

# **El error de prohibición: ¿ausencia de conocimiento y/o ausencia de comprensión?**

**~Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales~**

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra, España. Patrona FICP

## **I. INTRODUCCIÓN**

La ponencia que presento es un resumen de un trabajo más amplio que estoy elaborando y que pretendo publicar en fechas próximas.

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

Algunas de estas culturas, tradiciones o costumbres chocan contra el ordenamiento jurídico, incluso contra el ordenamiento jurídico penal. Por ejemplo, porque se trata de conductas constitutivas de delito en el país de acogida, y sin embargo permitidas o incluso exigidas en el país de origen. O puede tratarse de conductas constitutivas de delito en ambos países pero con una respuesta penal diferente.

Ante esta situación el problema que quiero plantearles es si el ordenamiento jurídico debe hacerse alguna distinción cuando el delito se comete por razones culturales. Es decir, nos planteamos si la legislación penal debe aplicarse sin tomar en consideración condicionantes culturales o si es más correcto tener en cuenta las diferencias culturales que condicionan el comportamiento. Hasta dónde puede una sociedad democrática aceptar comportamientos que colisionan con aquellos que la propia sociedad ha reconocido como suyos. En definitiva, si la sociedad debe tolerar grupos culturales que la amenazan.

## **II. DIVERSIDAD CULTURAL Y LÍMITES**

Creo que se debe empezar por definir el concepto de cultura del que se parte, que podría ser el de la definición del Diccionario de la Real Academia: *conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.* Se define también cultura popular: *conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo.* En parecidos

términos la Declaración Universal de la UNESCO (2001) sobre la diversidad cultural define la cultura como *el conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, la manera de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.*

Pues bien, a pesar de la premisa básica de que se deben respetar las diferentes culturas, y por tanto, a partir de la defensa del pluralismo cultural, considero, sin embargo, que ello no es incompatible con la exigencia de que dichas culturas –todas ellas- se adecúen a unos principios básicos, en concreto el respeto a los derechos humanos fundamentales. Estoy de acuerdo con ASUA, en que cuando la diferencia cultural se opone al reconocimiento de un derecho a “ser igual”, este último debe prevalecer sobre aquella. La defensa de la diversidad cultural no puede significar dar por buenas todas las prácticas o tradiciones de una cultura, sino solo aquellas que resulten compatibles con la misma premisa de igualdad sustancial de todo ser humano y el ejercicio de su libertad. Se debe repudiar, por tanto toda relación que se legitime sobre la idea de superioridad de unas personas sobre otras.

Si se reconoce, por tanto, que hay límites infranqueables que no pueden traspasarse alegando un derecho a la identidad cultural, ello querrá decir que las conductas o comportamientos que infrinjan dichos límites serán conductas que encajarán en los tipos penales, por tanto serán típicas y antijurídicas. Ahora bien, en mi opinión, una cosa es que no se puedan permitir ni justificar comportamientos que lesionen derechos básicos fundamentales amparándose en motivos culturales, y otra distinta es que a pesar de ello, no pueda considerarse la posibilidad de disminuir o incluso eximir de pena en alguno de estos supuestos. Si dicha disminución es plausible o no desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico es lo que se deberá dilucidar.

### **III. RESPUESTA PENAL ANTE LA DIVERSIDAD CULTURAL**

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

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

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

Una de las mayores expertas en este tema, DE MAGLIE, los define como un comportamiento realizado por un sujeto perteneciente a un grupo étnico minoritario que es considerado delito por las normas del sistema de la cultura dominante. El mismo comportamiento en la cultura del grupo al que pertenece el autor es por el contrario perdonado, aceptado como normal o aprobado o, en determinadas situaciones, incluso impuesto. Esta autora exige entonces algunos requisitos tales como 1) el motivo cultural: habrá de comprobarse que la causa psíquica que ha determinado al sujeto a cometer el delito encuentra su explicación en su bagaje cultural; 2) la coincidencia en la reacción: será necesario comprobar que los demás miembros del grupo al que pertenece el sujeto valorarían el comportamiento que ha realizado el sujeto del mismo modo que él; 3) la diversidad entre las culturas: debe compararse la diferente forma de valorar y de reaccionar entre el país anfitrión y el país de origen.

## **2. Posibles respuestas desde la teoría del delito al delito culturalmente motivado**

La primera idea que considero necesario resaltar es que, como ya he señalado antes, no creo que deba considerarse permitida o justificada una conducta penalmente relevante por el hecho de venir motivada por razones culturales. Entiendo que el delito, desde su concepción material, supone, siempre que el legislador seleccione correctamente las conductas, una acción gravemente nociva para la sociedad, que perturba considerablemente bienes jurídicos importantes, es decir, condiciones mínimas de convivencia social de modo reprobable y no justificado y que pone en cuestión la vigencia del orden jurídico. Ahora bien, no basta con tipificar estas conductas como delito, el ejemplo más claro es el caso de las mutilaciones genitales femeninas, donde criminalizar puede implicar hasta cuestionar la forma en que estos padres y madres quieren a sus hijas. Porque, aunque es absolutamente imprescindible rechazar y tipificar estas prácticas, las medidas penales no pueden ser únicas y deben venir acompañadas de otras soluciones. Debe tenerse cuidado porque cuando la única respuesta es criminalizadora se refuerza el estigma.

Por ello, creo que la solución pasa, en primer lugar, por tratar de entender que determinadas conductas que para los que nos hemos educado en una cultura occidental son conductas intolerables por violentar derechos humanos básicos y por retroceder en avances relacionados con la idea de igualdad y de libertad, sin embargo, en otras

regiones del planeta no se perciben de la misma manera. Los sujetos que las llevan a cabo se han educado en valores muy distintos a los nuestros, que les hacen valorar de diferente manera la gravedad de las conductas, llegando incluso a considerar que algunas de ellas son positivas y necesarias. No puede ignorarse que quien llega a un país en el que se prohíben determinadas conductas en las que él se ha educado, puede llegar a conocer la prohibición y sus consecuencias, pero llegar a entender las razones de la prohibición y asumirlo puede costarle un tiempo.

Imaginemos que un ciudadano español homosexual realiza prácticas homosexuales en un país donde tales prácticas constituyen un delito grave, castigado incluso con la pena de muerte<sup>1</sup>. Supongamos que el sujeto sabe que tales comportamientos son delito y conoce las consecuencias de llevarlos a cabo en aquel país. Lógicamente lo hará a escondidas, con ocultación. Educado en un país en el que tales prácticas son completamente legales, incluso en algunos ámbitos, valoradas positivamente, le costará interiorizar que puedan considerarse delito de otro lugar. Sólo con el transcurso del tiempo, con formación donde le expliquen que tales prácticas son nocivas, podría llegar a interiorizar tal valoración negativa de su conducta.

**a) *Respuesta desde la culpabilidad***

Si se parte de que para poder considerar culpable a un sujeto, es necesario que dicho sujeto pueda acceder a la norma y motivarse consecuentemente por ella, la cuestión será si de una persona que se ha educado en unos valores muy diferentes a los que rigen en la sociedad en la que vive, se puede afirmar que su accesibilidad a la norma está limitada, que no es normalmente motivado por la norma y en ese sentido verse afectada su culpabilidad.

No cabe el encaje en la inimputabilidad. La imputabilidad implica normalidad psíquica, ausencia de perturbaciones mentales, permanentes o pasajeras. Tienen una base por tanto psíquica, por lo que considerar estos casos incluidos en el ámbito de la

---

<sup>1</sup> Hay algunos países árabes en los que las prácticas homosexuales no sólo la consideran una ofensa a Alá y un acto contra la naturaleza. Sino que, además, la penan con la muerte. Y esta sentencia, por lo general, se aplica de una manera brutal: por lapidación. Es la ley contra los homosexuales en la mayoría de los países regidos por el islam. O en aquellos donde milicias fundamentalistas controlan gran parte de su territorio, como es el caso de Nigeria -no estrictamente musulmán-, o Siria e Irak, donde el Estado Islámico mantiene ciudades bajo su dominio, sin intervención de un gobierno central. También en Afganistán, Arabia Saudita, Brunei, Mauritania, Pakistan, entre otros. En América Latina y el Caribe hay muchas variedades: países donde se penaliza la homosexualidad, países donde no hay ninguna ley que proteja a las personas homosexuales y donde hay muchos crímenes de odio, sobre todo en Brasil y México, y otros países, como Uruguay, Argentina o Colombia, donde se va alcanzando la igualdad como ciudadanos”

imputabilidad sería considerar que estos sujetos tienen anuladas o perturbadas sus facultades mentales por sufrir alteraciones psíquicas.

Merece la pena destacar en este sentido el art. 33 del CP Colombiano que señala: “Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender la ilicitud o de determinarse de acuerdo a esa comprensión por diversidad cultural”. Se planteó un recurso de inconstitucionalidad contra este precepto precisamente por el hecho de considerar inimputable a un sujeto por razón de sus diferencias culturales. Ahora bien, tal precepto ha sido interpretado por el TC C-370/02, de 14 de mayo de 2002 que ha declarado su constitucionalidad siempre que se entienda, que la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad, sino de una cosmovisión diferente, y que en los casos en los que el sujeto no comprende la ilicitud por sus condicionantes culturales la sentencia debe ser de absolución y no de declaración de inimputabilidad del sujeto.

Por las mismas razones, creo que se puede rechazar la posibilidad de apreciar el art. 20.3º CP español de alteración en la percepción, puesto que se admite mayoritariamente que esta alteración se refiere al ámbito físico o sensorial. Se viene considerando mayoritariamente que se trata de una anomalía permanente debida a una grave falta de comunicación con el exterior provocada por alteraciones en la percepción congénitas sufridas desde la infancia. Como consecuencia el sujeto no tendrá conciencia de la realidad social, cultural y normativa, que da un conocimiento aproximado de los valores, normas y principios básicos, éticos y jurídicos.

Las sentencias que han resuelto sobre estos temas en España concluyen que la relevancia penal de estos condicionantes culturales sólo puede venir desde la aplicación del error de prohibición. En las Sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel 197/2011, de 15 de noviembre y en la SAN 9/2013, de 4 abril se aprecia error de prohibición vencible tratándose de dos casos muy similares. En los dos supuestos el delito que se comete es el de la mutilación genital femenina. Se aprecia en ambos casos un error de prohibición vencible en las respectivas madres de las niñas, alegando que se trataba de señoras, una procedente de Gambia y otra de Senegal, que desconocían la ilicitud del hecho porque llevaban muy poco tiempo en España, no hablaban español, su círculo de relaciones era cerrado y limitado a personas de sus países de origen.

Pero ello no soluciona el problema que planteo, puesto que no se tiene en cuenta de forma específica o especial el factor cultural, sino que se trata de un factor cultural

que en este caso concreto sirve para declarar el no conocimiento de los hechos, pero este factor no opera de forma distinta a cualquier otro factor. Debe tenerse en cuenta que, una vez apreciado el error de prohibición, este no podrá volver a apreciarse, puesto que ya no podría volverse a argumentar que había desconocimiento. Incluso hay sentencias más estrictas que rechazan la posibilidad de apreciar el error de prohibición en aquellos casos en los que se atenta contra derechos como la vida, la integridad física o moral o la libertad<sup>2</sup>

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

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

En los supuestos que estoy analizando los sujetos han sido educados en una cultura y en unos valores diferentes, aunque conocen que la conducta está prohibida, incluso prohibida penalmente, actúan porque no han tenido la posibilidad de comprender el desvalor o el daño que la infracción de esa norma supone. Debemos entender que quien llega a un país de acogida con una cultura muy diferente puede conocer la norma y sus consecuencias de una manera más o menos rápida, pero sin embargo puede tardar más en asimilar o comprender esas normas y romper así con su propia forma de entender el mundo. Es lo que ZAFFARONI llama error culturalmente

---

<sup>2</sup> STS 1399/2009, de 8 de enero

condicionado casos en que el esfuerzo de comprensión –interiorización- de la norma se ve particularmente dificultado por su condicionamiento cultural.

Cuando ZAFFARONI se refiere a la comprensión de la normas se refiere a algo más, se refiere a la internalización (sic) –o más bien a la posibilidad por parte del sujeto de internalizar (sic) la norma. Es lo que él llama comprensión efectiva. Según este autor para que se pueda afirmar la culpabilidad del sujeto será necesario que este haya tenido ocasión o posibilidad de internalizar los valores que fundamentan el injusto en un grado razonablemente exigible. Si no ha podido internalizar los valores habrá un error de comprensión. Según este autor se degradaría el principio de culpabilidad a una ficción si se entendiese que cualquier ser humano, que conoce la antijuridicidad de su conducta, está en condiciones de comprenderla. La exigibilidad de la internalización (comprensión) de las pautas jurídicas depende del grado de esfuerzo que el sujeto debía realizar para materializar esa comprensión efectiva. Dentro de este error de comprensión, incluye ZAFFARONI el error culturalmente condicionado que cataloga como un error de prohibición. Para este autor, cuando el sujeto conoce la norma pero no la puede internalizar por razones culturales, por regla general no se le podrá reprochar su conducta. Por otra parte, señala ZAFFARONI, que este error también cabrá cuando se trate de delitos que lesionen bienes jurídicos fundamentales. Acepta este autor que cuanto mayor es la lesión jurídica cualquier exculpación debe ser de mayor entidad, esto es, el ámbito de autodeterminación debe estar reducido por motivos más fuertes, de manera que el vínculo cultural que impide a una persona comprender la ilicitud de las inhumaciones ilegales pueda ser menos fuerte que el vínculo cultural exigible en el caso de un homicidio, pero no se puede decir de forma absoluta que en estos casos no cabrá error.

Estos supuestos no pretenden abarcar aquellos casos en los que el sujeto incumple la norma por un deber de conciencia, sino que lo que se pretende es englobar aquellos casos en los que el esfuerzo de comprensión –interiorización de la norma se ve muy dificultado por sus condicionamientos culturales.

#### **IV. Opinión personal**

Debo comenzar por adelantar que en mi opinión no es posible apreciar en estos supuestos el error de prohibición, tal y como está recogido en el art. 14.3 CP. En este punto es interesante recordar además, que la literalidad de otros códigos penales es diferente cuando regulan el error de prohibición. Así, el CP argentino incluye en su art.

34, la falta de comprensión de la criminalidad del acto tanto por razones mentales como por error<sup>3</sup>. O por ejemplo el CP peruano incluye en su art. 15 el error culturalmente condicionado<sup>4</sup>.

Sin embargo, en mi opinión estos supuestos merecen una respuesta penal diferenciada porque sí que estimo que la motivación de estos sujetos es diferente frente a la norma<sup>5</sup>. *De lege lata* creo que podría afirmarse la posible apreciación de una atenuante analógica bien al error de prohibición, alegando que el sujeto aunque conoce la norma no llega a captar todo el sentido de la misma, las razones de la punición, es decir, no llega a captar el desvalor de la conducta. Dependiendo de las dificultades de comprensión que el sujeto tenga (por su mayor o menor integración; por el mayor o menor arraigo del comportamiento en el grupo de referencia del sujeto, por el mayor o menor choque que suponga desde su perspectiva) podría considerarse muy cualificada. Otra opción sería apreciar una atenuante analógica al art. 20.3º, entendiendo que la diferente educación –socialización– del sujeto le altera de manera importante la posibilidad de tener conciencia de la realidad en el sentido de poder captar los valores básicos, éticos y jurídicos. No se podrá apreciar directamente el art. 20.3º por faltar la base física.

También cabe plantearse la apreciación de una causa de inexigibilidad subjetiva como causa supralegal de exculpación, pero entiendo, siguiendo a LUZÓN que para ello, no basta con que el sujeto se encuentre en una situación anómala que genere enormes dificultades para que el sujeto pueda motivarse normalmente por la norma, sino que además debe ser normativamente admisible.

Para la apreciación de todas las posibilidades mencionadas será importante valorar la deficiente motivabilidad del sujeto por la norma. Para ello deberán tenerse en cuenta las circunstancias concretas que impiden al sujeto la accesibilidad normal a la norma,

---

<sup>3</sup> Art. 34 CP argentino.- No son punibles: 1) el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente

<sup>4</sup> Artículo 15 CP peruano.- 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.

<sup>5</sup> Es verdad que en España el art. 149 relativo a la mutilación genital femenina recoge la **posibilidad** de retirar a los padres que hayan intervenido en el delito la patria potestad. Probablemente si un padre o una madre le amputara un miembro o un órgano por cualquier otra razón, la retirada de la patria potestad no sería potestativa, sino obligatoria. Lo que quiero decir es que aunque sea de manera tímida, el propio CP reconoce que la situación entre uno u otro caso es diferente.



tales como el origen del sujeto, el grado de aceptación de la conducta en su lugar de origen; las posibilidades que el sujeto ha tenido para acceder a la norma del país de acogida: el tiempo de estancia, las relaciones con otras personas diferentes a las de su país de origen, el conocimiento de las costumbres y de la cultura del país de acogida. Es decir, todas aquellas circunstancias que ayuden al sujeto a familiarizarse con los valores del país de acogida y de asumirlos como valiosos.

Entiendo que la atenuación también podrá apreciarse en supuestos en que se atente contra bienes jurídicos fundamentales. Si bien es verdad que en los supuestos en los que se atente contra bienes jurídicos fundamentales habrá que exigir una situación motivacional del sujeto más anormal, esto es, mayores dificultades por parte del sujeto para acceder –comprender-la norma, o en términos de la aplicación analógica del 20.3º una socialización más alejada de la cultura del país de acogida. No veo por qué hay que rechazar en estos casos la posible atenuación.

Probablemente en los supuestos en los que se atenta contra bienes jurídicos fundamentales sea más difícil llegar a una eliminación completa de la culpabilidad y por tanto de una exención total de la pena. Tal y como hemos visto, las motivaciones culturales no encajan en ninguna causa de exención de la culpabilidad legalmente establecida. Para apreciar la inexigibilidad subjetiva no sólo hace falta que el sujeto se encuentre en una situación de conflicto motivacional extremo, sino que sea normativamente accesible. Es decir, el Derecho renuncia a la sanción penal porque considera que desde el punto de vista valorativo y teleológico, incluidos los fines de la pena no se le puede o no merece la pena imponerle al sujeto la sanción penal y este segundo requisito será el que no se cumple cuando se trate de delitos que atenten contra bienes jurídicos fundamentales, por lo que no cabrá la exculpación total cuando se atente contra bienes jurídicos fundamentales.

*De lege ferenda* cabría valorar la posibilidad de introducir en el CP una atenuante o incluso eximente basada en las motivaciones culturales. Es una cuestión que precisa de un mayor estudio, pero *a priori* no me parece rechazable esa opción.

Quiero insistir en que parto de que estos comportamientos son delito y por tanto reprobables y rechazables. Ahora bien, la solución criminalizadora por sí sola no ayudará a prevenir estas conductas. Será necesaria una potente labor de información y de formación que eduque en la igualdad, y en la dignidad de todos los seres humanos, para lograr que las personas educados en otras culturas y en valores a veces

contradictorios con los nuestros puedan entender las razones por las que se castigan estas conductas.

Algunos autores afirman que la consideración de estas motivaciones culturales para atenuar la pena puede tener un efecto contraproducente para los propios extranjeros porque pueda entenderse que la sola pertenencia a una determinada cultura condiciona la comprensión de la norma y podría dar lugar a un incentivo perverso, en el sentido de no integrarse para seguir manteniendo la falta de comprensión. Afirma TORRES que el reconocimiento expreso de la diversidad cultural en el ámbito penal puede abrir una vía que subjetivice en exceso la exigencia de responsabilidad a las motivaciones personales del autor, introduciendo un factor de desgaste del nivel de protección de los valores que integran un consenso mínimo y puede implicar no dejar fuera contenidos moralizantes ajenos a nuestro modelo de Estado plasmado en la Constitución. Se alude también a la posible motivación para la no integración en la nueva cultura por parte del sujeto extranjero

En mi opinión, sin embargo la atenuación de la pena no significa que se apruebe la conducta, pero sí permite dar una respuesta diferenciada de la que se aplica a quien realiza una conducta similar si los condicionantes culturales. Ello responde, a mi modo de ver al principio de igualdad, conforme al cual no podemos tratar igual a lo que es desigual. No creo por otro lado que la posible atenuación pueda suponer un incentivo de cara a la no integración, puesto que, como afirma SANZ, precisamente la intransigencia produce que muchas personas migradas tiendan a reforzar sus prácticas más tradicionales. A mayor igualdad de derechos y a mayor respeto por parte de los poderes públicos, mayor posibilidad de integración y de prevención de los delitos culturalmente motivados y porque en definitiva ninguna persona sensata elegiría conscientemente ser eternamente extranjera.