

LOS DELITOS CULTURALES: DE LA REPERCUSIÓN DE LOS CONFLICTOS DE CULTURA SOBRE EL COMPORTAMIENTO DELINCUENTE. REFLEXIONES SOBRE LA CONTRIBUCIÓN DE LA ANTROPOLOGÍA DEL DERECHO A UN DEBATE CONTEMPORÁNEO¹

MARIE-CLAIRE FOBLETS

No es desacreditando una costumbre foránea insostenible para nuestras costumbres y contra nuestro orden público nacional, no es exorcizando con palabras mágicas y sancionando de manera ejemplar con penas severas, aflictivas e infamantes que se le hará retroceder [...]. Es tomando la justa medida de su significación y de su valor tradicionales que podremos, en concierto con los interesados, encontrar las fórmulas de reemplazo o de sustitución adaptadas al medio social que los acoge.²

SUMARIO: **I.** Introducción: conflictos entre normas de conducta. **II.** La etnocriminología. 1. La contribución de una disciplina surgida de la colonización. 2. Problemas contemporáneos de política criminal. **III.** Una antropología contemporánea del fenómeno criminal. 1. Generalidades antropológicas. 2. Estudios recientes. **IV.** Delitos culturales: aspectos jurídicos y criminológicos. 1. Inmigración y delincuencia: tres categorías de delitos en relación con la situación del extranjero. 2. Estudios recientes. a. Elemento material. b. La culpabilidad del infractor: el elemento moral. c. La medida

1 «Les délits culturels: de la répercussion des conflits de culture sur la conduite délinquant. Réflexions sur l'apport de l'anthropologie du droit à un débat contemporain». *Droit et Cultures*, vol. 35, N° 1, 1998, pp. 195 y s(s). Traducido del francés por Luis Taylor Navas. El trabajo comenta, como se deduce del año de su publicación, el Código Penal francés derogado y reemplazado por el Código Penal de 1994.

2 Vernier 1990: 187.

de la pena que sanciona el «delito cultural». V. A manera de conclusión. 1. La responsabilidad. 2. El ángulo desde el que juzgamos la admisibilidad de prácticas colectivas.

I. INTRODUCCIÓN: CONFLICTOS ENTRE NORMAS DE CONDUCTA

En 1983, La Corte de Casación francesa conoció del asunto Danièle Richer, quien había mutilado el clítoris y los labios menores de la vulva (el término *excisión*³ no es utilizado por la Corte) de su hija. El 20 de agosto de 1983, la Corte dictó su decisión, en la que estableció que el acto incriminado constituye una mutilación en el sentido del artículo 312, inciso 3, del Código Penal francés.⁴

Un padre turco, residente en los Países Bajos, obligó a su hija de 16 años a casarse con un primo lejano, polígamo. El matrimonio fue contraído según un acuerdo anterior suscrito entre los dos hombres. El libre consentimiento de la joven no fue tomado en cuenta. El pago de la dote fue estipulado en un acta.⁵

En los Países Bajos, igualmente, un joven turco mató a su media hermana, debido a que esta, mediante su comportamiento, había perjudicado el honor de la familia.⁶

A inicios de la década de 1980, en Flandes, una joven madre africana, desesperada por haber dado a luz un niño albino, lo ahogó arrojándolo al agua.

En los Estados Unidos de Norteamérica, en el estado de California, una madre japonesa atentó contra la vida de sus dos hijos. Ella se había enterado de que su marido mantenía relaciones adúlteras. Para ella, el honor era un valor más importante y noble que la vida, por lo que había de conservarlo aun en detrimento de la segunda.⁷ Sus abogados alegaron, con éxito, la inimputabilidad de la madre por haber actuado en virtud de su cultura.

La influencia que los «conflictos culturales» tienen en el origen de la conducta delictuosa o en otras formas de comportamientos desviados no requiere, actualmente, de una nueva comprobación. Los casos se multiplican y las decisiones judiciales son dadas a conocer por la prensa sensacionalista. Cada vez, se trata

3 El término empleado en el texto es el de *excision*, por lo que se ha preferido traducirlo por el de 'excisión'. Sin embargo, como se comprende de la lectura de todo el texto, la autora hace referencia a todas las formas de mutilaciones genitales femeninas (por ejemplo, la clitoridectomía, la ablación, la infibulación) [nota del traductor].

4 Expediente Richer-Peyrichout. Cf. Vernier 1990.

5 Domen/Kotting 1983.

6 Tribunal de Primera Instancia de Dordrecht, 12 de enero de 1979. Citado en *Nederlandse Jurisprudentie* 1979: 214. Cf. Rutten 1988.

7 Renteln 1987.

de uno o varios actos, calificados de criminales o, al menos, de desviados, pero realizados por el o los autores sin otra intención que la de no violar una norma perteneciente a su grupo de origen.

El punto de partida de un estudio del fenómeno complejo denominado «delitos culturales» debe apoyarse en una documentación recogida mediante el más grande número posible de medios de análisis elaborados por diferentes disciplinas científicas, las cuales tratan de detectar las conductas relevando la existencia de conflictos fundamentales entre normas de comportamiento (legales o no). Pueden mencionarse, por ejemplo, el análisis criminológico,⁸ los numerosos enfoques sociológicos,⁹ o aun el material desarrollado por los psiquiatras freudianos,¹⁰ en los que se expone el conflicto cultural en términos de lucha entre las incitaciones biológicas profundamente enraizadas —que buscan manifestarse— y las reglas creadas de la cultura. Todos estos enfoques, cada uno a su manera, permiten percibir el delito cultural como derivado de un proceso de encuentro(s) cultural(es).

El inventario y el análisis de estos diferentes enfoques superan los límites de esta contribución, por lo que solo procederemos a revisar algunas de las reflexiones que hemos podido retener de nuestras lecturas y que nos han parecido útiles para comprender mejor el fenómeno de los «delitos culturales». Hemos preferido las investigaciones recientes y, en particular, los trabajos que, hoy en día, en los Estados Unidos de Norteamérica, Francia y los Países Bajos, optan por una vía antropológica y etnocriminológica, en la medida en que toman en cuenta el papel de la herencia cultural para explicar los comportamientos desviados.

En la primera parte de esta contribución (II. La etnocriminología), resumimos, en pocas líneas, las enseñanzas de la etnocriminología con respecto al estudio de los delitos culturales. En la segunda parte (III. Una antropología contemporánea del fenómeno criminal), presentamos algunos trabajos realizados en los últimos años, principalmente en los Países Bajos, por criminólogos y antropólogos sobre el fenómeno delictivo en el caso de jóvenes provenientes de la inmigración. En la tercera parte (IV. Delitos culturales: aspectos jurídicos y criminológicos), abordamos la cuestión del tratamiento penal del delito cultural considerando, en particular, dos aspectos: por una parte, la cuestión de las condiciones jurídicas de los actos calificados de «delitos culturales» y, por otra, la cuestión de la medida de las penas.

Este trabajo es, principalmente, prospectivo; tiene como inconveniente no dar las respuestas claras y definitivas que el lector quisiera encontrar.

8 Sellin 1938.

9 De Beer 1988; Tennekes 1989.

10 White 1933; Alexander/Healy 1935.

II. LA ETNOCRIMINOLOGÍA

1. La contribución de una disciplina surgida de la colonización

Históricamente, la etnocriminología es el nombre con que se designa a las investigaciones que, bajo el régimen de la colonización, se interesaron en las divergencias de visión que distinguen las sociedades humanas en su percepción del «fenómeno criminal y de la reacción a organizar». La etnocriminología es rica en estudios que cartografían, respecto a cada uno de los contextos culturales inventariados, los modos de reflexión sobre el tejido social de las sociedades humanas y los diferentes medios estatuidos para reaccionar contra el fenómeno delictivo.¹¹ El material etnográfico acumulado por los etnocriminólogos permite, actualmente, diferenciar mejor entre los diferentes tipos de situación que dan lugar a choques —más o menos trágicos— entre las normas de diferentes códigos culturales. A veces, la ley penal de un grupo cultural es ampliada para comprender el territorio de otro grupo mediante la anexión o bajo el yugo de la colonización. A veces, el choque es el efecto de la inmigración de un grupo cultural hacia una zona cultural de otro grupo. Estas situaciones, como lo veremos, presentan espinosos problemas de política criminal.

En los Estados Unidos de Norteamérica, Australia y Canadá, desde la década de 1930, los antropólogos han sido solicitados por las autoridades judiciales para aportar el testimonio directo de sus conocimientos del fenómeno criminal en las poblaciones autóctonas.¹² Mejor conocida, actualmente, la criminología estudia las diferencias de tasas de criminalidad entre los grupos sociales¹³ con la finalidad de detectar, en el mejor de los casos, los factores criminógenos específicos que afectan a cada uno de los grupos inventariados: una situación económica determinada por el empleo irregular y mal pagado que destruye hogares, la educación y el descanso inadecuados, las malas condiciones de alojamiento, etcétera. La desorganización social y económica es colocada en primer plano como factor explicativo de la violencia de los grupos estudiados y de la incidencia de la criminalidad en la vida del grupo. Los resultados de este tipo de investigaciones, generalmente, concuerdan con los estudios sociológicos de las zonas desfavorecidas de la sociedad, las que determinan un porcentaje elevado de criminalidad entre sus habitantes.

Entre las conductas desviadas que ocupan, desde hace varios años, las cortes y los tribunales casi en toda Europa, figura una especie de conducta que no se expli-

11 Brillon 1980.

12 Entre otros, Speak 1933; Lips 1937.

13 Entre otros, Junger 1990.

ca, o solo muy parcialmente, en términos de conjetura socioeconómica desfavorable. Se trata de las conductas que se caracterizan porque su elemento desviado o anormal constituye una forma diferente a las otras formas de desviación debido a que estas conductas suponen la presencia de normas de conducta heredadas de culturas (legales o no) que violan normas de conducta específicamente definidas por el derecho penal.

T. Sellin (1938) citaba ya el caso de un padre siciliano que, en Nueva Jersey, Estados Unidos de Norteamérica, había matado al seductor de su hija de 16 años. El autor se sorprendió al ser arrestado, pues, según él, solo había defendido el honor de su familia conforme a sus tradiciones.

Luego de la estabilización, en casi toda Europa, de los movimientos inmigratorios poscoloniales relativamente masivos, los conflictos culturales se multiplican. Algunos los explican como excrecencias de procesos de diferenciación social,¹⁴ procesos que producen en el seno de la sociedad de acogida una infinidad de grupos de pertenencia, cada uno de los cuales tiene su propia definición del bien y del mal cristalizada en reglas que adquieren validez según el grado en el que son incorporadas en la personalidad de los miembros del grupo. El resultado es una sociedad plural, que revela gran número de grupos sociales, de intereses en competencia, una superposición de normas y numerosos organismos de control de aplicación de las normas. Es lo que se llama, hoy en día, la sociedad multicultural.

Cuanto más pluralista es una sociedad, más probable es que la cantidad de reglas que rigen cada situación sea importante y que haya la posibilidad de que estas reglas se superpongan parcialmente en razón de la aceptación común de algunas normas. Sucede que estas reglas son tan contradictorias entre sí que, cualquiera que sea la actitud del individuo frente a una situación dada, este violará una o, con frecuencia, diversas normas y hasta todas a la vez. Es el aspecto trágico del conflicto de las normas de conducta.

Las ilustraciones no faltan. Figuran, entre los ejemplos más citados en los últimos años, los homicidios por venganza de familia a familia cuando antes se ha producido otro homicidio entre miembros de los grupos o se ha cometido una ofensa contra un pariente. Estos casos son mejor conocidos como *vendettas*. Estas son impuestas por la ley del honor; constituyen un deber. No vengarse equivale a perder prestigio, perder el «honor». El hecho de que la venganza constituya un asesinato (premeditado) según las leyes del Estado, pasible de condena a trabajos forzados a perpetuidad, no altera en nada su carácter obligatorio para los miembros del grupo ofendido.

14 Entre otros, Rat 1991; Rossens 1986.

La etnocriminología ha demostrado por qué algunas herencias culturales son más fácilmente productoras de comportamientos desviados culturales que otras.¹⁵ En el contexto de la inmigración, en estos últimos años, aparece que los grupos que proveen a los tribunales las configuraciones de conflictos más complicadas de tratar son, sobre todo, los grupos de parientes caracterizados por la persistencia de control familiar y que, además, son fuertemente estructurados por una creencia religiosa. Las comunidades patrilineales musulmanas que viven en contexto de inmigración, por ejemplo, solo abandonan de manera muy lenta su política de matrimonios entre primos;¹⁶ permanecen, en general, muy vinculadas al principio del código de honor de la sociedad de los hombres; y se organizan, instintiva o deliberadamente, para conservar ciertas prácticas de origen. Esta conservación, en caso de infracción a las normas de conducta dictadas por el Código Penal de la sociedad de acogida, puede culminar en la persecución judicial, lo que hace aparecer uno o varios delitos culturales: poligamia, matrimonio forzado de menores de edad, desheredación, no declaración de recién nacidos, etcétera.¹⁷ Estos conflictos continúan mientras que el proceso de aculturación no termina, debido a la resistencia de los grupos colocados en una situación que no les es familiar. Con la llegada reciente de nuevos grupos de refugiados en Europa, exilados de todas partes del mundo, el número de casos que se hallan en proceso de aculturación forzada e inacaba se han aun multiplicado.

Siguiendo las explicaciones de la etnocriminología, los comportamientos actualmente calificados como «delitos culturales» parecen resultar de concepciones divergentes e incompatibles de la justicia: concepciones tradicionales de derecho y de la justicia se hallan en contradicción con los modelos penales o de procedimientos judiciales, más aún con políticas criminales que se inspiran en «modelos» de derecho occidental. Los delitos culturales son, de alguna manera, un fenómeno que, en el plano penal, ponen en evidencia una situación de pluralismo

15 Es bien conocido por los antropólogos que las sociedades patrilineales, que autorizan la poligamia e imponen la virilocalidad (*virilocalité*) —el hecho de que una pareja casada resida donde reside la familia del esposo—, son, generalmente, más violentas que las sociedades matrilineales; las sociedades nómadas evitan, a veces, que un conflicto estalle en el seno del grupo mediante la separación temporal o definitiva; las sociedades agrarias generan tensiones desconocidas por las sociedades de cazadores-recolectores o seminómadas, etcétera. Cf. Verdier/Courtois/Poly 1980-1984.

16 Todd 1994.

17 En la especie, S. Rutten (1988) cita el caso de padres marroquíes que omiten declarar al oficio del estado civil, en los plazos previstos por la ley (artículo 448 del Código Penal de los Países Bajos), el nacimiento de su hijo de sexo masculino, debido a que la tradición musulmana les impone esperar la circuncisión del niño (8 a 10 días después del nacimiento) antes del proceder a la declaración.

jurídico. Tal situación de incompatibilidad de concepciones, también de contradicción, puede producirse de dos formas. Una primera se da cuando varios grupos normativos influyen simultáneamente en el individuo: el conflicto de normas forma un elemento constitutivo de la personalidad del infractor. Es el caso de algunos inmigrantes jóvenes de la segunda generación mal «aculturados» o mal «desaculturados» (*aculturés, dékulturés*). Una segunda se da cuando el individuo simplemente no posee la norma del grupo que califica su comportamiento; toma, entonces, los elementos de su personalidad de un grupo cultural que no está familiarizado con las normas de conducta de la sociedad que reprime. Es el caso de las poblaciones colonizadas y de los inmigrantes de la primera generación.

El primer caso es el del infractor que toma, al mismo tiempo, sus normas de conducta de diversos grupos que tienen normas contradictorias. Algunos citan casos tomados de los tribunales belgas en relación con la delincuencia de jóvenes inmigrantes de segunda y tercera generación que muestran la lucha engendrada por las diferencias entre las normas familiares y las normas de la cultura de la sociedad mayoritaria adoptadas por los jóvenes. Muchos de esos jóvenes constituyen un grupo a la deriva desde el punto de vista de la cultura ambiente, balanceados entre la cultura de los padres y las normas de conducta sancionadas por el derecho de la sociedad de acogida. Las situaciones más inquietantes son aquellas que se producen cuando un joven rompe los vínculos con su tradición antes de haber adquirido los estándares y los modelos de comportamiento de la sociedad de acogida.

Los conflictos culturales que viven y que se expresan en los comportamientos delictivos de jóvenes procedentes de la inmigración poscolonial oponen un mínimo de tres culturas:¹⁸ la cultura (o las culturas) de la sociedad de acogida, la cultura del país de origen y, por último, una cultura propia de los jóvenes del mundo, una nueva cultura mundial, particularmente mediatizada y dinámica. Las coincidencias de los comportamientos de los jóvenes de la inmigración magrebina, en casi toda Europa, no son el fruto del azar: aun sin constituir verdaderas «subculturas delincentes», en el sentido indicado por M. Junger,¹⁹ la delincuencia, en el seno de la juventud magrebina, sin embargo, se caracteriza por comportamientos que no comparten las juventudes antillanas, indonesias, chinas, etcétera. La situación de vida totalmente particular de estos jóvenes, herederos de diversas culturas, de varios conjuntos de normas que atraviesan sus vidas, los obliga a formular —consciente o inconscientemente— escogimientos culturales. Algunas normas sobreviven más que otras; tal es el caso del código de honor y de lo que

18 Sansone 1991.

19 Junger 1989. Cf. más abajo.

los anglosajones califican de *ingroup* (por oposición a *outgroup*), es decir, la solidaridad entre los miembros de un mismo grupo por edad o de iniciación.²⁰ Estas normas, que se continúan haciendo respetar mediante configuraciones, muchas veces, muy nuevas, son de gran importancia para el conocimiento profundizado del fenómeno criminal en algunos grupos de jóvenes en la sociedad contemporánea. Los grupos que obedecen, simultáneamente, a diversos registros de normas penales se multiplican sin cesar.²¹

Los ejemplos respecto del segundo caso —aquel del individuo que continúa respetando las normas correspondientes al grupo de pertenencia— abundan en las obras de etnología: las poblaciones colonizadas han sido sometidas al derecho penal del colonizador, el cual ha transformado en infracciones ciertos comportamientos usuales que el derecho tradicional permitía o imponía,²² lo que, necesariamente, ha producido choques entre los códigos culturales. Actualmente, los conflictos entre códigos culturales se explican, en gran parte, como la consecuencia de la instalación de una cultura minoritaria en la zona cultural de la sociedad de acogida.

La *vendetta*, ya citada, ilustra bien esta configuración del conflicto entre códigos culturales: la sensibilidad del individuo frente a la presión del grupo de pertenencia es tan fuerte y la norma de conducta dictada por el código cultural sentida de manera tan emocional que la probabilidad de que la obediencia no crea dudas. La autoridad ejercida sobre él por la cultura de origen en el proceso de formación de su personalidad es demasiado importante como para que se deje guiar por otra norma de conducta.

2. Problemas contemporáneos de política criminal

Las divergencias entre las sociedades humanas sobre los modos de pensar el fenómeno criminal, de generarlo, de calificarlo y, llegado el caso, de combatirlo pueden ser notables. Numerosas son las divergencias que conciernen a las significaciones atribuidas por los diferentes códigos culturales a las relaciones entre las personas solteras de los dos sexos. Los ejemplos, en este ámbito, parecen multiplicarse últimamente. Se consideran como los más espectaculares aquellos que, a su

20 La verdad a propósito de una situación de hecho, de una responsabilidad a establecer o del fundamento de un conflicto importa menos que salvaguardar el honor. Mentir al respecto puede ser legítimo, hasta necesario, si permite salvar las apariencias al grupo. No es tanto el hecho escandaloso en sí mismo lo que se debe evitar, sino la difusión de la verdad con respecto a este hecho.

21 Strijbosch 1991; Wormhoudt 1986; Van Gemert 1991.

22 Brillon 1980.

turno, pueden dar a ciertas divergencias una amplitud más grande de la que tienen realmente: raptos de mozas vírgenes, fenómenos de venganza de honor familiar en sus diversas manifestaciones, mutilaciones sexuales, matrimonios forzados de menores de edad, etcétera. Algunas diferencias entre los códigos culturales, en este delicado y vasto dominio, permiten, a veces, explicar en parte, el porcentaje elevado de homicidios con respecto de ciertos grupos de inmigrantes. Otro ejemplo es la actitud especialmente tolerante adoptada en la década de 1960 en materia de juegos de azar por parte de las autoridades judiciales de Róterdam en relación con la comunidad china, a pesar de la ley que prohibía estrictamente dichos juegos.²³ Estos eran considerados como «naturales», al punto que las autoridades no trataron de intervenir en lo que era considerado como una característica cultural propia, un asunto «interno», en cierta manera, del grupo particular.²⁴ Por último, se puede hacer, igualmente, referencia a algunas violaciones de las leyes sobre estupefacientes, violaciones que también se explican mejor, total o parcialmente, en relación con la herencia cultural especial implícita.

Cada vez —se trate de homicidio, consumo de estupefacientes o juegos de azar— los comportamientos son definidos por la dirección, a veces centrada y otras difusa, de las normas de conducta del grupo de pertenencia. Estas normas están dotadas de un valor social estimado por aquellos o aquellas que las obedecen como superior a las reglas dictadas por el derecho del Estado.

Estos hechos conducen a la constatación inevitable de que el estudio de las normas de conducta y su violación en nuestras sociedades plurales, en la medida en que busca reflejar algo de la complejidad del verdadero *imbroglio* jurídico en que vive, diariamente, un número creciente de pobladores, debe, obligatoriamente, ser ampliada para comprender la infinita variedad de las normas de conducta de los numerosos grupos normativos, las cuales son incorporadas en los comportamientos individuales de muchos miembros de estos grupos. Uno de los nudos gordianos de la política criminal de los últimos años es la cuestión de saber qué técnicas de derecho autorizan las autoridades judiciales de las sociedades de acogida para tener en cuenta, en el ámbito penal, la influencia que pueden ejercer sobre un individuo las normas de conducta de su grupo de pertenencia cada vez que estas aparecen como incompatibles con las normas de conducta fijadas en el Código Penal y, llegado el caso, en qué medida las autoridades judiciales están autorizadas a hacerlo. La última parte de este trabajo está dedicada al estudio de esta cuestión («Delitos culturales: aspectos jurídicos y criminológicos»).

23 Sie Dhian Ho 1979.

24 W. C. Smith (1937) cita algunas fuentes que sostienen que «jugar a los juegos de azar está profundamente enraizado en las costumbres populares de los cantoneses» y que «es tan natural para un chino jugar a los juegos de azar como para un bebé tomar leche».

Previamente, puede ser útil mostrar la manera en la que, actualmente, ciertos antropólogos, ante la demanda de etnocriminólogos en la administración colonial, tratan de ampliar el estudio de las normas de conducta y su violación en la sociedad plural. Los ejemplos de estudios en los que pensamos son, mayoritariamente, investigaciones antropológicas contemporáneas realizadas en los Países Bajos. Estas investigaciones conciernen, principalmente, a dos cuestiones: la primera, que ya hemos parcialmente tratado, es saber en qué consiste precisamente el «delito cultural» y qué lo causa; la segunda se refiere al aspecto deontológico de la pericia cultural: ¿es conveniente que la antropología preste sus servicios a la administración de justicia? ¿Cuáles son, llegado el caso, los riesgos científicos relacionados con tal servicio?²⁵ Concentremos nuestra exposición en la primera cuestión.

III. UNA ANTROPOLOGÍA CONTEMPORÁNEA DEL FENÓMENO CRIMINAL

1. Generalidades antropológicas

Una primera constante antropológica es el hecho universal de que toda sociedad, cualquiera que sea, está amenazada por los mismos tipos de agresiones. Debe reaccionar ante una misma variedad de infracciones, contra las cuales posee medios represivos. En esto, reside, probablemente, para el antropólogo del fenómeno criminal, el único elemento invariable en la inmensa diversidad de los delitos y de las penas conocidas en las sociedades humanas. Las principales infracciones a las normas de una sociedad, por más variadas que sean, son todas, de una u otra manera, infracciones relativas a derechos referidos a cinco conjuntos de temas: la vida misma, el sexo y el orden de los sexos entre sí, los bienes y su distribución, la religión, y el mantenimiento del poder. Estos cinco temas constituyen el fundamento de la gran mayoría de crímenes y delitos. Las normas penales son, hablando de modo simple, aquellas que conciernen más directamente el ordenamiento de una sociedad: los cinco conjuntos de temas enumerados —el derecho a la vida, el tabú del sexo, la protección de los bienes, la protección del Estado, de la autoridad y del poder religioso— recubren valores esenciales de las civilizaciones y de las culturas. Las sociedades humanas, cada una a su manera, escogen los valores que ellas privilegian: algunas veces, la protección del poder en lugar de los derechos de las personas; otras veces, la defensa de la integridad del grupo familiar en lugar de la libertad de los miembros que lo componen. Y estos valores toman un lugar, aquí, en el derecho público o la costumbre penal; allá, en derecho

25 Hastrup Lesas 1990.

privado o la legislación civil; o aun en el derecho de las personas o el derecho de los bienes.²⁶ Según su calificación, el homicidio provocará una represión de intensidad variada. Además, esta variará, igualmente, conforme la posición social de la víctima (se trate de un niño, de un anciano o de un sabio, *sage*) o de acuerdo a la naturaleza de las relaciones sociales entre el homicida y su víctima. Históricamente, la sanción concernía al derecho relativo a las personas o a los bienes según que la víctima fuera un hombre (o una mujer) libre o esclavo.²⁷

Aun cuando las sociedades comparten ciertos valores idénticos frente al fenómeno criminal, su concepción sobre la organización y el grado de represión de este varían. La etnografía muestra la gama casi infinita de modelos desarrollados por las culturas para reprimir, cada una a su manera, el fenómeno criminal. En esta infinita variedad de maneras de reprimir, se manifiesta, de alguna manera, la libre apreciación de cada cultura ante la infracción.²⁸ En las sociedades llamadas comunitarias, se reprime más el crimen que a su autor. En ellas, rige, generalmente, un fuerte temor frente al desorden social y la preocupación por evitar la reincidencia. La situación es diferente en las sociedades en las que la responsabilidad individual y la expiación son valoradas positivamente.²⁹

2. Estudios recientes

Lo que distingue, en especial, al «delito cultural» de las otras formas de delincuencia es el hecho de que, habitualmente, frente al fenómeno criminal, es la propia colectividad la que se defiende y acusa. En el caso del delito llamado «cultural», la sociedad de la que, culturalmente, surge el acto incriminado y la sociedad que acusa —sociedad llamada de acogida— no son las mismas sociedades. Esta repartición de tareas, mal combinada y relativamente única entre, por un lado, la sociedad que provee el fundamento cultural del delito o crimen y, por otro, la sociedad que lo reprime, constituye, probablemente, el núcleo firme de lo que caracteriza al «delito cultural»: surge de una percepción o lógica cultural, y es reprimido según otra diferente.

El criminólogo holandés Frank Bovenkerk, en un informe efectuado para el Ministerio de Justicia de los Países Bajos (titulado «Over de oorzaken van criminaliteit van allochtone jongeren» ‘Sobre las causas de la criminalidad en la

26 Entre los nuer, por ejemplo, el homicidio releva del derecho privado y ataca el patrimonio familiar. Entre los ashanti, el homicidio es considerado como un crimen contra la tribu y corresponde, indudablemente, al derecho público. Cf. Milner 1969.

27 Milner 1969.

28 Verdier/Courtois/Poly 1980-1984.

29 Ib.

juventud de inmigrantes' y publicado por la Commissie Montfrans en el texto *Met de neus op de feiten. Aanpak jeugdcriminaliteit* 'La nariz sobre los hechos. Combatir el fenómeno criminal entre los jóvenes' en 1994), consagrado enteramente a las causas de criminalidad entre los jóvenes inmigrantes en los Países Bajos, caracteriza de tres maneras esta situación de discordancia profunda entre, por un lado, la percepción del fenómeno delincente por parte de los jóvenes y, por otro, la sociedad circundante. Bovenkerk muestra la cultura de los jóvenes desde tres ángulos: (1) la cultura definida como sistema, como conjunto de normas; (2) la cultura colocada en su(s) relación(es) con las instituciones; y, por último, (3) los conflictos culturales. Considerando el interés particular de este enfoque para nuestros propósitos, resumiremos los principales elementos de la definición de cultura de Bovenkerk en cada una de sus tres perspectivas.

Según la primera, la cultura es abordada como sistema de normas. Es la concepción del bien y del mal en una cultura y su tratamiento. Esta concepción, según autores como Y. Yesilgöz y L. Coenen (1992), quienes han estudiado el funcionamiento del concepto «honor» entre las comunidades turcas en los Países Bajos, contribuye a explicar el porcentaje elevado de actos de represalia cometidos por los hermanos de la víctima o por los miembros masculinos de su grupo patrilineal después de la violación o rapto de una joven virgen, actos que, cada año en los Países Bajos, producen numerosas víctimas.³⁰

La segunda perspectiva es la de la cultura en su(s) relación(es) con las instituciones. Se trata de la cuestión de los agentes de represión, desde la búsqueda del culpable y de las pruebas que lo califican como tal hasta la ejecución de la pena, pasando por las modalidades de la determinación de la sanción y de la elección de quién se encarga de esta tarea. En nuestras sociedades occidentales, la represión del criminal corresponde exclusivamente al aparato judicial estatal: «[...] toda la historia [...] de la justicia penal consiste en el abandono de la justicia privada hacia el reconocimiento de la justicia pública», escriben Francois Tulkens y Michel Van de Kerchove.³¹ La represión por el grupo de la víctima —el grupo se hace justicia por sí mismo— está prohibida. Esta constatación no es válida para todas las sociedades humanas. Muchas comunidades, aun hoy en día, regulan sus conflictos y regularizan el orden social en el seno del grupo mediante otros medios que los judiciales.³² Es el caso de las sociedades llamadas parentales, de

30 La concepción del bien y del mal estaría igualmente en la base del número elevado de homicidios en el medio de la prostitución homosexual a la que se dedican algunos miembros de las comunidades magrebina. Parecería que esta es muy difícilmente experimentada por los miembros de la comunidad, lo que da lugar a actos de agresión de gran violencia. Cf. Van Gemert 1991.

31 Tulkens/Van de Kerchove 1993: 207.

32 Verdier/Courtois/Poly 1980-1984.

las calificadas como no estatales y de toda sociedad que admite, oficialmente o de hecho, una situación de pluralismo jurídico, es decir, de pluralidad, coexistencia o concurrencia entre diferentes agentes de represión que operan simultáneamente en una misma sociedad.³³

El antropólogo norteamericano Robert Lowie (1935) ha descrito, con toda la fineza del detalle etnológico, las diferentes maneras como las comunidades inuit tratan el homicidio: reconoce que varios años pueden pasar antes que el ofendido busque justicia y que suceda que el homicida sea recibido y bien tratado por la familia del difunto hasta el día en que esta lo matará durante una partida de caza o después de un *match* de lucha.

Actualmente, en Europa, la gran mayoría de comunidades de inmigrantes han perdido el dominio, es decir, el control social de sus miembros, sobre todo de los más jóvenes, debido a que ni el núcleo familiar ni el concejo de ancianos o de sabios funcionan como los agentes sancionadores, o solo lo hacen en parte.³⁴

En los Países Bajos, las investigaciones llevadas a cabo por autores como Hans Van Hulst y Jeanette Bos (1994) han mostrado que las familias antillanas (de Curaçao) no tienen más la capacidad de ser los agentes sancionadores de las infracciones de las normas que ellas mismas continúan, sin embargo, transmitiendo a los niños (principalmente, el código de honor familiar en la especie *Pan i rêspèt*), de modo que reproducen, en alguna forma, mediante la educación en la cultura de los niños del grupo, el fundamento (cultural) para ciertas infracciones (los delitos culturales), sin poder controlarlas o dominarlas.

Por último, la tercera perspectiva señalada por Bonvenkerk para definir la cultura es la situación de conflictos entre culturas. El término designa, como lo hemos descrito, las situaciones que las autoridades judiciales de la sociedad de acogida, de una parte, y, de otra, los miembros de la comunidad de pertenencia del inculcado interpretan de manera divergente. Las calificaciones del acto y de su carácter delictuoso no coinciden y la eventual forma de sancionar es percibida diferentemente.

Siguiendo las tres definiciones que da Bonvenkerk de los componentes de una cultura, se puede estar tentado a concluir que los jóvenes inmigrantes en

33 El agente sancionador también puede ser sobrenatural: sin necesidad de recurrir a penas escatológicas, como las que son previstas por algunas religiones (privación de la vida eterna, reencarnación en una casta inferior, etcétera), numerosas comunidades creen aún en el automatismo de la sanción (trascendente) en relación con ciertas infracciones: la pena —sobrenatural— está, entonces, desprovista de todo procedimiento.

34 En las sociedades llamadas parentales, el grupo familiar es el principal agente sancionador: las infracciones son, en la mayor parte, infracciones de las reglas de parentesco o de la pertenencia (el código de honor es un código de honor familiar). En nuestras sociedades modernas, el papel del agente sancionador no pertenece más a la familia.

los Países Bajos son, hoy en día, portadores de una cultura particular y que sus comportamientos infractores, en consecuencia, deben ser considerados, en derecho penal, como delitos culturales. Esta visión coincide, en parte, con el enfoque culturalista del fenómeno criminal, el cual desplaza al hombre detrás de su delito; el acto es, entonces, concebido como producto de una sociedad en la que el individuo no puede ser considerado como individualmente responsable. La cultura es percibida como una causa de incapacidad penal, incapacidad que, según algunos, principalmente autores norteamericanos, autoriza a la *cultural defense*, estrategia de defensa en materia penal que consistente en afirmar que la pertenencia a una cultura determinada puede muy bien constituir una causa de no imputabilidad que altera, de manera irreversible, el carácter intencional del acto delictuoso.³⁵ Volveremos sobre esto último.

En un informe resultante de una investigación, publicado en 1990,³⁶ el criminólogo M. Junger llega a una conclusión opuesta. La cuestión que le interesa es saber si el fenómeno criminal entre las jóvenes generaciones de inmigrantes en los Países Bajos presenta las características de lo que él califica como *delinquent subculturen* ‘subculturas delincuentes’. ¿Cuáles son esas características? Junger distingue tres: (1) el hecho de compartir en común valores delincuentes (*delincente guarden met elkaar delen*), (2) habitar en el seno de grupos estructurados cuyos miembros se sienten vinculados por una fuerte amistad (*in gestructureende groepen met hechte vriendschappelijke banden*) y (3) ofrecer a sus miembros la posibilidad de hacer carrera en la delincuencia (*waarbinnen men een loophaan kan hebben*). Para Junger, ninguno de los grupos de jóvenes repertoriados por él en los Países Bajos presenta las tres características enumeradas, de donde concluye que un análisis que buscara reconstruir la «cultura» («la subcultura») de estos jóvenes carecería de propósito, por no decir que sería un trabajo sin objeto. Junger reprocha a algunos autores permanecer fieles a los análisis llamados «culturalistas», que siguen sin tener referencias concretas a valores culturales tangibles y reconocibles.³⁷ Estos análisis, en opinión de Junger, a falta de ejemplos concretos de los fundamentos indubitablemente culturales de los comportamientos delictuosos, permanecen en el orden de la mistificación: «Todo parece indicar [concluye] que los antropólogos sienten un cierto temor a sacar las conclusiones de sus propios trabajos, por miedo a violar uno u otro tabú y de forzar el acceso a la “zona prohibida” de las relaciones internas de los grupos étnicos».

35 Wiersinga 1993.

36 Titulado *Delinquency and ethnicity: an investigation on social factors relating to delinquency among Moroccan, Turkish, Surinamese and Dutch boys*.

37 Se refiere, entre otros, a los trabajos de Werdmolder 1986, Kaufmann/Verbraeck 1986 y Buiks 1983.

La conclusión de Junger es, probablemente, demasiado categórica. En verdad, toda investigación que se interesa, en particular, por el fenómeno criminal en las poblaciones de inmigrantes —por solo citar estas— está obligada a tener en cuenta los factores culturales que determinan —al menos, en parte— el acto delincente o criminal. Hay una dimensión cultural en todo acto humano; esto vale, por tanto, igualmente para el acto que constituye una infracción o un ataque contra el orden social. En la práctica, los informes sobre los casos tratados por los tribunales —nuestra información sobre la jurisprudencia se limita a Bélgica— relacionados con la delincuencia entre las comunidades de inmigrantes solo raramente proporcionan informaciones necesarias para estudiar los conflictos de cultura relativos a los hogares de inmigrantes. La mayoría de los informes que hemos podido conocer no revela nada o muy poco sobre la actitud de la familia del inculcado hacia el país de acogida y sus normas de conducta, ya sea que se sienta hostilizada o satisfecha por las condiciones de vida que allí reinan; que esté lista o deseosa de adoptar las maneras de vivir de la sociedad circundante; o que, por el contrario, trate de mantener a cualquier precio la herencia cultural de origen. Las intenciones del inculcado y de los miembros cercanos de su familia respecto, por ejemplo, de la adquisición de la nacionalidad del país de acogida son muy raramente señaladas. Lo mismo sucede en relación con la posición social en la comunidad de origen, la utilización de la lengua de origen y las lecturas (libros, periódicos, etcétera). Estos datos podrían ser estudiados con más precisión.

La cuestión, ciertamente, es saber cuáles son los componentes de una herencia cultural que, en el contexto de la inmigración, pueden, con un grado suficiente de certeza, ser designados como determinantes de un acto en particular. En Bélgica, solo podemos hasta ahora, desgraciadamente, libramos a conjeturas con respecto a esta delicada cuestión, debido a que, a nuestro conocimiento, hasta el momento, las informaciones que proporciona la jurisprudencia belga no han suscitado ningún estudio sistemático.

La situación es muy diferente en los Países Bajos. En una contribución reciente, F. Van Gemert (1995), antropólogo del fenómeno criminal en el caso de las comunidades marroquíes inmigrantes en los Países Bajos, revisa algunos estudios e investigaciones dedicadas, en estos últimos años, al «delito cultural». Una primera constatación es que las estadísticas criminales y sobre representación de las poblaciones inmigrantes en la categoría de delincentes y de criminales, han constituido, en un primer momento, un tabú muy pesado para toda tentativa de investigación profundizada sobre las causas de la criminalidad en esas comunidades. En un primer tiempo, los antropólogos han contribuido en esta ocultación: todo lo que podía ser un obstáculo para la emancipación de esas poblaciones —como, por ejemplo, la información detallada sobre la delincuencia o una criminalidad elevada en su seno— era eliminado de los análisis antropológicos.

La única explicación «aceptada» era colocar esta delincuencia, esta criminalidad, sobre la cuenta de la falta de porvenir de estas comunidades en la sociedad de acogida, es decir, hacer, en cierta forma, como lo hemos descrito anteriormente, que las poblaciones inmigrantes compartan la suerte de las categorías desfavorecidas de la sociedad, también minadas por el recrudecimiento de la violencia social.³⁸

Ha sido necesario esperar hasta fines de la década de 1980 para que la cortina del tabú sea levantada en relación con el porcentaje de criminalidad en las poblaciones no autóctonas en los Países Bajos. En un artículo notable, publicado en 1991, C. Maas-Dewal atribuye a los medios de comunicación el papel de detonador: son estos quienes han permitido que, a partir de la década de 1980, se discuta abiertamente sobre las diversas causas de la violencia social, característica entre las poblaciones de inmigrantes. Los antropólogos han retomado y ampliado la discusión sobre la diversidad y la especificidad, no solo de las causas llamadas culturales —endógenas— del fenómeno delictuoso en las poblaciones de origen no europeo, sino también han caracterizado ciertas formas de esta criminalidad o delincuencia teniendo una fuente parcialmente exógena. Esta es descrita como una de las consecuencias de los «encuentros» culturales en la sociedad plural que produce sus propias fuentes de tensión social: disparidad de concepciones sobre las relaciones hombre-mujer, concepciones divergentes sobre comportamientos individuales o de grupo, interpretaciones erróneas de parte de las autoridades judiciales de ciertas maneras de proceder o de expresarse de los jóvenes inmigrados, etcétera.

Desde entonces, las investigaciones en los Países Bajos se suceden unas más culturalistas que otras.³⁹

IV. DELITOS CULTURALES: ASPECTOS JURÍDICOS Y CRIMINOLÓGICOS

Por el contrario, en Bélgica, hasta ahora, faltan los estudios etnocriminológicos del fenómeno de los delitos culturales. La investigación sobre las características criminológicas especiales vinculadas al encuentro de culturas occidentales y no occidentales no ha suscitado interés entre los criminólogos. Es verdad, como lo constata F. Van Gemert (1995), que se trata de una temática particularmente delicada. Frente a esta constatación de carencia, no nos queda sino retener algunos puntos que nos parecen los más saltantes para iniciar una discusión sobre el tratamiento penal en derecho belga del delito cultural.

38 Cf. más arriba Junger 1990.

39 Entre otros, Sansone 1991; Strijbosch 1991; Wedmolder 1991; Yesilgöz/Coenen 1992; Van Hulst/Bos 1994.

1. Inmigración y delincuencia: tres categorías de delitos en relación con la situación del extranjero

Nosotros percibimos tres clases de infracciones que conciernen, en especial, a los miembros de las comunidades de inmigrantes. El análisis, a partir de un examen del derecho belga, puede ser, tal vez, extrapolado a la situación de otros países.

Una primera categoría, que no corresponde al estudio de los «delitos culturales», concierne, en particular, a los ciudadanos de origen extranjero: los ciudadanos naturalizados belgas que no tienen esta nacionalidad por sus padres o por uno de los dos pueden, en caso de violar gravemente sus deberes de ciudadanos belgas, ser despojados de su nacionalidad a pedido del Ministerio Público.⁴⁰ Esta sanción —muy especial— está condicionada por la pertenencia de origen extranjero de las personas afectadas. Lo mismo sucede con las medidas de alejamiento forzado del territorio belga, todas de índole administrativa: solo se dirigen a los individuos que hayan conservado su nacionalidad extranjera de origen.

La segunda clase está constituida por infracciones que las comunidades de origen de los inmigrantes, más que otras, pueden cometer. Se piensa en las numerosas maneras de burlar o ignorar —activa o pasivamente— la reglamentación federal sobre el derecho de residencia en territorio belga y las numerosas restricciones propias a esta reglamentación como, por ejemplo, los matrimonios llamados de nacionalidad o blancos, las adopciones por complacencia, la mano de obra clandestina que incumple la legislación en materia de empleo y las numerosas formas posibles de fraude a la regla del conflicto de leyes de las jurisdicciones en derecho privado. De alguna manera, el fundamento de la delincuencia, aquí, no es directamente cultural, sino que se explica por el carácter restrictivo de la reglamentación belga sobre la permanencia de extranjeros en el territorio nacional. Las instituciones culturales heredadas de los países de origen —matrimonios simultáneos o polígamos, matrimonios de menores de edad, especulaciones sobre el monto de la dote, etcétera— son utilizadas de manera estratégica sin otro fin que facilitar el incumplimiento de la legislación sobre la residencia.

La tercera categoría está conformada por actos que están más directamente ocasionados por situaciones de conflicto entre normas de conducta de origen cultural divergente: a veces, como lo hemos descrito antes, porque el individuo no posee la norma del grupo que juzgará su comportamiento (se piensa en las poblaciones colonizadas, en la categoría de los inmigrantes de la primera generación); a veces, porque variados conjuntos de normas de conducta influyen simultáneamente sobre el individuo (es el caso de algunos jóvenes inmigrantes a partir de la segunda generación).

40 Artículo 22, al. 1, 7º y artículo 23, al. 1 del Código de la Nacionalidad Belga.

A diferencia de la primera categoría de actos y de medidas que los sancionan, la segunda y la tercera categorías describen actos que pueden ser, de diversas maneras, la consecuencia de conflictos de culturas difícilmente compatibles y, por tanto, dar lugar a delitos culturales.

Todo merece una atención particular. Una vez establecida la clasificación de los delitos vinculados con una situación de orden foráneo, se plantea la cuestión más directamente ligada al tratamiento penal de los «delitos culturales». Solo la segunda y la tercera categorías de actos deben, aquí, tenerse en cuenta. La cuestión del tratamiento penal de la dimensión cultural especial de un acto delictuoso requiere el examen profundo de dos aspectos distintos de este tratamiento. El primero concierne a la vasta cuestión de las condiciones jurídicas de la existencia del delito calificado de cultural. El segundo aspecto plantea la cuestión de la medida de la pena y, en menor medida, de las modalidades de esta. Nosotros presentaremos, rápidamente, algunas de estas cuestiones que contienen uno u otro aspecto.

2. Las condiciones jurídicas de la existencia de la infracción calificada de «delito cultural»

Considerada en sí misma, la pena, en derecho penal, solo existe bajo ciertas condiciones particulares. Jurídicamente, un acto es punible solo cuando los elementos constitutivos del delito se han realizado. Estos elementos son tres: el elemento material, es decir, el acto consumado o tentado; la violación efectiva de una disposición legal; y, por último, la culpabilidad del infractor, es decir, el elemento moral. El delito cultural no constituye una excepción a este principio.

a. Elemento material

Desde el ángulo del acto material, es decir, de la infracción efectiva de una disposición de la ley penal, algunos delitos culturales presentan un problema especial porque existe una ley penal especial que prevé el comportamiento incriminado.

En Francia, los procesos abiertos contra los autores de excisión no han tenido necesidad de buscar un texto legal que comprenda la práctica de este acto.⁴¹ Los primeros procesos, a inicios de la década de 1980, no presentaron problemas porque las decisiones fueron dictadas en razón de la muerte de la víctima. En un primer momento, los tribunales recurrieron al homicidio involuntario o a la no asistencia de personas en peligro. Sin embargo, este subterfugio era ineficaz cuando las excisiones carecían de resultado distinto al acto mismo ejecutado. Para superar esta dificultad, algunos magistrados franceses se apoyaron sobre el

41 Vernier 1990

artículo de la ley penal que, en derecho penal francés, penaliza las mutilaciones,⁴² para lo que se deben interpretar los términos *mutilación* y *excisión*.

La primera deficiencia de esta solución judicial es que necesita de la interpretación. Para que la lesión causada por la excisión sea calificada de mutilación, hay que considerar que causa la pérdida definitiva de un órgano y de sus funciones. Ahora bien, no toda excisión implica necesariamente ablación.⁴³ La otra deficiencia del mecanismo de calificación como mutilación es que termina por hacer posible, cuando los autores son los padres de la víctima, la aplicación de la severa pena de la reclusión a perpetuidad. Se aprecia, rápidamente, el carácter excesivo de tal pena.

La alternativa es la creación de una disposición legislativa que incrimine el acto de la excisión y prevea como sanción una pena proporcional. Es la solución adoptada en muchos países europeos como, por ejemplo, el Reino Unido⁴⁴ y Suecia.⁴⁵ Algunos han reprochado a esta solución establecer un texto legal especial para una práctica que, después de todo, no es muy frecuente.

Sin embargo, hay algo más. La culpabilidad supone no solo la materialidad del hecho y la existencia de un texto legal que reprima explícitamente la infracción; requiere también la existencia de un elemento moral.

b. La culpabilidad del infractor: el elemento moral

Dictar sentencia en un proceso relativo a delitos culturales supone que sea resuelta la cuestión de la culpabilidad del infractor. Esta cuestión, que es la del elemento moral, en los procesos de delitos culturales, presenta una doble dimensión: por un lado, la eventualidad y las consecuencias de la ausencia del elemento moral y, por otro, la existencia de una causa de inimputabilidad.

- Ausencia del elemento moral

Desde el momento en que una práctica adquiere un carácter general, continuado y obligatorio, ella puede justificar un comportamiento. La causa objetiva de desaparición del factor legal previo corresponde al orden de la ley.⁴⁶ El Código Penal belga admite algunas causas de justificación, a las cuales la doctrina y la jurisprudencia actuales agregan, entre otros, el estado de necesidad. El ejemplo frecuentemente citado es el proceso en que se juzga actos de venganza

42 Artículo 312, 3° del Código Penal francés.

43 Smith/Van Der Weide 1992.

44 *Prohibition of Female Circumcision Act 1985*. Cf. Gerphagnon 1991.

45 *Swedish Act Prohibiting Mutilation of Women*. Ley 1982: 316. Cf. Smith/Van Der Veyde 1992.

46 «Las causas de justificación “neutralizan” el elemento legal de la infracción». Cf. Tulkens/Van de Kerchove 1993: 204.

y de brujería.⁴⁷ Algunos argumentan en favor de la justificación diciendo que la persona ofendida o embrujada necesita cometer la infracción para defenderse. Este enfoque se aproxima bastante a la figura del estado de necesidad: se considera que el infractor, en el momento de los hechos, no tenía otra posibilidad que cometer la infracción para salvar lo que, según la jerarquía de las normas de conducta, representa un interés igual o superior al que debía perjudicar su infracción (honor familiar, virginidad de una soltera perteneciente a su linaje, etcétera). El infractor ha escogido —consciente o inconscientemente— entre los dos o más intereses en conflicto. Obra bajo la presión de la obligación moral que le dicta el código cultural del grupo al que pertenece.

¿La práctica de la excisión puede ser asimilada al estado de necesidad? La admisión de esta causa de justificación supone la realización de algunas condiciones, entre las que figura el examen de los intereses en presencia. Suponiendo que los autores de la excisión conocen nuestros principios de la protección sobre la integridad física —lo que no es del todo cierto con respecto a los inmigrantes recién llegados—, estos se encuentran confrontados a dos conjuntos de normas de conducta contradictorios. ¿La obediencia a una costumbre que admite una afectación de la integridad corporal, que nada tiene de acto curativo, puede constituir una causa de justificación según el orden jurídico interno belga? El estado de necesidad, en tanto causa de justificación, impone que se salve un valor superior. Para los autores de la excisión, la norma de conducta superior es la de la cultura de origen. Su grado de obligación es vivido como superior. Hasta ahora, diversas cuestiones quedan sin respuesta definitiva. ¿Es indispensable, para apreciar los intereses en conflicto, colocarse en el terreno de las consecuencias del acto? ¿Lo esencial es el acto o la cultura? El aspecto ajeno-foráneo es un elemento capital aquí. La excisión femenina pertenece, a diferencia de la circuncisión masculina, a un orden cultural desconocido de la herencia prevaleciente en Occidente. En el conflicto de intereses que representa la excisión, es poco probable que la tolerancia de esta práctica pueda justificarse. En Bélgica, según nuestros conocimientos, ningún tribunal ha procedido a un examen de esta índole.⁴⁸

- La existencia de una causa de inimputabilidad

La principal diferencia entre la causa de justificación y la no imputabilidad reside en el hecho de que se supone que esta última elimina la voluntad del infractor. La justificación, como lo hemos visto, supone, en el espíritu del infractor,

47 Evans 1992.

48 Nosotros conocemos una decisión de la jurisprudencia publicada que concierne a una demanda de autorización para proceder a una circuncisión masculina: Liège (Jeunesse), 9 de abril de 1981, *Revue trimestrielle de droit de la famille* 1982: 327-333.

una capacidad para proceder —consciente o inconscientemente— a una elección entre los intereses en conflicto. El límite entre las causas de justificación y de no imputabilidad no es, sin embargo, fácil de establecer. ¿Se puede, razonablemente, considerar que el autor de una excisión está colocado en una real alternativa y, por tanto, ante una elección? Si no es el caso, debería tratarse el carácter delictuoso de su acto a través de la cuestión de la imputabilidad.

En materia de delitos culturales, la cuestión es saber bajo qué condiciones la pertenencia cultural puede ser una causa de no imputabilidad. ¿Se puede concebir que el solo hecho de pertenecer a una cultura particular, de identificarse con una herencia de tradiciones y de respetar las normas de conducta dictadas por un código cultural que contradice las leyes penales del país de acogida pueda constituir una causa de no imputabilidad, es decir, que el acto, aun siendo objetivamente delictuoso, no sea subjetivamente imputable a su autor? Y esto, en razón del hecho de pertenecer a una cultura, alteraría, en cierta forma, las facultades mentales del infractor momentánea o permanentemente.⁴⁹ La cuestión es de las más delicadas. Se perciben los peligros que comporta tal razonamiento: la cultura es concebida como coerción, una fuerza que destruye la voluntad de quienes obedecen las normas de conducta dictadas por ella y los empuja —irresistiblemente— a realizar actos prohibidos por las leyes penales.

Si hay una manera de tener en cuenta, en derecho, la influencia de un contexto particular determinado sobre los comportamientos de los individuos, es evidente que la noción de cultura considerada como causa de alienación mental y que, por tanto, sugiere la existencia de una perturbación no es oportuna por más de una razón. El proceso penal sanciona los comportamientos que, por razones individuales, han faltado a la regla de derecho. El autor de un acto que obedece a una lógica normativa diferente se conforma al marco de otra normatividad, no de una anomalía que afectaría la plenitud de su inteligencia o la total posesión de su voluntad. Ninguna desviación mental la caracteriza. Solo obedece a una norma de conducta diferente que integra otra cultura (normativa).

c. La medida de la pena que sanciona el «delito cultural»

Desde el punto de vista de las condiciones jurídicas de existencia de la infracción calificada de delito cultural, las cosas están lejos de ser simples a resolver. La primera dificultad es el hecho —bien conocido— de que ningún texto represivo o solución judicial debe ir en contra de prácticas generalizadas integradas en el centro mismo de lo que constituye una tradición. Una segunda dificultad reside en el hecho de que, en el conflicto de culturas que revela el delito cultural, toda

49 Artículo 71 del Código Penal belga.

posición que trasluciría una aceptación o una tolerancia de ciertas prácticas se enfrenta a la dificultad de saber cómo realizar esta posición y cómo responder mejor a tal conflicto. Nosotros hemos señalado algunos de los inconvenientes relacionados con el examen extremadamente delicado de la calificación del acto, de la determinación de carácter delictuoso y de la culpabilidad de su autor.

Existe una tercera manera de hacer desempeñar al conflicto de culturas un papel determinante en el pensamiento penal: el contexto cultural en el que se inserta un comportamiento delictuoso es susceptible de jugar un rol menos controvertido en la determinación de la pena. Esta determinación, segundo aspecto del pensamiento penal en relación con los delitos culturales de los que tratamos aquí, forma parte de la problemática del pronunciamiento de la pena: el tribunal fija, en los límites establecidos en la ley, pero con un cierto margen de libertad judicial, el grado de cada una de las penas o medidas que pronuncia. En la práctica, no es raro que el hecho de pertenecer a una cultura particular provoque una atenuación o una agravación de la pena.⁵⁰ El tribunal «individualiza», de alguna manera, la pena, sea en virtud de una forma de individualización legal fijada por el legislador, sea en virtud de circunstancias atenuantes.

- Las individualizaciones de la pena prevista en la ley

El número de formas de individualizaciones de la pena prevista en la ley es limitado. Se trata de las llamadas *excusas* legales que unas veces suprimen la pena (las excusas absolutorias) y otras la disminuyen (las excusas atenuantes). Ninguna de las excusas absolutorias impuestas por el legislador belga⁵¹ prevé que la

50 R. H. Wormhoudt, quien estudia la jurisprudencia de los Países Bajos, constata tres causas de agravación de la pena: a. el tribunal adopta (hacia arriba) la medida de la pena al profundo sentimiento de infamia que alega, en el foro penal, la víctima y sus familiares; 2. una pena suficientemente grave evita el riesgo de que el grupo de la persona atacada se sienta doblemente tratada como víctima y trate de hacerse justicia por sí mismo; 3. una pena afflictiva es utilizada esperando que haga claramente comprender a una comunidad de cultura diferente que el tipo de comportamiento incriminado es totalmente insoportable para las costumbres de la sociedad de acogida (1986: 168).

51 El Código Penal belga contiene un número limitado de excusas absolutorias: la parentela y alianza (*parenté et alliance*) en las infracciones consistentes en prestar ayuda a los condenados (artículos 121; 335, inciso 2; y 341) y en las infracciones contra los bienes (artículos 462 y 492 en materia de abuso de confianza, y artículo 504 en materia de estafa y engaño); la denuncia, igualmente, en ciertos casos de infracciones, a condición de que sea anterior al acto denunciado; la sumisión suprime la pena cuando se trata de participación en una banda sediciosa (artículo 134) o un motín de rebeldes (art. 273); y, por último, queda la excusa absolutoria prevista en los artículos 152 y 160, que permite invocar la supresión de la sanción en caso de obediencia jerárquica a una orden ilegal (se aplica, sobre todo, en derecho militar). Sobre la excusa absolutoria, cf. Tulkens/Van de Kerchove 1993: 334-345.

pertenencia a una cultura pueda, de una u otra manera, ser considerada como causa de supresión de la pena prevista para el delito. Con respecto a las excusas atenuantes, por el contrario, se podría considerar que la provocación, admitida como una causa de excusa en materia de homicidio, de maltratos y de lesiones voluntarias,⁵² abre las puertas a un razonamiento que se apoyaría sobre la pertenencia cultural para excusar una reacción desmesurada de la víctima frente a una ofensa contra su honor personal y el honor de su familia. La jurisprudencia, ya en diversas ocasiones, ha aceptado que la ley penal no requiere que la violencia provocadora haya sido ejercida directamente contra el autor del homicidio, sino que basta que haya sido ejercida contra uno de sus familiares cercanos.⁵³ En la misma lógica, se podría excusar el acto del hermano que venga a su hermana desflorada. La excusa dejaría subsistir el carácter delictuoso del acto —la excusa atenuante no es, pues, una solución de principio al problema del tratamiento penal de los conflictos entre códigos culturales en derecho penal—, pero la pena sería disminuida.

- Las circunstancias atenuantes

A diferencia de la excusa absolutoria o atenuante, prevista por la ley, las «circunstancias atenuantes» ofrecen un mecanismo de punición que el juez «puede» utilizar según como aprecie la situación. La ley se limita a fijar la admisibilidad de las circunstancias atenuantes y sus consecuencias sobre la medida de la pena. El tribunal escoge los elementos propios a la causa que le parece admisible a título de atenuación de la pena. La reducción de la pena culmina, a veces, en que un acto calificado de crimen por el legislador sea tratado como delito y, otras veces, en que el acto calificado de delito sea considerado como contravención. El efecto de la aplicación del mecanismo de las circunstancias atenuantes en un proceso de delito cultural puede ser beneficioso: el sentido dado al acto es rebajado, lo que permite desdramatizar su gravedad. Frente a un conflicto de culturas implícito a la infracción, el Ministerio Público, defensor de los intereses de la sociedad de acogida, adopta una actitud comprensiva de los componentes culturales de un acto.

El inconveniente del régimen de las circunstancias atenuantes consiste en que se alinea en una interpretación dejada a la libre apreciación de los tribunales. A falta de ser expresamente legales, ciertas normas de conducta se integran en los códigos culturales contrarios o desconocidos por nuestro pensamiento penal y son colocadas, por el tribunal que juzga, en el ámbito del móvil del acto, de la situación personal y familiar del infractor, de la evaluación de la importancia del perjuicio y, aun, de su reparación, etcétera. Todos son aspectos que corresponden

52 Artículos 411 a 414 del Código Penal belga.

53 Liège, 15 de enero de 1986, *Jurisprudence de Liège* 1986: 243; Mons (cámara de acusación), 12 de agosto de 1988, *Revue de droit pénal et criminologie* 1989: 110, nota J. S.

al dominio de las circunstancias atenuantes y que, en consecuencia, son confiados al libre arbitrio de los magistrados. Nosotros ya hemos señalado que las informaciones sobre los componentes culturales de la situación de vida de un inculpado faltaban, persistentemente, en los expedientes que hemos podido consultar en estos últimos años, lo que hace dudar de una fórmula de individualización de la pena difícilmente controlable.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

No es fácil escoger las reflexiones apropiadas que permitan terminar un texto un poco deshilvanado, inacabado también debido a la actualidad del tema tratado. Retendremos dos que resumen nuestra posición sobre dos aspectos de la cuestión del tratamiento penal del problema de los delitos culturales. La primera reflexión se refiere al problema de la responsabilidad individual. La segunda toca la cuestión de la perspectiva desde la que una sociedad juzga la admisibilidad de prácticas colectivas en relación con su sistema de derecho.

1. La responsabilidad

Entre los argumentos expuestos, algunos podrían hacer creer al lector que queremos defender las prácticas contrarias a los fundamentos del ordenamiento de nuestra sociedad. Es evidente que la sociedad debe reaccionar y condenar los actos que amenazan seriamente sus fundamentos. Sin embargo, hay algo de paradójal en el hecho de condenar individuos sin tener en cuenta la complicidad de la comunidad a la que pertenece el inculpado. La realidad de la coerción social que pesa sobre los miembros de las comunidades de inmigrantes no puede ser impunemente ignorada. Al respecto, el mecanismo de las circunstancias atenuantes proporciona una solución parcial. Raymond Verdier (1991) recuerda que las mujeres perpetúan la práctica de la excisión esencialmente por el temor de la exclusión social que amenaza a toda persona que contradice esta «costumbre» o que no se somete a ella. Considerar a los padres de la niña sometida a excisión, y con mayor razón a la madre, como individualmente culpables, significa descuidar la dimensión esencialmente social de la práctica incriminada. La excisión es, como tantas otras costumbres, una norma de conducta a la que no se puede derogar sin perder su identidad cultural. Así sucede con otras prácticas tradicionales cuanto más coercitivas en la medida en que, al peso de la tradición se agrega, a veces, la presión fuerte de una creencia religiosa, de modo que un buen número de prácticas son vividas como prescritas por Dios.

También una de las tareas más urgentes de la doctrina penal es, hoy en día, reflexionar sobre la noción de responsabilidad, considerando que corresponde a la responsabilidad individual y a la responsabilidad colectiva.

Tomando en cuenta con justeza la significación y el valor tradicional de las prácticas que reprimimos, podremos, de acuerdo con los interesados, concluir Verdier, encontrar fórmulas de reemplazo o de sustitución adaptadas al medio social que los acoge. Toda forma de penalización que, mediante la condena de individuos, busque desacreditar las prácticas que amenazan el orden público de la sociedad, debe estar acompañada, no solo de una información fundamental relativa a la prohibición legal,⁵⁴ sino también, sobre todo, de esfuerzos muy concretos de educación de las comunidades relativos a los valores jurídicos que justifican la aplicación de la ley penal. Esto concierne al interés de toda la sociedad.

Esta última alusión a la necesidad de un enfoque más global, político también, del problema de los delitos culturales, que amplía la temática para comprender aquella de la política de la integración a llevar a cabo en la sociedad de acogida, nos conduce a nuestra segunda y última reflexión de conclusión.

2. El ángulo desde el que juzgamos la admisibilidad de prácticas colectivas

Nosotros hemos aludido solo a algunos casos de delitos culturales tratados por la jurisprudencia. Otras prácticas pueden devenir materia de una casuística insoportable para nuestras autoridades judiciales. El foro penal no es el ámbito apropiado para debatir sobre las prácticas colectivas y su admisibilidad en el seno de la sociedad. Decidir erradicar ciertas prácticas mal conocidas o desconocidas del pensamiento penal no es competencia de lo judicial. Esto solo puede ser tarea del legislativo.

Lo que queda de prácticas tradicionales entre las comunidades de inmigrantes revela una multitud de sistemas de normas de conducta. Detrás de los comportamientos que ahora violan las normas de conducta de las sociedades de acogida, actúan individuos que solo buscan asumir el estatus social que se les ha reservado en el seno del grupo a que pertenecen en razón de su origen étnico, creencia religiosa, sexo, etcétera.

54 Verdier se pregunta sobre los servicios de inmigración franceses, que no distribuyen, entre los inmigrantes en Francia, desde su llegada, una libreta sobre sus derechos y obligaciones en materia de derecho francés. En Bélgica, el Comisario Real de Política de Inmigración publicó, en 1991, un pequeño libro de ese tipo, con el título *Conocer sus derechos es escoger*, que contenía la información de base sobre los derechos y obligaciones de las mujeres marroquíes casadas en Bélgica. Esta iniciativa no es única. En Francia, a nuestro conocimiento, el Grupo de Información y Apoyo a los Trabajadores Inmigrados figura entre los servicios activos en el plano de la difusión de información jurídica relativa al estatus de las personas de nacionalidad extranjera.

En definitiva, el problema de los delitos culturales es un epifenómeno de una sociedad que no integra o integra mal a las poblaciones sometidas a su jurisdicción. Es vano pensar resolver, caso por caso, la cuestión de los conflictos entre conjuntos de normas de conducta sin comenzar por reconocer plenamente a los autores de los actos incriminados un estatus de sujeto de derecho, es decir, haciendo de ellos portadores de derechos y obligaciones claramente establecidos por y en el orden jurídico interno de la sociedad de acogida.

Corresponde al legislador, más generalmente al poder político y no al poder judicial, decidir sobre la cuestión y asegurar la base democrática de su política. La sociedad plural enfrenta, ahora, la necesidad sociológica de darse un nuevo código de comportamientos que integre el más grande número de normas de conducta. Es del reconocimiento de la diversidad que depende, más que nunca, el porvenir de nuestras sociedades. Los antropólogos, herederos de la etnocriminología, poseen una experiencia profunda de esta diversidad, la que no puede ser ignorada por los poderes legislativos de nuestras sociedades democráticas. Esto vale, en especial, para la reformulación de sus políticas criminales.