Mientras en el primer supuesto no cabría alegar error de prohibición en el sentido previsto en nuestro CP (art. 14.3); en el segundo supuesto, sin embargo, sí cabría acudir a la figura del error de prohibición. Ahora bien, a medida que la integración aumenta, obviamente, el nivel del error de prohibición disminuye. Se trataría en todo caso de un error de prohibición generalmente vencible, porque, al margen de que siempre se tiene algún contacto en la sociedad de acogida, en una sociedad globalizada e informatizada, donde se tiene acceso fácilmente a todo tipo de información, es difícil afirmar un desconocimiento de tal magnitud.

Por este motivo, precisamente, es por lo que MONGE habla de un error de prohibición indirecto, donde el sujeto, conociendo el carácter antijurídico de su conducta, actúa bajo la falsa convicción de estar amparado por una causa de justificación. Y ello porque acudir a la figura del error de prohibición directo (como desconocimiento del carácter antijurídico de su conducta) resulta casi imposible dado el indicio que supone la ocultación con la que se llevan a cabo estas conductas o la alegación de que se realizaron fuera de nuestro territorio¹⁷⁶. Esto es, el hecho de que la mayoría de las MGF se realicen en la clandestinidad o mediante viajes a sus países de origen, son un indicio claro del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

Finalmente, en lo que a la posibilidad de aplicar el error de prohibición culturalmente condicionado elaborado por ZAFARONI —tal y como ya se adelantó en

¹⁷⁵ TORRES FERNÁNDEZ, E., “La mutilación genital femenina, un delito culturalmente condicionado”, *op. cit.*, p. 16.

¹⁷⁶ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El extranjero frente al Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 96 y ss.

su momento—, se trata de una figura especialmente concebida para las comunidades indígenas Latinoamericanas que, debido a su aislamiento y desconocimiento del ordenamiento jurídico estatal, poco o nada tienen que ver con las comunidades de inmigrantes que llegan a Europa¹⁷⁷.

E) *La motivación cultural como circunstancia atenuante*

De acuerdo con ASÚA BATARRITA¹⁷⁸, la claridad de la prohibición de la mutilación, y su declaración como conducta ilícita, no tolerable, no es incompatible con “matizar” el reproche teniendo en cuenta las circunstancias personales que rodean la conducta. En este sentido, el hecho de pertenecer a una determinada cultura puede provocar una variación de la pena (tanto para agravarla como para atenuarla)¹⁷⁹, siendo precisamente la fase de su determinación el terreno privilegiado por la doctrina para dar relevancia a los conflictos culturales¹⁸⁰.

En el supuesto concreto de la MGF, una posible vía para tener en cuenta el conflicto de culturas sobre el que se asienta, es la de las circunstancias atenuantes. Porque cuando el juez tiene en consideración las circunstancias personales concurrentes en el hecho, en cierta medida también está valorando “el contexto de la ofensa”. Esto es, no sólo se valora el estado psíquico del imputado y demás elementos concurrentes en el delito, sino —en palabras literales de VÁZQUEZ— “el

¹⁷⁷ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, *op. cit.*, p. 208. En sentido contrario, y aceptando, con reservas, esta figura: MONGE FERNÁNDEZ, A., *El extranjero frente al Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 93 y 94. Sea como fuere, la escasa jurisprudencia española existente al respecto hasta el momento, parece decantarse por la no admisión del error de prohibición culturalmente condicionado. En este sentido, los telediarios de finales de noviembre de 2011 destacaban la noticia sobre el primer juicio en territorio español sobre una mutilación genital femenina. El fiscal solicitaba para los padres la pena mínima prevista en el art. 149.2 CP (6 años), mientras la defensa argumentaba la relevancia del conflicto cultural que había detrás, solicitando que se apreciara la distinta valoración que los acusados hacen sobre una práctica que ven como parte de la tradición. La pena impuesta finalmente fue la de 6 años para el padre y 2 para la madre. Para ello la SAP Teruel 197/2011, de 15 de noviembre (ratificada por STS 835/2012, de 31 de octubre) valoró la posible existencia de un error de prohibición señalando que lo determinante en el mismo, “es el conocimiento de la antijuridicidad, no el reconocimiento de la antijuridicidad por un sujeto, esto es, que el sujeto conozca que su conducta es antijurídica, no que la acepta como antijurídica (...). A diferencia de su mujer, recién llegada a España, el condenado tenía conocimiento de la antijuridicidad de su conducta pero no la aceptó como tal por el peso que tuvieron en él sus creencias o la presión de su grupo social, *lo que no tiene encaje en el error de prohibición invocado*”. De igual modo, la SAN 9/2013, de 4 de abril, primera sentencia que condena una ablación llevada a cabo fuera de España, entiende que la madre de la menor actuó con error de prohibición vencible por desconocer que este acto pudiera ser delictivo en España, si bien podría haber sido sacada del mismo por su marido que llevaba en nuestro país al menos diez años, tiempo suficiente para haberla asesorado en este extremo evitando así los problemas surgidos desde la llegada a España de la acusada y la hija de ambos.

¹⁷⁸ ASÚA BATARRITA, A., “Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina”, en *EGUZKILORE. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 18, Diciembre 2004, p. 94.

¹⁷⁹ FOGLETS, M.C., “Los delitos culturales: de la repercusión de los conflictos de cultura sobre el comportamiento delincente...”, *op. cit.*, p. 308.

¹⁸⁰ DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, *op. cit.*, p. 100.

conjunto total de su cosmovisión, que no empieza ni termina en el hecho consumado, sino que es anterior a él y continuará después de él”¹⁸¹.

Al respecto, una posible opción sería la aplicación de la eximente incompleta prevista en el art. 21.1 CP, pues posibilitaría atenuar la pena, pero no por exclusión, sino por reducción de la antijuridicidad. Sin embargo, esta solución tampoco parece convincente desde el plano político criminal, pues se trata de una solución general, no específica, es decir, a medida de los hechos culturales. El efecto sería desnaturalizar el problema de la criminalidad cultural, mezclando estas conductas con otros comportamientos criminales, y colocando los supuestos de hechos “casi” antijurídicos todos juntos, cuando el ordenamiento debería tomar una posición específica frente a los conflictos culturales¹⁸².

El “contexto de la ofensa”, como concepto antropológico desarrollado por KALINSKY¹⁸³, significa tomar en consideración la historia y la situación concreta del ofensor y su relación con el ofendido, buscando entender la acción criminal. Por ello, esta visión debe necesariamente incluir la experiencia vital de la mujer inmigrante, porque su silencio no conllevaría sino ir silenciando su dominación¹⁸⁴. No obstante, los grandes inconvenientes de esta opción es que su valoración es arbitraria por parte del juzgador, y que no hay costumbre de contar en los juicios con antropólogos como expertos en las causas en las que se dirime un conflicto cultural¹⁸⁵.

5. Conclusiones previas: la clara postura asimilacionista adoptada por España

Con la tipificación autónoma del delito de MGF el Derecho penal muestra una vez más su cara simbólica, pues nuevamente se utiliza para afirmar valores, más que para proteger bienes jurídicos. Esto es, para trasladar a la opinión pública la imagen de que se está haciendo algo, cuando realmente no se está haciendo nada. Porque limitarse a aumentar las penas e incriminar conductas no consigue por sí solo cambiar la percepción de quienes las realizan convencidos de que es lo mejor para sus hijas. Es más, y así lo advierte LLABRÉS¹⁸⁶, se puede incluso empeorar las cosas, porque el miedo de los padres a ser castigados puede llevarles a no volver

¹⁸¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, op. cit., p. 202.

¹⁸² DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., pp. 101 y ss.

¹⁸³ En las propias palabras de la autora “el contexto de la ofensa” es “la constelación más amplia en donde se produce el hecho delictivo. No sólo incumbe a las características específicas referidas al estado psíquico de quien está imputado y al recuento de la sucesión de acontecimientos, sino al conjunto total de su cosmovisión. Ésta no empieza ni termina en el hecho consumado, sino que es anterior a él y continuará después de él”. *Id.*, en KALINSKY, B., “Una construcción antropológica del tratamiento jurídico-penal de madres imputadas de masacre familiar”, en *Gazeta de Antropología*, 19, 2003, artículo 16, nota 1, p. 12.

¹⁸⁴ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, op. cit., p. 202.

¹⁸⁵ FOGLETS, M.C., “Los delitos culturales: de la repercusión de los conflictos de cultura sobre el comportamiento delincente...”, op. cit., p. 310.

¹⁸⁶ LLABRÉS FUSTER, A., “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico-penal español”, en DE LUCAS, (Coord.), *Europa: derechos, culturas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 70.

a llevar a sus hijas a las revisiones pediátricas y ginecológicas que pudieran detectar la mutilación.

Nuestro legislador lo único que ha hecho es tipificar un delito en que lo importante es el desvalor del resultado, sin importar las motivaciones que llevaron al autor a realizar el hecho, y que aquí son tan importantes de considerar. Esto es, y en acertada crítica de VÁZQUEZ, el legislador no ha dudado en utilizar el Derecho penal “como medio de coactivo de culturización de los inmigrantes, como medida de presión que favorezca la integración, o mejor dicho, la asimilación cultural de aquellos inmigrantes procedentes de culturas diferentes a la nuestra”¹⁸⁷.

Nuestro país, en definitiva, ha adoptado una concepción asimilacionista. O lo que es lo mismo, utiliza el Derecho penal para incorporar a nuestra “civilización” a los grupos de inmigrantes que se mantienen fuera de ella¹⁸⁸. Una visión claramente paternalista, moralizadora y civilizadora, que desatiende cualquier perspectiva cultural diferente a la imperante. Esto es, se recurre al Derecho penal como el único medio de resolución de conflictos, y donde la cultura y costumbres sólo pueden tenerse en consideración dentro de los marcos establecidos por las diferentes categorías penales (imputabilidad, culpabilidad, error, etc.). Y por si esto fuera poco, las penas previstas —prisión y, en su caso, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad— no sólo son claramente desproporcionadas, sino que tampoco suponen beneficio alguno para nadie, ni para la niña mutilada ni, por supuesto, para sus padres. Estas monstruosas penas 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 xenofobia¹⁸⁹.

Quepa finalmente hacer alusión a la actual imposibilidad de los tribunales españoles de perseguir extraterritorialmente la MGF. Si bien después de tipificar estas prácticas, el legislador español, siguiendo las recomendaciones del Parlamento Europeo, posibilitó su persecución extraterritorial¹⁹⁰, tal posibilidad ha desaparecido con la *LO 1/2014, de 13 de marzo, que modifica la LOPJ relativa a la justicia universal*. La nueva versión del art. 23.4 LOPJ ya no incluye a la MGF como delito a perseguir por la Audiencia Nacional pese a ser cometido fuera del territorio nacional a niñas de nacionalidad española o residentes habituales en el país¹⁹¹. Una

¹⁸⁷ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, op. cit., p. 177.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 179.

¹⁸⁹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, op. cit., p. 181.

¹⁹⁰ Para ello, la LO 3/2005, de 8 de julio, modificó la LOPJ, añadiendo un nuevo epígrafe g) al art. 23.4º que decía: “Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como algunos de los siguientes delitos: (...) g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España”.

¹⁹¹ Ciertamente, la reforma sí se refiere a los delitos contra la libertad o indemnidad sexuales (art. 23.4.k) LOPJ) y a los de tortura (art. 23.4.b) LOPJ), pero la MGF no puede enmarcarse en estas categorías porque en el CP figuran como delito de lesiones. En cualquier caso, son tantas las limitaciones impuestas por la reforma

omisión explícita de la MGF como delito perseguible fuera de nuestras fronteras que no tiene lógica alguna, y más cuando la *Estrategia nacional para la erradicación de la violencia contra la mujer de 2013-2016*¹⁹² sí recoge expresamente actuaciones para prevenir la comisión de este tipo de prácticas.

IV. CONCLUSIONES FINALES

1. Feminismo y multiculturalismo: la MGF como violencia de género

Se puede afirmar sin temor a equívoco, que muchas veces se apela a la tradición para legitimar la subordinación de las mujeres; de hecho, los conflictos culturales más llamativos suelen tener a éstas como tristes protagonistas. La mutilación genital sin duda es el más controvertido, pero también están la selección prenatal del sexo, la poligamia, el infanticidio femenino, los matrimonios forzados, el uso del velo islámico, la discriminación hereditaria frente al varón, la prohibición de caminar solas, de trabajar, de hacer deporte e incluso asistir a espectáculos deportivos¹⁹³. Se hace por ello necesario adoptar, a nivel internacional, un enfoque que sitúe estas costumbres y tradiciones en el contexto de la violencia y la discriminación de las mujeres en las diferentes culturas¹⁹⁴.

Limitarse a situarlas en el relativismo de la cultura, donde se priorizan las diferencias étnicas y culturales sobre las diferencias de género, lo único que hará será perpetuarlas en su posición de marginadas, con sus necesidades ignoradas y sus voces silenciadas¹⁹⁵. Esto es, del derecho a la diferencia se pasaría a una diferencia de los derechos, siendo las mujeres las principales afectadas. Y ello porque, de acuerdo con AMIRIAN, “cuando infligir dolor contra un ser humano de forma gratuita y con consecuencias imborrables se convierte en una actividad reiterada, no debería considerarse una de esas tradiciones que forma parte del bagaje cultural de un pueblo, sino un síntoma que refleja los déficit de los derechos de sus miembros”¹⁹⁶.

para que tales delitos puedan perseguirse, que nos hace dudar de su verdadera eficacia. Y ello porque la nueva redacción del art. 23.4 LOPJ exige, para poder perseguir los delitos de tortura y contra la libertad o indemnidad sexuales, que el presunto autor sea español, que sea extranjero y resida en España, que la víctima sea española o que el presunto autor se encuentre en España.

¹⁹² www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/EstrategiaNacional/pdf/EstrategiaNacionalCastellano.pdf

¹⁹³ PUJOL, A., “Derechos humanos y multiculturalismo”, *Enrahonar*, 40-41, 2008, p. 79.

¹⁹⁴ La idea de inferioridad “natural” de las mujeres no es ajena tampoco a nuestra propia cultura occidental. Los discursos sobre su incapacidad para el disfrute de derechos y la supeditación a su destino como procreadora, esposa y madre, han conformado la imagen de lo femenino con mayor o menor grado de sublimación religiosa, hasta hace bien poco. Las cifras de maltrato doméstico y la dramática realidad de los asesinatos a la pareja o ex pareja, son un doloroso recordatorio de la idea aún arraigada respecto de la supeditación de la mujer a los deseos o planes del varón. *Vid.*, en ASÚA BATARRITA, A., “Criminología y multiculturalismo...”, *op. cit.*, p. 88.

¹⁹⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, *op. cit.*, p. 100.

¹⁹⁶ AMIRIAN, N., y ZEIN, M., *El Islam sin velo*, *op. cit.*, p. 89.

En cualquier caso, si la situación de la mujer a nivel internacional es cuanto menos preocupante¹⁹⁷, cuando ésta es inmigrante¹⁹⁸ las dificultades se acrecientan, siendo innumerables las ocasiones en que se debe enfrentar al dilema de tener que renunciar a sus propias tradiciones para poder ejercer sus libertades o, *viceversa*, renunciar a sus libertades para poder mantener sus tradiciones¹⁹⁹. Porque, como nos recuerda FACCHI, no son sino las mujeres inmigrantes los sujetos en relación a los que aparecen más diferencias entre las diversas concepciones de las relaciones entre sexos, entre individuo y grupo familiar, entre Estado y religión. Es en relación a las mujeres que las prescripciones religiosas y comunitarias se traducen a menudo en formas de opresión y discriminación²⁰⁰, y eso es algo que, lejos de atenuarse, se refuerza con el propio fenómeno migratorio. Porque cuanto más hostil es la sociedad de acogida con los inmigrantes, las prácticas culturales como la MGF o el velo musulmán, cobran una especial significación como elementos reactivos que, en torno al cuerpo y a la apariencia de las mujeres —las que ostentan la marca de la cultura y de las que depende su reproducción simbólica—, inciden en la defensa de la identidad étnica, cultural o religiosa de origen²⁰¹.

Pese a ello, y sin embargo, en todo este asunto nos solemos olvidar de algo fundamental: la opinión de estas mujeres. La clave radicaría, por tanto, en su libertad de elección con la ausencia de coacciones. En consecuencia, lo que debemos es garantizar, por todos los medios, y sobre todo en relación con las mujeres inmigrantes, es el ejercicio de acciones lo más libres posibles (ej. uso del velo islámico). Pero, ¿cuál es el umbral de condicionamiento bajo el que una elección puede considerarse libre?²⁰² Porque no se puede olvidar que toda elección de distanciamiento en relación a la familia o la comunidad siempre tiene un coste para uno mismo o para las personas de nuestro entorno. En este sentido, y en completo acuerdo con

¹⁹⁷ Porque, de acuerdo con FABIETTI, “a menos que seamos unos “hombres hipócritas” o unas “mujeres cómplices”, sabemos bien que las relaciones entre los sexos, en el plano de los hechos, son profundamente desiguales también *entre nosotros*. No es casualidad que muchos gobiernos europeos tengan ministerios de *Igualdad*, cuyo objetivo es, entre otros, también el de promover la igualdad entre los sexos en el plano cultural, laboral, económico, etc. Esto es señal de que, a pesar de que la igualdad sea reconocida en el plano jurídico, ésta no se da en los hechos”. FABIETTI, *Culture in bilico. Antropología del Medio Oriente*, 2002, pp. 140 y ss.

¹⁹⁸ En el asunto de la inmigración, el componente femenino presenta problemáticas que no han sido tratadas adecuadamente. Las migraciones siempre se han analizado como un fenómeno masculino, cuando la realidad nos demuestra todo lo contrario, motivo por el que se hacen ineludibles los estudios que asuman las cuestiones específicas relacionadas con la pertenencia de grupo, a la religión, el trabajo; esto es, el rol que las mujeres desempeñan dentro del colectivo inmigrante, y desde su propio punto de vista. *Vid.*, en FACCHI, A., “Mujeres inmigrantes, libertad individual y políticas sociales”, en *Revista Internacional de Filosofía política*, 27, 2007, p. Respecto a los factores condicionantes de la especial victimización de las mujeres de nacionalidad extranjera en nuestro país, resulta de gran interés ACALE SÁNCHEZ, M., “Tratamiento jurídico y social de la mujer inmigrante víctima: modelo español”, *op. cit.*, pp. 203 y ss.

¹⁹⁹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, *op. cit.*, p. 96.

²⁰⁰ FACCHI, A., “Mujeres inmigrantes, libertad individual y políticas sociales”, en *Revista Internacional de Filosofía política*, 27, 2007, p. 118.

²⁰¹ GUERRA PALERMO, M.J., “Culturas y género: prácticas lesivas, intervenciones feministas y derechos de las mujeres”, *op. cit.*, p. 68.

²⁰² FACCHI, A., “Mujeres inmigrantes, libertad individual y políticas sociales”, *op. cit.*, p. 122.

PUJOL, “el respeto a la diferencia cultural tiene el límite preciso de la opresión que los grupos culturales pueden ejercer hacia sus miembros”²⁰³. El objetivo, por tanto, es liberar a las personas de los grilletes que les impiden elegir en igualdad de condiciones, procurando que todos sean capaces de usar las oportunidades formalmente abiertas con igual capacidad de elección²⁰⁴.

En cualquier caso, en relación a la MGF, no le falta razón a MAGLIE²⁰⁵ cuando afirma que el legislador, en lugar de comportarse como los misioneros cristianos, habría podido dejar a las mujeres adultas, capaces y cuyo libre consentimiento haya sido rigurosamente probado, la plena libertad de hacerse circundar, siempre en condiciones que garanticen la higiene, la ausencia de dolor y la prevención de las complicaciones físicas y psíquicas. Y más si tenemos en cuenta que en los países occidentales se realizan a diario intervenciones de cirugía estética en la cara y el cuerpo de las personas, incluso menores, para adecuarlas a los cánones culturales dominantes. En particular, y precisamente en relación con los órganos genitales femeninos, está “de moda” el rediseño o reestructuración de la vagina para aumentar el placer sexual, y la modificación estética de los labios vaginales (labioplastia).

Como nos recuerda GUERRA, el valor tradicional de la fertilidad, aún dominante en las culturas africanas, ha sido sustituido en nuestra cultura occidental-consumista por el de la objetualización estética y sexual del cuerpo femenino que tiene que ajustarse a un patrón corporal identificado con la delgadez (liposucciones), grandes pechos (implantes mamarios) o la eterna juventud (*liftings*, *botox*, etc.). Un papel asignado a las mujeres que, sin embargo, se quiere hacer compatible con sus metas de la igualdad social y política, logrando como resultado un campo de tensiones simbólicas, puesto que los estereotipos sociales, animados por los *mass media*, siguen devaluando de forma sistemática a las mujeres cuando ingresan en la esfera pública²⁰⁶.

Sea como fuere, la fórmula desde luego no está en recurrir, como si del único recurso posible se tratara, a la prohibición y el castigo de unas costumbres que nuestra sociedad occidental considera contrarias a los derechos humanos de las mujeres. Por supuesto que hay que intentar modificar las tradiciones que atenten contra la dignidad de las mujeres, procedan de donde procedan, pero éste debe ser un cambio paulatino que debe involucrar a todos los sectores sociales. No hacerlo, puede conducir a un resultado completamente opuesto al deseado, y ser visto como

²⁰³ PUJOL, A., “Derechos humanos y multiculturalismo”, *op. cit.*, p.80.

²⁰⁴ En este sentido, y por ejemplo, nos dice este autor, “las mujeres musulmanas deben tener la libertad de cubrirse la cabeza con el pañuelo islámico, pero también deben tener la libertad de negarse a ello contra la posible presión de su entorno familiar y social, incluso la libertad de realizar apostasía si ésta es su voluntad, y de poder hacer ambas cosas sin tener que pagar un elevado coste personal por ello”. *Vid.*, en LÓPEZ GARCÍA, B., “El Islam y la integración de la inmigración social”, *op. cit.*, p. 80.

²⁰⁵ DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, *op. cit.*, pp. 83 y 84.

²⁰⁶ GUERRA PALERMO, M.J., “Culturas y género: prácticas lesivas, intervenciones feministas y derechos de las mujeres”, en *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política*, nº 38, enero-junio 2008, p. 66.

una injerencia o imposición externa que suscite un mayor rechazo en el colectivo étnico donde se llevan a cabo. Ahora bien, ¿qué ocurre en el caso de la MGF generalmente practicada sobre niñas sin capacidad alguna de elegir?

Aquí, y por supuesto, se deben anteponer los derechos individuales de las niñas sobre los derechos culturales del colectivo de pertenencia. Ahora bien, al igual que las víctimas son mujeres, las autoras también lo son (curanderas, ancianas, etc.) con la complicidad o cooperación de otras mujeres (las madres de las niñas), así como de sus padres²⁰⁷. Se trata, sobre todo, de un asunto de mujeres y para mujeres, que implica hasta cierta “solidaridad” entre madres e hijas. Obviamente, esto no le quita su connotación de violencia de género, pero sí nos obliga a entender la práctica de forma correcta en su contexto, buscando también proteger a las mujeres que, por miedo o respeto a las consecuencias en que no hacerlo puedan derivar (para ellas o para sus hijas), proceden a la mutilación genital de sus hijas. Porque recordemos que esas mismas mujeres, de mil maneras, también han sido, y siguen siendo, víctimas de ese tipo de violencia. Luego, el camino correcto sería el de acusar primero a las estructuras de dominación que a las mujeres atrapadas en ellas y que actúan como defensoras y guardianas de los imperativos patriarcales²⁰⁸.

La MGF forma parte del entramado social de la violencia y de la violencia de género de los grupos donde se lleva a cabo, quedando atravesada por distintos ejes o vectores de poder²⁰⁹. Paradójicamente, las mujeres circundadas son poderosas en sus comunidades, en las que gozan de gran respeto, motivo por el que muchas mujeres defienden esta práctica desde el reconocimiento del poder de las mujeres y de la diferencia orgullosa. La forma en que interpretamos este problema desde occidente es, por tanto, equivocada. De hecho, la principal crítica al activismo feminista internacional por parte de las mujeres africanas, es el de haber descontextualizado la práctica para enfatizar su brutalidad y salvajismo y trasladarla a todo lo africano sin matices para condenarlo sin paliativos. Un claro ejemplo del denominado “síndrome de la misionera”, que desde una visión de superioridad etnocéntrica están llamadas a salvar a las “ignorantes” y “sometidas” mujeres del Tercer Mundo²¹⁰.

Lo único que estamos realmente consiguiendo es reforzar el estigma que ya recae sobre estas personas, pues nuestro abordaje es solo criminalizador y cuando te atacan, te refugias. Esto es, la criminalización de este problema, que sobre todo

²⁰⁷ No olvidemos que tanto la madre como el padre responderán usualmente como inductores, coautores o cooperadores necesarios, tanto por acción (al demandar la mutilación) como por omisión (sabiendo que uno de los progenitores la va a llevar a cabo, no se opone evitándolo).

²⁰⁸ GUERRA PALERMO, M.J., “Culturas y género: prácticas lesivas, intervenciones feministas y derechos de las mujeres”, *op. cit.*, p. 76.

²⁰⁹ MESTRE I MESTRE – GARCÍA AÑÓN, “Mutilaciones genitales femeninas”, en <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/feb12/mutilaciones.pdf>

²¹⁰ GUERRA PALERMO, M.J., “Culturas y género: prácticas lesivas, intervenciones feministas y derechos de las mujeres”, *op. cit.*, p. 71.

debería competir a la concienciación y la educación, lo ha convertido aún más en un tabú. Y es que criminalizar sin más, es cuestionar hasta la forma de querer a sus hijos por parte de estas culturas²¹¹. No basta, en definitiva, con tipificar esta conducta como delito, porque, aunque es ciertamente imprescindible rechazar y castigar estas prácticas de un modo claro y rotundo, las medidas penales deben ir acompañadas por otras soluciones. Junto a las medidas legislativas, y de forma previa, deben desarrollarse programas de divulgación dirigidos a informar, educar y prevenir a la opinión pública, sensibilizándoles sobre el hecho de que estas prácticas son ajenas a cualquier mandato religioso, resultando nocivas para la salud y el bienestar de las mujeres, para que sean ellos mismos quienes vayan abandonando esta tradición²¹².

En este sentido, el Gobierno español, en la *Estrategia Nacional para la erradicación de la violencia contra la mujer (2013-2016)*²¹³ aborda la prevención y el tratamiento de casos de mutilación genital en niñas y mujeres, poniendo en marcha mecanismos de sensibilización contra esta práctica. De igual modo, contiene medidas para prevenir su práctica e impulsar su erradicación. Sea como fuere, una de los puntos estratégicos del documento para la erradicación de la violencia contra la mujer es el de promover un protocolo común para la actuación sanitaria en relación con la MGF. De su parte, y mientras tanto, el *Protocolo común para la actuación sanitaria ante la violencia de género (2012)*²¹⁴ incluye contenido específico para tratar los casos de niñas o mujeres que han sufrido la mutilación, destacándola como factor que agrava la vulnerabilidad de las mujeres y estableciendo una serie de actuaciones para el supuesto de que acudan a la consulta de un médico.

En definitiva, en nuestro país aún no disponemos de un protocolo de actuación a nivel estatal dirigido a la prevención de la MGF. Pero lo que no se hace a nivel estatal si se está haciendo a nivel de algunas CCAA. Cataluña²¹⁵, Navarra²¹⁶ y Aragón²¹⁷ tienen protocolos de prevención y actuación con resultados preventivos importantes. Estos protocolos proporcionan un marco de actuación conjunto para la

²¹¹ AMNISTÍA INTERNACIONAL, La mutilación genital femenina y los Derechos humanos, *op. cit.*, p. 64.

²¹² PÉREZ VAQUERO, C., “La mutilación genital femenina en España y la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 14.

²¹³ www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/EstrategiaNacional/pdf/EstrategiaNacionalCastellano.pdf

²¹⁴ www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/ProtComActSan_2012.pdf

²¹⁵ Este protocolo es bueno pero con una aplicación un tanto perversa: se retiraban los pasaportes a familias sospechosas de practicar la ablación en su país; se prohíbe salir de Cataluña hasta los 18 años, y la revisión de los genitales de las niñas cada 6 meses hasta los 18 años. Con ello, en nombre de la defensa de un derecho humano fundamental se están conculcando dos: el derecho a la libre circulación y el derecho a la intimidad. El protocolo está accesible en:

www20.gencat.cat/docs/dasc/03Ambits%20tematics/05Immigracio/08recursosprofessionals/02prevenciomutilaciodefemenina/Pdfs/Protocol_mutilacio_castella.pdf.

²¹⁶ <http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/D5A2548A-1603-4240-9CFD-D49E366E4C9F/257532/Protocolo25junio1.pdf>

²¹⁷ http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesMujer/StaticFiles/mutilacionC3%B3n_1.pdf

cooperación entre ONGs e instituciones (protección de menores, policías, servicios de salud...) en la prevención de esta práctica. El resto de CC.AA., sin embargo, han tenido una respuesta desigual. En algunas de las comunidades autónomas, en las que existe población afectada o en riesgo, los poderes públicos han tomado diversas iniciativas, generalmente desde tres instancias²¹⁸: vinculadas a planes y leyes de erradicación de la violencia contra las mujeres (Cataluña y Aragón); vinculadas a leyes de protección de menores (Comunitat Valenciana); o vinculadas a programas de atención sanitaria para colectivos vulnerables (Andalucía). Finalmente, en la mayoría de las CC.AA. donde no hay población en riesgo han se han limitado a incluir las mutilaciones genitales femeninas de forma genérica (y con fórmulas muy parecidas) en sus leyes de protección contra la violencia de género.

Cualquier actuación contra la MGF debe tener, por tanto, en cuenta la multiplicidad de factores que dan lugar a esta práctica. Desde el punto de vista de los derechos humanos, la MGF no puede considerarse un asunto aislado de otras formas de violencia y discriminación contra la mujer, de la vulnerabilidad de los niños a los abusos y de cuestiones como el acceso a la educación y al desarrollo económico²¹⁹. Porque no es sino la desigualdad entre los sexos lo que refuerza y mantiene la vigencia de esta práctica ancestral. Si la supervivencia de las mujeres africanas y el bienestar de las familias no dependiera del mercado matrimonial, sería más legítimo cuestionar una práctica dirigida “a dar más valor” a la niña²²⁰. Esto es, y por mucho que nos cueste asimilarlo, los beneficios que el grupo social sigue extrayendo del mantenimiento de la práctica son mayores que los perjuicios. Ninguna cultura mantiene una práctica insostenible que amenaza la propia existencia del grupo²²¹.

La complejidad del entramado social, cultural y económico que asegura la prevalencia de esta práctica, dificulta la intervención sólo a través del código penal; de hecho, está tipificada en la mayoría de los países en que aún se practica. Estas prácticas sólo se pueden combatir desde la educación, el respeto a otras culturas y la comprensión plena (que no aceptación) de un hecho que representa un rito de iniciación a la vida adulta²²². Las simplificaciones poco ayudan en esta batalla, y muchas de las campañas llevadas a cabo, tal y como hemos visto, se han limitado a

²¹⁸ MESTRE I MESTRE – GARCÍA AÑÓN, “Mutilaciones genitales femeninas”, *op. cit.*

²¹⁹ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los Derechos humanos*, *op. cit.*, p. 64.

²²⁰ GUERRA PALERMO, M.J., “Culturas y género: prácticas lesivas, intervenciones feministas y derechos de las mujeres”, *op. cit.*, p. 74.

²²¹ MESTRE I MESTRE – GARCÍA AÑÓN, “Mutilaciones genitales femeninas”, *op. cit.*

²²² Al respecto, la medida que parece más atrevida, innovadora e inteligente es la de crear y proponer un rito de iniciación “alternativo”: un rito de paso que incluyera la significación psicológica de “convertirse en mujer”, que fuera aceptable para su cultura, y que no incluyera la mutilación como elemento. Para ello es necesario tejer acuerdos, formar médicos. Esto es, se trataría de respetar el rito, conservando el traspaso del conocimiento y la pertenencia al grupo pero omitiendo la fase de mutilación.

simplificar la cuestión criminalizándola, quitándole importancia a la vindicación de poder que realizan las mujeres africanas, y limitándose a victimizarlas, tutelarlas y silenciarlas²²³.

Para que la MGF se erradique de forma inmediata, es necesaria, en consecuencia, una actuación global. Esto es, es importante trabajar a la vez en la sociedad de origen y en la de destino, y hacerlo desde el respeto y la colaboración con las mujeres que están luchando en el seno de sus comunidades y sus culturas. De acuerdo con GUERRA, “debemos combatir el antifeminismo reinante con inteligencia, y más ahora ante el resurgimiento de neocomunitarismos culturales y religiosos obsesionados con reforzar la sumisión de las mujeres en todo el planeta”²²⁴. Porque es más fácil erradicar las prácticas culturales cuando éstas no son funcionales al grupo social (tanto en el plano económico y material, como en el simbólico)²²⁵, se debe fomentar el empoderamiento de las mujeres africanas y luchar por condiciones socioeconómicas de igualdad que les permitan, no sólo sobrevivir y no ser mutiladas brutalmente, sino cotas importantes de desarrollo e independencia²²⁶.

2. La urgencia de un enfoque global y sensible frente al pluralismo cultural

A) *La necesidad preventiva de la pena como punto de partida*

Tras todo lo visto, y de acuerdo con DE MAGLIE, el legislador no puede seguir permaneciendo insensible “a estos signos de su tiempo rechazando afrontar de modo razonable el problema de los conflictos culturales, a menos que no quiera ser adelantado por la historia”²²⁷. En este sentido, la atenuación de la pena en los delitos motivados por la cultura se vislumbra —a falta de otra mejor— como una buena solución, pues permite tener en cuenta la motivación cultural que llevó al autor a cometer el delito, y, al mismo tiempo, fomentar el respeto y la obediencia de la ley a todos los que residen en el mismo espacio, sea cual fuere su origen y convicciones.

Ahora bien, y en cualquier caso, estamos con MONGE en que el criterio fundamental que debe seguirse a fin de castigar o exculpar al autor debe ser la necesidad preventiva de pena, porque si bien la culpabilidad es condición necesaria, no es sin embargo suficiente, siendo también necesaria “la presencia de la responsabilidad penal, entendida como necesidad de pena, desde la doble perspectiva preventivo general y especial”²²⁸. Esto es, lo verdaderamente relevante aquí es la función

²²³ MESTRE I MESTRE – GARCÍA AÑÓN, “Mutilaciones genitales femeninas”, *op. cit.*

²²⁴ GUERRA PALERMO, M.J., “Culturas y género: prácticas lesivas, intervenciones feministas y derechos de las mujeres”, *op. cit.*, p. 76.

²²⁵ *Ibidem*, p. 75.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, *op. cit.*, p. 265.

²²⁸ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El extranjero frente al Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 113 y 114.

fundamental de la política criminal que desarrolla la categoría en cuestión y, al respecto, la mayoría de la doctrina está de acuerdo en identificar como fundamento de las causas de exclusión de la punibilidad meras razones de “oportunidad” práctica, que determinen la abstención de la pena, razones de “conveniencia” que inducen al ordenamiento “a volver sobre sus pasos” y a renunciar a la sanción²²⁹.

Esto es, se sugiere incluso el valorar la oportunidad de una zona de impunidad a favor del autor cultural, espacio exigido teniendo en cuenta el fracaso de los objetivos de prevención general y especial en este sector de criminalidad. Y es que en el sector de los delitos culturales —asevera DE MAGLIE— “la prevención en su sentido más tradicional está irremediabilmente destinada a perder consistencia”²³⁰, por lo que los objetivos preventivos generales y especiales y las modalidades de aplicación de la pena deberían ser repensados²³¹.

Obviamente, esta causa de no punibilidad cultural se excluiría para aquellos comportamientos que, pese a tratarse de delitos culturalmente motivados, conllevan una violación de las inmunidades fundamentales. Esto es, el derecho a la cultura no podrá ser invocado frente a la lesión de bienes como la vida, la integridad física, la libertad moral, la dignidad humana ni todos aquellos derechos inviolables de la persona. Tampoco cabría la impunidad de las ofensas realizadas a través del uso de la violencia física o psíquica²³².

Serían, por tanto, posibles ejemplos de impunidad algunos delitos sin víctima como la bigamia, el incesto, el juego de azar, el comercio de estupefacientes con finalidad terapéutica, además de otros delitos contra el orden público (como el uso del *burka*), la piedad por los difuntos o el sentimiento humano por los animales.

B) *La justicia restaurativa como posible solución*

Por similares motivos de ineficacia del derecho penal frente a los comportamientos culturalmente condicionados, hay autores que, como FERREIRA²³³, proponen como medida alternativa la justicia restaurativa. El problema es que, siendo la víctima la que debe participar en la construcción de la solución restaurativa, no siempre es capaz de hacerlo, pues normalmente se trata de niños o personas vulnerables, que en realidad son incapaces de percibir el delito y el delincuente y de

²²⁹ DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 269.

²³⁰ *Ibidem*, p. 266.

²³¹ Y ello porque en el plano de la prevención general se corre el riesgo de una parálisis del potencial intimidatorio de un castigo que se dirige a autores que se han formado en valores diversos o incluso en conflicto con los protegidos por la cultura dominante. Respecto a la prevención general positiva, se corre el peligro de hacer vanas las aspiraciones pedagógicas del mensaje penal, y en lugar de educar a las minorías en el código cultural dominante, es previsible que una política de asimilación forzada los aleje definitivamente del sistema de acogida, confinándoles en la marginación. Finalmente, en lo que a la prevención especial se refiere, una pena no percibida como justa es meramente sufrida por el condenado y puede generar insumisión y rebelión. *Vid.*, en DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 266.

²³² *Ibidem*, p. 273.

²³³ FERREIRA MONTE, M., “Multiculturalismo y derecho penal en el espacio lusófono”, op. cit., p. 127.

negociar la sanción. Y la familia tampoco, porque muchas veces participan en el delito (ej. mutilación genital). Sería por tanto el Estado el que asumiría el papel, buscando no castigar o reprimir, sino procurar la reparación de los daños y la reintegración del autor. Porque ¿hasta qué punto las finalidades de las sanciones no deberían incluir también una dimensión reparadora más allá de los propósitos integrativos? Si, hoy por hoy, son admisibles la mediación de adultos y el uso de algunas instituciones restaurativas en el Derecho penal tradicional, con mayor razón la justicia restaurativa²³⁴, que tiene como base una fuerte inspiración cultural, podría ofrecerse como una solución más adecuada²³⁵. Pero, eso sí, siempre en el seno del Derecho penal.

Y es que si partimos de que en muchos de los delitos culturalmente motivados la actuación va presidida por la promoción de la víctima, su integración en la sociedad, la víctima no es el enemigo, sino un ciudadano amigo. El único problema es que el resto de la sociedad no lo comprende porque no comparte dichos valores culturales. En estos casos, las experiencias de justicia restaurativa, tanto en la resolución del conflicto penal como en la posterior ejecución de la pena, podrían ser una solución a tener en consideración²³⁶.

C) *La igualdad de derechos como mínimo ineludible para el diálogo*

Sea como fuere, lo único cierto es que el pluralismo cultural ha venido para quedarse, y este nuevo orden social sólo se podrá conseguir protegiendo y respetando la diversidad cultural, porque de ello depende, más que nunca, el porvenir de nuestras sociedades²³⁷. Frente a esta realidad no caben soluciones parciales, limitadas a su represión a través del Derecho penal. El problema de la MGF, como el del velo y otros muchos, va más allá de las “molestias” siempre inherentes a todo delito: revelan las nuevas tensiones y conflictos de las sociedades multiculturales de nuestro tiempo, la confrontación de los valores religiosos y culturales con los valores de la posmodernidad²³⁸.

En ocasiones, las personas migradas tienden a reforzar sus prácticas y tradiciones e incluso devenir más religiosos o tradicionales en destino de lo que

²³⁴ Ahora bien, esta solución tendría un límite evidente: los delitos de motivación cultural donde la víctima se convierte en un enemigo, de otra cultura, como ocurre con el terrorismo. Mientras en muchos de los delitos culturalmente motivados la víctima es un amigo, y el delito, desde la perspectiva del delincuente, se comete en el interés de aquélla —para promover o, al menos, para no marginar a ella y su familia por razones étnicas y culturales—, en el terrorismo las motivaciones culturales son completamente diferentes: se elige un enemigo por razones culturales. En estos supuestos sólo cabría hablar de justicia restaurativa en el momento de ejecución de la pena. Al respecto es de sumo interés, GALAIN PALERMO, P., y ROMERO SÁNCHEZ, A., “Criminalidad organizada y reparación. ¿Puede la reparación ser un arma político-criminal efectiva en la lucha contra la criminalidad organizada?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 22 (2001), pp. 45 y ss.

²³⁵ FERREIRA MONTE, M., “Multiculturalismo y derecho penal en el espacio lusófono”, *op. cit.*, p. 128.

²³⁶ *Ibidem*, p. 129.

²³⁷ FOGLETS, M.C., “Los delitos culturales: de la repercusión de los conflictos de cultura sobre el comportamiento del delincuente...”, *op. cit.*, p. 312.

²³⁸ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, *op. cit.*, p. 210.

eran en origen por motivos diversos²³⁹. Por ello, las condiciones que las sociedades de destino dispongan para las personas migradas son determinantes, y a mayor igualdad de derechos y en derechos, con idéntica consideración y respeto por parte de los poderes públicos, mayores posibilidades de integración y prevención de los delitos culturalmente motivados²⁴⁰. Porque, de acuerdo con BENHABID, “sólo cuando los miembros de una sociedad se pueden implicar en un diálogo libre e irrestricto sobre su entidad colectiva en esferas públicas libres es posible que desarrollen narrativas de auto-identificación que revelen re-apropiaciones fluidas y creativas de sus propias tradiciones”²⁴¹. Por tanto, sin igualdad no hay diálogo posible, y la realidad es que la asimetría entre los interlocutores crece con la misma intensidad que el subdesarrollo, el desempleo y los desequilibrios en la riqueza²⁴². Y es que sería poco menos que ingenuo dudar del carácter patriarcal de las distintas culturas, la nuestra y las otras, y del desigual impacto de los procesos de ilustración, de reflexividad social, ligado a los valores de universalistas de la igualdad, la libertad y la justicia en ellas²⁴³.

En cualquier caso, si bien ninguna cultura es portadora de verdades absolutas²⁴⁴, tampoco la tradición debe suponer perpetuar la marginación, el atraso y el olvido²⁴⁵. En la actualidad es posible ir más allá de la arrogancia y superioridad occidentales y sostener que tanto los derechos humanos como la democracia no son fenómenos específicamente europeos u occidentales²⁴⁶. Ahora bien, no hay democracia sin protección institucional de las libertades personales y colectivas. Porque, hoy por hoy, la democracia ofrece la alternativa de ampliar la legitimidad del Estado y su poder en la libertad de la persona, en sus derechos humanos, culturales, individuales y colectivos, evitando la discriminación y respetando las diferentes racionalidades²⁴⁷. Y porque, en definitiva, ninguna persona sensata elegiría conscientemente ser eternamente extranjera.

Esto es, el deseo de vivir en Europa es irreconciliable con el rechazo radical de la misma. Por tanto, y de acuerdo con VÁZQUEZ, “la capacidad de integración de

²³⁹ Por ejemplo, para que aflore el yihadismo entre los jóvenes islámicos, en palabras de HIDALGO “es necesario que confluyan entre varios factores de exclusión, una fuerte ideología religiosa asociada al Islam utópico y un fuerte resentimiento hacia el occidente corrupto e infiel, pero con un inmeso poder tecnológico. La llamada de Alah para la misión del terrorismo suicida es el desenlace de un cierre identitario colectivo que termina con el exterminio físico de la propia identidad personal”. *Vid.*, en HIDALGO TUÑÓN, A., “La identidad cultural como factor de exclusión social”, *op. cit.*, p. 91.

²⁴⁰ MESTRE I MESTRE – GARCÍA AÑÓN, “Mutilaciones genitales femeninas”, *op. cit.*

²⁴¹ BENHABID, S., “Otro universalismo: sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 201.

²⁴² MUÑOZ, J., “Diálogo y conflicto entre civilizaciones”, *op. cit.*, p. 40.

²⁴³ GUERRA PALERMO, M.J., “Culturas y género: prácticas lesivas, intervenciones feministas y derechos de las mujeres”, *op. cit.*, p. 64.

²⁴⁴ BERNARDI, A., “El Derecho penal ante la globalización y multiculturalismo”, *op. cit.*, p. 26.

²⁴⁵ FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Diversidad cultural y sistema penal”, *op. cit.*, p. 42.

²⁴⁶ HÖFFE, O., *Derecho intercultural*, Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 134 y 135.

²⁴⁷ AGUILAR ROSALES, E., “Multiculturalismo y derecho”, *op. cit.*, p. 73.

la inmigración y su diversidad cultural depende principalmente de la tolerancia o intolerancia de nuestra propia cultura”²⁴⁸. Porque el mosaico lingüístico, étnico y cultural en que se ha convertido Europa es, como afirma MUÑOZ, un “multiverso que nos invita a aprender de las diferencias y no sólo de respetarlas; una escuela de tolerancia positiva y activa, no meramente pasiva como la del superior que “perdona la vida” a sus inferiores. Y también, una escuela de creatividad. De “justicia”²⁴⁹.

Debemos, por tanto, observar al “otro” sin prejuicios, como si de mirarnos en un espejo se tratara, sintiéndonos dentro de su piel, mirando a través de sus ojos y aprendiendo de sus vivencias. Porque todos estamos hechos del mismo barro, por mucho que varíen los moldes. El ser humano siempre es maravilloso, y el cómo y dónde nace, vive o muere, al final es, sobre todo, una cuestión de “suerte”.

²⁴⁸ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, *op. cit.*, p. 91.

²⁴⁹ MUÑOZ, J., “Diálogo y conflicto entre civilizaciones”, *op. cit.*, p. 41.