

El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno* **

Raúl Carnevali Rodríguez

Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad de Talca.

Subdirector del Centro de Estudios de Derecho Penal de la misma Universidad

rcarnevali@utalca.cl

Resumen

El aumento del flujo migratorio ha dado lugar a la conformación de sociedades culturalmente heterogéneas, y con ello que se comience a hablar de Estados multiculturales. Precisamente, el llamado multiculturalismo ha supuesto nuevos desafíos para el Derecho penal, pues la valoración que puede tener un determinado comportamiento variará conforme el contexto cultural al que pertenezca el autor. Para precisar cuál es el alcance del multiculturalismo y cómo debe enfrentarlo el Derecho penal, es indispensable examinar aquellas tesis que se dirigen a resolver los problemas propios de la diversidad cultural, a saber, las liberales y las comunitaristas. Lo anterior permitirá comprender qué se entiende por delitos culturalmente motivados y si la respuesta, para su tratamiento penal, debe hallarse en la esfera de la antijuridicidad o en la culpabilidad. Considerando, el carácter multicultural de la sociedad norteamericana, no es posible responder a dicha interrogante sin conocer las '*cultural defences*' que han surgido de su literatura y jurisprudencia.

Palabras clave

Multiculturalismo, eximentes, culpabilidad, error, liberalismo, comunitarismo.

Abstract

The increasing immigration flow led to the formation of cultural heterogeneous societies and with that, to the beginning talk about multicultural states. It is just the so-called multiculturalism, which brings new challenges for the criminal law due to the fact, that a determined conduct could change its evaluation according to the cultural context the delinquent belongs. In order to concretize the range of multiculturalism and how criminal law should confront it, it is indispensable to examine the theories, which try to resolve the own problem of cultural diversity, the so named liberal and comunitaristic theories. The prior allows to understand what is to comprehend under culturally motivated crimes and if, respect to the penal treatment, the answer is to be found either within the sphere of unlawfulness or culpability. Considering the multicultural character of the American society it is not possible to respond to such a question without having any knowledge of the cultural defences that arose from literature and jurisprudence.

* Artículo recibido el 8 de marzo de 2007 y aprobado para su publicación el 27 de abril de 2007.

** Este trabajo ha sido realizado dentro del marco del Proyecto Fondecyt N° 1060410 titulado "Los nuevos desafíos que las nuevas estructuras sociales imponen al Derecho Penal", el que dirijo como investigador responsable. Una versión preliminar se presentó en el Seminario de Política Criminal 2006, organizado por el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, el día 10 de noviembre de 2006.

Key words

Multiculturalism, defences, culpability, error, liberalism, comunitarism.

Introducción

Hoy el Derecho penal está enfrentado a una serie de dilemas que surgen, principalmente, por la evolución que está experimentando la sociedad en su conjunto. Es así que la globalización impone una serie de desafíos que el teórico penal no puede eludir. Uno de ellos, y en el me quiero centrar, dice relación con el llamado multiculturalismo.¹

Como primera cuestión, es indispensable tener en consideración lo siguiente: el Derecho penal es quizás el instrumento más sensible en su propósito de recoger los criterios axiológicos predominantes en una sociedad.² Tradicionalmente se ha estimado que el ordenamiento jurídico penal se construye sobre la base de un Estado que recoge aquellos valores reconocidos por una sociedad considerada culturalmente homogénea. Empero, hoy tales afirmaciones deben ser cuestionadas,³ no sólo porque han surgido instancias penales supranacionales, sino también porque afirmar en el presente la existencia de Estados nacionales que sean culturalmente homogéneos y unitarios es muy discutible. Por ello se habla de Estados multiculturales, como ha sucedido desde siempre en Latinoamérica o en Estados Unidos y que comienza a apreciarse progresivamente en Europa. Realidades éstas que repercuten, como veremos más adelante, sobre principios que forman parte de la

¹ Cabe destacar que la preocupación por las minorías culturales no es reciente, en el siglo XIX es posible encontrar tratados internacionales, como el Tratado de París de 30 de marzo de 1856 para proteger a los cristianos en el Imperio Otomano. Al respecto, RAMÍREZ NAVALÓN, Rosa María. "Protección de las minorías religiosas en el Derecho internacional: la declaración de Naciones Unidas y el Convenio marco del Consejo de Europa". En: JORDÁN VILLACAMPA, María Luisa (dir.). *Multiculturalismo y movimientos migratorios*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2003, p. 82. Para conocer el desarrollo histórico, THORNBERRY, Patrick. *International Law and the Rights of Minorities*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 25 y ss.

² BERNARDI, Alessandro. "El derecho penal entre la globalización y el multiculturalismo". Traducido por PORTACELI SEVILLANO, Carmen. *Revista de Derecho Penal contemporáneo*. n° 4, 2003, p. 41; DE FRANCESCO, Giovannangelo, "Multiculturalismo e diritto penale nazionale". En: BERNARDI, Alessandro (coord.). *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano: Giuffrè, 2006, p. 137. Al respecto señala, PULITANÒ, Domenico. "Laicità e diritto penale". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2006. p. 65, que el Derecho penal si bien no es neutral respecto de los valores normativos, debe respetar el principio de laicidad, en cuanto a mantener la equidistancia con las diversas creencias religiosas, lo que es el sustento de una sociedad pluralista.

³ Así, BERNARDI, "El derecho penal", p. 41, al señalar que la relación entre *cultura/valor* y *tipo penal/sanción*, puede salvarse con un consciente regreso del principio de *ultima ratio*, pues, la tolerancia que debe imperar ante la diversidad, sólo puede faltar cuando se esté frente a actos que ponen en riesgo la estabilidad social; BECERRA, Nicolás. *Derecho Penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*. Buenos Aires: Ediciones ciudad argentina, 1997, p. 15, señala que las valoraciones que recoge el Derecho penal se fundan en un contexto cultural predominante, que "permea" toda la política criminal estatal. El Estado también "valora" qué datos culturales serán tomados en consideración; BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*. Traducido por BUNSTER, Álvaro. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2002, p. 71, cuestiona se pueda hablar de *un* sistema de valores, sino que siempre han existido una pluralidad de sistemas, y que existen una serie de factores que determinar la pertenencia del sujeto a alguno de ellos.

esencia del Derecho penal, como son los de legalidad y culpabilidad.⁴ Basta imaginar las consecuencias que pueden tener lugar si se reconocen ciertas costumbres que colisionan con los criterios axiológicos predominantes.⁵

A fin de poder comprender las dimensiones del problema y fijar ciertos presupuestos básicos, en las páginas que siguen se expondrán cuáles son los rasgos esenciales del multiculturalismo y las distintas teorías que se han delineado para resolver las cuestiones que surgen de la diversidad cultural y cómo proteger a las minorías, concretamente, las tesis liberales y las comunitaristas. Su revisión, sucinta claro está, permitirá apreciar de mejor forma, cuál es el papel que le corresponde al Derecho penal en este problema y si se puede hablar derechamente de delitos culturalmente motivados.

1. Cuestiones fundamentales sobre multiculturalismo

1.1. Aproximación al problema

Una de las consecuencias más notables de la globalización, como fenómeno contemporáneo, es la tendencia hacia la armonización de ciertos intereses, que hoy surgen como comunes. En lo que respecta a nuestra disciplina, no es extraño hablar de una especie de globalización del Derecho penal, que se expresa, por ejemplo, con la instauración de una Corte Penal Internacional.⁶ Su establecimiento, de alguna manera, está recogiendo el sentir de la sociedad mundial frente a determinados comportamientos.⁷

Si bien lo anterior pudiera hacer pensar que se está conformando una especie de visión común en la sociedad mundial acerca de, por ejemplo, los derechos fundamentales y cómo deben comprenderse, ello no es así. Como se verá, existen importantes discrepancias que obstan a tal consenso. Es interesante resaltar que, aun cuando existe una tendencia hacia la homogenización cultural, también es posible observar manifestaciones dirigidas a resaltar las especificidades culturales. El caso europeo, afirma Silva Sánchez, es una clara

⁴ Así lo pone de manifiesto, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. "Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena". En: BORJA JIMÉNEZ, Emiliano (coord.). *Diversidad cultural: conflicto y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 264.

⁵ POMORSKI, Stanislaw. "On Multiculturalism, Concepts of Crime, and the 'De Minimis' Defense". *Brigham Young University Law Review*, 51, 1997, (Lexisnexis Academic, 32 p.) p. 6, hace ver las dificultades que implica el reconocimiento de ciertas costumbres, pues equivaldría a legitimar, por ejemplo, actos de violencia familiar.

⁶ Como destaca DE MAGLIE, Cristina. "Multiculturalismo e Diritto Penale. Il caso americano". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. 2005, p. 174, el modelo jurídico-político del Estado nación ha entrado en crisis por diversas razones. Por un lado, el fuerte surgimiento de una dimensión transnacional y planetaria del sistema jurídico, que ha dado lugar a una globalización del Derecho penal, expresada a través de la Corte Penal internacional. Por otro, el desmembramiento de los Estados ha dejado traslucir su fragilidad como realidades políticas, dada la fuerte presencia de realidades culturales diversas.

⁷ Si bien la Corte Penal Internacional es quizás la prueba más palpable de este interés común, también es preciso resaltar que existen numerosos tratados internacionales que dan cuenta de delitos que tienen una *trascendencia internacional* en donde los Estados se comprometen a su persecución, los que, en todo caso, son de muy diversa índole, pues van desde la persecución del terrorismo hasta la prohibición de publicaciones obscenas. Al respecto, puede verse BASSIOUNI, Cherif (ed.). *Internacional Criminal Law*. 2ª ed., New York: Transnational Publishers, 1999. t. I.

manifestación de la tensión entre homogeneización y diversificación. Por un lado, las sociedades postindustriales se dirigen a la integración supranacional, por otro, existen claras manifestaciones de atomización interior. Las formas de vida se armonizan, pero también, se tiende a resaltar la cultura particular.⁸

Las sociedades contemporáneas, como consecuencia del aumento del flujo migratorio —dada la mayor facilidad de transporte y comunicación—, han comenzado a enfrentar nuevas realidades, como es la conformación de comunidades heterogéneas culturalmente.⁹ Lo anterior ha ido dando lugar a fenómenos de particular relevancia para el Derecho penal. Y es que la antinomia entre homogeneización e identificación cultural genera especiales repercusiones de orden criminógeno, como son la discriminación y el racismo.¹⁰

Entre los factores que pueden tensionar la convivencia, dentro de las sociedades multiculturales, destaca la posición asumida por ciertas minorías de resaltar su cultura, intensificando procesos identitarios. Curiosamente, estos fenómenos parecen aumentar en la medida que se profundizan los procesos de globalización, pues, al parecer la conciencia cultural se intensifica al relacionarse y competir con otros grupos, generando actitudes de movilización más que de aislamiento.¹¹ Si se tiene en cuenta además, que existen grupos a los cuales ni siquiera les interesa participar de los valores de la cultura dominante —la de su lugar de permanencia—,¹² no es de extrañar pues, la posibilidad cierta de

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 107. Asimismo, MORENO, Isidoro. “Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-nación”. *Cuadernos de Derecho judicial. Los nacionalismos: globalización y crisis del Estado-nación*. 1998, p. 19, 24 y ss., pone de manifiesto como los procesos de mundialización han dado lugar a dos fenómenos contrapuestos, a saber, la globalización y la reafirmación identitaria.

⁹ Una visión particularmente pesimista acerca de estos procesos migratorios es la que tiene IZARD, Miquel. “Éxodos, destierros y migraciones”. En: BERGALLI, Roberto (coord.). *Sistema Penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 515 y ss., en p. 527 y ss. destaca el papel que han desempeñado los países del norte y que han generado los problemas actuales de los países más pobres.

¹⁰ Sobre este punto, entre las publicaciones recientes, RODRÍGUEZ MESA, María José; RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006; GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *El Derecho Penal y la discriminación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004; CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. “El Derecho Penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”. En: BACIGALUPO, Silvina; CANCIO MELIÁ, Manuel (coords.). *Derecho penal y política transnacional*. Barcelona: Atelier, 2005, p. 343 y ss.; SILVA CASTAÑO, María Luisa. “Protección penal de los ciudadanos extranjeros”. En: CUERDA RIEZU, Antonio (dir.). *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 431 y ss.; BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*. Madrid: Comares, 1999. Sobre la realidad latinoamericana, entre otros, *Justicia penal y comunidades indígenas*. En: *Pena y Estado*. n° 4, 1999; CORREAS, Óscar. “El Derecho moderno frente a los pueblos indios”. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Granada*. n° 2, 1999, p. 195 y ss. Reflexionando sobre la idea del inmigrante como “enemigo”, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho Penal*. Granada: Comares, 2004, p. 336 y ss.

¹¹ Al respecto, LAMO DE ESPINOSA, Emilio. “Fronteras culturales”. En: LAMO DE ESPINOSA, Emilio (ed.). *Culturas, Estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*. Madrid: Alianza, 1995, p. 29-30.

¹² Como expone BERNARDI, “El derecho penal”, p. 23, el riesgo al que se ve enfrentada hoy Europa es de transformarse en una especie de torre de Babel por las diferentes formas de vida y costumbres que se aprecian y la existencia de grupos culturales no siempre deseosos de integrarse a la cultura mayoritaria del país de residencia.

enfrentamientos culturales.¹³ Si bien, la regla general es que los enfrentamientos no originan conflictos violentos —aun cuando pudiera acontecer— las colisiones se presentan más bien entre lo que dispone el sistema penal de Estado receptor y las costumbres divergentes de ciertos grupos culturales.

A este respecto, con la intensificación de procesos identitarios se pueden presentar casos particularmente llamativos, como cuando un individuo entra en conflicto acerca de cuál cultura priorizar. Por ejemplo, entre ser inglés y pertenecer a un grupo fundamentalista islámico.¹⁴ Si bien la presencia de una especie de entrecruzamiento cultural en un mismo sujeto puede estimarse normal,¹⁵ los conflictos se presentan cuando ese mismo sujeto valora tales culturas como antagónicas y, por tanto, resuelve que al ser incompatibles una de ellas debe imponerse sobre la otra. En este sentido, Pavarini resalta ciertas peculiaridades de la sociedad norteamericana, en donde los mayores problemas tienen lugar respecto de los inmigrantes de segunda generación, esto es, los ya nacidos en los Estados Unidos. Para ellos se presentan conflictos de “lealtades” valóricas, si respetar los de su familia de origen o los de la sociedad que los acoge. La primera generación está preocupada de insertarse para poder trabajar y la tercera ya el fenómeno tiende a disiparse.¹⁶

La afirmación de que el multiculturalismo es un fenómeno moderno debe ser matizada, pues, aun cuando hoy adquiere especial relevancia, no se trata de un hecho desconocido, ya que la historia ha sido testigo de diversas experiencias multiculturales. Sin ir más lejos, el Imperio Austro-Húngaro y el Imperio Ruso se estructuraron sobre pilares que reconocían culturas diversas. Como experiencias más lejanas basta citar el Imperio Romano.¹⁷

Aun cuando hoy no existen tales estructuras políticas de carácter multicultural, sino que predomina la idea de Estado nacional, debe tenerse presente que la vinculación entre territorio y nación es una idea más bien moderna, propia del siglo XIX con el surgimiento de los nacionalismos, que constituye un ideal más que una realidad; es decir, la noción de un Estado una nación tiene visos de ser más bien una utopía ideológica.¹⁸ Como expone

¹³ Señala DE MAGLIE, “Multiculturalismo”, p. 175, que el Derecho penal debe resolver estos conflictos, destacando la experiencia norteamericana, que para la autora es la sociedad multicultural por excelencia.

¹⁴ Cuando se descubrió quienes fueron los autores de los atentados de Londres —julio de 2005— una de los aspectos que más conmocionó a la sociedad inglesa fue descubrir que eran ciudadanos ingleses de origen paquistaní que reivindicaban y priorizaban su pertenencia al fundamentalismo islámico.

¹⁵ Para LAMO DE ESPINOSA, “Fronteras”, p. 26, todos somos multiculturales, producto del entrecruzamiento de rasgos y elementos culturales variados. Precisamente, el equilibrio entre identificaciones alternativas debe ser construido cotidianamente según el contexto de acción en que cada sujeto se halla.

¹⁶ PAVARINI, Massimo. “Criminalità e pena nella società multiculturale”. En: BERNARDI, Alessandro (coord.). *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano: Giuffrè, 2006, p. 170-171.

¹⁷ WALZER, Michael. *Tratado sobre la tolerancia*. Traducido por ÁLVAREZ, Francisco. Barcelona: Paidós, 1998, p. 29 y ss, expone la experiencia de los imperios multinacionales de la antigüedad.

¹⁸ Señala, KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Traducido por CASTELL, Carmen. Barcelona: Paidós, 1996, p. 22-23, que la globalización ha hecho que el mito del Estado culturalmente homogéneo sea aún más irreal; LLOBERA, Josep. “Estado soberano e identidad nacional en la Europa actual”. En: LAMO DE ESPINOSA, Emilio (ed.). *Culturas, Estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*. Madrid: Alianza, 1995, p. 135-136. En relación a la realidad latinoamericana, MARTÍNEZ, María Josefina. Recensión al libro de GARCÍA VITOR, Enrique. *Diversidad cultural y Derecho Penal*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 1994, 39 p. *Nueva Doctrina Penal*. 1996/B, p. 811, afirma que en América Latina no fueron los ciudadanos los que decidieron fundar el Estado, sino que más bien fue el Estado el que

Walzer, que se hable de Estado nacional no significa que estén conformados por poblaciones homogéneas, sino más bien que es el grupo dominante el que impone su cultura e historia, tolerando a las minorías, pero sin alcanzar el grado de autonomía que tenían en los viejos imperios.¹⁹ Precisamente, tensiones culturales producidas al interior de los Estados —hasta dónde puede el grupo dominante tolerar las manifestaciones culturales de las minorías— son las que dieron lugar, tras la guerra fría, a diversos conflictos —varios de ellos muy violentos—, tales como los desmembramientos territoriales ocurridos en la ex Yugoslavia o en la antigua URSS.²⁰

1.2. Qué distingue al multiculturalismo

En este trabajo, la referencia al multiculturalismo apunta principalmente a la presencia, dentro de un determinado contexto espacial, de diversas culturas asociadas principalmente a nación;²¹ es decir, a la concurrencia de elementos cognitivos comunes en cuanto a la representación del mundo exterior, de la moral, de la religión, del derecho, de las relaciones sociales y vinculados por una lengua.²² En consecuencia, se puede hablar de Estado multicultural en la medida en que cohabitan en un mismo territorio culturas asociadas a diversas naciones, ya sea que se trate de sociedades en las que han estado presentes culturas indígenas y que hoy reclaman pleno reconocimiento —caso de algunos Estados latinoamericanos—, o de sociedades que, producto de la inmigración, han incorporado nuevas culturas, como está sucediendo en Europa.

Para apreciar la dimensión del tema que estamos abordando y valorar las dificultades que cuestiones de esta naturaleza imponen a las sociedades modernas, resulta muy ilustrativo expresar que hoy existen más de 600 lenguas vivas y alrededor de 5000 grupos étnicos.²³ Expresado de otro modo: sólo un 18% de los Estados pueden comprenderse dentro del

fundó la ciudadanía conforme a principios republicanos propios de las teorías de la ilustración, excluyendo en la conformación del estado-nación, desde el primer momento, otras formas de organización autóctona, las que debieron adaptarse para no desaparecer.

¹⁹ WALZER, *Tratado*, p. 39-40. Interesante resulta conocer el pensamiento del conde Countenhove-Kalergi, quien vislumbrando los peligros que representaban los nacionalismos en el período de entreguerras, proponía la formación de una Europa federal. Debido, probablemente, a sus orígenes familiares, fue un fuerte defensor del multiculturalismo. COUNDENHOVE-KALERGI, Richard. *Una bandera llamada Europa*. Barcelona: Editorial Argos, 1961.

²⁰ Como informa LIPKIN, Robert Justin. “Can Liberalism Justify Multiculturalism?”. *Buffalo Law Review*, Winter, 1997, 45 (Lexisnexis Academic, 26 p.), p. 1-2, el fin de la guerra fría no significó el surgimiento de paz y prosperidad. Por el contrario, muchos conflictos se han agudizado.

²¹ Así, KYMLICKA, *Ciudadanía*, p. 26 y 36; LAMO DE ESPINOSA, “Fronteras”, p. 15; LIPKIN, “Can Liberalism”, p. 4.

²² SIGUAN, Miquel. “Las lenguas en la construcción europea”. En: LAMO DE ESPINOSA, Emilio (ed.). *Culturas, Estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*. Madrid: Alianza, 1995, p. 109, destaca el factor relevante que la lengua juega en la conformación de una nación, además de la presencia de una determinada forma de ser y sentir —el espíritu nacional (*Volksgeist*)— que refleja la manera de enfrentar una realidad.

²³ KYMLICKA, *Ciudadanía*, p. 13; VILLAR BORDA, Luis. *Derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría y Filosofía del Derecho, n° 9, 1998, p. 30; LAMO DE ESPINOSA, “Fronteras”, p. 21-22, quien expone, a través de un cuadro, la distribución mundial de las categorías étnicas. Allí se aprecia que sólo 12 etnias representan el 55% de la población mundial y 383 el 3%.

binomio Estado-nación en su sentido más puro, esto es, el 90% de la población de ese estado está conformado por miembros de un sola etnia. Dicho en otros términos, de las 500 etnias que se han examinado sólo 28 se comprenden dentro de un Estado. El resto está disperso en diversos Estados.²⁴

No puede comprenderse entonces, como un problema de carácter multicultural, y por tanto, dentro de las cuestiones que aquí se pretenden examinar, aquellos conflictos que involucran a sujetos que, perteneciendo a un grupo social minoritario, se dirigen a reclamar reconocimiento de ciertos derechos dentro de un sistema del que ya forman parte y que reconocen, es decir, negocian con los mismos instrumentos. Aquí se engloban, por ejemplo, los homosexuales o feministas. En estos casos, se habla más bien de conflictos propios del pluralismo,²⁵ que apuntan más bien a diferentes estilos de vida grupal o de movimientos sociales²⁶. Se trata de perspectivas de vida o costumbres que se pueden dar incluso, dentro de una misma nación.²⁷ En cambio, los problemas que se pretenden aquí abarcar dentro del multiculturalismo, se refieren, esencialmente, a la presencia de ciertos grupos culturales que se dirigen hacia el reconocimiento de sus identidades, que les son negadas o reducidas. Se está más bien, ante diversos sistemas, en el que las reglas de negociación son determinadas por la cultura dominante.

A través de la historia, los Estados han enfrentado la diversidad cultural con diversos instrumentos. El camino transitado ha ido desde los procesos de segregación hasta la conformación de Estados multiculturales. En un principio, la segregación suponía el sometimiento, como sucedió durante las colonizaciones por parte de los europeos en América y África,²⁸ para pasar luego por la política de la asimilación a la cultura dominante, la que, sobre la base de que todos somos iguales ante la ley, en los hechos se

²⁴ LAMO DE ESPINOSA, “Fronteras”, p. 23.

²⁵ VIOLA, Francesco. “Diritti fondamentali e multiculturalismo”. En: BERNARDI, Alessandro (coord.). *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano: Giuffrè, 2006, p. 37, señala que no debe confundirse multiculturalismo con pluralismo. Mientras el pluralismo puede comprenderse en sociedades monoculturales, el multiculturalismo supone una pluralidad de culturas dentro de una sociedad; GRANDI, Ciro. *La responsabilità penale nella società multiculturale*, tesis doctoral inédita, Universidad de Ferrara, 2006, p. 14.

²⁶ Es por ello que no se aborda en este trabajo la llamada teoría de las subculturas. A este respecto, debe tenerse presente que tales planteamientos teóricos se dirigen, principalmente, a examinar las diferencias de valores, patrones de comportamiento, formas de comunicación que se manifiestan incluso dentro de una misma cultura. Es así, por ejemplo, que importantes trabajos dentro de la sociología de las subculturas han dirigido su atención a los jóvenes delincuentes que provienen de las clases sociales más bajas, con el objeto de poder comprender los factores causales que determinan su comportamiento. Para mayor detalle, BERGALLI, Roberto. “Perspectiva sociológica: desarrollos ulteriores”. En: BERGALLI, Roberto; BUSTOS, Juan (dir.). *El pensamiento criminológico I*. Bogotá: Temis, 1983, p. 123 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. Barcelona: PPU, 1987, p. 284 y ss.; PAVARINI, Máximo. *Control y dominación*. Traducido por MUÑAGORRI, Ignacio. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2002, p. 108 y ss.; BARATTA, *Criminología crítica*, p. 66 y ss.

²⁷ Así, KYMLICKA, *Ciudadanía*, p. 36.

²⁸ COLÁS TURÉGANO, Asunción. “Tratamiento penal de la diversidad cultural”. En: BORJA JIMÉNEZ, Emiliano (coord.). *Diversidad cultural: conflicto y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 392 y ss.; ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho Penal*, Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 29; LILLO VERA, Rodrigo. “Los derechos de los indígenas y el nuevo sistema procesal penal”. *Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco*. n° 2, 2001, p. 121; IZARD, “Éxodos”, p. 525 y ss.

traducía en desconocer las diferencias —unos eran más iguales que otros—. ²⁹ Tanto la segregación como la asimilación respondían, en mayor o menor grado, a visiones etnocentristas, en que los valores de la mayoría se imponían como medida de unidad respecto del resto ³⁰ y en donde la religión, a través de la evangelización, cumplía un importante papel en los procesos de aculturación. ³¹ 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. ³²

Hoy más bien se habla de Estados multiculturales, por el reconocimiento que se hace de la pluralidad cultural, como lo demuestran diversas Constituciones de países latinoamericanos, al resaltar el carácter multiétnico y pluricultural de sus Estados ³³. Ello supone un reconocimiento acerca de la diversidad cultural. ³⁴ Aun cuando *infra* se expondrá cómo se puede articular este reconocimiento, es interesante mencionar que existen instrumentos internacionales que exigen a los Estados, en donde existen minorías, que dispongan de las medidas necesarias para hacer efectiva la diversidad cultural. Es el caso

²⁹ Acerca del desarrollo histórico de la asimilación, PRADO D., Maximiliano. *La cuestión indígena y las exigencias de reconocimiento*. Colección de Investigaciones Jurídicas. Universidad Alberto Hurtado. n° 3, 2003, p. 25 y ss. Para GARCÍA VITOR, Enrique. “Culturas diversas y sistema Penal”. UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO. *Problemas actuales de Derecho Penal*. Temuco: Imprenta Austral, 2003, p. 81, tales políticas de integración a la cultura dominante se traducían en un *etnocidio*, pues se afectaba a la minoritaria en sus raíces. Luego, el autor en p. 84 resalta que la antropología propia del *Siglo de las Luces* era comprender al hombre americano desde la perspectiva europea. Prueba de ello es el Código Penal del Perú del año 1924 en donde se distinguía entre *salvajes*, *semicivilizados* y *civilizados*. En p. 95 cita el caso del Código Penal boliviano de 1973 que estima inimputable al *indio selvático* y semi-inimputable al *inadaptado cultural*. Respecto a lo sucedido en Perú, HURTADO POZO, José. “El indígena ante el Derecho Penal: caso peruano”. En: <http://www.unifr.ch/derechoPenal/articulos/pdf/HurtadoPozo2.pdf> (consultado el 13 de marzo de 2007); EL MISMO, “Derecho Penal y diferencias culturales: el caso peruano”. En: BORJA JIMÉNEZ, Emiliano (coord). *Diversidad cultural: conflicto y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 377-378. Muy ilustrativo del pensamiento de aquella época —primeros años del siglo XX— resulta el trabajo de VIÑAN, Ángel. “El problema de la responsabilidad Penal del indígena ecuatoriano”. *Revista de Ciencias Penales*. 1942, t. VI, p. 274 y ss.; 420 y ss. En p. 275 afirma que hay seres que de humanos sólo tienen el nombre, como ocurre con los indígenas del Ecuador.

³⁰ BERNARDI, “El derecho penal”, p. 24.

³¹ GARCÍA VITOR, “Culturas diversas”, p. 89.

³² GARCÍA VITOR, “Culturas diversas”, p. 86. El filósofo afroamericano Cornel West cuenta que cuando niño al saltar en una piscina el resto de los bañistas blancos salieron de ella. Al principio no sabía por qué, pero luego comprendió que para ellos él estaba “ensuciando” el agua. El cuerpo de una persona de raza negra era visto como impuro. Quizás vivencias como la relatada lo llevaron a dedicarse a temas sobre el racismo y las relaciones culturales. WEST, Cornel. *Prophetic thought in postmodern times. Beyond Eurocentrism and Multiculturalism*. v. 1. Monroe (Maine): Common Courage Press, 1993, p. 77.

³³ Es el caso, por ejemplo, de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. VALENZUELA REYES, Mylene. “Derechos de los pueblos indígenas en el contexto internacional, especialmente en lo relativo a los aspectos penales”. *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*. n° 6, 2003, p. 16, destaca el progresivo avance que ha tenido lugar en los últimos cincuenta años.

³⁴ DE MAGLIE, “Multiculturalismo”, p. 184 expone cuáles han sido los modelos seguidos en los Estados Unidos, los que van desde el *Melting pot* (antes de 1900) en que se enfatiza en la unidad (único pueblo, única nación y única cultura). Luego, entre 1920 y 1960 se avanza hacia un reconocimiento de la diversidad, siempre que no perjudique el credo americano —pluralismo cultural—. Finalmente, desde 1970 hasta hoy se habla derechamente de multiculturalismo, pues se valora la pertenencia a una etnia y las diferencias. Es más se resalta la supremacía de grupos. También en KYMLICKA, *Ciudadanía*, p. 30.

del Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁵ y el Convenio OIT 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de 1989.³⁶ En cuanto a Chile, el 5 de octubre de 1993 se publica la Ley N° 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y que crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI).³⁷

Paralelamente, surgen una serie de planteamientos teóricos dirigidos a determinar de qué forma deben los Estados enfrentar la diversidad cultural. Y es que, una cosa es reconocer que la diversidad existe, pero otra es establecer los mecanismos para que aquéllas se puedan manifestar, dentro de una esfera en la que prevalecen otros cánones culturales. Es decir, la cuestión a resolver es si será suficiente tolerar la diversidad, manteniendo una actitud pasiva o, en cambio, será preciso un tratamiento normativo que garantice los derechos de ciertos grupos. La respuesta a esta disyuntiva no es fácil, pues si bien puede parecer justo propiciar la tutela de culturas minoritarias, no se puede dejar de considerar que un favorecimiento extremo de la diversidad puede llevar a exacerbar las identidades y con ello construir más bien barreras que puentes de integración.³⁸

Por otro lado, desde el punto de vista del Derecho penal, el establecimiento de diferencias en los tratamientos punitivos puede dar margen a la generación de manifestaciones de rechazo hacia una cultura particular. Basta pensar en los peligros que pueden generarse frente a una absoluta igualdad cultural: manifestaciones de intolerancia frente a determinadas costumbres que no son compartidas por la mayoría. ¿Por qué sólo por razones religiosas debe un musulmán bígamo recibir un tratamiento favorable al resto de la población?³⁹ Sin perjuicio de lo expuesto, tampoco debe dejarse de lado la pregunta de si tales decisiones pueden estar dificultando su integración en la sociedad receptora. Frente a lo anterior, y reiterando la cuestión recién formulada, ¿debe el Estado limitarse a no interferir o, por el contrario, debe asumir una posición activa promoviendo la diversidad cultural?⁴⁰ ¿Puede el Estado impedir las manifestaciones culturales públicas, reduciendo la

³⁵ Art. 27 PIDCP: "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". MORMANDO, Vito. "Religione, laicità, tolleranza e diritto penale". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2005, p. 652, destaca la relevancia que la laicidad, pluralismo, multiculturalismo y tolerancia están teniendo en el contexto europeo. En este mismo sentido, BERNARDI, "El derecho penal", p. 29-30.

³⁶ Ver en http://www.coica.org/sp/ma_resoluciones/convenio169_sp02.html (consultado el 13 de marzo de 2007). LILLO, "Los derechos", p. 95, destaca el avance que ha significado en las legislaciones internas tales normas internacionales, dando lugar a verdaderas reformas dentro de los Estados.

³⁷ PRADO, *La cuestión indígena*, p. 39 y ss.

³⁸ BERNARDI, "El derecho penal", p. 26.

³⁹ También se lo cuestiona, BERNARDI, "El derecho penal", p. 29.

⁴⁰ Sobre este punto, MORMANDO, "Religione", p. 653, señala que la Constitución italiana y la Unión Europea deben disponer el diálogo y no asumir una posición neutral. Interesante es tener en cuenta que en la discusión de la Constitución Europea no se estableció ninguna referencia al cristianismo, lo que generó una fuerte polémica, pues no son pocos los pensadores que sostienen que el pilar fundamental de la cultura europea y lo que otorga su esencia es, precisamente el cristianismo. Así, ELIOT, Thomas S. *Notas para la definición de la cultura*. Traducido por DE ASÚA, Félix. Barcelona: Bruguera, 1984, p. 186 señala: "Todo nuestro pensamiento adquiere significado por los antecedentes cristianos. Un europeo puede no creer en la verdad de la fe cristiana, pero todo lo que dice, crea y hace, surge de su herencia cultural cristiana y sólo adquiere significado en relación a esa herencia. Sólo una cultura cristiana ha podido producir a un Voltaire o

identidad cultural a la esfera privada —como sucede en Francia—⁴¹ o, por el contrario, —como acaece en Québec, Canadá—, obligar a las familias de origen francés a que sus hijos asistan a escuelas francesas?⁴²

1.3. Entre el liberalismo y el comunitarismo

Las dos principales corrientes de pensamiento que discuten acerca de cómo proteger a las minorías y si es preciso el reconocimiento de derechos culturales colectivos, fundados en la condición de pueblos, han sido el liberalismo y el comunitarismo. El eje central de la cuestión es si es indispensable o no que una sociedad respete las diversidades culturales de manera particular o si es suficiente, para brindar dicha protección, garantizar efectivamente los derechos civiles y políticos de sus ciudadanos. En definitiva, si el énfasis se encuentra en los intereses grupales por sobre los del individuo o no.⁴³ El ya citado ejemplo de Québec es ilustrativo, ¿es válido limitar libertades fundamentales para favorecer la preservación de ciertas culturas?

En las páginas que siguen —sólo los trazos más elementales y de un modo esencialmente expositivo, pues excede el propósito de este trabajo—, examinaré las tesis expuestas por el liberalismo y el comunitarismo.⁴⁴

Sin embargo, antes de exponerlas, quisiera explicar qué se entiende por derecho cultural, considerando que parte importante de la discusión dice relación con esta noción.⁴⁵ Cuando se habla de derechos culturales se expresa un interés por proteger las diferencias, es decir, disponer tratamientos particulares conforme el titular pertenezca una cultura determinada.

un Nietzsche. No creo que la cultura europea sobreviviera a la desaparición completa de la fe cristiana. Y estoy convencido de ello, no sólo como cristiano, sino como estudiante de biología social. Si el cristianismo desaparece, toda nuestra cultura desaparecerá con él”.

⁴¹ VIOLA, “Diritti fondamentali”, p. 55 se manifiesta crítico a medidas de esta naturaleza, estimando que el Estado no puede excluir de la deliberación pública, salvo en casos excepcionales, las manifestaciones religiosas ni sus signos identitarios.

⁴² Firme partidario de esta medida, TAYLOR, Charles. *El Multiculturalismo y la “política del reconocimiento”*. Traducido por UTRILLA DE NEIRA, Mónica. México DF: Fondo de cultura económica, 1993, p. 87. Para ilustrar las posiciones antagónicas entre Taylor y Habermas, CORTÉS RODAS, Francisco. “Multiculturalismo: los límites de la perspectiva liberal”. En: CORTÉS RODAS, Francisco; MOSALVE SOLÓRZANO, Alfonso. *Multiculturalismo. Los derechos de las minorías*. Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia. Murcia: DM, 1999, p. 119 y ss.

⁴³ ACKERMAN, Bruce. “Liberalismos políticos”. En: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_02.pdf (consultado el 12 de marzo de 2007). Para LAMO DE ESPINOSA, “Fronteras”, p. 19 hablar de “derechos de los pueblos” resulta peligroso. Como expone, GROSSO, Enrico. “Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana”. En: BERNARDI, Alessandro (coord.) *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano: Giuffrè, 2006, p. 121. en un primer momento las pretensiones de las minorías apuntan a adquirir el derecho a residir y de que se les permita trabajar y tener una vida digna. Sólo una vez adquirido tal estatus, comienzan las exigencias dirigidas a incorporarse al tejido social, pero respetándoseles su propia identidad.

⁴⁴ Exposición sucinta, pero ilustrativa en RUIZ RUIZ, Ramón. “Liberalismo y comunitarismo: dos perspectivas antagónicas del fenómeno multicultural”. En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.; LÓPEZ GARCÍA, J. A.; DEL REAL ALCALÁ, A.; RUIZ RUIZ, R. (eds.). *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 35 y ss.

⁴⁵ GALEOTTI, Anna Elisabetta. “I diritti collettivi”. En: VITALE, Ermanno (ed.). *Diritti umani e diritti delle minoranze*. Torino: Rosenberg & Seller, 2000, p. 32 y ss.

Éstos pueden ser individuales o colectivos. Los primeros apuntan a que su ejercicio corresponde al individuo conforme a su pertenencia al grupo. Es el caso, por ejemplo, de la mujer musulmana que puede usar el *hiyab* o velo en lugares públicos. Por su parte, son derechos culturales colectivos, aquellos en que se atribuyen derechos a un sujeto colectivo por sobre el individuo, cuyos derechos se pueden ver limitados. Un caso paradigmático, es el ya citado de la comunidad francófona de Québec.⁴⁶

A su vez, los derechos culturales pueden ser negativos y positivos. Respecto de los negativos, éstos tienen un contenido similar a los derechos individuales de corte liberal, por cuanto suponen la no interferencia del Estado o de otros individuos en el ejercicio de estos derechos. Así sucede cuando se dispone, v. gr. la libertad de asociación, de culto, de enseñanza, etc.⁴⁷ Ahora bien, puede ocurrir que la no interferencia del Estado se traduzca en derechos colectivos al disponer, por ejemplo, de formas de administración de justicia. Los positivos, por su parte, suponen que el Estado debe adoptar medidas tendientes a preservar ciertas culturas. Así, por ejemplo la lengua, como sucede en Québec; la construcción de edificios para la práctica religiosa.⁴⁸ Es más, se afirma que una de las formas más efectivas de ejercitar estos derechos colectivos positivos es instaurando derechos de representación pública, de manera que tengan la correspondiente presencia dentro de las organizaciones públicas decisionales.⁴⁹

Fundamentalmente, para el liberalismo el Estado debe garantizar a todos sus derechos fundamentales, de manera de asegurar las mayores libertades para poder elegir, sin que el Estado u otros sujetos interfieran en su decisión; es decir, sólo se debe brindar las condiciones necesarias para que cada sujeto se pueda desarrollar autónomamente. Conforme a lo anterior, el Estado debe asumir una posición neutral frente a los diversos modos de vida, esto es, respetar las diversas expresiones culturales sin asumir una función promocional por alguna de ellas, pues de hacerlo, violentaría uno de sus principios basales, a saber, el de que todos somos libres e iguales. Incluso, tampoco sería lícita la intervención del Estado, aun cuando pueda tratarse de comportamientos imprudentes para el propio sujeto, criticando con ello aquellas legislaciones “paternalistas” que suponen restricciones a la libertad —así, el consumo de drogas adictivas—.⁵⁰

⁴⁶ Para GALEOTTI, “I diritti”, p. 32, el derecho de autodeterminación de un pueblo es un derecho colectivo, cuyo ejercicio sólo le corresponde al grupo, que puede obrar en contra del interés de individuos pertenecientes a él.

⁴⁷ Así, el Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, citado en n. 35; GRANDI, *La responsabilità*, p. 27.

⁴⁸ *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*. Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992. En: http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/d_minori_sp.htm (consultado el 13 de marzo de 2007).

⁴⁹ Es el parecer de GALEOTTI, “I diritti”, p. 40.

⁵⁰ KYMLICKA, *Ciudadanía*, p. 117-119. Como explica TAYLOR, *El Multiculturalismo*, p. 86, el liberalismo arraiga sus fundamentos en Kant, al estimar que la dignidad humana consiste en la autonomía, es decir, en su capacidad para determinar por sí mismo lo que es una vida buena. Precisamente, acerca de la autonomía en Kant, entre otras cuestiones, RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. Traducido por GONZÁLEZ, María Dolores. Madrid: Ediciones F.C.E. España, 1979, p. 287 y ss.

Agrega además Kymlicka, a favor de la libertad, la trascendencia de la equivocación, como expresión de la libertad individual. En efecto, para el autor es importante que el individuo se equivoque, pues le permite apreciar evaluar las concepciones de lo bueno —y no las que imponga el Estado—. Nadie quiere vivir sobre la base de falsas creencias. Según Kymlicka para llevar una vida buena es preciso tener en cuenta dos condiciones: la primera, dirigir la vida desde dentro, de acuerdo a sus propias convicciones sobre lo que da valor a la vida. Para ello es preciso brindar las libertades necesarias. La segunda condición es que siempre somos libres para cuestionar estas creencias. De allí que resulta esencial en una sociedad liberal, la educación y la libertad de expresión y asociación.⁵¹

Para el pensamiento liberal los problemas que imponen fenómenos como el multiculturalismo se enfrentan de mejor forma manteniendo el Estado una posición neutral, esto es, no debiendo asumir perspectivas que signifiquen promover ciertos grupos culturales o desincentivar la pertenencia a éstos. Desde esta perspectiva, la igualdad se expresa prohibiendo cualquier forma de discriminación, ya sea por género, raza, religión u otras formas de identidad. De esta forma, las limitaciones al ejercicio de determinados derechos, no provienen del ser sino por el hacer, esto es, en la medida que se lesiones la autonomía del otro.

Nada más lejos puede estar del liberalismo la generación de derechos culturales colectivos —como sí lo proponen los comunitaristas—, pues afecta la igualdad entre los individuos, estableciendo discriminaciones sobre la base de la pertenencia a un grupo.⁵² Lo anterior no quiere significar, en todo caso, el desconocimiento de las distintas realidades culturales o, procurar su eliminación. Lo que se propone es que estas particularidades culturales puedan ser protegidas a través de un efectivo reconocimiento de los derechos civiles y políticos. Así, en la medida en que se garantice la libertad de asociación, las minorías culturales hallarán el espacio suficiente como para expresarse. Por tanto, depende de sus integrantes la preservación de su cultura, sin que se requiera de la “ayuda estatal”.⁵³ Es injusto e innecesario el reconocimiento político. Innecesario porque si son valiosas tendrá interesados en participar en ellas. Injusta, pues subvenciona preferencias particulares a expensas de otros.⁵⁴ Fue, por ejemplo, el camino seguido por Europa, en donde cesaron los enfrentamientos religiosos sólo cuando se separó la Iglesia del Estado. Hoy, la tolerancia religiosa ha permitido preservar las minorías religiosas.⁵⁵

⁵¹ KYMLICKA, *Ciudadanía*, p. 119.

⁵² Una posición crítica al establecimiento de derechos colectivos, HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Traducido por VELASCO ARROYO, Juan Carlos. Barcelona: Paidós, 1999, p. 189 y ss. En p. 194, afirma: “Tan pronto como tomemos en serio esta conexión *interna* entre el Estado de Derecho y la democracia se ve claramente que el sistema de los derechos no sólo no es ciego frente a las desiguales condiciones sociales de vida, sino que tampoco lo es frente a las diferencias culturales”. (Cursiva en el original).

⁵³ Para KYMLICKA, *Ciudadanía*, p. 151-152, cada individuo es libre para crear o pertenecer a las asociaciones que formen parte del “mercado cultural”. La existencia de las culturas minoritarias dependerá de cuan atractivas puedan resultar.

⁵⁴ KYMLICKA, *Ciudadanía*, p. 151.

⁵⁵ RUIZ, “Liberalismo”, p. 45.

Si las minorías pueden expresarse libremente, garantizando el Estado a través de su posición neutral, los derechos civiles y políticos y en la medida que sus expresiones no interfieran ni afecten el derecho de los demás, nada más queda por hacer. Ahora bien, las dudas surgen cuando se está frente a manifestaciones culturales débiles, en donde pueden existir dificultades en la transmisión de sus valores. Dicho en otros términos, cuando existe el riesgo de desaparecer. Precisamente, una de las críticas que se hace al fenómeno de la globalización, como ya resaltó *supra*, es la tendencia a la homogeneización cultural y la predominancia de la europeo occidental. Sobre este punto, las tesis liberales son claras. Lo esencial es la protección de la libertad no la diversidad cultural. En condiciones de libertad, los modos de vida satisfactorios tenderán a desplazar a aquellos que no lo son, pues, en definitiva, el valor de los diversos modos de vida se demuestra en la práctica.⁵⁶

Para los comunitaristas, las posturas recién examinadas no enfrentan adecuadamente los nuevos desafíos que impone la sociedad moderna, entre ellos, la multiculturalidad.⁵⁷ En términos generales —existen diversas corrientes, por lo que aquí se examina las que digan relación con la protección de las minorías—, puede afirmarse que una de las principales críticas es que los liberales parecen entender que los seres humanos no se autorrelacionan ni toman en consideración el contexto cultural en el que se hallan, como si cada uno se bastara a sí mismo, motivándose conforme a sus propios objetivos.⁵⁸ En cambio, para las tesis comunitaristas, cada sujeto encuentra su identidad en la medida que se ubica dentro de un contexto social.

Como señala Taylor, la plenitud se alcanza a través de la adquisición del lenguaje, no sólo al emitir palabras, sino también al expresarnos a través de gestos, el arte; es decir, la génesis de la mente humana no es monológica —que cada uno logre por sí mismo— sino dialógica.⁵⁹ Se critica pues, no que los liberales desconozcan el contexto cultural, sino más bien, la relevancia que éstos le brindan. Agrega además Sandel, que no es posible la neutralidad, pues el ser humano no puede prescindir de las condiciones en las que se halla. Es, sencillamente desconocer la naturaleza “social” del hombre.⁶⁰

Conforme a lo anterior, el Estado no puede permanecer inactivo —política de la neutralidad— y por tanto, debe asumir una postura especialmente activa en la promoción de ciertas expresiones culturales, reflejando así un interés en la prosecución de ciertos bienes

⁵⁶ KYMLICKA, Will. *Filosofía política contemporánea*. Traducido por GARGARELA, Roberto. Barcelona: Ariel, 1995, p. 242.

⁵⁷ Como se señaló en n. 50, el liberalismo encuentra sus fundamentos en el pensamiento de Kant, en cambio, los comunitaristas en Hegel. Al respecto, TAYLOR, Charles. *Hegel y la sociedad moderna*. Traducido por UTRILLA, Juan José. México DF: Fondo de cultura económica, 1983.

⁵⁸ LIPKIN, “Can Liberalism”, p. 1 y ss., expone las dificultades que para el liberalismo representa la protección de las minorías.

⁵⁹ TAYLOR, *El Multiculturalismo*, p. 52-53. Según Walzer, Taylor no se inscribiría dentro del comunitarismo, sino que participaría de una variante del liberalismo que él denomina liberalismo 2. Sobre esta distinción, WALZER, Michael. “Comentario”. En: TAYLOR, Charles. *El Multiculturalismo y la “política del reconocimiento”*. Traducido por UTRILLA DE NEIRA, Mónica. México DF: Fondo de cultura económica, 1993, p. 139 y ss.

⁶⁰ SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits of Justice*. New York: Cambridge University Press, 1982, p. 11.

compartidos—política del bien común—. ⁶¹ Sobre este punto, los comunitaristas sostienen que la neutralidad no es más que una quimera, pues siempre todo orden social y político se dirige hacia ciertos fines. ⁶²

En lo que respecta al problema de la diversidad cultural y la protección de las minorías, la posición de los comunitaristas es la asunción de compromisos particulares de amparo, sobre todo, respecto de aquellas que manifiestan una particular debilidad, como sucede, por ejemplo, con los indígenas americanos, que por largos siglos han sido sometidos a políticas de asimilación. Precisamente, es la posición asumida por Walzer, quien considera que los pueblos indígenas, incluso en condiciones de autonomía, no podrían mantener sus formas de vida dentro de políticas liberales. ⁶³

Se ponen pues, de manifiesto dos formas de entender el respeto a la igualdad. Por una parte, los que afirman —liberales— que las personas deben ser tratadas sin considerar las diferencias, ya que, de ser así, se introduce la discriminación. Por otra parte, los que estiman necesario el fomento de la particularidad —los comunitaristas—, pues es el mecanismo que permite amparar la identidad, evitando incorporarlas a un molde homogéneo al que no pertenecen. Hablar de neutralidad es más bien una ilusión y afirmar la igualdad no sería más que lo que dispone la cultura predominante. ⁶⁴ Para Taylor lo anterior —la dignidad igualitaria del liberalismo— no sólo es inhumano al suprimir las identidades, sino que es sutilmente discriminatorio. ⁶⁵ Para la visión comunitarista no es posible comprender los derechos constitucionales fundamentales como neutrales, ajenos a toda consideración cultural. Por el contrario, una sociedad multicultural es tal, en la medida que sea capaz de ofrecer diversas interpretaciones de los derechos fundamentales, lo que no significa que todas las interpretaciones sean admisibles, así como tampoco puede estimarse que sólo una de ellas sea la verdadera. ⁶⁶ Se considera necesario disponer, para la conservación de ciertas expresiones culturales, de políticas que expresen el reconocimiento de derechos de carácter colectivo, los que, en algunos casos, pueden estar por sobre los derechos individuales. La expresión de dichos derechos culturales se estructuran sobre la base del reconocimiento de las diferencias que se presentan respecto de determinadas identidades culturales.

Es discutible que el liberalismo sea incapaz de dar respuesta a la protección de las minorías, lo que sí rechaza es el establecimiento de derechos colectivos, por lo que éstos representan

⁶¹ Así lo expone RUIZ, “Liberalismo”, p. 53.

⁶² El punto es cómo resolver cuáles son estos bienes compartidos. KYMLICKA, *Filosofía política*, p. 227-228. Destaca en p. 228: “Un Estado comunitarista puede y debe alentar a las personas para que adopten concepciones de lo bueno que se adecuen a la forma de vida de la comunidad, y al mismo tiempo desalentar las concepciones de lo bueno que entran en conflicto con ella”.

⁶³ WALZER, *Tratado*, p. 60-61.

⁶⁴ Así, GALEOTTI, “I diritti collettivi”, p. 34.

⁶⁵ TAYLOR, *El Multiculturalismo*, p. 67-68.

⁶⁶ Así lo expone, VIOLA, “Diritti fondamentali”, p. 50-51, quien pone como ejemplo la Carta africana, en donde se ha destacado más los aspectos colectivos que los individuales, propiciando el desarrollo de los pueblos.

para los derechos individuales.⁶⁷ Es por ello que, sin renunciar al principio de autonomía individual, se pronuncian a favor de una promoción de la autonomía de los “menos autónomos”, esto es, de aquellos que pertenecen a culturas minoritarias. Lo anterior supone reconocer la existencia de derechos culturales individuales, tanto negativos como positivos, a través de acciones afirmativas. Éstas exigen disponer de condiciones de paridad, que permitan concretar el principio de igualdad, no ya formal, sino también sustancial.⁶⁸

Consecuente con lo anterior, para los liberales hablar de grupos culturales, como sujetos titulares de derechos, resulta extremadamente vago, por la dificultad de disponer de criterios objetivos que definan esa cultura y, como ya se ha señalado, por ser limitador de los derechos individuales. Basta pensar, en quien no quiera participar en tales grupos aun cuando sea parte de éste —así, los franceses de Québec—. ⁶⁹ Se observa pues, que la consagración de derechos colectivos no contempla las voces de disconformidad, lo que generaría una especie de “minoría dentro de una minoría”.⁷⁰ Es por ello que resulta discutible que la consagración de los derechos colectivos se estructure sobre la base de condiciones de subsistencia de las minorías, pues, si éstas culturas resultan interesantes, sobre todo para los que formen parte de ellas, bastaría establecer un escenario que les permita expresarse sin ser discriminados y sin impedir, claro está, que quienes no se sientan representados puedan dejar de participar.⁷¹

Lo expuesto pone de manifiesto las dificultades que se presentan para disponer de instrumentos que permitan un reconocimiento y protección de las minorías culturales. Ahora bien, la discusión no es menor e indudablemente no está cerrada, pero es necesario

⁶⁷ Kymlicka estima que es posible una conciliación entre liberalismo y comunitarismo. Propone una especie de *liberalismo comunitarista*, con el que procura conciliar las tesis liberales con las comunitaristas. Es decir, sin dejar de lado los presupuestos esenciales del liberalismo, particularmente representado por el respeto a la autonomía individual, reconoce que no es posible dejar de lado consideraciones culturales, pues éstas, en definitiva, condicionan la autonomía del sujeto, KYMLICKA, *Ciudadanía*, p. 151 y ss. Y es que, según Kymlicka, tales consideraciones valorativas determinan las decisiones que el sujeto adopta. Para tal efecto propone establecer *derechos diferenciados* conforme al grupo, pero instrumentalizados en función al individuo, KYMLICKA, *Ciudadanía*, p. 57 y ss.; para LIPKIN, “Can Liberalism”, p. 3 y ss., la distinción entre culturas deliberativas y las dedicadas permite apreciar donde el liberalismo puede justificar la tolerancia. Para ello distingue entre los *derechos poliétnicos*, en donde se comprende los derechos culturales individuales, positivos y negativos; los *derechos de representación especial*, y los *derechos de autogobierno*. Se critican estas propuestas, pues nada impide que el ejercicio de estos derechos pudieran suponer exigencias de exclusión del derecho común, estableciéndose regímenes que afecten los derechos de sus integrantes. Asimismo, si bien Kymlycka afirma que existe una decisión autónoma de participación, ésta puede ser más bien nominal, pues con el fin de asegurar los derechos de autogobierno, se dispongan de medidas que dificulten su salida. Además, cuando estos grupos se desarrollan y sus integrantes comienzan a desplegar lazos sociales y económicos, salir resulta extremadamente complejo, DOPPELT, Gerald. “Liberalism and illiberalism: Illiberal Cultures and Group Rights: A Critique of Multiculturalism in Kymlicka, Taylor, and Nussbaum”. *Journal of Contemporary Legal Issues. University of San Diego School of Law*. 2002, 12, (Lexisnexis Academic, 17p.), p. 1 y ss.

⁶⁸ Al respecto, COMANDUCCI, Paolo. “Quali minoranze? Quali diritti? Prospettive di analisi e di classificazione”. En: VITALE, Ermanno (ed.). *Diritti umani e diritti delle minoranze*. Torino: Rosenberg & Sèller, 2000, p. 47 y ss.

⁶⁹ COMANDUCCI, “Quali minoranze?”, p. 60.

⁷⁰ GRANDI, *La responsabilità*, p. 34.

⁷¹ Acerca de la relevancia de la laicidad y tolerancia en las democracias occidentales, MORMANDO, “Religione”, p. 656.

convenir en lo siguiente: según la tesis que se defiende tiene particulares repercusiones en materia de derechos fundamentales.⁷² En efecto, mientras los liberales, fundamentalmente sostienen que aquéllos están dotados de un valor universal y por tanto, su contenido es inmutable, para los comunitaristas, su universalidad queda sujeta a valoraciones históricas, en consecuencia su comprensión puede variar conforme a determinadas realidades.⁷³

Tales dificultades y conflictos propios de las sociedades multiculturales repercuten en el Derecho penal. Precisamente la discusión que se acaba de exponer refleja cuán complejo es resolver conflictos culturales. De qué forma la pertenencia a un determinado grupo puede condicionar la resolución de estos conflictos. En las páginas que siguen se pretende asumir tales problemas. Basta tener presente lo siguiente para dimensionar su alcance: si es posible limitar el principio de igualdad ante la ley penal por la comisión de hechos culturalmente condicionados.

2. Problemas multiculturales y Derecho penal

2.1. Primeras consideraciones

Si bien existe un avance en el reconocimiento y el respeto de las minorías culturales, también es preciso poner de manifiesto que se presentan una serie de encrucijadas que es indispensable develar para poder resolver los problemas que el multiculturalismo impone al Derecho penal.

Sobre este punto, es interesante resaltar la experiencia norteamericana —sociedad multicultural por antonomasia—, pues como se verá *infra*, han tenido lugar importantes discusiones en torno a cómo conciliar el respeto a la diversidad cultural y el respeto a las exigencias de uniformidad y credibilidad del sistema penal.⁷⁴ Precisamente, la configuración de la sociedad norteamericana le ha permitido enfrentar los problemas propios del multiculturalismo de una manera diversa a como lo ha hecho Europa.⁷⁵ El que en este último continente la discusión gire sobre los delitos culturales —*cultural offence*— o delitos culturalmente motivados —*culturally motivated crimes*— y que en Estados Unidos sea sobre defensas culturales —*cultural defences*— refleja que los europeos recién se están asomando al problema, dedicándose a definir los límites que permitan distinguir un delito cultural de otros.⁷⁶ En cambio, para los norteamericanos lo determinante no es ya

⁷² GRANDI, *La responsabilità*, p. 38-40.

⁷³ *Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos*. (Carta de Banjul). Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya. En: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf>. (consultado el 12 de marzo de 2007). *Declaración de El Cairo sobre los Derechos Humanos en el Islam*. Aprobada en El Cairo el 5 de agosto de 1990. En: <http://www.gees.org/pdf/952/>. (consultado el 12 de marzo de 2007).

⁷⁴ Así, MONTICELLI, Luca. “Le ‘cultural defenses’ (esimenti culturali) e i reati ‘culturalmente orientati’. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale”. *L’indice Penale*, 2003, p. 536.

⁷⁵ Sobre este punto, FOLETS, Marie-Claire. “Cultural Delicts: the repercussion of Cultural Conflicts on Delinquent Behaviour. Reflections on the Contribution of Legal Anthropology to a Contemporary Debate”. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. v. 6, 1998, p. 187 y ss.

⁷⁶ Para PAVARINI, “Criminalità”, p. 175, Europa difícilmente se convertirá en una sociedad multicultural como es Estados Unidos.

hablar de delitos culturalmente motivados, pues tienen claro su existencia, sino cómo estructurar eximentes o atenuantes que guarden relación a consideraciones culturales.⁷⁷

En todo caso, no deja de ser paradójico que se impongan normas penales a sujetos que, en muchos casos, ni siquiera tienen derecho a voto y por tanto, no contribuyen a la generación de la norma, la que, además, les resulta completamente ajena. No obstante, también debe tenerse presente que establecer excepciones en países con fuerte inmigración, puede poner en entredicho la vigencia de esa norma, de ahí pues, que resulte complejo que se establezcan excepciones como el error.⁷⁸ Justamente, *infra* se examinará la conveniencia o no de establecer expresas eximentes fundadas en motivaciones culturales. Sin embargo, y tomando en consideración lo anterior, se mantiene la pregunta ¿hasta dónde una sociedad democrática puede tolerar comportamientos que colisionan con aquellos que esa misma sociedad ha reconocido como suyos?

La respuesta no es fácil, pues guarda relación con límites del reconocimiento de la multiculturalidad. Si es consustancial a una sociedad democrática la tolerancia, ¿dónde se fija el límite? ¿Debe una sociedad democrática tolerar grupos pertenecientes a ciertas culturas que la amenazan? Cuestión no menor, pues uno de los peligros más acuciantes que enfrenta la sociedad moderna es el terrorismo islámico fundamentalista, que se dirige, explícitamente, a destruir la civilización occidental. El propio Walzer, frente a dilemas como éste, afirma que la exclusión de ciertas manifestaciones culturales no es un acto de intolerancia sino de prudencia mínima.⁷⁹ Es cierto, que el ejemplo citado del acto terrorista es extremo y no es el que usualmente enfrenta una sociedad multicultural, pero, no por ello deja de poner de manifiesto los conflictos que se presentan. Pero, qué sucede con aquellos actos más comunes y consentidos dentro de un contexto cultural, que son valorados como delitos dentro de la sociedad en la que se insertan. O siendo delitos para ambas culturas, las consecuencias punitivas son diversas.

Los ejemplos son por todos conocidos, basta citar los más paradigmáticos: las mutilaciones genitales admitidas por ciertas culturas del norte africano y otros países árabes;⁸⁰ la poligamia practicada por musulmanes; las muertes, incluso de menores, para resguardar el honor familiar; los actos constitutivos de maltrato familiar o de trabajo infantil que son

⁷⁷ MONTICELLI, "Le 'cultural defenses'", p. 538-539. Para este autor que así suceda se debe a que recién los europeos se están aproximando al problema, preocupándose más bien de cómo un inmigrante enfrenta las normas de la cultura dominante.

⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 108-109.

⁷⁹ WALZER, *Tratado*, p. 24; MORMANDO, "Religione", p. 656, establece que la laicidad, reconocida en la Constitución italiana como en el tratado de la Unión Europea, es la medida esencial de tolerancia que deben disponer las democracias liberales.

⁸⁰ Tales agresiones hacia la mujer están lejos de ser erradicadas, pues se mezclan motivos religiosos y sociales. Estas prácticas suponen que se está frente a una mujer "limpia", ya que mantener los órganos sexuales completos es sinónimo de impureza, lo que impide aspirar al matrimonio. Además, para las comunidades que lo practican es reflejo de pertenencia, lo que hace difícil su erradicación. Para más detalle, DI PIETRO, Francesco. "Le norme sul divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile". En : *Diritto & Diritti* <http://www.diritto.it/archivio/1/22492.pdf> (consultado el 12 de marzo de 2007); MONTICELLI, "Le 'cultural defenses'", p. 563 y ss. describe casos ocurridos en Italia. Cabe resaltar que dicho país incorporó, en enero de 2006, una disposición en el Código Penal, 583 bis y 583 ter, relativa a la mutilación genital femenina.

tolerados respecto del padre de familia.⁸¹ La mujer musulmana cubierta por el velo islámico,⁸² que se niega a descubrir su rostro cuando es objeto de un control de identidad.⁸³

A fin de ilustrar de mejor forma los conflictos que en este orden se presentan, citaré dos casos que generaron importantes repercusiones dentro de los Estados Unidos. El primero, conocido como el “caso Kimura” —*People v. Kimura*—, juzgado por la Corte de la ciudad de Los Angeles, California,⁸⁴ y que motivó la discusión acerca de las llamadas cultural defences; y el “caso Kargar” —*State v. Kargar*—, que fue resuelto por la Corte del Estado de Maine.⁸⁵

Fumiko Kimura, ciudadana norteamericana, pero que nació y creció en Japón, se enteró que su marido la engañaba y mantenía una relación extramarital. Frente a esta situación decide matarse junto a sus dos hijos, de seis meses y cuatro años. Para ello se sumerge con sus hijos en las aguas de la playa Santa Mónica de Los Angeles. Su objetivo es llevar a cabo lo que se denomina en la cultura japonesa *oyako-shinju*, es decir, el suicidio conjunto de padres e hijos. Sin embargo, por la acción de socorristas se logra salvar a la madre, mas no a los niños. Es del caso, que en Japón la práctica de la *oyako-shinju*, si bien es delito no se castiga severamente, pues en el imaginario japonés la vinculación entre padres e hijos es indisoluble, siendo el hijo una “extensión” de los padres. Habiendo sido, en consecuencia, deshonrada con el adulterio, la madre que decide suicidarse no puede dejar solos y desamparados a sus hijos, debiendo éstos por tanto, también participar en el acto, ya que, de no hacerlo, la madre sería severamente castigada por la sociedad, que la calificaría de cruel. Pues bien, como sólo Fumiko Kimura se salvó, se sintió particularmente deshonrada y avergonzada frente a la sociedad al fracasar el *oyako-shinju*. Es más, sólo tuvo palabras de resentimiento en contra de los socorristas.⁸⁶ Asimismo, durante el proceso se determinó que estaba sola, sin empleo y además abandonada por el marido, por lo que todas estas

⁸¹ Tanto MONTICELLI, “Le ‘*cultural defenses*’”, p. 541-544, como DE MAGLIE, “Multiculturalismo”, p. 175, en p. 185 y ss. exponen casos emblemáticos ocurridos en los Estados Unidos; POMORSKI, “On Multiculturalism”, p. 4; VILLAR, *Derechos humanos*, p. 41.

⁸² Se debe tener presente que en la cultura musulmana la mujer se cubre de distintas maneras, según qué parte del cuerpo. Es así, que el *hiyab*, usado en Marruecos, se refiere al pañuelo que cubre el cabello y el cuello. El *chador* es una vestimenta más larga que cubre prácticamente todo el cuerpo. El *haik* es en Argelia aquella prenda que cubre el cabello y hombros. Por último, el *burka* es la prenda impuesta por los talibanes, que consiste en cubrir todo el cuerpo y todo el rostro, y sólo pueden ver a través de una especie de celda de tela. Es, sin lugar a dudas, la exigencia más violenta para el desarrollo de la vida diaria, pues, prácticamente, se les impide cualquier actividad pública. Sobre lo que representan tales exigencias culturales, GARCÍA PASCUAL, Cristina. “El velo y los derechos de las mujeres”. En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.; LÓPEZ GARCÍA, J. A.; DEL REAL ALCALÁ, A.; RUIZ RUIZ, R. (eds). *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 87 y ss.

⁸³ Art. 85 del Código Procesal Penal chileno relativo al control de identidad, cuya negativa da lugar a la falta del Art. 496 N° 5 del Código Penal.

⁸⁴ N° A-091133 (Los Angeles Cty. Super Ct. 1985). Exposición del caso en nota “The cultural defence in Criminal Law”. *Harvard Law Review*. v. 99, 1986, p. 1293 y ss.; ROBINSON, Paul H. *Criminal Law*. 2ª ed. New York: Aspen, 2005, p. 746-747; WOO, Deborah. “Cultural “anomalies” and cultural defenses: towards an integrated theory of homicide and suicide”. *International Journal of the Sociology of Law*, n° 32, 2004, p. 293-294; DE MAGLIE, “Multiculturalismo”, p. 185 y ss.; MONTICELLI, Luca. “Le ‘*cultural defenses*’”, p. 541-542.

⁸⁵ *State v. Kargar*, 679 A.2d 81 (Me. 1996). Expuesto por POMORSKI, “On Multiculturalism”, p. 12-13.

⁸⁶ MONTICELLI, “Le ‘*cultural defenses*’”, p. 542.

circunstancias 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.

Mohammed Kargar, refugiado afgano junto a su familia, había contratado como *babysitter* a una joven vecina. En presencia de ésta, Kargar besó el pene de su hijo de un año y medio. La joven luego le comentó lo sucedido a su madre, quien recordó haber visto en el album de fotos de los Kargar un suceso similar, por lo que lo denunció a la policía. Kargar nunca negó los hechos, manifestando que besar el pene de su propio hijo es, dentro de su cultura, expresión de afecto paternal y que no tiene ninguna connotación sexual. A pesar de lo manifestado, se le imputó el delito de abuso sexual, siendo condenado en una primera instancia, a pesar de tenerse claro que no había significado sexual en su acto y que era una expresión cultural, sobre la base de que la conducta se comprendía dentro del delito. Sin embargo, la Corte Suprema del Estado revocó el fallo resaltando el carácter cultural y no sexual del comportamiento de Kargar.

En América Latina también se presentan casos muy ilustrativos de estos enfrentamientos culturales.⁸⁷ Es así que en Colombia, la tribu de los *U'wa* castigó por homicidio a uno de sus miembros a la pena de 60 latigazos. El punto es si tales penas se pueden admitir y no estimarlas torturas. La cuestión no es tan simple de resolver, pues para estos indígenas la pena es un castigo para restablecer el orden con la naturaleza, tiene un sentido purificador, pues el castigado vuelve a estar en armonía con su entorno.⁸⁸

También puede ocurrir que el propio ordenamiento ya disponga de una respuesta penal más benigna, respecto de comportamientos realizados por sujetos pertenecientes a ciertas culturas. Así, por ejemplo, sucede en Chile respecto de los pascuenses —Art. 13 de la Ley 16.441— tratándose de los delitos sexuales o contra la propiedad.⁸⁹ Para esta disposición no resulta relevante la cultura a la cual pertenece la víctima, lo que puede generar problemas desde la perspectiva de la vigencia de la norma, pues el respeto a las culturas minoritarias colisionaría con el derecho de las víctimas en cuanto a su protección.⁹⁰ Cuestionamientos de similar naturaleza pueden tener lugar cuando se considera que homicidios, incluso

⁸⁷ Quisiera destacar el trabajo de campo realizado por BORJA, “Sobre la existencia”, p. 272 y ss., dentro de las comunidades amerindias. Allí relata su experiencia personal acerca de los diversos sistemas penales indígenas. Llama la atención de que, en algunos casos, las respuestas penales provienen directamente de las comunidades amerindias por la completa ausencia del Estado, p. 276.

⁸⁸ VILLAR, *Derechos humanos*, p. 38. Asimismo, GARCÍA VITOR, “Culturas diversas”, p. 92-93, expone diversos comportamientos indígenas que reflejan la diversidad cultural. Por ejemplo, el infanticidio a hijos con malformaciones que se consideran producto de un maleficio. También cita el caso ocurrido en Chile tras el terremoto de 1960, donde se dio muerte a la nieta del jefe para aplacar la ira de los dioses.

⁸⁹ Art. 13: “En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables”. Además, el régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad es más beneficioso que el que le corresponde al resto de la población. Es así, que el Art. 14 de la Ley 16.441 dispone que pueden cumplir hasta 2/3 de dichas penas fuera del recinto carcelario.

⁹⁰ Acerca de la situación penal de los indígenas en Chile, VALENZUELA REYES, “Derechos de los pueblos”, p. 24 y ss.

alevosos, pero que tienen el propósito de salvar el honor familiar —cuestión de vital importancia en ciertas culturas—, no sean estimados como calificados sino simples.⁹¹

2.2. Repercusiones para el Derecho penal. Cómo enfrentar el problema

Cuando se tratan estos temas surgen interrogantes acerca de si es posible hallar un basamento valorativo común que permita hablar de una especie de Derecho penal supracultural o, al menos, si es posible establecer un mínimo común en las políticas criminales, de manera de superar determinados puntos de vista culturales.⁹² Y si la respuesta a alguna de estas interrogantes es afirmativa, surge una segunda cuestión, a saber, cuáles son éstos y cómo los precisamos.

Se ha sostenido que ese mínimo puede encontrarse en el respeto a los derechos humanos, en la medida que, sobre la base de la tolerancia, se pueda reconocer y aceptar al otro en su alteridad.⁹³ De esta manera, es posible afirmar como criterio valorativo, que autoriza establecer como un mínimo común, aquellos que se construyen sobre la base del respeto a la persona y dignidad humana.⁹⁴ Conforme a ello, no se podrían tolerar aquellas conductas contrarias a los derechos más esenciales de la persona, aún bajo el argumento de la diversidad cultural.

Sin embargo, para otros no resulta fácil sostener tales afirmaciones, pues, también se argumenta que los derechos fundamentales constituyen más bien una manifestación cultural de Occidente y por tanto, su estructura ideológica acerca de su universalidad resultaría cuestionable.⁹⁵ Por tanto, su comprensión debería quedar sujeta a las realidades en las que

⁹¹ Integrantes de una familia turca que para salvar su honor intentan matar a un estudiante turco que dejó embarazada a uno de sus miembros. En donde la venganza frente a actos de esta naturaleza es parte de la cultura. Sentencia publicada en *Neue Juristische Wochenschrift*. 1980, p. 537. Asimismo, cuando por presiones familiares un ciudadano turco mató a otro para reestablecer el honor mancillado. Sentencia publicada en *Neue Juristische Wochenschrift*. 1995, p. 602. Se trata de casos en los que la venganza y los particulares móviles para matar no se estimaron suficientes para estar frente a un asesinato. Al respecto, MONTICELLI, Luca. “Le ‘cultural defenses’”, p. 571-572.

⁹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal”. *Revista de Derecho penal y Criminología*. n° 9, 2002, p. 86.

⁹³ HÖFFE, Otfried. *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 15-17; ROXIN, Claus. “I compiti futuri della scienza penalistica”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. 2000, p. 8-9, resalta que la base común de toda legislación penal debe estar constituida por los derechos fundamentales de las personas; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “El Derecho penal ante la globalización”. En: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; DIEGO DÍAZ-SANTOS, Ma. Rosario (coords.). *El Derecho penal ante la globalización*. Madrid: Colex, 2002, p. 13; MORMANDO, “Religione”, p. 654.

⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, “Retos científicos”, p. 86; EL MISMO, “Reflexiones sobre las bases de la Política Criminal”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Coquimbo*. n° 8, 2001, p. 196-197. En el ámbito de las sanciones dentro del derecho indígena, RAMÍREZ, Silvina. “Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario”. En: *Pena y Estado. Justicia penal y comunidades indígenas*. n° 4, 1999, p. 73, sostiene que jamás pueden contradecir las disposiciones relativas a la protección de los derechos humanos.

⁹⁵ VILLAR, *Derechos humanos*, p. 44; GARCÍA VITOR, “Culturas diversas”, p. 80. Acerca de la tensión entre la tendencia civilizadora de Occidente, procurando imponer una cultura global, y la pluralidad cultural, CAZOR ALISTE, Kamel. “Conflicto intercultural y Democracia global”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Coquimbo*. Año 11, n° 1, 2004, p. 31 y ss.

se aplica. Interesante resulta, para apreciar que los contornos frente a problemas de esta naturaleza a veces no son lo suficientemente claro como se quisiera, citar como ejemplo el castigo que impuso la tribu *U’wa* y que fue expuesto *supra* ¿Puede afirmarse que se trata de una sanción que como pena corporal atenta contra la dignidad humana? Se trata de un caso particular, que se debe interpretar a la luz del Art. 5 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Justamente, cuando le correspondió resolver a la Corte Constitucional de Colombia, en 1997, estimó que este castigo no era constitutivo de tortura, pues el daño corporal era mínimo y que además le permitía al condenado recobrar su espacio en la comunidad. Su finalidad no era ocasionar un sufrimiento excesivo, pues el castigo, a través del látigo, tenía un sentido purificador.⁹⁶

Por otra parte, existen casos que resultan difíciles de admitir y por tanto, parece incuestionable el recurso al Derecho penal, como el caso de la mutilación genital. La cuestión es, vuelvo a repetir, dónde se puede establecer la frontera, que permita habla de delitos culturalmente orientados o motivados y con ello, determinar, si cabe, respuestas particulares. Es decir, 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.⁹⁷ Precisamente, una de las discusiones que en este sentido tienen lugar, guarda relación acerca de si pueden coexistir dentro de una sociedad costumbres diversas —sin recurrir al Derecho penal— sin que ello pueda llegar a desencadenar un enfrentamiento que haga necesario, en definitiva, emplear la herramienta punitiva, incluso, con una intensidad mayor.⁹⁸ Soy del parecer que una excesiva diversidad cultural dentro de una misma sociedad puede generar peligrosas repercusiones,⁹⁹ como podría acontecer si se pretende establecer diversos sistemas sancionatorios —con sus propias instituciones—, circunscritos territorialmente, atendiendo la pertenencia a ciertos grupos culturales.¹⁰⁰ Sin perjuicio de lo que se señale más adelante, estos planteamientos que se inscriben dentro de las tesis comunitaristas, resultan discutibles desde la perspectiva de la igualdad en la participación democrática dentro del espacio en el que hallan insertos.

Llegado a este punto, cabe preguntarse si las tesis comunitaristas ofrecen mejores respuestas que las liberales para enfrentar aquellos conflictos penales de raíz cultural, es decir, si el establecimiento de derechos culturales colectivos —tal como se explicaron *supra*— permite no sólo resolver de mejor forma los delitos culturalmente motivados, sino que además, no genera cuestionamientos desde la perspectiva de los principios que cimentan al Derecho penal.

No cabe duda que uno de los grandes aportes de los comunitaristas ha sido poner en evidencia la importancia del contexto social y cultural en que se desenvuelven las personas,

⁹⁶ VILLAR, *Derechos humanos*, p. 41.

⁹⁷ BERNARDI, “El derecho penal”, p. 25.

⁹⁸ BERNARDI, “El derecho penal”, p. 37.

⁹⁹ ESCRIVÁ IVARS, Javier. “Pluralismo, multiculturalismo y objeción de conciencia en una sociedad democrática avanzada”. En: JORDÁN VILLACAMPA, María Luisa (dir.). *Multiculturalismo y movimientos migratorios*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2003, p. 305, manifiesta que la diversidad cultural y su reconocimiento no pueden dejar de tener presente el respeto a la dignidad.

¹⁰⁰ Plantea sistemas diferenciados en cohabitación, BORJA, “Sobre la existencia”, p. 293.

destacando la naturaleza “social” de los hombres y que por ello el Estado no puede permanecer inactivo. Asimismo, se destaca su especial preocupación por los problemas que se presentan respecto de la diversidad cultural y la necesidad del reconocimiento de las minorías dentro de una sociedad. Sin embargo, lo que parece generar dudas son los medios que impulsan para materializar tal protección. En efecto, como se ha puesto de manifiesto, para los comunitaristas la neutralidad del Estado, pretendida por los liberales, es sólo una quimera, por lo que es preciso que éste asuma una posición activa a través de la consagración de derechos culturales colectivos. Sin embargo, es la consagración de estos derechos colectivos —dada las limitaciones que impone a los derechos individuales— donde, a mi modo de ver, se presentan serias contradicciones con lo que son las estructuras básicas del Derecho penal. Por de pronto, es preciso destacar que la asunción de posturas liberales en nada se oponen a la consideración y respeto de la minorías culturales, pues, como se destacó *supra*, se reconoce la existencia de los llamados derechos culturales individuales.

Uno de los mayores problemas que se pueden presentar con la instauración de derechos colectivos, como por ejemplo, el establecimiento de sistemas judiciales atendiendo al grupo cultural, es el riesgo a la generación de guetos dentro de una sociedad, que puede derivar a un desmembramiento social. Precisamente, una sociedad en la que existen diversas identidades normativas, difícilmente, desde una perspectiva preventivo general, puede ser eficaz el Derecho penal.¹⁰¹ Es decir, mediante el reconocimiento de la diversidad cultural como un derecho colectivo y la disposición de los pertenecientes a tales grupos a buscar vías propias de solución de conflictos —fragmentación del Derecho penal por la presencia de derechos penales propios—, se terminaría por admitir ciertos comportamientos intolerables para el resto del componente social. Basta pensar en las prácticas de maltrato familiar o de agresión sexual. Es cierto que todo Estado debe procurar garantizar a sus ciudadanos que puedan expresar sus formas de vida conforme a sus pautas culturales. Empero, parece discutible que el Estado en pos de ese propósito brinde a ciertos grupos, destinamos a preservar su cultura, el poder de incidir en la esfera valorativa de sus miembros, quienes tienen escasa participación para disentir. El riesgo pues, es que grupos de esta naturaleza puedan emplear instrumentos coactivos para promocionar cierto orden moral. Asimismo, la conformación de derechos colectivos a la larga tiende a generar distanciamiento entre las diversas culturas y con ello manifestaciones de intolerancia. Se dificulta así la integración, acrecentando el aislamiento, pues las personas tenderán a buscar apoyo sólo en su grupo, exacerbando los procesos identitarios.

Por otro lado, se presentan una serie de cuestionamientos, desde la perspectiva de la víctima, difíciles de soslayar. Como se expuso precedentemente, una de las principales críticas que se han hecho a la tesis comunitaristas apuntan a la limitación de los derechos individuales, particularmente, al impedirse las voces de disidencia y la posibilidad de marginarse. Pues bien, aquello tiene particular importancia cuando se está frente a la víctima, en especial, cuando se trata de personas que no tienen espacios para expresarse — así, sucede en muchas culturas con las mujeres y los niños—. No debe olvidarse que en

¹⁰¹ Acerca de la función que cumple el Derecho penal en la confirmación de las identidades normativas, JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. Madrid: Civitas, 1996, p. 25 y ss.

muchas manifestaciones culturales el pertenecer al género femenino constituye una desventaja dentro de la estructura social. Lo anterior, atenta contra el principio de igualdad de la ley penal, pues, se brinda un tratamiento discriminatorio sobre la base de la pertenencia.¹⁰²

Son estas razones las que me llevan a criticar disposiciones como las contenidas en la Ley 16.441, por las cuales se le otorga un tratamiento penal considerablemente más benigno a los pascuenses respecto de los delitos sexuales y contra la propiedad, incluso, sin atender a la nacionalidad de la víctima. En este caso, no sólo supone colocar a ésta en una situación de desprotección injustificable, sino que además la norma, al individualizar los delitos, está dando por supuesto, resolviendo a priori, que se está frente a un conflicto motivado culturalmente, que puede que en la especie no ocurra. La norma se estructura pues, desde una perspectiva pro reo, pero que resulta contraproducente atendiendo fines preventivo generales.

Habría bastado, si las razones esgrimidas por el legislador son que se trata de un comportamiento motivado culturalmente, resolver el conflicto recurriendo a las *cultural defences* que, como se explicarán más adelante —asimismo sus críticas—, son argumentos que permiten, ya sea eximir o atenuar la pena si el delito tuvo como fundamento una razón cultural. Para ello, claro está, debe probarse tal motivación, como es la solución que propone el Art. 54 de la Ley 19.253.¹⁰³

Si bien no es fácil dar una respuesta concluyente, parece claro que no es posible que la especificidad cultural asegure su plena igualdad.¹⁰⁴ Creo además, que resultaría altamente inconveniente. Una sociedad sometida a un relativismo cultural extremo, en la que se estime que todas las culturas son iguales, no sobrevive. Es por ello que limitar determinadas expresiones culturales estaría justificado y puede hallar su basamento de legitimidad en la propia Constitución, cuando por ejemplo, limita el ejercicio de determinados derechos atendiendo al orden público, buenas costumbres, seguridad pública.¹⁰⁵

En definitiva, es posible aspirar a un Derecho penal intercultural, pero siempre que éste se construya en el respeto de los derechos humanos, lo cual no sólo supone, claro está,

¹⁰² En términos similares, COLEMAN, Doriane. “Individualizing Justice through multiculturalism: the liberal’s dilemma”. *Columbia Law Review* 1996, 96 (Lexisnexis Academic, 71 p.), p. 25-26.

¹⁰³ Art. 54: “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.

Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del Tribunal.

El Juez encargado del conocimiento de una causa indígena, a solicitud de parte interesada y en actuaciones o diligencias en que se requiera la presencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna debiendo al efecto hacerse asesorar por traductor idóneo, el que será proporcionado por la Corporación”.

¹⁰⁴ QUINTERO, “El Derecho penal” p. 14, señala que la culturas que atentan contra los derechos humanos *no son respetables*; BERNARDI, “El derecho penal”, p. 31.

¹⁰⁵ BERNARDI, “El derecho penal”, p. 32, cita la teoría de los límites implícitos, por la cual los derechos constitucionales pueden limitarse por razones que impone la propia Constitución o el sistema jurídico en su conjunto. EL MISMO, *Modelli penali e società multiculturale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006, p. 45.

recogerlos en el cuerpo sustantivo, sino que además se materialice también en el procedimiento. En la medida que se esté frente a un sistema democrático, respetuoso de los derechos fundamentales y construido sobre la base de la tolerancia, no existen obstáculos para recoger la diversidad cultural y con ello, que el Derecho penal resuelva los conflictos que tales diferencias imponen. De lo anterior, se desprende que existen mínimos que una sociedad no puede renunciar —tesis universalista— y que se hallan su basamento en los derechos fundamentales, sobre los cuales no cabe oponer posturas sustentadas en consensos culturales.¹⁰⁶

2.3. Los delitos culturalmente motivados y su tratamiento penal

Precedentemente me he referido a los delitos culturalmente motivados para expresar aquellos casos en que determinados comportamientos, que si bien contradicen la norma penal, se explican en razón a la cultura a la que pertenece el infractor. Empero, considerando las importantes repercusiones que tal calificación puede acarrear, bien merece detenerse y explicar con mayor precisión su alcance.

Es requisito para esta clase de delitos que la conducta se desarrolle por alguien perteneciente a una cultura minoritaria, la que estima que el comportamiento desplegado no es delito dentro de su esfera cultural, ya sea porque es atípico, justificado o exculpado,¹⁰⁷ pero que, sin embargo, sí lo es dentro del sistema penal de la cultura mayoritaria. O, siendo delitos en ambas culturas, tienen un tratamiento penal diverso.

Se presenta pues, un conflicto entre el respeto a los valores comprendidos dentro de su cultura y lo que disponen las normas penales.¹⁰⁸ *Supra* se presentaron dos casos —Kimura y Kargar— en los que, precisamente, se pone de manifiesto dicha colisión de valores. Ahora bien, es preciso determinar la concurrencia de ciertos elementos para poder identificar que en un delito concurren factores culturales. Sólo así, se podrá resolver el tratamiento penal a seguir.

Esencialmente, debe apreciarse la concurrencia de tres supuestos, los que deben superarse sucesivamente, es decir, se trata de una estructura categorial por niveles.¹⁰⁹ El primero se relaciona con la determinación de los motivos para actuar —factores psíquicos—, es decir, que las razones para actuar se apoyan en motivaciones culturales. Supuestos psicológicos que determinan su obrar, dada la concurrencia de ciertos códigos culturales que lo condicionan dentro de un determinado contexto. A través de estos códigos es posible

¹⁰⁶ Así se expresa, SILVA SÁNCHEZ, “Reflexiones”, p. 196-197, frente a la pregunta si cabe establecer un marco de indisponibilidad para las políticas criminales, que permita responder si hay conductas que siempre deben ser castigadas bajo pena.

¹⁰⁷ Que se recurra a categorías tradicionales de la Teoría del Delito para explicar de mejor forma la respuesta que puede provenir de la cultura minoritaria no significa que en ésta se comprendan en el mismo sentido.

¹⁰⁸ VAN BROECK, Jeroen. “Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)”. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. v. 9/1, 2001, p. 5; nota “The cultural defence”, p. 1293; DE MAGLIE, “Multiculturalismo”, p. 191; MONTICELLI, “Le ‘cultural defenses’”, p. 540.

¹⁰⁹ Al respecto, VAN BROECK, “Cultural Defence”, p. 21 y ss.; DE MAGLIE, “Multiculturalismo”, p. 192 y ss.

explicar el acto. No obstante, la concurrencia de este elemento, de contenido más bien individual, no es suficiente si no se relaciona con el grupo cultural al que pertenece —factores objetivos—. En efecto, se requiere una especie de coincidencia cultural —que no requiere ser absoluta— entre el obrar del sujeto y el grupo de pertenencia. Por último, ante la presencia de estos elementos es preciso verificar si efectivamente se está frente a una relación antinómica entre la cultura de pertenencia y la cultura del lugar de residencia. Si es posible apreciar diferencias en el significado que el comportamiento tiene, desde una perspectiva sancionatoria, esto es, la respuesta de uno y otro sistema —explicándolo uno, ya sea como eximente o atenuante y castigándolo el otro—, cabría entonces hablar de un delito culturalmente motivado.

Conocido los elementos esenciales que permiten apreciar un delito de estas características, lo que corresponde a continuación es pronunciarse de qué forma se debe responder, esto es, cuál es el tratamiento sistemático que se debe emplear respecto del sujeto al que se le atribuye un delito por motivaciones culturales. Por de pronto, como veremos, surgen dudas si son suficientes los recursos tradiciones que provienen de la Teoría del Delito o si es preciso introducir nuevos, que expresamente tengan en consideración el contexto cultural que comprende al acto.

Sobre este punto, interesante resulta tener en consideración lo que la literatura y jurisprudencia norteamericana han desarrollado, pues, como ya se ha resaltado, el que sea la sociedad multicultural por excelencia, la ha “obligado” a prestar una especial atención al problema.¹¹⁰ Allí se trata de las *cultural defences*. En general, cuando se habla de *defences* se apunta, esencialmente, a la concurrencia de ciertos factores o circunstancias que permiten excluir o disminuir la responsabilidad penal.¹¹¹ Ahora bien, cuando concurren respecto de tales factores componentes culturales, se está frente a una *cultural defences*. En todo caso, es preciso subrayar que para que se puedan éstas invocar es preciso que se esté frente a delitos cuya motivación obedezcan a razones culturales.¹¹² Fundamentalmente, la discusión y aplicación de las *defences* tienen lugar dentro de la esfera subjetiva —*mens rea*—, es decir, de qué forma y cuán profunda puede ser la experiencia cultural que pudiera llegar a afectar su motivación frente a la norma penal. De lo anterior se desprende que la cuestión a resolver es de qué manera el condicionamiento cultural pudo haber influido en el comportamiento personal —*excuses*—.¹¹³

¹¹⁰ BERNARDI, *Modelli penali*, p. 58 y ss., expone que la especial atención prestada en el derecho norteamericano no se observa en otros países, especialmente los europeos, los que también constituyen, aunque en menor escala, sociedades multiculturales.

¹¹¹ ASHWORTH, Andrew. *Principles of Criminal Law*. 4ª ed. New York: Oxford University Press, 2003, p. 97-98.

¹¹² VAN BROECK, “Cultural Defence”, p. 28 y ss.; Nota “The cultural defence”, p. 1296 y ss.; DE MAGLIE, Cristina. “Società multiculturali e diritto penale: la cultural defence”. En: DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico (dir.). *Studi in onore di Giorgio Marinucci*. t. I. Milano: Giuffrè, 2006, p. 215 y ss.; MONTICELLI, “Le ‘cultural defenses’”, p. 546 y ss.; BERNARDI, Alessandro. “Società multiculturale e ‘reati culturali’”. Spunti per una riflessione”. En: DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico (dir.). *Studi in onore di Giorgio Marinucci*. T. I. Milano: Giuffrè, 2006, p. 59 y ss.

¹¹³ Nota “The cultural defence”, p. 1296 y ss. En el sistema norteamericano la distinción entre las *justifications* y las *excuses* es relativamente reciente y que deriva de nuestra distinción entre *ilicitud* y *culpabilidad*. DRESSLER, Joshua. *Cases and materials on Criminal Law*. 3ª ed. St. Paul, MN: Thomson, 2003, p. 468 y ss.

Desde esta perspectiva, en la medida que la motivación cultural es lo suficientemente relevante como para condicionar su actuación, se materializa una *excuse*. Para el derecho norteamericano las *cultural defences* no conforman una eximente autónoma, sino que, tomando en consideración los factores culturales, se recurre a las instituciones generales. De esta forma, las alegaciones que pueden invocarse dicen relación al error de hecho —*Mistake of Fact*—, a los estados pasionales —*Unconsciousness and Heat of Passion*—, la provocación —*Provocation*—, la enfermedad mental —*Insanity*— y la imputabilidad disminuida —*Diminished Responsibility*—. ¹¹⁴ Precisamente, en el caso Kimura, citado *supra*, la reducción de la pena se fundamentó en este último supuesto, argumentándose que el obrar de la autora fue condicionado, sustancialmente, por su identidad cultural, lo que afectó su capacidad para motivarse de conformidad a la norma.

Puede afirmarse que la discusión en cuanto al tratamiento penal para aquellas conductas que expresan una contradicción entre la norma —que refleja los valores de la cultura mayoritaria— y la cultura a la que pertenece el autor del hecho que motiva el conflicto, se puede centrar, ya sea en la esfera del injusto o en la culpabilidad. Desde ya descarto, por parecerme inconveniente, la idea dirigida al establecimiento de territorios diferenciados —especies de pluralismos jurídicos—. ¹¹⁵ No sólo resulta injustificable desde la perspectiva del principio de igualdad, pues no se comprende que en sociedades construidas democráticamente se establezcan especies de guetos o espacios cerrados que impidan toda integración. En este sentido, se “desincentiva” todo interés de conocer las normas de la sociedad mayoritaria, lo que podría generar peligrosas repercusiones desde una perspectiva preventivo general. Además, como ya se ha destacado, limita a quienes perteneciendo a esas culturas no aspiren a seguir perteneciendo a ellas y que se les imponga un determinado sistema sancionatorio, que además puede entrar en pugna con el sistema de protección de los derechos humanos.

Precisado lo anterior, se sostiene por algunos ¹¹⁶ que las conductas desplegadas por quienes pertenecen a las culturas minoritarias y que colisionan con las normas de la cultura mayoritaria deben entenderse justificadas. Tal planteamiento se ha sostenido, principalmente, para resolver los problemas de diversidad cultural que se presentan en Latinoamérica. Al respecto, se afirma que las normas eurocéntricas se impusieron al margen de toda consideración de la población autóctona, situación que hoy se pretende reparar al reconocerse constitucionalmente el carácter multiétnico que diversas naciones latinoamericanas tienen. Pues bien, se señala que frente al reconocimiento que se hace a la identidad cultural, cuando se está frente a la colisión de deberes jurídicos y ante la disyuntiva de cumplir aquel que es impuesto por la cultura hegemónica, debe entenderse justificado quien opta por el deber de su propia cultura ¹¹⁷. Sirve de apoyo a esta tesis, que de buscarse la solución en la esfera de la culpabilidad, se estaría reconociendo la

¹¹⁴ VAN BROECK, “Cultural Defence”, p. 29; nota “The cultural defence”, p. 1294-1295; MONTICELLI, “Le ‘cultural defenses’”, p. 548.

¹¹⁵ Así, BORJA, “Sobre la existencia”, p. 293; si bien no la trata, tampoco la descarta, GARCÍA VITOR, “Culturas diversas”, p. 99.

¹¹⁶ GARCÍA VITOR, “Culturas diversas”, p. 100.

¹¹⁷ En estos términos, GARCÍA VITOR, “Culturas diversas”, p. 100-101.

supremacía de una cultura sobre otra, en la medida en que es ésta la que resuelve cuándo se está frente a un injusto merecedor de pena.

Si bien puede parecer razonable el esfuerzo dirigido al reconocimiento de la identidad cultural, parece, en cambio, discutible e incluso, peligroso, que el reconocimiento cultural de los pueblos minoritarios permita justificar actos atentatorios a bienes que la sociedad mayoritaria estima valiosos. Es decir, resulta difícil de admitir para una sociedad que la práctica de ciertos actos generen deberes de tolerancia y, por tanto, estimarlos legítimos, sólo por estar fundados en el respecto a la costumbre de ciertas culturas. Basta pensar en los conflictos que pudieran presentarse de justificarse actos de maltrato familiar o de lesiones corporales. Como se expuso precedentemente, decisiones de esta naturaleza —de raigambre comunitarista— pueden dar lugar a manifestaciones de desestabilidad social, contraproducente, examinado desde una perspectiva preventivo general.¹¹⁸

Más razonable me parece examinar el conflicto desde la esfera de la culpabilidad, dirigiéndolo, como lo hace la teoría y jurisprudencia norteamericana, hacia las estructuras de las *cultural defences*. Por lo demás, ese ha sido el parecer de la doctrina mayoritaria.¹¹⁹

El problema debe abordarse, a mi modo de ver, desde la perspectiva del error de prohibición, pero, particularmente, entendiendo que se está frente a casos en que el error se fundamenta, no ya en el desconocimiento de la norma, sino que en su falta de comprensión. Es lo que denominan Zaffaroni/Alagia/Slokar error de comprensión.¹²⁰ Se apunta a aquellos supuestos en que pudiendo conocer la prohibición de la norma, el sujeto no la puede comprender al haber internalizado un conjunto de valores diferentes, los que, incluso pueden ser incompatibles con los compartidos por la cultura dominante. Es indudable que lo expuesto no pretende abarcar aquellos casos en que se incumple la norma por un deber de conciencia, es decir, sujetos que si bien conocen la norma prohibitiva no están dispuestas a acatarla por estimar que se lesiona su conciencia. Lo que se pretende es englobar aquellos casos en que el esfuerzo de internalización de la norma se ve particularmente dificultado por su condicionamiento cultural y que permite afirmar que no es posible reprocharle su incompreensión —error culturalmente condicionado—.¹²¹ Precisamente, el Art. 15 del Código penal peruano se inscribe dentro de esta línea.¹²²

¹¹⁸ Incluso, para la propia comunidad cultural puede suponer manifestaciones de rechazo y aislamiento, que dificulte aún más su integración en la vida social. No creo que el respeto a la diversidad cultural pase por decisiones de esta envergadura.

¹¹⁹ BUSTOS, *Control social*, p. 284 y ss. centra el problema desde la perspectiva de la imputabilidad; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 736, entendiendo que se trata de un error de comprensión; DE FRANCESCO, “Multiculturalismo”, P. 143 y ss.; DE MAGLIE, “Società multiculturali”, p. 221 y ss.

¹²⁰ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal*, p. 736.

¹²¹ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal*, p. 737.

¹²² Artículo 15: “Error de comprensión culturalmente condicionado.

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.”. En: <http://www.minjus.gob.pe/demo/lpext.dll?f=templates&fn=main-h-codpenal.htm>. (consultado el 19 de marzo de 2007).

En todo caso, no es posible dejar de advertir los riesgos que tales planteamientos presentan. Por de pronto, un recurso general y amplio a este tipo de medidas para enfrentar divergencias de orden cultural, puede dar lugar a desconfianzas en el sistema penal.¹²³ Asimismo, no se puede dejar de reconocer el peligro que supone el establecimiento expreso de una eximente —como el citado Art. 15 del Código peruano— desde la perspectiva del principio de legalidad. Y es que un reconocimiento formal abre la puerta a una serie de dificultades que son difíciles de resolver a priori. Es así, que puede entenderse que la sola pertenencia a una determinada cultura condiciona su comprensión de la norma. O, por otro lado, cuánto tiempo debe permanecer un sujeto en un territorio determinado para estimar que comprende una norma.¹²⁴ Podría dar lugar a una especie de incentivo perverso, no integrarse ni conocer las normas imperantes.¹²⁵ En definitiva, sin dejar de reconocer la pertinencia del error en los términos expuestos, parece innecesario crear ex novo una eximente, siendo suficiente las reglas generales.¹²⁶ En la medida en que el juez sopesa la envergadura de los condicionamientos culturales está respetando el principio de igualdad ante la ley.

¹²³ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 109.

¹²⁴ Así lo expone, MONTICELLI, “Le ‘cultural defenses’”, p. 557 y ss.

¹²⁵ DE MAGLIE, “Multiculturalismo”, p. 199.

¹²⁶ Las escasas sentencias dictadas en Chile en donde se ha tomado en consideración factores culturales, el error ha sido el recurso empleado para eximir de responsabilidad. Así, sentencia del Tribunal Oral de Villarrica de 30 de julio de 2005, por violación. Rol interno: 025/2005.