

CRISTINA DE MAGLIE

LOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS

Ideologías y modelos penales

Traducción e introducción de
Víctor Manuel Macías Caro

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2012

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN A LA EDICIÓN ESPAÑOLA. ¿HAY QUE CASTIGAR A LAS OTRAS CULTURAS? UNA RESPUESTA DESDE ITALIA , por <i>Victor Manuel Macías Caro</i>	17
PRESENTACIÓN. LA INCOMODIDAD DEL ESPEJO , por <i>Gabrio Forti</i>	27
AGRADECIMIENTOS	39

CAPÍTULO I CULTURAS Y DERECHO PENAL: LAS PREMISAS METODOLÓGICAS

1. UN CAMBIO DE PERSPECTIVA.....	41
2. SOCIEDAD MULTIÉTNICA Y SOCIEDAD MULTICULTURAL	45
2.1. La construcción de Anthony D. Smith	45
2.2. La postura sociológica dominante	46
3. SOCIEDAD MULTICULTURAL Y MULTICULTURALISMO	47
4. LOS CONFLICTOS CULTURALES.....	48
4.1. Identidad y alteridad	48
4.2. La teoría de Thorsten Sellin: <i>internal vs. external conflict</i>	49
4.3. El análisis de George Vold: el conflicto entre los grupos.....	52
4.4. La tesis de Austin Turk: el conflicto entre <i>authorities</i> y <i>subjects</i>	54
5. HACIA LA NOCIÓN DE DELITO CULTURALMENTE MOTIVADO	56
5.1. El concepto de cultura: de la definición de Edward Tylor a la «deconstrucción» de James Clifford y de Clifford Geertz.....	56
5.2. Cultura, identidad y reconocimiento: la teoría de Charles Taylor ...	58
5.3. El papel de las «culturas sociales» en el pensamiento de Will Kymlicka	61

	Pág.
5.4. La noción penalmente relevante de cultura. Las diversas formas de diversidad cultural. La acepción étnica del concepto de cultura.....	62
5.5. Cultura y <i>grupo</i> de pertenencia. Los <i>requisitos</i> del grupo étnico de referencia.....	65
6. LA NOCIÓN DE DELITO CULTURALMENTE MOTIVADO.....	68
7. DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS Y MODELOS DE DERECHO PENAL.....	69

CAPÍTULO II
DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS Y SISTEMA PENAL ITALIANO: UN MODELO ASIMILACIONISTA DISCRIMINATORIO

1. DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS E INSENSIBILIDAD HISTÓRICA DEL <i>LEGISLADOR</i>	71
2. EL DELITO DE MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA	72
2.1. Las premisas <i>intra</i> y <i>extrasistémicas</i>	72
2.2. La incriminación de las prácticas	74
2.3. Las incongruencias dogmáticas	76
2.4. Las carencias político-criminales	78
2.4.1. Inefectividad y ausencia de atención al factor cultural.....	78
2.4.2. Fundamento de la incriminación: ¿pruebas científicas o imperialismo cultural?	80
2.4.3. Circuncisión femenina <i>vs.</i> circuncisión masculina	81
3. EL DELITO DE EMPLEO DE MENORES EN LA MENDICIDAD...	84
3.1. La repenalización de la conducta.....	84
3.2. Especial referencia al caso de los <i>rom</i>	86
4. DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS Y TENDENCIAS DE LA <i>JURISPRUDENCIA</i>	89
4.1. La noción de delito culturalmente motivado.....	89
4.1.1. Motivo cultural del autor <i>vs.</i> cultura del grupo.....	89
4.1.2. El islam entre criminalidad cultural y criminalidad común.	91
4.1.3. Especial referencia al caso <i>Hina Saleem</i>	94
4.1.4. Delitos culturalmente motivados, estereotipos y prejuicios	96
4.2. La posición <i>sistemática</i> y el tratamiento <i>sancionatorio</i>	98
5. DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS Y TENDENCIAS DE LA <i>DOCTRINA</i>	99

	Pág.
6. CONTRADICCIONES Y ANACRONISMO DEL MODELO ITALIANO	103

CAPÍTULO III
**CULTURAL OFFENSES Y JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE:
UN MODELO MULTICULTURAL DÉBIL**

1. LA ESTRATEGIA DE LA <i>CULTURAL EVIDENCE</i>	107
1.1. Sociedad multicultural y <i>cultural evidence strategy</i>	107
1.2. La opción sistemática más relevante: la categoría de las <i>excuses</i>	109
2. LOS CASOS.....	112
2.1. El caso <i>Kimura</i> y la <i>insanity defense</i>	112
2.2. El caso <i>Chen</i> y la <i>provocation excuse</i>	115
2.3. El caso <i>Moua</i> y la <i>error facti defense</i>	116
2.4. El caso <i>Kargar</i> y la <i>de minimis defense</i>	118
2.5. El caso <i>Saeturn</i> y la solución en la fase de <i>sentencing</i>	121
3. LA VALORACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL.....	122
3.1. Los méritos de la <i>cultural evidence strategy</i>	122
3.2.. Los <i>defectos</i> de la táctica procesal.....	124
3.2.1. Los costes sociales de la <i>cultural evidence</i> : el efecto <i>stereotyping</i>	124
3.2.2. Los costes <i>procesales</i> : el condicionamiento del jurado y el bloqueo de la <i>Rule 403</i>	126
3.2.3. Los costes <i>sistemáticos</i> : la flexibilización de la categoría de la <i>culpabilidad</i>	127
3.2.4. Los costes sobre las garantías fundamentales: el llamado <i>consistency argument</i>	129
3.2.5. Los costes <i>ideológicos</i> : de la teoría de Derrick Bell sobre el <i>interest convergence</i> a la tesis de Cinthia Lee sobre la <i>cultural convergence</i>	130
4. CONCLUSIONES.....	133

CAPÍTULO IV
DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS Y *CULTURAL DEFENSE*: UN MODELO MULTICULTURAL FUERTE

1. LA IDEOLOGÍA MULTICULTURALISTA Y LA TEORÍA DE LA <i>CULTURAL DEFENSE</i>	135
2. LA NOCIÓN Y LA POSICIÓN SISTEMÁTICA DE LA <i>CULTURAL DEFENSE</i>	136

	Pág.
2.1. La doctrina de las <i>new excuses</i>	136
2.2. <i>New excuses</i> y teoría de la <i>compassion</i>	138
2.3. Analogías y diferencias con la <i>battered woman defense</i>	141
3. EL ÁMBITO DE LA CULTURAL DEFENSE: SUJETOS Y TIPOS DE DELITOS CUBIERTOS POR LA EXIMENTE	143
3.1. La versión <i>amplia</i>	144
3.2. La versión <i>restringida</i>	146
4 LA DETERMINACIÓN DE LA CULTURAL DEFENSE.....	147
4.1. Las tres fases de la prueba de la existencia del delito culturalmente motivado	148
4.1.1. La investigación sobre los <i>motivos</i>	148
4.1.2. La comprobación objetiva y el problema del abuso de la <i>cultural defense</i>	149
4.1.3. Cultura del <i>grupo minoritario vs.</i> cultura del <i>sistema anfitrión</i>	152
4.2. La prueba de la <i>razonabilidad</i> de la adhesión a la cultura del grupo.....	153
4.2.1. La teoría <i>máxima</i> de Alison Renteln	153
4.2.2. La teoría <i>mínima</i> de James Donovan y John Stuart Garth.	154
4.2.3. La teoría <i>intermedia</i> de Sherry Ortner.....	155
4.2.4. El papel de los <i>cultural experts</i>	157
5. EL DEBATE A FAVOR DE LA CULTURAL DEFENSE	157
5.1. El <i>derecho</i> a la <i>cultura</i> como <i>derecho humano</i>	158
5.2. <i>Cultural defense</i> y principio de <i>individualized justice</i>	160
6. LAS TENDENCIAS CONTRARIAS	161
6.1. Las tensiones con el <i>principio de legalidad</i> y el <i>principio de igualdad</i> .	161
6.2. <i>Cultural defense</i> y <i>finés</i> de la <i>pena</i>	163
7. UN PROBLEMA ABIERTO.....	164

CAPÍTULO V
¿HACIA UNA COMPOSICIÓN DEL CONFLICTO?
EL PAPEL DEL JUEZ

1. INTRODUCCIÓN	165
2. EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN	167
3. LA NOCIÓN DE HECHO CULTURALMENTE MOTIVADO.....	173
4. LA DETERMINACIÓN DEL HECHO CULTURALMENTE MOTIVADO	176

	Pág.
4.1. La verificación en tres fases	176
4.2. La admisibilidad de la pericia cultural.....	178
4.2.1. El problema de la prueba científica	178
4.2.2. Ciencias naturales y ciencias sociales	181
4.3. El <i>objeto</i> de la pericia cultural.....	184
4.4. La prohibición de la pericia criminológica.....	185

CAPÍTULO VI LOS EFECTOS SOBRE EL SISTEMA PENAL

1. INTRODUCCIÓN	187
2. DERECHO A LA CULTURA Y DERECHOS FUNDAMENTALES ...	187
2.1. La teoría de Luigi Ferrajoli	188
2.2. El conflicto entre derechos y la necesaria protección de las «libertades-inmunitades».....	190
3. EL ESQUEMA DE ANÁLISIS	192
4. LAS SOLUCIONES SOBRE LA <i>TIPICIDAD</i>	193
4.1. Hechos culturalmente motivados y concepción realista del ilícito...	193
4.2. El principio de necesaria lesividad.....	198
4.3. Motivo justificado y exclusión de la tipicidad	200
4.4. El problema abierto de los delitos sin víctima. Especial referencia a los juegos de azar, la bigamia y el incesto.....	204
5. HECHOS CULTURALMENTE MOTIVADOS Y <i>ANTI JURIDICIDAD</i>	210
5.1. El <i>harm principle</i> o principio de autoprotección de la víctima	210
5.1.1. Problemática y formulación del principio	210
5.1.2. Límites a la autodeterminación del individuo: relevancia y libertad del consentimiento del autor cultural	215
5.1.3. Consentimiento del sujeto pasivo, actos de disposición sobre el cuerpo y derechos disponibles: el ejemplo de la <i>escarificación</i>	223
5.2. Hechos culturalmente motivados y ejercicio de un derecho	230
5.2.1. La ley extranjera como fuente del Derecho.....	230
5.2.2. Ejercicio de un derecho y derecho a la cultura	232
5.2.3. Delimitación entre <i>ius corrigendi</i> , «abuso de los medios de corrección» y «malos tratos en ámbito doméstico» en la sociedad multicultural	233
6. LAS SOLUCIONES BASADAS EN LA <i>CULPABILIDAD</i>	237
6.1. El problema de la imputabilidad del autor cultural	237

	Pág.
6.1.1. La capacidad de entender y querer del autor cultural	237
6.1.2. Hechos culturalmente motivados y trastorno mental	238
6.2. Conflictos culturales y exclusión del dolo	241
6.2.1. La conciencia de la ofensa.....	241
6.2.2. La artificiosa distinción entre delitos naturales y delitos artificiales	244
6.2.3. La conciencia de la ofensa del autor cultural	247
6.3. Teoría de la inexigibilidad y motivación cultural	248
6.3.1. Las premisas sistemáticas	248
6.3.2. La inexigibilidad del comportamiento culturalmente motivado	251
6.3.3. Conflictos de cultura y conflictos de deberes	252
6.4. Motivación cultural e ignorancia inevitable de la ley penal	255
6.4.1. Las contradicciones sistemáticas de la solución	255
6.4.2. La impracticabilidad político-criminal	257
7. DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS Y <i>DETERMINACIÓN DE LA PENA</i>	259
7.1. La capacidad para delinquir del autor cultural	259
7.2. La circunstancia atenuante de la actuación por motivos de particular valor moral o social	261

CAPÍTULO VII AL FUTURO LEGISLADOR

1. INTRODUCCIÓN	265
2. LA CATEGORÍA DE LA <i>NO PUNIBILIDAD</i>	267
2.1. El debate sobre la categoría y las causas de exclusión de la punibilidad.....	267
2.2. Las analogías con la causa de no punibilidad <i>originaria</i> del art. 649 CP	270
3. LA CAUSA DE NO PUNIBILIDAD «CULTURAL»	272
3.1. Estructura y ámbito de aplicación	272
3.2. Causa de no punibilidad cultural y principio de igualdad.....	275
BIBLIOGRAFÍA	279

INTRODUCCIÓN A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

¿HAY QUE CASTIGAR A LAS «OTRAS» CULTURAS? UNA RESPUESTA DESDE ITALIA

Víctor Manuel MACÍAS CARO

La obra que el lector tiene entre sus manos, escrita por Cristina de Maglie, catedrática de Derecho penal de la Universidad de Pavía y miembro del Institute for Legal Research de la Universidad de Berkeley-California y que con esta traducción se presenta al público español, forma parte de un intenso debate que viene desarrollándose desde hace algunos años en Italia y en muchos otros países sobre la relevancia de la diversidad cultural del grupo étnico al que pertenece quien ha sido acusado por un delito respecto a la exención, atenuación o agravación de su responsabilidad penal. En términos más generales, se discute sobre la necesidad y las modalidades de adecuación de los principios fundamentales del Derecho penal al carácter multicultural de las sociedades occidentales modernas.

La autora del libro plantea el problema con estas palabras: dado que «puede suceder que un comportamiento aceptado o incluso aprobado en la cultura de un grupo étnico específico sea por el contrario considerado penalmente relevante por el ordenamiento de acogida»¹, «¿cuál es el camino transitable por nuestro sistema [penal] frente al conflicto étnico-cultural producido por las recientes inmigraciones?»². Simplificando mucho, se puede decir que son estos comportamientos, aceptados por la cultura de la minoría étnica y perseguidos por la ley del Estado, los que reciben el nombre de «delitos culturalmente motivados». Definir con precisión esta categoría de delitos y dar una respuesta al interrogante sobre cómo debe reaccionar el sistema penal ante la comisión de los mismos son los «principales» objetivos de este libro.

Este debate deriva a su vez, al menos en parte, de la tradicional cuestión sobre el tratamiento jurídico que en general debe darse a la diversidad cultural, tradicionalmente tratada por filósofos políticos y teóricos del Dere-

¹ Cfr., *infra*, capítulo I, epígrafe 1.

² Cfr., *infra*, capítulo V, epígrafe 1.

cho³. Se trata por tanto de la cuestión del *multiculturalismo*, término polivalente cuyo significado y connotación dependen fácilmente del contexto en el que sea usado; pese a lo cual, las acepciones que circulan en la literatura pueden encuadrarse en alguno de a los siguientes tres grandes ámbitos semánticos:

a) El *multiculturalismo como hecho*, que denota una situación de convivencia entre grupos étnicos con distintas culturas en un mismo territorio. Evita confusiones con el resto de usos la preferencia por los términos «diversidad cultural», «pluralismo cultural», «pluriculturalidad» o «multiculturalidad».

b) El *multiculturalismo como ideología*, que propugna, partiendo del reconocimiento y la valoración positiva de la diversidad cultural, la adecuación más o menos profunda de las estructuras e instituciones políticas y jurídicas a dicha situación de hecho.

c) El *multiculturalismo como disciplina*, que está formado por el conjunto de métodos y paradigmas pertenecientes a las distintas ciencias sociales que estudian la naturaleza y los efectos de la diversidad cultural en las sociedades humanas.

Si nos desplazamos a un nivel aún más general podemos trazar dos ejes de coordenadas que ayudan a situar en el mapa este debate, como acertadamente reiteran muchos de los autores que han intervenido en el mismo. En primer lugar, la *globalización* que se desarrolla desde hace algunos siglos en nuestro planeta y que se ha visto intensificada en las últimas décadas, afectando a todas las esferas de la vida social, política, jurídica y, por supuesto, económica. Este fenómeno tiene como consecuencia movimientos migratorios de población entre áreas culturales diversas y el consiguiente intercambio cultural. Es por ello por lo que, con razón, la globalización y los movimientos migratorios son generalmente aducidos como una de las causas más inmediatas de la pluriculturalidad de las sociedades.

Un segundo eje, a veces no explícito pero siempre patente, es el del debate sobre la necesidad de superar una Modernidad que se entiende o bien incompleta o bien injusta en su esencia, y la aceptación de vivir en un *mundo posmoderno*. En el ámbito jurídico, seculares principios como los de soberanía de los Estados e igualdad de los ciudadanos y, en concreto en lo penal, los de legalidad y culpabilidad, serían representantes de una Modernidad jurídica nacida con la conquista europea del resto del mundo y afianzada en la Ilustración y la Codificación. Sería así necesario adaptar el ordenamiento a las nuevas exigencias de un mundo cambiante.

³ Citar todas las obras que participan en este debate jurídico-filosófico es imposible. Con un mero afán ejemplificativo, se pueden mencionar algunas pocas de las imprescindibles y que están además traducidas a nuestro idioma: W. KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996; *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, Barcelona, Paidós, 2009; C. TAYLOR, *El multiculturalismo y la «política del reconocimiento»*, Madrid, FCE de España, 2003; O. HÖFFE, *Derecho intercultural*, Gedisa, 2000; B. PAREKH, *Repensando el multiculturalismo*, Istmo, 2005.

Otro de los supuestos frutos de la Modernidad jurídica habría sido la *teoría del universalismo de los derechos humanos*. No es difícil descubrir, detrás de la cuestión de la relevancia del factor cultural en el delito, el contencioso sobre el carácter universal o relativo de los derechos humanos, la pugna entre los partidarios del universalismo de los mismos y los defensores del relativismo jurídico y cultural. En resumidas cuentas, las dos posiciones principales en el debate son, por una parte, la que sostiene que los derechos humanos deben ser universales y que, por tanto, seres humanos de toda nacionalidad, cultura y sistema sociopolítico deben ser considerados titulares de los mismos derechos por igual y, por otra parte, la que defiende que estos deben ser «declinados» de acuerdo con el contexto cultural de cada grupo humano. En términos muy generales, el universalismo tendría como consecuencia una ideología asimilacionista respecto a sistemas culturales disconformes con el contenido de los derechos humanos, mientras que el relativismo supondría profundizar en el respeto a la identidad cultural⁴.

La teoría del universalismo de los derechos humanos ha sufrido muchas críticas. Una de las más dolorosas es la que la acusa de haber nacido durante la conquista de América para legitimar la pretensión de que los castellanos se vieron obligados a librar a los indígenas de la tiranía de sus gobernantes, materializada en que estos negaban a sus súbditos los beneficios de la fe cristiana y los sometían a la práctica de sacrificios humanos. Esta justificación, basada en el uso de algunos autores españoles del siglo XVI de la teoría aristotélica de la esclavitud —había personas que eran esclavos por naturaleza, los cuales se beneficiaban de una relación de sujeción a su amo—, tuvo el dudoso mérito de compatibilizar la universalidad de la condición humana y de los derechos inherentes a la misma con la consideración de los indígenas como «*hominiculi*», incapaces que necesitaban la tutela forzosa de sus «derechos» por parte del Estado⁵.

Una de las expresiones más patentes de este conflicto es la contradicción entre derechos individuales y derechos colectivos y entre las posiciones ideológicas que defienden la importancia de cada tipología: el liberalismo y el comunitarismo respectivamente. Desde el punto de vista liberal se pone énfasis en el individuo y se concibe la sociedad como el agregado de estos. Los derechos son esencialmente individuales y están en relación dialéctica con el poder del Estado. Por el contrario, el comunitarismo centra su visión en los

⁴ Un ejemplo es el octavo punto de la Declaración de Bangkok (1993), origen de la ideología relativista de los *Asian values*: «Pese a que los derechos humanos son naturalmente universales, deben ser considerados en el contexto de un proceso dinámico y en desarrollo de creación internacional de normas, teniendo presente la relevancia de las particularidades nacionales y regionales y los diversos antecedentes históricos y sustratos culturales y religiosos».

⁵ Desarrollan esta tesis de forma convincente: L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, 2.^a ed., Carocci, 2006, y F. TEDESCO, *Diritti umani e relativismo*, Roma, Laterza, 2009.

grupos que conforman la sociedad y define al individuo en función de su pertenencia a uno o varios de estos. La sociedad no se constituiría de individuos, sino de grupos, y existirían derechos tanto colectivos como individuales, dependiendo estos de la pertenencia de su titular a un determinado grupo.

Es en este contexto en el que ve la luz *Los delitos culturalmente motivados*, que forma parte de una corriente de estudio que se da en la doctrina y la jurisprudencia penales de países pertenecientes a diversas familias de sistemas jurídicos y que, en la Europa continental, está liderada por los estudiosos italianos. Fueron tres, a mi juicio, las principales fuentes de las que surgió este particular interés en el país mediterráneo. En primer lugar hay que referirse a la *cultural defense*, una construcción de la doctrina anglosajona originada en los años ochenta y noventa del pasado siglo que denota una «causa de exclusión o de disminución de la responsabilidad penal invocable por un sujeto perteneciente a una minoría étnica con cultura, costumbres y usos diversos o, en cualquier caso, en contraste con los de la cultura del sistema anfitrión»⁶. Fue Van Broeck, un autor belga, quien en 2001 escribió un artículo —que a la postre resultaría seminal—, en el que traduce la *cultural defense* a términos de dogmática continental, convirtiéndola en material utilizable por los italianos⁷.

En segundo lugar se encuentra la teoría de las *Kulturnormen*, que fue propuesta por Mayer a principios del siglo XX y que se resume en que «las normas jurídicas coinciden con normas de cultura» y que estas son igualmente vinculantes que aquellas. Aquí se entiende la cultura ya en un sentido más amplio que lo meramente moral o ético, dado que esta «se transmite de generación en generación por mil caminos», y «como el aire, penetra por todos lados»⁸. Cadoppi, que recibe esta teoría en Italia, sostendrá más tarde que «si una norma penal castiga un comportamiento que no se entiende como criminal por las *Kulturnormen*, tal norma penal es inaceptable, y debe ser sacada del sistema de delitos y penas»⁹. Pero es Monticelli, un discípulo de Cadoppi, el que trae a la nueva realidad multicultural la vieja teoría de las *Kulturnormen*, añadiendo al discurso la *cultural defense* anglosajona¹⁰.

Por último, la incriminación en Italia de la «mutación genital femenina» mediante la Ley de 9 de enero de 2006, núm. 27, con una pena superior a

⁶ Cfr., *infra*, capítulo IV, epígrafe 2, donde De Maglie da buena cuenta de la teoría y hace las remisiones bibliográficas necesarias.

⁷ J. VAN BROECK, «Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offenses)», en *Eur. J. Crime Crim. Law Crim. Justice*, 9, 2001, pp. 1-32.

⁸ M. E. MAYER, *Rechnormen und Kulturnormen*, Breslau, Strafrechtliche Abhandlungen, 1903 (reimpr. por Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1965), pp. 16 y 18.

⁹ CADOPPI, «Il ruolo delle *Kulturnormen* nella «opzione penale» con particolare riferimento agli illeciti economici», en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989, pp. 289 y ss. y 297 y ss.

¹⁰ MONTICELLI, «Le «cultural defences» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati». Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale», en *L'Indice penale*, 2003, pp. 535-586.

las lesiones equivalentes, dio lugar a toda una serie de intervenciones doctrinales que situaron correctamente la cuestión de esta penalización particular sobre el fondo general de las relaciones entre Derecho penal y diversidad cultural¹¹.

Asentadas estas tres bases, en Italia se ha ido forjando una corriente de estudio, materializada en numerosos artículos y monografías, que trató la materia del factor cultural en el delito de forma sistemática y general. Además de la obra de la propia De Maglie¹² y de los ya citados, hay que hacer obligada referencia a las intervenciones de otros autores como Bernardi¹³, Basile¹⁴, Grandi¹⁵ o Parisi¹⁶.

¹¹ Véase, p. ej., F. BASILE, «La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili: Legge 9 gennaio 2006, n. 7», en *Diritto penale e processo*, 2006, pp. 678-692; «El Derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: Los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en particular, las mutilaciones genitales femeninas)», en GARCÍA VALDÉS, CUERDA RIEZU y otros (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 1835-1878; «Le mutilazioni genitali femminili quale reato culturalmente motivato», en *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, octubre 2008, pp. 1-65; G. BRUNELLI, «Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge», en *Quaderni costituzionali*, 2007, pp. 567 y ss.; G. FORNASARI, «Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico», en BERNARDI, PASTORE y PUGIOTTO, *Legalità penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 179-202; L. MIAZZI, «Modificazioni genitali: tradizioni culturali, strategie di contrasto e nuove norme penali», en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2006, pp. 13-34; «Il diverso trattamento giuridico delle modificazioni genitali maschili e femminili, ovvero: dai reati culturali ai reati coloniali», en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010; M. NERI y E. TURILLAZZI, «Luci ed ombre nella legge in tema di mutilazione genitali femminili: una visione di insieme medico-legale», en *Rivista italiana di medicina legale*, 2006, pp. 287 y ss.

¹² C. DE MAGLIE, «Multiculturalismo e Diritto penale. Il caso americano», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 173-199; «Società multiculturali e Diritto penale: la cultural defence», en *Studi in Onore di Giorgio Marinucci*, t. I, 2006, Giuffrè; «Culture e Diritto penale. Premesse metodologiche», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1088-1199; y, por supuesto, la obra que se ofrece aquí traducida: *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, ETS, 2010.

¹³ Son numerosos los artículos: A. BERNARDI, «El Derecho penal ante la globalización y el multiculturalismo», en *Revista Derecho y Proceso penal*, núm. 8, 2002, y en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista internacional*, núm. 4, julio-septiembre 2003, pp. 5-42; «Il diritto penale tra unificazione europea e culture nazionali», en *Annali dell'Università di Ferrara-Scienze Giuridiche*, vol. 18, 2004, pp. 35-66; «Minoranze culturali e diritto penale», en *Dir. pen. e proc.*, 2005, pp. 1193-1201; «Società multiculturali e “reati culturali”. Spunti per una riflessione», en E. DOLCINI y C. E. PALIERO, *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. 1, pp. 45-98; «L'ondivaga rilevanza penale del “fattore culturale”», en *Politica del diritto*, 2007, pp. 3-48, y en M. VOGLIOTTI (coord.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 277-322; «Diritto europeo dell'ambiente e pluralismo culturale», en *Annali dell'Università di Ferrara-Scienze Giuridiche*, vol. 21, 2007, pp. 1-14; «“Fattore culturale” e personalizzazione dell'illecito penale», en L. RISCATO y E. LA ROSA, *Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 126-205. Para un eficaz resumen de su obra, léanse sus dos monografías: A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, Giappichelli, 2006; *Il «fattore culturale» nel Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2010.

¹⁴ F. BASILE, «Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati», en *Riv. it.*

(Véanse notas 15 y 16 en página siguiente)

Por lo que respecta a España, son principalmente dos los autores que han tratado este tema desde la doctrina penal. Hay que citar en primer lugar a Borja Jiménez, cuya obra se centra, por razón de materia, en las poblaciones indígenas o «pueblos originarios» y, por razón de ámbito geográfico, en Iberoamérica. La primera fase de su investigación, basada en un valiosísimo trabajo de campo etnográfico sobre el Derecho penal indígena, arrojó resultados de corte francamente relativista, sosteniendo la existencia y legitimidad de un Derecho penal indígena con su propio sistema de valores y principios, en detrimento de la universalidad de los derechos humanos y de los seculares principios fundamentales del Derecho penal¹⁷. Posteriormente su posición se ha ido acercando al reconocimiento de la universalidad de algunos principios: el de seguridad jurídica (aunque no el de legalidad), el de la proporcionalidad entre responsabilidad del sujeto y grado de libertad socialmente reconocida (pero no el de culpabilidad tal y como lo entendemos) y el de ofensividad (pero no el de protección de bienes jurídicos *stricto sensu*)¹⁸.

Por otra parte, Ferré Olivé presenta un análisis común a las situaciones de diversidad cultural derivadas tanto de procesos migratorios recientes con destino en Europa como de la supervivencia en Latinoamérica de la población indígena. Con ello, a pesar de confirmar la diferencia entre ambos fenómenos, abre camino al estudio de una teoría general del delito cultural en España. En la misma hace además compatible la premisa de que ninguna cultura es poseedora de verdades absolutas con el valor universal de los derechos humanos y de los seculares principios fundamentales del Derecho penal democrático, los cuales deben cumplir una función de límite a una

dir proc. pen., 2008, pp. 149-212; «Localismo e non-neutralità culturale del diritto penale “sotto tensione” per effetto dell’immigrazione», en *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, septiembre 2008, pp. 1-87, y en RISCATO y LA ROSA (coords.), *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, Torino, 2009, pp. 206-220; «Diritto penale e multiculturalismo: teoria e prassi della c.d. cultural defence nell’ordinamento statunitense», en *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, julio 2009, pp. 1-88. Es esencial su reciente tratado sobre el tema: F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano, Giuffrè, 2010.

¹⁵ C. GRANDI, «Diritto penale e società multiculturali: stato dell’arte e prospettive de jure condendo», en *L’Indice penale*, 10-1, 2007, pp. 245-288; «Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati dal fattore culturale», en *Dir. pen. e proc.*, 14-8, 2008, pp. 498-507.

¹⁶ F. PARISI, *Cultura dell’«altro» e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2010.

¹⁷ E. BORJA JIMÉNEZ, *Introducción al Derecho penal indígena*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001; «Derecho penal y Derecho indígena: Cuatro Tesis», en FLORES JIMÉNEZ, *Constitución y pluralismo jurídico*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, pp. 111-152; *¿Existe el Derecho penal indígena?*, México DF, Instituto Nacional de Ciencias Penales de México, 2005; «Sobre la existencia y principios básicos del Derecho penal Indígena», en BORJA JIMÉNEZ (coord.), *Diversidad cultural: conflicto y Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 259-372.

¹⁸ E. BORJA JIMÉNEZ, «Sobre la universalidad del sistema penal y sus planteamientos metodológicos», en *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, núm. 2, 2010, pp. 3-56.

posible valoración político-criminal positiva por parte del Estado de la diversidad cultural¹⁹.

También en Alemania el tema ha sido objeto de atención. Ya Roxin hizo en la última edición de su manual un breve estado de la cuestión²⁰, aunque la obra de mayor envergadura está constituida por ahora por la reciente monografía de Valerius²¹.

Las respuestas dadas a la cuestión multicultural por cada uno de estos autores difieren a veces grandemente unas de otras: desde quienes tienden a otorgar poca o ninguna relevancia a este factor cultural hasta aquellos para los que este puede llegar a tener como consecuencia la impunidad, si bien solo en casos de comisión de una categoría definida de delitos. A este último grupo pertenece la propuesta de De Maglie.

Los delitos culturalmente motivados es una obra sólidamente construida. Cimentada en las premisas de la superación del paradigma ilustrado del Derecho penal, las teorías sociológicas sobre los conflictos culturales y una noción de delito culturalmente motivado basada en el concepto «étnicamente cualificado» de cultura (capítulo I), se levanta posteriormente el aparato expositivo y crítico sobre las respuestas que a la cuestión dan las jurisprudencias italiana (capítulo II) y estadounidense (capítulo III) y la doctrina estadounidense de la *cultural defense* (capítulo IV). Intentar ahondar ahora en estas cuestiones no sería fruto sino de la temeridad, teniendo el lector a mano en los mencionados capítulos un análisis más acertado que cualquiera que se pudiera hacer aquí. Es de particular valor, por inusitada y sin embargo acertada, la distinción entre la *cultural defense* como construcción doctrinal y la *cultural evidence strategy* como fenómeno perteneciente al ámbito forense²².

La segunda parte de la monografía es más prescriptiva que descriptiva. El capítulo V retoma y desarrolla el concepto de delito culturalmente motivado con el objetivo de que este adquiera gran precisión técnica y un carácter restrictivo respecto a los fenómenos que abarca, de acuerdo con la preocupación de De Maglie por evitar violaciones del principio de taxatividad. A partir de ahí la autora da su propia respuesta a la cuestión, procediendo en primer lugar a exponer cómo debería reaccionar el ordenamiento de acuerdo con su configuración actual, para pasar luego a defender su propuesta *de lege ferenda*. Así, mientras que en el capítulo VI se interroga sobre «si existen espacios de maniobrabilidad dentro de nuestro sistema penal que concedan al autor cultural la impunidad o al menos un tratamiento sancionatorio fa-

¹⁹ J. C. FERRÉ OLIVÉ, «Diversidad cultural y sistema penal», en *Revista Penal*, núm. 22, 2008, pp. 33-42.

²⁰ C. ROXIN, *Strafrecht AT*, vol. 1, 4.ª ed., C. H. Beck, München, 2006, p. 131.

²¹ B. VALERIUS, *Kultur und Strafrecht: Die Berücksichtigung in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, Berlin, Dunker & Humblot, 2011.

²² Véase *infra*, capítulo III, epígrafe 1.

vable», en el capítulo VII y último propone «al futuro legislador» la previsión de una causa de no punibilidad de carácter personal para los autores de delitos culturalmente motivados, entendidos estos, se encarga la autora de reiterarlo, de manera muy restrictiva.

Esta restricción se basa principalmente en tres elementos. En primer lugar, el ya mencionado concepto de cultura «étnicamente cualificada», basado en una idea de lo étnico que no coincide sin más con lo cultural, religioso o nacional, aunque participa de todo ello²³. Además, atendiendo acertadamente a la problemática procesal, se exige la superación de varios grados de verificación que se van superando paulatinamente hasta llegar a la determinación del hecho culturalmente motivado²⁴. Por último, se prevé la exclusión del ámbito de aplicación de la causa de no punibilidad de los delitos cometidos contra las «inmidades fundamentales» de las personas, esto es, sus derechos inviolables como la vida, la integridad física, etc., y también de aquellos cometidos de modo violento²⁵.

Además de los méritos que corresponden al contenido, también hay que dejar constancia de las características del estilo. La retórica y el lirismo ceden su lugar a la exactitud y austeridad expositivas. No se trata de escritura telegráfica ni de parquedad en el vocabulario disponible, sino de un cuidado minimalismo narrativo que permite al lector poner atención en los datos y en las razones dadas. No excesivos en número, pero sí bien planteados, explicados y reiterados son los puntos fuertes de su argumentación, de los que De Maglie es consciente y sobre los que apuntala la defensa de su propuesta, como ya se ha visto.

Por otra parte, surgen algunas dudas sobre si el concepto de cultura «étnicamente cualificada» que se propugna en la obra resistiría una crítica desde posiciones posmodernistas como las que, por otra parte, son defendidas en la obra. Este concepto remite ineludiblemente a una especie de «idealismo étnico-cultural» que tiene algunas consecuencias chocantes, como la distinción apriorística entre «prácticas culturales» y «prácticas sociales». Es cierto que De Maglie reconoce el carácter cultural a un número mucho mayor de grupos humanos, pero, de una forma idéntica a la de antaño, le niega dicho estatus a ciertos patrones de comportamiento solo porque son fruto de «la presión existencial de la pobreza y el hambre»²⁶. Con ello se coloca en una posición cercana a aquella otra noción de cultura surgida en la Ilustración, de la que eran titulares las clases cultivadas del hemisferio occidental, de la

²³ Véase, *infra*, capítulos I, epígrafe 6; V, epígrafe 3, y VII, epígrafe 1.

²⁴ Véase, *infra*, capítulos V, epígrafe 4, y VII, epígrafe 1.

²⁵ Véase, *infra*, capítulos VI, epígrafe 2.2, y VII, epígrafe 1.

²⁶ Véase, *infra*, capítulo IV, epígrafe 4.1.2, se trata del caso *Reddy*, identificado como un «abuso» de la *cultural defence* por intentar plantear el comercio de niñas como un delito culturalmente motivado.

que participaban de forma incompleta los bárbaros y de la que carecían por completo los incultos y los salvajes.

Respecto a esta «ficción de la etnia», la propia autora constata que «autorizados estudiosos señalan el error de aquellas perspectivas que consideran a la humanidad como dividida en grupos étnicos netamente diferenciados, cada uno de los cuales sería identificado por su propia cultura, organización social, lengua, patrimonio genético, etc.», aunque justifica su uso por «la utilidad práctica de estas clasificaciones [...] para evitar objeciones basadas en el principio de taxatividad»²⁷. Quizá para reforzar la tesis de que este criterio de clasificación es universal y no una definición estipulativa, De Maglie llega a considerarse a sí misma «de grupo étnico blanco-caucásico»²⁸.

Pero nada de esto consigue ensombrecer los logros analíticos de De Maglie, que son evidentes y de los que seguramente podamos aprovecharnos en España. Algunos de los instrumentos que utiliza *de lege data* son traducibles con facilidad a categorías de Derecho español, como el ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP español) o la circunstancia atenuante genérica (art. 21.7 CP español); otros necesitan de algo de esfuerzo por parte del intérprete: los argumentos dados sobre el art. 133 Código Penal italiano, que trata de los criterios para determinar la gravedad del hecho con el fin de guiar la aplicación discrecional de la pena por parte del juez, podrían ser útiles para abrir espacios a la valoración de la diversidad cultural a través del art. 72 CP español, mucho más parco, sobre la exigencia de motivación judicial del grado y extensión concreta de la pena impuesta.

Algunas circunstancias de las presentes en el ordenamiento vecino, como la «actuación por motivos de particular valor moral o social» (art. 62.1 CP italiano), no pueden encontrarse en el español, pero por el contrario sí hay otras que quizá deban ser tenidas en cuenta, como la circunstancia eximente del art. 20.3 («alteración de la percepción») o la atenuante del art. 21.3 (actuación por causas o estímulos poderosos), ambos del Código Penal español.

Pero desarrollar todo ello sería materia de un estudio propio adaptado al Derecho español, que sin duda será realizado también tarde o temprano, y para el cual la obra de De Maglie supondrá un modelo y una fuente de inspiración.

²⁷ Véase, *infra*, nota 46 del capítulo V.

²⁸ Véase, *infra*, capítulo VI, epígrafe 4.3.

PRESENTACIÓN

LA INCOMODIDAD DEL ESPEJO

Gabrio FORTI

En una carta dirigida a Vaclav Havel¹ (entonces presidente de la República checa), el escritor Iósif Brodski invitaba a su ilustre interlocutor a evitar el tipo de terminología que está «hecha con el objetivo de oscurecer la realidad del mal en el hombre» y que parece incluso «inventada por el mal para esconder su verdadera identidad». Ejemplo de este lenguaje tendente al ocultamiento es el uso de todos los «ismos» (p. ej., «comunismo»): «Porque un “ismo” sugiere un hecho consumado», «sugiere la ajenidad de un fenómeno». «Es cómodo tratar estas cosas como un error, como una horrenda aberración política, quizá impuesta a los seres humanos por un anónimo más allá», especialmente «si ese más allá tiene un nombre geográfico o un nombre que suena extranjero, cuyas letras oscurecen su naturaleza absolutamente humana».

La «comodidad» de ciertas denominaciones deriva tanto del hecho de que ofrecen un expediente para alejar todo compromiso personal con los fenómenos subyacentes como de la facilidad con la que alguien puede hacerse con ellas y embanderarlas para eruirse como «hombre de la providencia» y, blandiendo la llameante espada de alguna confusa idea, hacer como que derrota los males del mundo con elementales y pueriles actos belicosos.

Lo que Brodski observaba a propósito de las técnicas lingüísticas empleadas para alienarse de asuntos históricos destructivos podría valer también para esas situaciones hacia las que se dirigen nuestros bienintencionados esfuerzos; para esos mundos de color de rosa con los que el lenguaje *politically correct* (legado de una cierta lectura del Iluminismo o, más propiamente, como habría dicho el propio Brodski, «de la idea del buen salvaje, de la bondad innata del hombre que las malvadas instituciones suelen corromper,

¹ La carta, publicada en la *New York Review of Books* y escrita en respuesta a una conferencia de Vaclav Havel aparecida el 27 de mayo de 1993 en la misma revista, se publicó traducida al italiano en I. BRODSKIJ, *Profilo di Clio*, Milano, Adelphi, 2003, pp. 203 y ss.; véanse especialmente pp. 207 y ss.

con su fe en el hecho de que mejorando esas instituciones la bondad natural del hombre será restablecida»² rellena sus sermones.

A este tipo de léxico se puede decir que pertenece también el término «multiculturalismo» o al menos ciertos sentidos con los que este viene siendo utilizado por desatención tanto en la comunicación corriente como en el debate público y científico. Como nos explica Cristina de Maglie en las clarificadoras primeras páginas de su espléndido libro, se trata precisamente de un concepto normativo con el cual se suele designar la posible respuesta a una situación de hecho que es la sociedad multicultural: «por tanto, el multiculturalismo es, siguiendo esta acepción, “un modo de desear las cosas”, “[...] un ideal de convivencia de la sociedad pluralista alternativo al del *melting pot*”, ya que “promueve el sueño de una convivencia marcada y enriquecida por las diferencias de cada grupo”».

Al igual que los términos negativos (p. ej., racismo, intolerancia, xenofobia, etc.) que cristalizan situaciones o comportamientos para los cuales este se propone como antídoto, también el «multiculturalismo» tiene la nociva aptitud de alejar y empequeñecer las reales grandezas humanas en juego, imponiendo una forma forzosamente cerrada a las infinitas y convulsas ramificaciones de los males de los que aspiramos a liberarnos. El resultado parece sobre todo el de aplacar nuestras ansias frente a la multitud de pequeños «buenos combates» cotidianos (como habría dicho San Pablo)³ que nos serían exigidos obligadamente para dar continuación real al proyecto salvador que un término tan grandilocuente parece prometer.

Es desde lo terrenal de estos «pequeños combates», más que desde lo alto de fórmulas tranquilizadoras que pretenderían abarcarlos y darles sentido, desde donde pueden entenderse y afrontarse los verdaderos problemas presentes y sobre todo futuros de las sociedades multiculturales. Problemas que no se agotan en la búsqueda (ya de por sí muy lejos de su realización en la mayor parte de las sociedades) de la que Brodski identifica como una reductiva «igualdad del pueblo frente a la ley: es decir, una pradera bien patrullada»⁴, sino que se refieren constantemente al tema de la justicia *a través de* la «experiencia de la injusticia y del mal que constituye su base»⁵: el verdadero banco de pruebas, móvil, concreto y especialmente humano de la bondad y eficacia de las reglas e instituciones de una sociedad.

Es precisamente en esta perspectiva en la que nos parece que se sitúa el libro de Cristina de Maglie, advirtiéndonos de cómo las útiles terminolo-

² *Ibid.*, p. 211.

³ «Pelea el buen combate de la fe, conquista la Vida eterna, a la que has sido llamado y en vista de la cual hiciste una magnífica profesión de fe, en presencia de numerosos testigos» (1 Ti 6,12). «[...] he peleado hasta el fin el buen combate, concluí mi carrera, conservé la fe» (2 Ti 4,7).

⁴ BRODSKI, *Profilo di Clío*, op. cit., p. 214.

⁵ F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bolonia, Il Mulino, 2006, pp. 18 y ss.

gías corrientes no nos dan «un telescopio o una ventana», sino siempre y en cualquier caso «el reflejo de nosotros mismos»⁶; de cuánto, más allá de la «superficie monótona, razonablemente perfecta» de nombres altisonantes, es necesario escrutar el «problema humano», el «problema de nuestra especie, y por ello de naturaleza constante», que una cierta forma de expresarse permite enmascarar.

Iósif Brodski, trayendo a colación un suceso históricamente localizado pero ejemplar para adentrarse en los pliegues de lo «moderno» y por tanto para comprender también los recorridos políticos y culturales de sus pálidos herederos contemporáneos, observaba cómo de «incómodo sería en verdad —en especial para los *cowboys* de las democracias industriales occidentales— reconocer en la catástrofe que tuvo lugar en el territorio de los indios de América el primer grito de la sociedad de masas: un grito, por así decirlo, del futuro del mundo, y reconocerla no solo como un “ismo”, sino como un abismo que se ha abierto repentinamente en el corazón humano para engullir honestidad, compasión, civilización, justicia, y que, una vez colmado, ha presentado de cara al —pese a todo democrático— exterior una superficie monótona, razonablemente perfecta»⁷.

De las «superficies monótonas, razonablemente perfectas» sobre las que en concreto el Derecho penal (informativo sismógrafo, por lo demás, de convulsiones culturales y antropológicas más generales) ha creído durante mucho tiempo poder hacer callar sus propias inquietudes e incoherencias nos da cuenta extensamente desde la primera página el libro de Cristina de Maglie. Por ejemplo, cuando recuerda el axioma de la «unidad del sujeto de Derecho», sobre la base del cual todos los sujetos del ordenamiento tienen los mismos derechos, las mismas obligaciones, las mismas libertades, las mismas prerrogativas y la misma posición frente a la ley penal. La realidad histórica se ha encargado de desmentir la afirmada irrelevancia de las características individuales frente a la generalidad y abstracción de la ley en general y de la ley penal en particular con innumerables desigualdades, injusticias y discriminaciones.

Por otra parte, no menos engañosa es la «superficie monótona» ofrecida por otro de los axiomas del Derecho penal: el concepto de Estado-nación que, como observa Cristina de Maglie, ha sido a su vez duramente contradicho por la historia, visto que la formación de la mayor democracia del mundo se ha fundado, «además de en la esclavitud, en el exterminio sistemático de las tribus indias, hasta la creación de reservas para los supervivientes».

En aquel «primer grito de la sociedad de masas» recordado por Brodski estaba quizá ya contenida la anticipación de las discriminaciones y limpiezas étnicas que han salpicado el siglo XX, y se podía ver desvelada, en su cruda

⁶ BRODSKIJ, *Profilo di Clio*, op. cit., p. 208.

⁷ *Ibid.*, pp. 210 y ss.

desnudez, la forma brutal y sangrienta de esa «violencia originaria» del Estado (bien disimulada en el respetable Estado liberal expresado por el mundo occidental)⁸ que fue objeto de una célebre crítica por Walter Benjamin⁹.

«El poder que conserva el derecho es el que amenaza. Y su amenaza no tiene el sentido de la intimidación, como la interpretan ingenuos teóricos liberales. De la intimidación en sentido propio formaría parte una precisión, una determinación, que es contraria a la esencia de la amenaza, y que ninguna ley puede conseguir, ya que subsiste siempre la esperanza de huir de su brazo. Tan amenazadora aparece esta como el destino, del que de hecho depende si el delincuente incurre en sus rigores [...]. Los críticos de la pena de muerte sentían, quizá sin saberlo explicar y, probablemente, sin querer ni siquiera escucharlo, que su rechazo no impugna un determinado grado de pena, no ataca a determinadas leyes, sino al Derecho mismo en su origen. Dado que su origen es la violencia, la violencia coronada por el destino, es lógico suponer que en el poder supremo, el de la vida y la muerte, donde este aparece en el ordenamiento jurídico, los orígenes de este ordenamiento afloren representativamente en la realidad de hecho y se revelen de forma pavorosa»¹⁰.

Así que... ¿cuál es el verdadero problema, el quid de la cuestión del que el espejismo del «multiculturalismo» como hecho consumado tiende a menudo a alejarnos y distraernos? ¿Cómo enfrentarse, especialmente desde la condición de juristas, con los problemas de la «sociedad multicultural»? ¿Cuál es la relevancia penal que hay que atribuir a la cultura a la que se pertenece, la cual, superando —como nos enseña Cristina de Maglie— las muchas confusiones —incluso jurisprudenciales— a las que hemos asistido en estos años, hay que asumir como exclusivamente étnica?

El problema está en gran parte en el hecho de que los *cowboys*, tras haberse montado en el caballo con un acto de «violencia originaria», incluso cuando les hayan movido las mejores intenciones y hablen el lenguaje *politically correct* de la democracia, permanecen poco propensos a dejarse ver con los ojos de los otros, o mejor, del Otro. «Oodian los espejos y no es sino porque en ellos podrían reconocer a los indios atrasados antes de lo que lo harían mirando alrededor suyo, por lo que prefieren montar en sus altos caballos, escrutar los horizontes sin indios, mofarse del atraso de los indios y sentir un enorme consuelo moral por el hecho de ser considerado *cowboy* —sobre todo por los propios indios—»¹¹.

⁸ Cfr. p. ej., S. ŽIŽEK, *Violence*, trad. it., *La violenza invisibile*, Milano, Rizzoli, 2007; M. RECALCATI (coord.), *Forme contemporanee del totalitarismo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2007.

⁹ Cfr. W. BENJAMIN, «Zur Kritik der Gewalt», en *Schriften*, trad. it. «Per la critica della violenza», en *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, Torino, Einaudi, 1976, pp. 15 y ss. Para un acertado análisis reciente de esta obra, véase A. HONNETH, «Eine geschichtsphilosophische Rettung des Sakralen. Zu Benjamins "Kritik der Gewalt"», en *Pathologien der Vernunft*, Frankfurt, Suhrkamp, 2007, pp. 112 y ss.

¹⁰ BENJAMIN, «Per la critica della violenza», *op. cit.*, pp. 13-14.

¹¹ BRODSKIJ, *Profilo di Clio*, *op. cit.*, pp. 209 y ss.

Siguiendo el hilo de la metáfora brodskiana inspirada por el «primer grito de la sociedad de masas», podríamos decir que también en una reflexión sobre los dilemas no resueltos de la sociedad multicultural, el punto de partida debería ser el de abandonar la fórmula base de los guiones de películas de vaqueros de segundo orden (tan querida por el reaganismo, pero actualmente reconocida como un persistente modo antropológico de la mentalidad occidental), según la cual «las buenas personas tienen canas»¹². Es decir, la fórmula según la cual se dan a priori clases o culturas habilitadas a amaestrar con condescendencia a los «indios» de turno sobre lo que es justo y lo que es injusto.

En esta lógica parecen inscribirse algunas tendencias jurisprudenciales «avanzadas» estadounidenses en materia de delitos culturalmente motivados, analizadas con finura en el libro de Cristina de Maglie. Inspirados en un modelo multicultural débil (es decir, que atribuye relevancia al condicionamiento cultural recurriendo exclusivamente a las categorías ya existentes en el ordenamiento), en algunos resultados (p. ej., el caso *Kimura*) revelan la peligrosa tendencia a hacer reentrar en lo patológico comportamientos reconducibles a un *cultural conflict*, expresando un juicio estigmatizador de enfermedad mental y, por tanto, de «anormalidad» frente al *cultural offender*.

Bien miradas, este tipo de posiciones parece estar tomando en consideración, más que el problema multicultural, la misma idea de justicia a la medida de los «ismos» de la que habla Brodski: como un «hecho consumado», desde el momento en el que presumen la existencia de una sola idea de igualdad y de libertad y de que debe ser necesariamente posible «organizar de una manera exhaustiva todos los potenciales escenarios», rechazando conclusiones que asumen «la forma de ordenamientos parciales»¹³. Es precisamente partiendo de estas premisas cuando la respuesta al enorme problema multicultural corre el riesgo de virar progresivamente hacia una idea de asimilación que, como escribe Cristina de Maglie, «no evoca tanto la “bienvenida” a una sociedad de acogida, sino la despiadada alternativa “integración vs. marginación”, en la que “integración” significa *acceso igual* a los recursos clave de la existencia (trabajo, educación, vivienda) solo para los pocos elegidos, socialmente elevados, mientras que para los otros —que son la mayoría—, significa mera sumisión a los valores de la sociedad dominante».

La atrayente metáfora brodskiana de sabor *western*, una vez fijada en el corazón palpitante de la cuestión multicultural, puede leerse también como parábola ejemplar del conflicto entre dos visiones diversas de la justicia. Por una parte, un ideal formalmente irreprochable que define de forma defini-

¹² A. M. BUTLER, «Selling the Popular Myth», en MILNER, O'CONNOR y SANDWEISS (coords.), *The Oxford History of the American West*, New York-Oxford, Oxford U. P., 1996, p. 795.

¹³ A. SEN, *The Idea of Justice*, trad.it., *L'idea di giustizia*, Milano, Mondadori, 2010, p. 400.

tiva, aunque abstracta, qué debe ser considerado «justo»; por otra parte, un criterio práctico, imperfecto y siempre revisable, que ha de ser asumido como válido para orientar las decisiones concretas y mejorar la calidad de vida individual y colectiva.

Sin querer ciertamente rebajar forzosamente a la altura de un sombrero de *cowboy* el refinadísimo pensamiento de un teórico de la justicia como John Rawls (al que incluso los críticos más severos no pueden dejar de reconocer su propia enorme deuda), no es difícil asimilar su imagen de conjunto a la de un inteligente pensador que «montado en su alto caballo, escruta los horizontes sin indios». Y ver como representante de los «indios» que finalmente pretenden ser vistos y mirados, a teorizaciones como la de Amartya Sen, quien, también en su reciente libro sobre la justicia¹⁴, da señales, como habría dicho Brodski, de no querer «imitar a los *cowboys*», sino, si acaso, de «consultar los espíritus respecto a otras opciones»¹⁵, especialmente si estas ayudan a amar a los espejos un poco más de lo que los aman los *cowboys*.

Que el problema de la justicia (que es por otra parte el problema primario al que deben enfrentarse las sociedades multiculturales) se configura en gran parte en razón a la disponibilidad de individuos y sociedad a mirarse en el espejo y sobre todo a dejarse reflejar en el mismo por los otros, me parece que se deduce de la propuesta de Sen de una justicia capaz de superar lo que se conoce como «institucionalismo trascendental», expresado por muchas de las teorías de la justicia ligadas a la tendencia dominante de la filosofía política contemporánea y caracterizado especialmente por la preocupación (p. ej., en Rawls) de definir, en función de ciertos principios, la forma y los contenidos de acuerdos perfectamente justos.

Resulta así que una posición de tipo trascendental «no es capaz de cimentarse en el terreno de la promoción de la justicia y de la comparación entre propuestas alternativas para hacer más justa la sociedad, aparte de la utópica idea de realizar un salto imaginario hacia un mundo perfectamente justo. Es más, las respuestas que da o puede dar una aproximación trascendental a la justicia son muy distintas y muy lejanas del tipo de cuestión que induce a las personas a ocuparse de discusiones sobre la justicia y la injusticia en el mundo (iniquidades como el hambre, la pobreza, el analfabetismo, la tortura, el racismo, la discriminación de las mujeres, la encarcelación arbitraria, la exclusión de la cobertura sanitaria, etc., todas entendidas como problemas sociales a los que es necesario poner remedio)»¹⁶.

A dicha concepción «trascendental» (que, como se ha dicho, ha podido preservarse indemne en algunos de sus axiomas a pesar de las graves derro-

¹⁴ *Ibid.*, pp. 414 y ss.

¹⁵ BRODSKIJ, *Profilo di Clio*, op. cit., p. 211.

¹⁶ SEN, *L'idea di giustizia*, op. cit., p. 107.

tas sufridas en la historia) se opone por tanto la prioridad de la aclaración de cómo las distintas prácticas de justicia deben confrontarse y valorarse. El «buen combate cotidiano» al que estamos llamados, también o quizá sobre todo en la condición de juristas, parece poderse traducir en una verificación «de las concretas realizaciones sociales», es decir, de «lo que ocurre efectivamente (en lugar de la mera valoración de acuerdos e instituciones) y, en segundo lugar, de la consideración comparada de los pasos a través de los que promover la justicia»¹⁷. Es decir, se trata de analizar, bajo el prisma de un «espectador imparcial», la pluralidad de puntos de vista, con independencia de su proveniencia, de forma que se adquiriera a escala global una perspectiva de las injusticias que hay que eliminar o reducir.

En esta propuesta alternativa respecto a la de los *cowboys*, el «indio» Sen no tiene en realidad necesidad ni siquiera de alejarse del rastro de una cierta tradición iluminista. Precisamente Adam Smith (cuyo nombre hace ya algún tiempo que hemos llevado a identificar en exclusiva con la proverbial teoría de la «mano invisible» entre los númenes tutelares del verbo económico «neoclásico») hace ya más de doscientos años «lamentaba la tendencia de ciertos pensadores a buscar una única virtud, homogénea en sí, a la luz de la cual explicar todos los valores que se pueden sostener como plausibles»¹⁸. A diferencia de Rawls, Smith, haciendo referencia al punto de vista del espectador imparcial, se preocupaba de la necesidad de ampliar la discusión con el objetivo de evitar una visión estrecha en el plano de los valores, que podría tener el efecto de dejar de lado argumentos válidos solo por ser poco familiares a una cierta cultura.

«Dado que el llamamiento al debate público puede asumir también una forma hipotética (del tipo: “¿Qué diría a propósito un espectador imparcial y distante?”), una de las principales precauciones metodológicas de Smith es la de hacer referencia a una amplia variedad de puntos de vista fundados en experiencias diversas, cercanas y lejanas, en lugar de contentarse con comparaciones, verídicas o ficticias, entre personas del mismo ambiente social y cultural, con el mismo tipo de experiencias, de prejuicios y de certezas sobre lo que es razonable y lo que no lo es, o incluso de convicciones sobre lo que es plausible y lo que no lo es. La insistencia de Smith en el deber, entre otras cosas, de considerar nuestras opiniones “desde una cierta distancia” está motivada por el objetivo de medir no solo la influencia del interés personal, sino también el impacto de las tradiciones y de las costumbres enraizadas en nosotros»¹⁹.

Moviéndose a lo largo de la estela de los teóricos de la justicia que han intentado afrontar la cuestión de la «objetividad» («la objetividad de una po-

¹⁷ *Ibid.*, p. 414.

¹⁸ Cfr. A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, trad. it., *Teoria dei sentimenti morali*, Milano, Rizzoli, 1995, p. 567. Cfr. SEN, *L'idea di giustizia*, op. cit., p. 399.

¹⁹ *Ibid.*, p. 409.

sición está ligada a la capacidad de superar valoraciones razonables que surgen de posiciones diversas») ²⁰, Sen subraya que «los principios que superan este examen no deben formar en absoluto un conjunto único y homogéneo» o venir colocados dentro de «una única y rígida estructura institucional», pudiendo permanecer «posiciones en conflicto entre sí, que no se dejan reducir por alquimia a un solo, ordenado y coherente sistema de requisitos, el cual, según Rawls, conduciría a la única estructura institucional capaz de satisfacerlos (y destinado a ser realizado por un Estado soberano)».

Como se ve, esta perspectiva incide también, metodológica y culturalmente, sobre uno de los «axiomas», ya recordados, mimados por la tradición del pensamiento penal: el concepto de Estado nación. Sen muestra al menos dos razones fundamentales para considerar que el ejercicio de la reflexión pública sobre la justicia debe ser llevado más allá de las fronteras de un Estado o región.

Una primera razón es la que hace referencia a la interdependencia de los intereses, bien resumida en lo que escribía Martin Luther King en abril de 1963 en una carta desde la cárcel de Birmingham: «La injusticia en cualquier sitio es una amenaza para la justicia en todos sitios». Como observa Sen, «nuestro intercambio global en los ámbitos literario, artístico y científico nos impide considerar que una adecuada valoración de los diversos intereses y de las varias cuestiones puede desarrollarse en la restringida esfera de los ciudadanos de un determinado país, sin que sean debidamente considerados también el resto de los seres humanos» ²¹.

Un segundo motivo que fundamenta la necesidad de asumir, en el examen de los requisitos de imparcialidad, una aproximación «abierta», es el de evitar la trampa del provincialismo. «Si el debate sobre las instancias de la justicia es confinado a un territorio específico —un país o una región más vasta—, aparece el peligro de ignorar o descuidar muchas objeciones estimulantes que, pese a ser —en una perspectiva imparcial— absolutamente dignas de consideración, no llegan a surgir en la discusión política local o a encontrar espacio en los debates circunscritos a una específica cultura» ²².

Precisamente con el objetivo de superar los límites de este espacio de reflexión provincial en el ámbito jurídico y de la reflexión moral y política, como recuerda Sen, Adam Smith invocaba el recurso al punto de vista del «espectador imparcial», «entendido como un experimento mental que consiste en preguntarse qué pensaría de una particular práctica o procedimiento una persona desinteresada, cualquiera que sea su proveniencia». Contempladas en el «espejo» de un observador tercero, muchas prácticas que dentro de una comunidad brillan con una cierta dignidad revelan toda su angustia.

²⁰ *Ibid.*, p. 58.

²¹ *Ibid.*, p. 407.

²² *Ibid.*, p. 408.

«El asesinato de un neonato era una práctica consentida en todos los estados de Grecia, incluso entre los cultos y civilizados atenienses, y cada vez que la situación económica de los progenitores hacía incómodo criar al niño, no era considerado una vergüenza o censurable el abandonarlo al hambre o a las alimañas del bosque [...]. Una costumbre ininterrumpida a partir de entonces sostuvo dicha práctica de tal forma que no solo las disolutas máximas mundanas toleraban ese bárbaro derecho, sino también las doctrinas de los filósofos. Estas, que debieran haber sido más correctas y esmeradas, se veían desviadas por la costumbre establecida, y en esta como en otras ocasiones, en lugar de censurar, sostenían este horrible abuso con forzadas consideraciones sobre la utilidad pública. Aristóteles habla de ello como de algo que en muchas ocasiones el magistrado tenía que incentivar. El buen Platón es de la misma opinión y, pese a todo el amor por la Humanidad que parece animar sus escritos, no estigmatizó nunca esta práctica»²³.

La necesidad planteada por Adam Smith de observar nuestros sentimientos «desde una cierta distancia», de someter nuestras prácticas a los «ojos del resto de la humanidad», puede tener resultados benéficos también en la experiencia penal. Sen recuerda el papel (bien estudiado y analizado por lo demás por grandes iuscomparatistas contemporáneos)²⁴ que los puntos de vista externos desarrollan en el debate jurídico de los Estados Unidos. Como en el caso que en el 2005 ocupó al Tribunal Supremo sobre la legitimidad de condenar a muerte a un sujeto menor de edad por los crímenes cometidos. Hay que recordar al respecto la posición expresada por el juez Ruth Ginsburg, que en el momento de sentenciar había votado con la mayoría del Tribunal contra la condena a muerte por un delito cometido por un menor, incluso en el caso en el que la ejecución fuese retrasada a la mayoría de edad: «¿Por qué no deberíamos tener en cuenta la competente opinión de un juez extranjero del mismo modo en que tenemos en cuenta el artículo escrito por un profesor para una revista jurídica?».

La materia de los delitos culturalmente motivados no puede sino advertir con particular intensidad un reclamo así. Aquí, como aclara perfectamente Cristina de Maglie, «la función que atañe al juez es fundamental, tanto por razones de orden general como por razones específicas». Y entre estas razones de orden general están también las consideraciones referidas a la interpretación del Derecho, habiéndose producido el declive de «las viejas ideologías del juez como *slot machine* o como máquina de silogismos, que han dominado la teoría de la interpretación hasta hace algunos decenios [...]; de hecho, el juez hercúleo no existe y nunca ha existido».

²³ SMITH, *Teoria dei sentimenti morali*, op. cit., pp. 417-418. Véase SEN, *L'idea di giustizia*, op. cit., p. 408.

²⁴ Cfr. B. MARKESINIS, *Comparative Law in the courtroom and classroom*, trad. it., *Il metodo della comparazione*, Milano, Giuffrè, 2004; B. MARKESINIS y J. FEDKE, *Engaging with Foreign Law*, trad. it., *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 2009.

Por lo demás, volviendo a la reflexión de Sen, «precisamente en una discusión de los problemas originados por las sociedades multiculturales es útil considerar la frecuencia con la que la aparente persistencia de los valores locales se fundamenta en la ignorancia de lo que en la experiencia de otros pueblos se ha demostrado factible. El aval del infanticidio en la antigua Grecia, al que hace referencia Smith, estaba influenciado evidentemente por la ausencia de conocimiento de otras sociedades que rechazaban dicha práctica y que, a pesar de ello, no se precipitaban a situaciones de caos o de crisis. Pese a la indudable importancia del “patrimonio del saber local”, también el patrimonio del saber global tiene su valor y puede aportar una contribución a los debates sobre los valores y las prácticas locales»²⁵.

No olvidemos que este modelo, basado en un «proceso participativo a través del cual son examinados los más variados argumentos y análisis de diversas proveniencias, tiene muchos puntos de contacto con el proceso democrático de reflexión pública sobre el que nos hemos ya detenido», el cual a su vez puede ser visto como una forma de incrementar la objetividad en el ámbito del proceso político²⁶. Y una cercanía así entre el método de decisión jurídica y el proceso democrático de reflexión pública no debería dejar indiferente al jurista penal, o al menos al que, provisto de sensibilidad político-criminal, se exija a sí mismo ofrecer una justificación de las propias decisiones sobre la base de las consecuencias que estas —no solo en el seno del sistema jurídico, sino también en relación con «situaciones de hecho»—²⁷ están destinadas a producir, enfrentándose por tanto con una serie de variables empírico-sociales.

Instructiva desde este punto de vista es también la reflexión de Sen cuando se pregunta por el sentido de la fórmula según la cual la justicia debe no solo «ser hecha», sino también «ser percibida como tal». Entre las razones instrumentales para atribuir importancia a la necesidad de que una decisión sea *percibida* como justa está por ejemplo el dato de que la administración de justicia resulta en general más eficaz cuando se percibe que los jueces trabajan escrupulosamente y no de manera aproximativa y el de que si una sentencia inspira confianza y apreciación general, aplicarla será muy probablemente más fácil. Pero, más allá de estas consideraciones de efectividad de la administración de la justicia, se observa que «siempre que las personas no consigan entender una determinada sentencia como comprensible y razonablemente justa, no solo se hará difícil su aplicación, sino que su propia validez resultará extremadamente problemática. Entre la objetividad de un juicio y su capacidad de resistir el control de la opinión pública existe un claro vínculo»²⁸.

²⁵ SEN, *L'idea di giustizia*, op. cit., p. 411.

²⁶ *Ibid.*, p. 412.

²⁷ W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Berlin, Ullstein, 2009, p. 94.

²⁸ SEN, *L'idea di giustizia*, cit., pp. 398 y ss.

Haría bien teniendo más en cuenta estas consideraciones el legislador italiano, cuyo comportamiento, definido en el libro de Cristina de Maglie como «asimilacionista-discriminatorio», se ve claramente reflejado sobre todo en dos tipos de reciente introducción: la mutilación genital femenina y el empleo de menores en la mendicidad (art. 600 *octies* CP italiano). Del primero, por ejemplo, se señala el extremo rigor sancionatorio que, por decir poco, chirría con el principio de igualdad, considerando solo la licitud de la circuncisión masculina y la disciplina de las lesiones comunes. Pero sobre todo se critica lo extremadamente burdo de su disciplina, que no distingue entre las distintas formas de mutilación y no atribuye relevancia alguna a la voluntad de la mujer. Con esta fisonomía la penalización muestra, más que una voluntad real de tutelar a las víctimas de comportamientos de abuso y de violencia, su carácter meramente *simbólico*, su conversión en sonoro portavoz de la superioridad de la cultura occidental, tomando peligrosamente la vía que lleva a la *exclusión* de las minorías étnicas: una opción, como escribe Cristina de Maglie, «tristemente confirmada por las decisiones del actual gobierno, que con tonos cada vez más explícitos e iniciativas cada vez más inquietantes, invita sustancialmente a inmigrantes y grupos minoritarios a “volver a su casa”».

Al cuadro normativo italiano de relevancia multicultural le iría bien por lo demás el guión de un *spaghetti western*, en el sentido de que la reductiva visión del Derecho, absorbida de los modelos de ultramar como garantía de «una pradera bien patrullada», parece haber encontrado en Italia una exageración casi manierista, con resultados por lo menos grotescos y caricaturales²⁹. Como mínimo nos encontramos en presencia de un clamoroso anacronismo ya superado por la historia, visto que «la historia y la experiencia comparada demuestran desde hace tiempo el fracaso de los modelos asimilacionistas y la hipocresía que se esconden tras la propuesta de aparente “homogeneización”». Y visto que «el estado multicultural que avanza “repudia la idea de un sistema que pertenezca a un grupo dominante; aboga por que las políticas asimilacionistas [...] se vean reemplazadas por políticas de acomodamiento [...] y exige el reconocimiento y el remedio de las injusticias históricas”».

En la escena final de un *western* de culto, *Pat Garrett y Billy el Niño*³⁰, el *sheriff* Pat Garrett (James Coburn), representante de «un universo que está cambiando inexorablemente, indiferente a los mitos que le han dado vida, considerados ya inútiles y perjudiciales para el desarrollo» (y cuyo «perfil, a caballo, en un plano sucesivo más largo, trasluce a través de un cercado de alambre de espinos como símbolo de la propiedad y de la legitimación hija de los tiempos de imposición»), elimina al «bandido» Billy a través de una «compleja ceremonia fúnebre»³¹. Con ese acto de violencia que destruye el

²⁹ A. MORSIANI, *L'America e il western*, Roma, Gremese, 2007, pp. 166 y ss.

³⁰ *Pat Garrett and Billy the Kid*, 1973, dirigida por Sam Peckinpah.

³¹ G. FRASCA, *C'era una volta il western*, Torino, Utet, 2007, pp. 132 y ss.

viejo mundo, Garrett anula también, al mismo tiempo, buena parte de sí, como expresa bien el espejo hecho añicos que devuelve su imagen reflejada tras haber liquidado a Billy.

Mirarse al espejo, para el *cowboy* de nuestros días, quiere decir rasgar el velo epistemológico que todavía hace creer en la existencia de un poder unilateral y olvida que, después de todo, el hombre (o la etnia, la cultura, la civilización) en el poder «depende de la información que debe recibir continuamente del exterior», «reacciona a esa información de la misma forma en la que “hace” ocurrir las cosas [...]. Es una intención y no una situación unidireccional»³². Por retomar unas palabras de Gregory Bateson expresadas en un contexto de reflexión no muy lejano del que aquí nos ocupa, «para quien se vea lógica y naturalmente en una posición fuera de y contra las cosas que lo rodean, para quien asuma como unidad de la propia supervivencia a sí mismo y a la propia gente o a los individuos de la propia especie, en antítesis con el ambiente formado por otras unidades sociales, por otras razas y por los animales y por las plantas, la probabilidad de sobrevivir será la de una bola de nieve en el infierno»³³.

Y pese a todo no parece atisbarse en el horizonte la conciencia de cuánto exigen los problemas de las sociedades multiculturales saldar las cuentas con la «violencia originaria» de los «*cowboys* de las democracias industriales occidentales» y por tanto también intentar recomponer el espejo hecho añicos en el que en el pasado amaron tan poco fijar la mirada.

En el largo y difícil proceso de acercamiento a esta especie de redescubierta especularidad identitaria, el libro de Cristina de Maglie, nutrido por la duda y el buen gusto (que, como escribía Brodski, son los dos antidotos «contra la vulgaridad del corazón humano»³⁴, pero resultan ciertamente benéficos a quien, como el penalista, suele estar acostumbrado a escrutar el horizonte de los problemas desde caballos demasiado altos), está destinado a ofrecernos una aportación inestimable. También gracias a la capacidad, rara en el jurista italiano, de afrontar los problemas de la práctica y con las lecciones de la historia, y de atreverse a dar soluciones sustanciales y procesales originales y sistemáticamente «sostenibles», este libro hará más consistente y persistente el «buen combate» exigido a todos nosotros en la ardua arena multicultural.

³² G. BATESON, *Steps to an Ecology of Mind*, trad. it. *Verso un'ecologia della mente*, Milano, Adelphi, 2000, p. 530.

³³ BATESON, *Verso un'ecologia della mente*, op. cit., pp. 502-503.

³⁴ BRODSKI, *Profilo di Clio*, op. cit., p. 213.

CAPÍTULO I

CULTURAS Y DERECHO PENAL: LAS PREMISAS METODOLÓGICAS

1. UN CAMBIO DE PERSPECTIVA

El Derecho penal, como la mayor parte de las otras ramas jurídicas, estaba basado hasta hace algunos años en unos cuantos axiomas tan sólidamente cimentados y tan ampliamente compartidos, que a menudo no eran siquiera enunciados, ni mucho menos discutidos. Uno de estos axiomas era el que Tarello definió como «la unidad del sujeto de Derecho», sobre la base del cual todos los sujetos del ordenamiento tienen los mismos derechos, las mismas obligaciones, las mismas libertades, las mismas prerrogativas y —para lo que aquí importa— la misma posición respecto a la ley penal. Se trata, en otros términos, del principio de irrelevancia de las características individuales frente a la generalidad y abstracción de la ley en general y de la ley penal en particular, principio que sufre raras excepciones, las cuales pueden referirse, por ejemplo, a la determinación de la pena en concreto, pero no abarcan la aplicación de la norma penal en cuanto tal. Dicho de otra forma, se trata de la declinación subjetiva del principio de igualdad, que rige en el Derecho penal en igual medida que en otras áreas del ordenamiento¹.

Sin embargo, la realidad histórica se ha desarrollado en esta materia de una manera muy diferente: la historia de los siglos XIX y XX está repleta de un número inverosímil de desigualdades, injusticias y discriminaciones. Baste recordar que en los Estados Unidos la esclavitud fue abolida solo tras una guerra y muchos decenios después de la proclamación de la *Bill of Rights*, o bien la facilidad con la que los Derechos alemán e italiano legitimaron las discriminaciones contra los judíos, o que en la Italia unida los derechos electorales eran atribuidos por censo y que el voto femenino no

¹ Cfr. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, t. I (*Assolutismo e codificazione del diritto*), 1976, pp. 150, 182, 599 y ss.

fue concedido hasta 1946². Nada de ello fue de interés para la mayor parte de los juristas, pero esta falta de interés era explicable: a fin de cuentas, si la historia no se adecua a los principios fundamentales del Derecho, peor para la historia.

El otro axioma sobre el que se fundamentaba el Derecho y en particular el Derecho penal era el concepto de Estado-nación. El origen de los Estados se sitúa tradicionalmente en la Paz de Westfalia: hablamos por tanto de 1648, aunque es sobre todo en la segunda mitad del siglo XIX, con la unificación de Italia y la del *Reich* alemán, cuando el marco de los Estados-naciones queda delineado con mayor claridad. El Derecho se configura a la medida del Estado-nación: las fronteras territoriales del Estado son también las fronteras de la soberanía y del ordenamiento jurídico. Son de hecho nacionales las constituciones, los códigos, las leyes, las reglas de ciudadanía. Dentro de sus fronteras el Estado-nación produce y aplica el Derecho y realiza —supuestamente— los principios de igualdad y de unidad del sujeto de Derecho en general y también en el ámbito del Derecho penal³.

También en este aspecto, sin embargo, la historia se encarga de desmentir duramente la conceptualización jurídica. La formación de la mayor democracia del mundo se funda, además de sobre la esclavitud, sobre el exterminio sistemático de las tribus indias, hasta la creación de reservas para los supervivientes; la historia del siglo XX está repleta de discriminaciones y de limpiezas étnicas. Así, no fue infrecuente que la creación del Estado-nación unitario y homogéneo pasase por la opresión y la violencia⁴. Todo ello no ha impedido que la cultura jurídica cultivase el «mito» del Estado-nación junto al de la igualdad de sus ciudadanos. Pero este mito entra en crisis en los últimos años por efecto de algunos factores, los cuales surgen sobre todo a partir de la Segunda Posguerra Mundial: el modelo del Estado-nación comienza a perder algunas de sus connotaciones fundamentales tanto «hacia arriba» como «hacia abajo».

Al menos dos fenómenos ponen en discusión el modelo «hacia arriba». El primero está constituido por la expansión de la dimensión supranacional de las organizaciones políticas y económicas, que en gran medida erosiona la autonomía y la soberanía de los Estados-naciones. Basta pensar en la larga y problemática formación de la Unión Europea o en el papel desarrollado por organizaciones como las Naciones Unidas o la OMC⁵. En el ámbito especí-

² Sobre la exclusión del sufragio, véase recientemente FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, 2007, pp. 80 y ss.

³ Cfr., por todos, TWINING, *Globalization and Legal Theory*, 2000, pp. 561 y ss. y 142 y ss.; FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, t. II (*Teoria della democrazia*), 2007, pp. 81 y ss.

⁴ Cfr. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, 2006.

⁵ Sobre los problemas relativos a la unificación europea, véase por último, PORTINARO, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, 2007, pp. 231 y ss.

fico de la Justicia penal, la experiencia de los tribunales penales internacionales, pese a sus dificultades, muestra cómo también en este sector pueden ser superados los límites tradicionalmente marcados por la territorialidad del Estado⁶. El otro factor está constituido por el fenómeno conocido actualmente como globalización económica, cultural y también jurídica⁷. Ya se habla de «Geoderecho»⁸ o de «Derecho sin fronteras»⁹ y se analizan las transformaciones que la dimensión global de los fenómenos económicos y comerciales provoca en el mundo jurídico. Es evidente que el Derecho nacional ni desaparece ni perderá previsiblemente su función, pero es así mismo evidente que el Derecho transnacional o supranacional está destinado a ocupar un espacio cada vez mayor¹⁰.

«Hacia abajo», el modelo de Estado-nación entra en crisis por la convergencia de varios factores. Uno de ellos es el que los teóricos de la globalización llaman «glocalización», una especie de reacción contraria en virtud de la cual la existencia cada vez más extendida y penetrante de una cultura globalizada hace surgir tendencias y tradiciones localistas ligadas a elementos de carácter étnico, religioso, lingüístico y culturales en general¹¹. En realidad, estas tendencias siempre han existido, así como siempre han existido —dentro de los diversos Estados-naciones— minorías étnicas, lingüísticas o religiosas. El ejemplo más evidente está constituido una vez más por los Estados Unidos, que son desde siempre un conjunto de minorías. Sin embargo, es la cultura de la globalización la que hace surgir —casi como antítesis dialéctica— una cultura de la diversidad y de la variación y una mayor conciencia de las propias raíces étnicas y culturales. A la homogeneización más o menos forzada derivada de la globalización se contraponen la valorización de la autonomía y de la peculiaridad de las minorías¹².

Estas tendencias tienen a veces efectos disgregadores en el Estado-nación, los cuales se manifiestan a veces de forma pacífica, como en la división de Checoslovaquia en dos repúblicas independientes, y otras veces de forma trágica, como en el caso de la ex Yugoslavia o en el de los diversos terrorismos independentistas. Puede también suceder que la existencia del

⁶ Cfr., por todos, L. FRIEDMAN, *La società orizzontale*, trad. it., 2002; SEN, *Globalizzazione e libertà*, trad. it., 2002.

⁷ Cfr., por todos, A. CASSESE, *International Criminal Law*, 2003; DAMASKA, «L'incerta identità delle Corti penali internazionali», en *Criminalia*, 2006, pp. 9 y ss.

⁸ IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, 2006.

⁹ FERRARESE, *Diritto sconfinato*, 2006.

¹⁰ FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto nella società transnazionale*, 2000.

¹¹ Sobre el fenómeno de la «glocalización» cfr., entre otros, ROBERTSON, «Glokalisierung-Homogenität und Heterogenität in Raum und Zeit», en BECK (coord.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, 1998, pp. 192 y ss.

¹² Cfr., entre otros, DE MAGLIE, «Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano», en *Scritti per Federico Stella*, t. I, 2007, pp. 15 y ss., y bibliografía allí citada; COTESTA, *Sociologia dei conflitti etnici. Razzismo, immigrazione e società multiculturale*, 2009.

Estado-nación no sea amenazada directamente, pero que aun así surjan conflictos internos en el mismo que pese a no ser necesariamente duraderos, indican claramente la inexistencia de una suficiente homogeneidad social dentro del Estado y la aparición de tensiones difícilmente controlables. Las revueltas de los guetos negros en las grandes ciudades americanas o las *banlieues* parisinas señalan que detrás de la apariencia de sociedades económica y socialmente avanzadas hay fortísimas diferencias y discriminaciones.

Otro factor determinante está constituido por la inmigración. Históricamente, la presencia de grupos étnicos, lingüísticos y también nacionales dentro de sociedades complejas ha sido el resultado de procesos migratorios. Basta pensar en la emigración italiana a los Estados Unidos y a Argentina a finales del siglo XIX y en los primeros decenios del XX, en la emigración programada de trabajadores turcos a Alemania o en la formación de los *chinatowns* en las grandes ciudades americanas para darse cuenta de la cantidad y de la variedad de estos fenómenos¹³. Actualmente, un problema de grandes dimensiones está constituido por las migraciones que llevan a millones de personas de las áreas pobres del mundo a los países ricos. A pesar de muros y fusiles, como en la frontera entre los Estados Unidos y México, estos movimientos son inevitables: el hambre, la guerra o el desempleo constituyen impulsos poderosos para muchos desesperados que se ilusionan con encontrar paz y bienestar en los llamados países avanzados.

El problema es importante por al menos dos razones. La primera es que las migraciones actuales, legales o ilegales, crean millones de sujetos socialmente desadaptados y privados de medios para sobrevivir: son las «vidas desperdiciadas» de las que habla Zigmunt Bauman¹⁴. La segunda es que las migraciones llevan a muchos sujetos a inserirse en sociedades distintas a las originarias, aumentando frecuentemente de modo relevante la tasa de diversidad étnica, religiosa y cultural de las sociedades que —por así decirlo— «acogen» a extranjeros inmigrantes. La acción combinada de factores como los que he indicado ha producido diversas consecuencias: nacen los conceptos de sociedad multiétnica y de sociedad multicultural; sociólogos, politólogos y filósofos estudian los fenómenos del multiculturalismo¹⁵. Este cambio de perspectiva afecta actualmente de pleno al Derecho penal, llamado, como las otras ciencias jurídicas, a reformular las propias categorías para adaptarlas a las nuevas exigencias. La composición multiétnica de la sociedad mueve los cimientos de las concepciones tradicionales: surgen verdaderos conflictos culturales entre los llamados sistemas anfitriones y los grupos minoritarios que son huéspedes en el mismo.

¹³ Cfr. por último, sobre la materia, OSTERHAMMEL y PETERSSON, *Storia della globalizzazione*, trad. it., 2005, pp. 66 y ss.

¹⁴ BAUMAN, *Vite di scarto*, trad. it., 2004.

¹⁵ Cfr., por todos, C. GALLI (coord.), *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, 2006.