

**LA JUSTICIA FRENTE A LA DIVERSIDAD CULTURAL:
REFLEXIONES SOBRE LA TENTACIÓN CULTURALISTA
EN DERECHO PENAL Y SUS CONSECUENCIAS DISCRIMINATORIAS
PARA LA MUJER**

Boël Sambuc

SUMARIO:I. Introducción. II. Derecho penal y consecuencias discriminatorias de la culturalización del derecho hacia las mujeres. A. Lugar y diferentes percepciones de la cultura. 1. Definiciones y contradicciones. 2. Noción dinámica e histórica de la cultura. B. Culturalización del derecho. 1. Pluralismo jurídico. 2. Tentación culturalista. 3. Influencia histórica de la antropología. C. Supuestos ideológicos de la culturalización del derecho y analogía con el racismo. 1. Problemática del debate sobre las razas. 2. Reproche etnocentrista de la corriente culturalista. D. Crítica del método antropológico desde la perspectiva del género. 1. Principio de igualdad. 2. Deber de protección selectivo del Estado. E. Refutación del argumento culturalista a nivel del derecho internacional y reconocimiento de las discriminaciones específicas contra las mujeres. 1. Convenciones sobre la protección de la mujer. 2. Evolución reciente del debate en el ámbito internacional. F. Regresión relativista. III. Derecho y cultura. A. Derecho y justicia penal frente a la diversidad cultural.

1. Entre autonomía y lealtad, el dilema de la mujer frente a la justicia.
 2. Influencia de la perspectiva culturalista del derecho penal en la labor de los asistentes sociales en general.
 3. Caso suizo: la iniciativa parlamentaria Roth-Bernasconi.
 - a) Introducción de nuevas disposiciones penales.
 - b) La cuestión del consentimiento de la mujer mayor de edad.
 - B. Ambigüedades de la justicia frente a la diversidad cultural.
 1. El trato de las minorías en el proceso penal.
 2. Medios a disposición del juez: el peritaje antropológico.
 - C. Consecuencias discriminatorias de la defensa cultural para las mujeres.
 1. Aplicación del principio de igualdad a las mujeres.
 2. Ciudadanía diferenciada.
 - D. Los tribunales suizos y el argumento étnico.
- IV. Conclusión.

SÍNTESIS

Estos últimos treinta años, la migración internacional ha experimentado un desarrollo sin precedentes en el mundo entero. En los países de acogida, especialmente en Europa, la gestión de la diversidad cultural de las nuevas poblaciones, en particular aquellas de cultura o religión musulmanas, ha dado lugar a políticas contrastantes que van desde un multiculturalismo sin límites —hoy en día en vías de desaparición— hasta una asimilación imperativa, carente de matices, promovida por los sectores nacionalistas conservadores de la opinión pública. El respeto por la diversidad cultural y las minorías en general es un reto importante para una democracia liberal como la suiza, que no reconoce los derechos colectivos y en la que solo los individuos son titulares de derechos y deberes. Esta nueva realidad también está siendo experimentada por la justicia penal, al igual que por las demás instituciones de la sociedad. De hecho, en la práctica, los tribunales se ven, a veces, confrontados con delitos graves contra la integridad física y psíquica de las personas, los cuales son cometidos en nombre de costumbres específicas a las comunidades inmigrantes.

¿Cuál será la actitud de la justicia penal frente a prácticas culturales nocivas que, a veces, ni siquiera en el país de origen son autorizadas, como los matrimonios forzados, la escisión o la poligamia? ¿Cómo conciliar los principios universales que son el fundamento de nuestras leyes —como la libertad individual y la igualdad de trato de todas las personas, hombres y mujeres— con el respeto por las especificidades culturales, clamado por los miembros de las minorías para justificar sus actos? Esta tensión entre dos sistemas jurídicos —la no discriminación

de género, por un lado, y el cumplimiento de una supuesta alteridad, de la cual es parte la cultura de origen, por el otro— es el aspecto central de la problemática a la que nos referimos como «culturización del derecho penal». Este enfoque, que afecta especialmente a las mujeres, constituye sin lugar a dudas una forma de discriminación.

The last thirty years, international migration has known a rise without precedent in the whole world. In the host countries, particularly in the European ones, the management of new populations cultural diversity, in particular Muslim culture or religion, gave rise to contrasted politics, from a multiculturalism without limits—nearly abandoned today—to an assimilation's imperative without subtlety advocated by opinion's nationalist conservative fringe. The respect of cultural diversity and of minorities in general constitutes a high stake for a liberal democracy as Switzerland, which don't recognize collective rights and where only individuals have rights and duties. As all society's institutions, criminal justice is experiencing this new reality. In fact, in their practice, the tribunals are faced with serious offences carried on person's physical and mental integrity in the name of customs specific to immigrant communities.

What is going to be the attitude of criminal justice in front of these detrimental cultural practices which sometimes are not even authorized in the origin country, as the forced weddings, excision or polygamy? How to reconcile the universal principles at the base of our law—including individual liberty and every person's equality of treatment, men or women—with the respect of cultural specificities, invoked by minorities' members to justify their acts? This tension between two rights—on one hand, a right to gender non-discrimination and, on the other hand, a right to the respect of a supposed otherness of which the original culture take part—is in the heart of the problematic here defined as the «culturalization of the criminal law». This approach, particularly affecting women, constitutes without doubt a form of discrimination.

I. INTRODUCCIÓN¹

Paralelamente a las principales instituciones que constituyen el fundamento de nuestra sociedad (por ejemplo, la familia o la escuela), la justicia y el derecho en general deben también arreglárselas con una creciente diversidad cultural

1 Este artículo es la continuación del artículo publicado en la revista *Anuario de Derecho Penal* (2006), bajo el título de «Los peligros del relativismo cultural». En ese documento manifestábamos nuestra preocupación por la evolución de las políticas multiculturalistas llevadas a cabo en un gran número de países europeos que reciben un fuerte flujo de inmigración, llamando también la atención sobre los riesgos que comporta una tolerancia mal entendida en relación con las prácticas culturales y religiosas de algunas comunidades minoritarias, especialmente las que provienen de países de cultura musulmana.

y con fenómenos que hasta ahora eran desconocidos, tales como los matrimonios forzados, la poligamia u otras prácticas tradicionales perjudiciales (por ejemplo, las mutilaciones genitales femeninas). Esta nueva realidad representa un reto para las sociedades de acogida en el terreno de la búsqueda de políticas de integración que garanticen, de la manera más eficaz posible, la convivencia entre nacionales e inmigrantes.

La volatilidad de la opinión pública es por de más impresionante en lo que se refiere a estos temas delicados, que conciernen el cuestionamiento de la identidad de los países de acogida y la apertura a la modernidad de las poblaciones inmigrantes. Así, recientemente, se ha ido perfilando un giro de la opinión en favor de la defensa de la cultura dominante —en este caso, calificada como «judeocristiana»— y del imperativo asimilacionista de los inmigrantes que marcha junto a ella. Como corolario, resulta el descrédito del enfoque multiculturalista y una creciente intolerancia hacia cualquier manifestación cultural —o de otro tipo— que fuera percibida como fuera de la norma.

En el frente político, estos cambios de humor de la población son una gran tentación para los partidos o los órganos del Estado, que podrían aprovechar para promover leyes y prácticas administrativas sistemáticamente más severas en contra de los transgresores provenientes de grupos minoritarios, aún más considerando que los argumentos del populismo conservador y del nacionalismo logran éxitos electorales más o menos considerables, dependiendo del país.

Sin embargo, sería demasiado fácil atribuir a un simple conformismo populista y xenófobo toda la crítica del multiculturalismo y de la tolerancia ilimitada en relación, por ejemplo, con actos que ponen en peligro la integridad física o psíquica de mujeres y niños, o tratándose de comportamientos dentro del grupo de inmigrantes que atentan contra la libertad individual de sus miembros, ya fueran estos hombres o mujeres. Las incertidumbres y los temores que manifiesta la sociedad mayoritaria, debido a la evolución de la globalización económica y a la amalgama de poblaciones que resulta de ella, son legítimos y necesarios en una democracia².

Dado que la situación actual plantea, inevitablemente, un reto a la firmeza de los principios y valores que son resultado de nuestra historia, y de los cuales el Estado de derecho es garante a través de sus instituciones, «el derecho no es un espacio neutral desde un punto de vista cultural [...]». Sus raíces se asientan en una

2 Ver con respecto a este tema los debates sobre la aceptación, en Suiza, el 29 de noviembre de 2009, por el 57% de los votantes, de una iniciativa lanzada por el partido Unión Democrática del Centro destinada a requerir la inscripción en la Constitución Federal de la prohibición de construir minaretes.

cultura y una sociedad [...]. Transmite ideas propias acerca de cómo estructurar las cosas, sobre lo que es justo y lo que no lo es»³.

Los principios universales de la libertad individual, la igualdad entre hombres y mujeres y la prohibición de la discriminación por motivos de origen, color de piel, religión o género son parte constitutiva de los países de concepción democrática. A ellos se añade un deber de protección general, por parte del Estado, de la integridad física y psicológica de todos sus ciudadanos.

En estas condiciones, ¿por qué habríamos de cuestionarnos sobre la tentación culturalista de la justicia y del derecho en un país como Suiza? ¿Acaso se puede y debe considerar el riesgo, incluso moderado, de una posible culturalización del derecho penal en este caso —aunque esto concierne también, de manera importante, al derecho de la familia— y denunciar los efectos discriminatorios que puedan resultar para las mujeres de grupos minoritarios? En todo caso, una serie de acontecimientos actuales merecen cierta reflexión, se trate de informes de expertos, proyectos de ley o procedimientos judiciales.

Todos ellos plantean, ya sea explícitamente o no, la cuestión de la excepción cultural y su hipotética justificación: ¿es que pueden considerarse legítimas las excepciones por motivos culturales al principio de la universalidad de los derechos de hombres y mujeres pertenecientes a minorías?

¿Qué pensar, por ejemplo, de un proyecto de ley como el que fue presentado en 2005 ante el Parlamento Federal, sobre la prohibición de las mutilaciones genitales femeninas, el cual contiene una disposición que autoriza tales prácticas, en caso de consentimiento de la mujer mayor de edad?⁴ ¿Y qué pensar de la actitud pasiva que se pudo constatar en esa época, por parte de una gran cantidad de trabajadores sociales, médicos incluidos, ante la realidad de la escisión en Suiza, que fue revelada por un informe de la UNICEF en 2005?⁵

Por su parte, ¿qué posición deberán adoptar los órganos judiciales y administrativos frente a denuncias sobre los matrimonios forzados o arreglados, mutilaciones genitales femeninas y, además, frente a casos de violencia doméstica y familiar que incluso pueden llegar al homicidio? ¿Habría, en particular en el ámbito penal, un riesgo de acomodación cultural con respecto a las partes implicadas?

La excepción cultural consistiría, así, en juzgar los hechos acordando un papel predominante, o exclusivo, a la pertenencia cultural del autor del delito o su víctima, con el riesgo añadido de arbitrariedad al que se expone un magistrado

3 Kägi-Kiener, 2006, p. 12.

4 Iniciativa parlamentaria 05.404, del 17 de marzo de 2005 (Suiza): «Sancionar explícitamente las mutilaciones sexuales».

5 Cfr. Trechsel & Schlauri, 2005.

que depende de peritajes culturales o que decide improvisarse como etnólogo. Este es precisamente el escenario de la «defensa cultural», la misma que es denunciada desde hace una década en los Estados Unidos por los movimientos femeninos y los defensores de los derechos humanos en general⁶.

La tentación culturalista es, sin duda, más difícil de establecerse, ya que este proceso pertenece a la esfera de la decisión íntima del magistrado y de su conciencia profesional. El TF en cuanto a él, hasta ahora se ha negado rotundamente a entrar en la lógica de la argumentación «culturalizante», contrariamente a la práctica de muchos otros países, especialmente anglosajones.

Dicho esto, cualquiera que sea hoy en día la dificultad de proceder a una evaluación sobre el terreno, las «derivadas culturizantes» del derecho penal y sus efectos discriminatorios deben ser denunciados, de igual manera que en el derecho de familia o el derecho civil, particularmente. Cualquier concesión de las instituciones que resulte en una diferencia de trato entre hombres y mujeres, culturalmente motivada o no, abre una brecha en el Estado de derecho democrático. Al debilitar los derechos de la parte más vulnerable de la población, las mujeres y los niños inmigrantes, la culturalización del derecho y de la justicia impide el éxito del proceso de integración, al mismo tiempo que tolera la instauración de una ciudadanía diferenciada en función del género y del origen.

II. DERECHO PENAL Y CONSECUENCIAS DISCRIMINATORIAS DE LA CULTURALIZACIÓN DEL DERECHO HACIA LAS MUJERES

A. Lugar y diferentes percepciones de la cultura

1. *Definiciones y contradicciones*

La cultura y sus definiciones contradictorias han sido siempre un componente central de las representaciones sociales relativas al lugar de las mujeres en la sociedad, a su situación familiar, su ciudadanía y su derecho a la libertad y la igualdad, de la misma manera que ha sucedido con los hombres.

Antes de examinar más detenidamente el fenómeno de la culturalización del derecho, debemos evocar brevemente el tema de la cultura y el lugar central que ocupa en el debate público desde, por lo menos, los años noventa.

Varias causas lo explican, entre ellas el efecto de los trastornos causados por la migración internacional y la globalización económica. Otro fenómeno de igual importancia ha sido la irrupción de la cultura en el espacio simbólico dejado por el marxismo. Hoy en día, el equilibrio de fuerzas internacionales

6 Benhabib, 2002, pp. 83 y ss.

y nacionales se manifiesta en gran parte a nivel cultural y religioso, ocultando así los desafíos económicos y de poder. Además, según las controversias y las corrientes de pensamiento que esta difunde, la cultura aparece como una «noción cajón de sastre» que se presta, a su vez, a la búsqueda identitaria y al resentimiento anti occidental surgido contra el pasado colonialista y la cristiandad de occidente. En Europa, continente de inmigración desde los años sesenta, el populismo xenófobo y los ámbitos conservadores nacionalistas aún proclaman a la cultura occidental y el cristianismo como los fundamentos exclusivos de la identidad nacional.

En este polarizado contexto político, la instrumentalización de la noción de cultura en tanto fenómeno esencialista, homogéneo e inmutable, desempeña un papel importante en los debates. Esta definición que, por otro lado, es también cercana a las tesis de la antropología, favorece la tesis de la irreductible alteridad de las culturas extra europeas y corrobora las denuncias de aquellos que sostienen la incapacidad de los inmigrantes para integrarse.

El argumento culturalizante es propicio para fomentar la estigmatización colectiva de los grupos minoritarios. En efecto, no es lo mismo condenar actos que atacar a individuos o grupos acusándolos de realizar comportamientos desviados en virtud de características supuestamente innatas e inmutables.

El racismo cultural y sus derivas no están muy lejos, *a fortiori*, y se presentan cuando la opinión pública se ve confrontada a ciertas prácticas tradicionales, ya sean estas graves o triviales, que provocan el rechazo o simplemente la incomprensión de la mayoría. Por ejemplo, según el punto de vista que se adopte, el hecho de que un imán musulmán no estreche la mano de una mujer puede ser interpretado a la vez como una señal de respeto hacia ella o como un gesto denigrante que pone en evidencia su condición de inferioridad.

2. Noción dinámica e histórica de la cultura

Una reflexión sobre la culturalización del derecho y su relación con la discriminación contra la mujer no puede, en nuestra opinión, basarse en una visión antropológica de la cultura, que erige en un absoluto las tradiciones del grupo inculpatado. Por esta razón, hemos dejado de lado la visión esencialista y ahistórica de la cultura, de conformidad con las corrientes predominantes en las investigaciones sobre el género y la discriminación de la mujer.

De hecho, incluso según la versión tolerante y respetuosa de la diversidad de este enfoque, desembocamos en un callejón sin salida cuando se trata de evaluar las disfunciones culturalizantes de una institución; en este caso, la de la justicia. Esto solo es posible en relación con una cultura que se define como fenómeno histórico, dinámico y en constante transformación, en la cual los roles de hombres

y mujeres son objeto de un proceso continuo de negociación que los confronta con las resistencias inherentes al modelo patriarcal que aún predomina en la mayoría de las sociedades.

Eso es válido también con respecto a las sociedades llamadas tradicionales que, de hecho, impulsadas por la historia, no cesan de reinventar la tradición. Debemos también tener presente la función manipuladora que puede ejercer la referencia a las tradiciones y a las raíces. En muchos casos, la invocación de la cultura, usada como argumento justificativo del mantenimiento de la discriminación de la mujer y de las prácticas perjudiciales, forma parte de una estrategia de poder del clan o la familia, incluso en las comunidades de inmigrantes.

A este punto podemos afirmar que nada justifica el mantenimiento de las prácticas tradicionales que atentan contra el cuerpo y la libertad de la mujer, ni dentro de las propias comunidades ni por parte de las instituciones de la sociedad mayoritaria. Esta es, también, la convicción adoptada hasta el día de hoy por la comunidad internacional, tal y como la expresan las principales organizaciones internacionales legatarias del patrimonio de la DUDH y las convenciones que se basan en ella. Por lo tanto, frente a nuestros tribunales o en nuestros parlamentos, no hay lugar para una justificación cultural de actos contrarios a los principios universales.

Sin embargo, condenar estas prácticas a nivel político o negarse a tomar en consideración su dimensión cultural en el marco de un procedimiento penal, es delicado y requiere un esfuerzo permanente de información y persuasión recíprocas, indispensable ante la población mayoritaria y la minoría. El ejemplo de la labor pionera contra la escisión o los matrimonios forzados realizada por las organizaciones femeninas en Canadá y en Estados Unidos, posible gracias a la ayuda de la justicia, ilustra la dificultad real que existe para conseguir abolirlas respetando al mismo tiempo las sensibilidades de la mayoría y de la minoría cultural⁷.

Para ello, es necesario lograr el reconocimiento de que los derechos fundamentales de hombres y mujeres son los límites no negociables por el Estado de derecho y las instituciones que emanan de él, como la justicia. Pero, al mismo tiempo, para conservar la credibilidad ante la totalidad de la población —es decir, los inmigrantes y la sociedad de acogida—, se debe recalcar la titularidad universal de los derechos: a saber, el hecho de que son válidos para todos, sin discriminación de origen, cultura o género.

Por último, en un sistema democrático, los derechos de las minorías están por definición garantizados por la Constitución y los tribunales. Es, por lo tanto,

7 Macklin, 2006, pp. 214 y ss.

erróneo oponer los derechos fundamentales de hombres y mujeres al derecho a la diversidad cultural, ya que el respeto del cual este último goza se funda, precisamente, en el reconocimiento de la igualdad del valor de los recursos creativos de los miembros de las diversas comunidades humanas, expresión universal de los talentos individuales, y no en la defensa de tradiciones atentatorias contra la dignidad de la persona.

B. Culturalización del derecho

1. Pluralismo jurídico

La forma más común de la culturización del derecho es el «pluralismo jurídico», que substituye el derecho mayoritario por el minoritario, según la pertenencia cultural de la persona. Para el antropólogo del derecho, Norbert Rouland, «el pluralismo jurídico es una corriente doctrinal que pone énfasis sobre el hecho de que a la pluralidad de grupos corresponden sistemas jurídicos múltiples; en consecuencia, a situaciones idénticas corresponderán mecanismos jurídicos diferentes⁸. El individuo es un actor del pluralismo jurídico en la medida en que se determina, en función de sus múltiples pertenencias, a esta red».

Entre los elementos positivos de este enfoque, podemos recalcar el deseo de respetar las diferentes culturas y tradiciones e, incluso, según algunos autores, el abandono de la visión racista y no igualitaria de las relaciones entre pueblos y civilizaciones. Sin embargo, cualesquiera que sean los méritos del enfoque de la antropología jurídica, esta última tiene un defecto irremediable, que es la aceptación de estatutos y derechos diferentes en función de las características propias de la persona misma. En resumen, la institución del pluralismo jurídico conduce a la aplicación de un régimen jurídico particular en función del estatuto, del origen étnico, la religión, el color, etcétera.

Su aplicación supondría un retorno al principio del estatuto personal característico de los grandes imperios del pasado o la existencia, dentro de un mismo Estado, de sistemas jurídicos propios a cada comunidad étnica o religiosa. En el pasado, regímenes de este tipo estaban en vigor en las colonias y, en particular, en el Imperio Otomano. El derecho canónico católico es otro ejemplo clásico.

Nuestra época ha visto o conoce aún varios ejemplos de pluralismo jurídico: podemos citar el régimen del *apartheid* vigente en Sudáfrica hasta principios de los años noventa; o Francia, que en el ámbito del derecho de familia autorizaba la aplicación de la legislación de los países de origen a los ciudadanos de las antiguas

8 Rouland, 1991, p. 33.

colonias. Cabe señalar a este respecto que Francia admitió recientemente, de hecho, la poligamia en su territorio.

En otro contexto, el de Nueva Caledonia, Francia autorizó mediante una ley de 1999 el retorno a las costumbres en materia de familia al permitir a las partes concernidas por un litigio la elección entre la costumbre o el derecho común republicano francés. Dicha ley provocó un amplio movimiento de protesta por parte de las asociaciones locales de mujeres, debido al carácter manifiestamente desigual y patriarcal de las prácticas comunitarias tradicionales.

Por último, en los países anglosajones, asistimos a intentos recurrentes por parte de algunas comunidades musulmanas deseosas de obtener la autorización para practicar la *charia* en algunos ámbitos, como en el de la familia. Desde la perspectiva de la política de inmigración de los países de acogida, estas aplicaciones son generalmente mal percibidas por la opinión pública y contribuyen a alimentar los prejuicios y los temores relacionados con la presencia del Islam.

2. *Tentación culturalista*

La «culturalización del derecho» tiene también una faz menos extrema que la del pluralismo jurídico. De acuerdo con nuestra definición personal, se trata de un enfoque antropológico del derecho que concede una importancia excesiva o injustificada a la dimensión cultural de hechos o personas, ya sea durante la elaboración de los textos o en el marco de la práctica judicial.

Más que un concepto, la culturalización del derecho se presenta como un proceso mental propicio para conducir a la justicia hacia las derivas de la desigualdad. En efecto, cediendo en cierta medida a una visión antropológica de las personas, la justicia abre la vía a un tratamiento diferenciado de los actores en función de su pertenencia cultural, susceptible de debilitar el principio de igualdad de las personas ante la ley.

Basado en la apreciación de vínculos de pertenencia —supuestos o reales— de los individuos con su grupo de origen, este tratamiento diferenciado puede, por otro lado, según los casos concretos, revelarse tanto a favor como en perjuicio de las personas implicadas. En ambos casos, sin embargo, estas leyes o decisiones judiciales se nutren de la «imaginación colectiva» del país de inmigración y refuerzan el proceso de asignación de identidades que viene progresando en ellos desde hace mucho tiempo.

Ya sea con el fin de exaltar las diferencias culturales sirviéndose del discurso multiculturalista o, por el contrario, de rechazarlas con vehemencia, la asignación de identidad equivale a fosilizar las diversas afiliaciones que, por definición, son cambiantes. Haciendo hincapié en las diferencias irreductibles entre las culturas

y su incompatibilidad mutua se las está, en realidad, imponiendo colectivamente a las personas provenientes de las poblaciones minoritarias. Concretamente, a veces sucede que los derechos individuales, que en teoría están garantizados por el país de acogida⁹, se ven subordinados a tradiciones más o menos evidentes de una comunidad de inmigrantes, no por motivos relacionados con la tolerancia y el respeto a la diversidad, pero sí debido a prejuicios o por culpa de una indiferencia próxima al racismo. Las mujeres de los grupos minoritarios son particularmente vulnerables al enfoque culturalizante del derecho, ya sea en el seno del derecho de familia o en el derecho penal.

3. Influencia histórica de la antropología

La tendencia culturalista del derecho no es un fenómeno reciente. Por su inspiración, se la puede comparar con la antropología jurídica, cuyo surgimiento histórico coincidió con el periodo de la colonización llevada a cabo por occidente.

Posteriormente, encontramos su influencia en muchas legislaciones nacionales de los estados emancipados de la tutela colonial entre el siglo XIX e inicios del siglo XX. Confrontados, a su vez, con la necesidad de reglamentar la convivencia entre las poblaciones mayoritarias y minoritarias, pero sin llegar a admitir el pluralismo jurídico o la ley del estatuto personal, muchos de estos estados han conservado disposiciones de leyes específicas de ciertas comunidades culturales o religiosas.

Así, por ejemplo, en Perú, ya en 1924 la redacción del Código Penal suscitó un animado debate sobre la aplicación universal de la legislación penal a todos los integrantes del pueblo peruano¹⁰. Lo mismo se puede decir de las reformas legales actuales en Bolivia. Tras la introducción de la referencia étnica en el proceso de elaboración de la nueva Constitución, los pueblos autóctonos de Bolivia ahora gozan de una considerable autonomía en materia de derecho civil y penal.

Quizás menos conocido es el debate que acompañó la redacción de la Carta de los Derechos Humanos de la ONU, al final de la Segunda Guerra Mundial, entre los juristas europeos, caracterizados por su inspiración universalista, y los juristas americanos, más sensibles a tesis relativas al respeto de la diferencia cultural, tan valorada por los antropólogos.

9 Nota del autor sobre el concepto de la asignación de identidad desarrollado por Scott. Se trata de un mecanismo de simplificación ideológica —empleado usualmente, entre otros, por los analistas de los fenómenos de la xenofobia y el racismo— que tiende a reducir la persona a una supuesta categoría (piel, clase social, género o religión) sin tener en cuenta la pluralidad de sus intereses y maneras de expresarse en la sociedad. Bajo sus formas más extremas, la asignación de identidad despersonaliza al individuo y conduce a ignorar su especificidad de ser humano.

10 Hurtado, 2006, pp. 211 y ss.

En 1946, los principios universales de los derechos humanos predominaron sobre las tesis relativistas de los juristas antropólogos y constituyen, aún hoy en día, las referencias básicas del derecho internacional humanitario. Sin embargo, los críticos nunca han cesado de argumentar en contra del universalismo y a favor del relativismo, reivindicando una versión de los derechos humanos específica a cada pueblo. Además, desde hace una década, estos argumentos vienen siendo retomados por movimientos fundamentalistas religiosos, islamizantes u otros, partidarios de un culturalismo identitario estricto.

C. Supuestos ideológicos de la culturalización del derecho y analogía con el racismo

1. Problemática del debate sobre las razas

La debilidad principal de la visión antropológica de la cultura y de la defensa del relativismo de los derechos humanos que se le aparenta radica en la ideología esencialista que las caracteriza. En realidad, encontramos la misma doctrina biologizante que existía en el debate sobre las «razas» y el racismo, donde la cultura y las expresiones que la caracterizan se consideran inherentes a una naturaleza específica y, a menudo, eran incluso sacralizadas.

En Francia, Pierre-André Taguieff llamó la atención sobre este fenómeno hace cerca de veinte años, refiriéndose a un «racismo diferencialista»¹¹. Las culturas, al igual que las «razas», serían diferentes por naturaleza. Por más que se pretenda que todas tengan el mismo valor, esto no significaría igualdad sino, antes bien, equivalencia —como lo afirman algunos juristas islámicos, quienes prefieren referirse a la equidad entre hombres y mujeres en lugar de a la igualdad de género—.

Por último, la tendencia a naturalizar la cultura refleja una visión determinista de las sociedades y de los hombres en la que el análisis étnico tiende a prevalecer sobre el de los fenómenos económicos y de las relaciones de poder.

Resaltando las diferencias irreconciliables del otro, la percepción esencialista y ahistórica de la cultura se revela poco compatible con la institución democrática y los principios de igualdad y no discriminación. Durante el curso de la historia, esta ideología ha sido instrumentalizada en varias ocasiones por los movimientos nacionalistas y xenófobos. Hoy en día sirve, nuevamente, como justificación de los ideales identitarios racistas susceptibles de impregnar las instituciones y la opinión pública.

11 Taguieff, 1987, pp. 330 y ss.

2. Reproche etnocentrista de la corriente culturalista

El principal argumento de la corriente culturalista es el reproche etnocentrista y occidentalista formulado contra los defensores de la universalidad de los derechos de la persona. Sin embargo, estamos convencidos de que es posible negarse a suscribir el relativismo en el campo de los derechos humanos, manteniendo al mismo tiempo un gran espacio para la diversidad cultural y el respeto de las múltiples afiliaciones propias de cada uno.

Esta es la tesis desarrollada particularmente por la UNESCO en una gran cantidad de documentos consagrados a los derechos y a la diversidad culturales: «Los instrumentos de la UNESCO para proteger la diversidad cultural establecen el principio de “protección mutua” de la diversidad cultural y los derechos humanos, prohibiendo así una interpretación relativista de la diversidad tanto como un encierre comunitario o nacionalista»¹².

De hecho, dependiendo de si se adopta una perspectiva culturalista o universalista, la percepción del lugar del individuo en el grupo y la importancia acordada a sus vínculos de pertenencia varían drásticamente.

En el primer escenario predomina la perspectiva colectiva. La persona es percibida antes que nada como miembro del grupo cultural y, como hemos explicado anteriormente, se le asigna una única identidad cultural, étnica o religiosa.

De acuerdo con la visión relativista, los vínculos de pertenencia tienen prioridad sobre los derechos y libertades de las personas, incluyendo el derecho fundamental de elegir libremente si se conserva o no su pertenencia cultural.

Ningún derecho se considera absoluto, estos son ponderados en relación con los intereses del grupo. Es así como nos vemos llevados a aceptar limitaciones insostenibles a la libertad de las mujeres (y hombres) en nombre del respeto por el sentimiento identitario del grupo, argumento noble, sin duda, pero que a menudo —debemos recordarlo— forma parte de una «estrategia para conservar el poder».

Por el contrario, de acuerdo a la concepción dinámica de la cultura, cercana a la universalista, tanto en las poblaciones inmigrantes como en la sociedad de acogida mayoritaria hombres y mujeres son por definición individuos libres cuyos vínculos de pertenencia son múltiples (familiares, profesionales, sociales, políticos, religiosos). Las prácticas culturales del grupo, las tradiciones y costumbres, están subordinadas a los principios del Estado democrático de derecho, cuyo aspecto central es el respeto por la dignidad humana y por el núcleo inviolable de los derechos humanos.

12 Cfr. Gondolfi; Sow; Bieger-Merkli & Meyer-Bisch, 2008, p. 180.

Existe, no obstante, el riesgo de que la afirmación de la primacía de los principios universalistas en el ámbito de la cultura se limite a una dimensión abstracta y formal. Más allá de la condena necesaria de las prácticas tradicionales perjudiciales, la diversidad cultural dentro de los grupos minoritarios debe ser preservada. Por esta razón, algunos autores sugieren una posible síntesis entre el universalismo y la dimensión cultural, y se refieren a la persona como ser libre «cara a cara con su entorno de carácter múltiple»¹³.

Por ejemplo, la Declaración de Friburgo sobre derechos culturales establece el derecho «a elegir su identidad cultural y que ésta sea respetada, en la total diversidad de sus modos de expresión» (art. 3a).

D. Crítica del método antropológico desde la perspectiva del género

1. Principio de igualdad

El tema de la igualdad en la ley y delante de la ley cristaliza la oposición entre el enfoque antropológico del derecho y el de los universalistas. Incluso en la actualidad, la confrontación entre la costumbre y el derecho común persiste en algunas partes del mundo. Si bien no existe un sistema jurídico que pueda garantizar la protección absoluta de los derechos fundamentales —la libertad individual, la igualdad y la dignidad—, sigue siendo, en nuestra opinión, aún menos plausible lograrlo gracias a un derecho y una justicia particularistas.

Por lo tanto, es sorprendente constatar que, desde el punto de vista antropológico de las culturas, la cuestión de la discriminación en general es simplemente irrelevante; y, *a fortiori*, aun más la problemática de la igualdad de género.

No podemos ignorar que la mayoría de las sociedades, modernas o tradicionales, son la emanación histórica de las culturas patriarcales. Así, desde el punto de vista de la defensa de sus derechos, la situación de las mujeres es especialmente precaria en las comunidades tradicionales que operan en modo autoritario.

Dado el lugar central que ocupa la costumbre en la administración de la justicia, vemos casos como los de mujeres expuestas a violaciones de su integridad física y mental que tienen pocos medios para hacerse oír dentro de la familia o frente al grupo. Citando el ejemplo de las antiguas sociedades *kanak*, la etnóloga Christine Salomón los describe como «singularizados por una ideología y una

13 Cfr. Meyer-Bisch, 2008-2009.

práctica social caracterizadas por el principio de jerarquía y la correspondiente falta de igualdad en las relaciones entre las personas»¹⁴.

2. Deber de protección selectivo del Estado

Aun cuando se trate de una forma extrema de discriminación de género, la violencia contra la mujer ha estado, hasta hace poco, confinada a la esfera privada, incluso en Suiza; hoy en día, en cambio, se la considera, por lo menos en Europa, como un asunto público, puesto bajo la responsabilidad del Estado.

¿Qué sucede en estas circunstancias, con el deber de protección del Estado contra la violencia y la discriminación, reconocida no obstante a nivel nacional y por las convenciones internacionales? En un Estado de derecho como lo es Francia, al que la Nueva Caledonia está subordinada a pesar de poseer un estatuto de autonomía muy amplia, ¿acaso la garantía de protección no vale para todos, hombres y mujeres? ¿Y una de las funciones de la represión penal no es precisamente la de velar por ella sin distinción de sexo, color u origen étnico?

Al contrario, defender el mantenimiento de prácticas indignas en nombre de la costumbre equivale, necesariamente, a admitir la naturaleza selectiva y discriminatoria del derecho de protección del Estado con respecto a una parte de su propia población, en este caso las mujeres.

Por esta razón también, toda lógica de culturalización del derecho que tolere violencias bajo pretexto de consideraciones étnicas o culturales debe ser rechazada. En última instancia, esto solo puede conducir a la desvalorización de la situación y los derechos de todas las mujeres, ya sean integrantes de las minorías o de la sociedad mayoritaria.

Cabe recordar, en efecto, que en la mayoría de los países, incluso europeos, recién se ha abandonado el modelo patriarcal de poder y la organización social que impregnaba sus instituciones, incluidas las instituciones judiciales y la legislación. Como ejemplo, podemos recordar el estatuto inferior y el trato desigual que era dispensado a las mujeres suizas hasta los años setenta (concesión del derecho de voto a nivel federal) o incluso ochenta (reforma del derecho civil y de la familia).

Hoy en día, en Suiza, después de varias generaciones de lucha por la emancipación, la prohibición de la discriminación figura en la Constitución Federal, así como el principio de igualdad entre hombres y mujeres. Aunque las formas de discriminación formal más graves están en vías de ser eliminadas, persiste aún la discriminación estructural, que en gran medida está subordinada

14 Salomon, 2000, pp. 287 y ss.

a los modelos de roles de género en la familia patriarcal y en la economía, como lo demuestra la persistente desigualdad de 20% de promedio en los salarios.

E. Refutación del argumento culturalista a nivel del derecho internacional y reconocimiento de las discriminaciones específicas contra las mujeres

1. Convenciones sobre la protección de la mujer

Hace treinta años ya, el argumento culturalista fue claramente rechazado por el derecho internacional a raíz de la adopción de la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Sin embargo, fue un proceso largo y difícil el de lograr la evolución hacia el reconocimiento de la discriminación específica de género, incluso en los países defensores de la universalidad de los derechos humanos. Así, la DUDH de 1946, por ejemplo, los ignoró por completo y fue necesario esperar hasta el año 1979 para que, en la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, tal denegación fuera reparada.

A partir de ese momento, el derecho internacional imponía a los estados que «adopten todas las medidas apropiadas, incluyendo disposiciones legislativas, para modificar o abolir toda ley, disposición reglamentaria, usos o prácticas que constituyan una discriminación contra la mujer»¹⁵. Debido a que la emancipación de la mujer está íntimamente ligada a la eliminación de la violencia de la que puede ser víctima, la ONU elaboró en una segunda etapa, en 1993, una Declaración explícita en ese sentido¹⁶. La Declaración condena, en particular, toda la violencia motivada por razones culturales, así como cualquier legitimación cultural de perjuicios a la integridad física y psicológica de las mujeres.

En su art. 4, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer estipula en particular que «Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla».

Recientemente, la relatora especial de la ONU no dudó en afirmar que la evolución de las normas internacionales se ha traducido en un claro reconocimiento de la primacía del derecho de las mujeres por encima de toda consideración cultural, a no sufrir violencias sexuales, en particular.

Cierto es que, no obstante, a raíz de las primeras formulaciones de reconocimiento por parte de los movimientos de mujeres a nivel internacional

¹⁵ Salomon, 2000, p. 10.

¹⁶ La Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993).

en los años sesenta, muchos estados persistieron en defender la justificación culturalista de prácticas perjudiciales, tales como los matrimonios forzados, la poligamia, la escisión y otras, y en mantener leyes no igualitarias, que a menudo abarcaban todos los ámbitos, civil, penal y familiar.

En este contexto, el argumento cultural sirvió también como aval a los políticos de estados autoritarios o dictatoriales, partidarios del relativismo de los derechos humanos. El privilegiar la defensa de las especificidades culturales y religiosas en las relaciones entre hombres y mujeres, permitía evitar cualquier tipo de análisis económico sobre la discriminación de género; sin embargo, como bien sabemos, tanto como los factores culturales, son los procesos de transformación social y económica dentro de los mismos grupos de pertenencia los que influyen en la distribución de roles y la definición de los respectivos estatutos.

2. Evolución reciente del debate en el ámbito internacional

Manteniendo el enfoque dinámico de las culturas, la reflexión se ha enriquecido, al mismo tiempo, de nuevos matices puestos de manifiesto sobre todo gracias a los informes de las principales organizaciones internacionales.

Deseosa de superar la controversia entre el relativismo y la universalidad de los derechos humanos, la actual relatora especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres se refiere de ahora en adelante a «la universalización de la cultura de los derechos humanos». Al negarse a considerar la adopción y ratificación de estos instrumentos como una manifestación de la hegemonía cultural de occidente, ve en ello, por el contrario, la culminación de una lucha por la igualdad liderada por mujeres de diversas culturas y orígenes en nombre de una «universalización de los derechos de la persona humana que pertenece a todos sin distinción de sexo»¹⁷.

Además, la relatora especial hace hincapié sobre el hecho de que también los defensores de la universalidad de los derechos pueden difundir prejuicios. Así, a través de la construcción no crítica de una oposición artificial entre modernidad y tradición, algunos universalistas sucumben a su vez a una forma de esencialismo cultural.

La lucha, ampliamente publicitada, por la eliminación de las prácticas culturales perjudiciales, ilustra los aspectos reductores de la dimensión cultural. Para la experta de la ONU, el fin de las prácticas nocivas no es suficiente para liberar a las mujeres víctimas de estas culturas, contrariamente a lo que con demasiada frecuencia se supone. En este sentido, sería un error para las personas que luchan

¹⁷ Informe Ertürk, del 17 de enero de 2007.

contra las prácticas perjudiciales el focalizarse en la cultura, ya que ello conduciría a descuidar los factores económicos y sociales de la subordinación de las mujeres, así como su propia capacidad para resistir a la violencia y la opresión.

Vale recalcar que la lucha por la abolición de las prácticas culturales perjudiciales forma parte de una movilización de gran envergadura sobre la diversidad cultural y sus límites, conducida principalmente por la ONU y el Consejo de Europa en nombre de su histórico compromiso con los derechos humanos.

F. Regresión relativista

Se hubiera podido pensar en algún momento que la progresión del ideal de igualdad entre hombres y mujeres en un número creciente de países, entre ellos los más tradicionalistas, tendría como consecuencia el descrédito de prácticas culturales indefendibles.

No obstante, según la opinión general, la causa de la igualdad de género en el mundo se encuentra nuevamente en dificultades. Durante la última década, el impulso emancipador y universalista encarnado por las convenciones de posguerra se ha visto obstaculizado por el aumento de los particularismos y del relativismo cultural en el ámbito internacional, incluida la ONU. La ofensiva relativista se ha dedicado a atacar el edificio de las convenciones internacionales, aumentando el número de cartas regionales generalmente en perjuicio de las poblaciones femeninas de los países concernidos.

A decir verdad, todos los derechos fundamentales están afectados por esta tendencia al debilitamiento, como lo demuestra la reciente controversia sobre la libertad de expresión y la blasfemia en el marco de la Conferencia de Examen de Durban, realizada en abril de 2009, en Ginebra.

Sin embargo, es en las áreas relativas a los derechos de las mujeres y los niños que la contraofensiva se muestra más virulenta. La obstinada justificación de los matrimonios infantiles en varios países, como Yemen, es un ejemplo claro.

Otro ejemplo es la Declaración de El Cairo sobre los derechos humanos en el Islam (1990). Al mismo tiempo que estipula la igualdad de dignidad del hombre y la mujer, atribuye la supremacía al marido en la familia. En lo que respecta a la violencia contra la mujer, la regresión es evidente, ya que la Declaración reconoce motivos legítimos, basados en la *charia*, susceptibles de justificar el castigo corporal.

Más recientemente, la tan esperada Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas (2006), atribuye un papel central a los derechos colectivos y no prevé en particular ningún recurso jurídico para las mujeres indígenas confrontadas a una decisión discriminatoria de un consejo comunitario.

III. DERECHO Y CULTURA

A. Derecho y justicia penal frente a la diversidad cultural

A pesar de lo antes mencionado, en muchos países se va desarrollando un consenso sobre la necesidad de eliminar la violencia y la discriminación contra la mujer en general, cualesquiera que sean sus justificaciones culturales o religiosas. Hay divergencias, pero conciernen la elección de las estrategias para lograr este objetivo, en particular en lo que respecta al papel que se debe asignar al derecho penal y a la represión.

¿Qué se puede esperar del derecho penal en un contexto de conflicto cultural? ¿Es la sanción una medida eficaz para cambiar las actitudes? ¿Cómo cumplir a la vez con el respeto de la no discriminación de las partes en el proceso y evitar una estigmatización colectiva de grupo, que puede conducir a una mayor marginación?

Iniciado en los Estados Unidos en los años noventa, el debate ha alcanzado en los últimos años a otros países afectados por la migración internacional, en particular en Europa. Un caso de estudio típico es el de *Kasindja* en 1996, en los Estados Unidos, considerado por muchos como emblemático de la confrontación de la justicia con una práctica cultural perjudicial «importada» del extranjero. *Kasindja*, la joven togolesa que pedía el asilo para escapar a la mutilación genital femenina (MGF)¹⁸, obtuvo finalmente éxito y pudo permanecer en territorio americano luego de un juicio muy publicitado.

Particularmente dignas de interés son las reacciones de prejuicios y racismo provocadas por el proceso en los medios de comunicación y la opinión pública. Dada la naturaleza del acto incriminado —una MGF—, era sin duda la primera vez que se llevaba un caso de ese tipo frente a un tribunal americano. Al igual que los hechos concretos del caso, la actitud del público jugó un papel central en el debate. Las pasiones se desataron a lo largo del juicio en contra de las costumbres africanas y su supuesta barbarie. El público se vio sumido en una incomprensión total frente a esas prácticas tradicionales practicadas en un país africano, Togo, dentro de un grupo étnico minoritario, transpuestas de la noche a la mañana a nivel transnacional para ser juzgadas por un tribunal americano, según sus propias leyes. Bajo estas condiciones, fue imposible evitar las derivaciones racistas que condenaban de plano al continente africano entero.

Posteriormente, estos eventos suscitaron una profunda reflexión por parte de las asociaciones implicadas y del abogado defensor de la demandante. Rogaïa Mustafa Abusharaf, en su ejemplar análisis, declara que «Descomponiendo

18 Cfr. Abusharaf, 2006, pp. 1 y ss.

una compleja realidad africana en una serie de oposiciones binarias entre modernidad y tradición, elección y coerción, autonomía y obligación, individuo y comunidad, los tribunales y los medios de comunicación occidentales se apropiaron los hechos de manera selectiva, demonizando a la comunidad local, convirtiéndola en una representación metafórica del continente africano en su totalidad»¹⁹.

Por su lado, las asociaciones femeninas criticaron, en particular, el papel de los antropólogos consultados en estos casos, acusándolos de presentar a la mujer africana como una víctima. Se preguntaron, por ejemplo, ¿por qué no hicieron, más bien, hincapié en la historia personal de la mujer togolesa, en su deseo de cambiar de vida, abandonando su país, recalcando así el coraje que implica esa elección?

1. *Entre autonomía y lealtad, el dilema de la mujer frente a la justicia*

La decisión de recurrir a la represión penal es una elección difícil para un miembro de un grupo cultural de inmigrantes o minoritario. Como bien es sabido, denunciar los delitos cometidos en el marco de prácticas tradicionales perjudiciales lo conduce, ya se trate de la víctima directa o de un tercero, a un doloroso conflicto de lealtad con respecto a su grupo de pertenencia.

Optando por la autonomía personal, corre el riesgo moral de ser acusado de traicionar a su comunidad y socavar la imagen del grupo. Además, a menudo también corre riesgo físico, concretamente, el de ser víctima de un ataque contra su vida o de deportación forzada hacia su país de origen por parte de la familia misma.

A menudo se produce un fenómeno de fosilización de las tradiciones dentro del mismo grupo de inmigrantes, lo que suele reforzar la desaprobación familiar. Sucede que algunas prácticas, a pesar de haber cambiado o, incluso, haber sido abolidas en el país de origen (como el crimen de honor en Turquía, que hoy en día es reprimido penalmente en ese país), se han mantenido en algunas comunidades de inmigrantes. Estas condiciones hacen que la presión de la familia y del grupo se vuelva insostenible para las mujeres, impidiéndoles de hecho ejercer su autonomía y derechos fundamentales²⁰. Frente a situaciones que *a priori* parecen inextricables, la mejor estrategia parece ser la del *empowerment* de la mujer dentro del grupo, pues mientras más convencidas estén de la necesidad de reprimir penalmente

19 Cfr. Abusharaf, 2006, pp. 1 y ss.

20 Véase la cuestión del consentimiento en el marco del proyecto parlamentario para prohibir las MGF, presentado por Maria Roth-Bernasconi, en 2005.

los actos culturales perjudiciales, mayores serán las posibilidades de concretizar el proceso de adaptación y el abandono efectivo de estas prácticas.

Recordemos lo que ocurrió, sobre todo en Canadá, donde asociaciones de mujeres sudanesas y somalíes recurrieron al derecho penal de la sociedad dominante para obtener la condena de actos de MGF. Si esto fue posible, fue debido principalmente a que las mujeres implicadas lograron, gracias a su lucha, un beneficio social y una mejora de su posición frente a los demás miembros de su comunidad²¹. En conclusión, no se debe renunciar a la persecución penal en contra de las prácticas tradicionales perjudiciales, debemos simplemente considerarla como una de las herramientas posibles, además del derecho civil u otros instrumentos, como la mediación o la prevención y la educación.

2. Influencia de la perspectiva culturalista del derecho penal en la labor de los asistentes sociales en general

Al margen del ámbito judicial, se producen manifestaciones aún más insidiosas de la culturización del derecho penal debido a que implican la participación de otros actores de la sociedad mayoritaria —médicos, trabajadores sociales, maestros, etcétera—. Estudios recientes y discusiones en el Parlamento sobre prácticas como la escisión y los matrimonios forzados que afectan a las jóvenes inmigrantes que viven en Suiza, han puesto de relieve la «ausencia de referencias éticas claras» que ha prevalecido, en la práctica, en estas áreas, así como la urgencia de aclarar los criterios empleados por los trabajadores sociales.

Lo mismo se puede decir de las «situaciones de pasividad o inacción», que equivalen a privar a las víctimas del acceso a la justicia y, por lo tanto, de la defensa de sus derechos. Tal es el caso, por ejemplo, cuando los funcionarios o las autoridades no denuncian los actos de violencia de los que es testigo o cuando existe una sospecha de coerción en la celebración de un matrimonio. Esta actitud puede ser resultado de la ignorancia de la cultura minoritaria, de la indiferencia o de una tolerancia de principio hacia todas las manifestaciones de la diferencia cultural.

Lo que está en juego cada vez son las «representaciones de sí mismo» y de los otros, de la asignación del minoritario a una pertenencia y a una identidad que, a su vez, influyen en la decisión administrativa o jurídica.

El debate no tiene nada de abstracto; por ejemplo, en Gran Bretaña, en donde durante mucho tiempo ha dominado una política de integración de inspiración comunitarista, un informe publicado en 2008 sobre la violencia familiar acusa

21 Abusharaf, 2006, pp. 1 y ss.

directamente a algunos trabajadores sociales de no haber denunciado los casos de violencia doméstica contra mujeres y niños de la comunidad asiática.

La principal razón aducida por el personal administrativo era el temor a la crítica de etnocentrismo por falta de sensibilidad cultural. El informe despertó la ira de la comunidad asiática pues, para sus miembros, la defensa de su imagen era una cuestión de honor que prevalecía sobre la salvaguardia de los intereses de las mujeres y los niños maltratados. Este es, según mi opinión, un caso ejemplar, que muestra a la vez las derivas propias de una culturalización del derecho y los límites de un enfoque multiculturalista.

Otro ejemplo nos lo proporciona el informe de la UNICEF sobre la situación de las escisiones en Suiza, publicado en 2005²². La encuesta reveló que alrededor de 6700 mujeres y niñas a quienes se les había practicado la escisión vivían en Suiza, de las cuales algunas habían sido víctimas de la intervención en este mismo país.

Ahora bien, es posible que el público ignorara completamente esta realidad, pero esto no podía decirse en absoluto de los profesionales que habían estado en relación con estas mujeres y niñas —ginecólogos, entre otros—. Nadie se había molestado en llamar la atención de las autoridades competentes sobre los casos que se presentaban. Afortunadamente, a raíz de esto, se ha llevado a cabo una campaña de sensibilización significativa de las personas implicadas y una fuerte movilización en contra de estas prácticas, lideradas especialmente por el cantón de Ginebra. Ya han sido pronunciadas dos condenas penales, la primera de ellas en Friburgo, en junio de 2008.

3. Caso suizo: la iniciativa parlamentaria Roth-Bernasconi

a) Introducción de nuevas disposiciones penales

Con fecha del 17 de marzo de 2005, una iniciativa parlamentaria fue presentada por la Concejal del partido socialista, Maria Roth-Bernasconi, para reforzar la lucha contra la práctica de la mutilación genital femenina.

El proyecto contemplaba la introducción en el Código Penal de un artículo específico que penaliza expresamente la mutilación genital femenina. De hecho, aun cuando tales actos ya pueden ser considerados sancionados por el Código Penal suizo (arts. 122, 123 y 129, en particular), los círculos concernidos consideran insuficiente este dispositivo legal, por varias razones.

En primer lugar, por razones de eficiencia de la persecución penal. El texto se refiere así a los actos cometidos tanto en Suiza como en el extranjero por una

²² Informe Trechsel & Schlauri, 2005.

persona que se encuentra en Suiza. La sanción en Suiza por actos cometidos en el extranjero es una excepción al principio de territorialidad para evitar a las víctimas las perjudiciales idas y vueltas entre Suiza y el país de origen.

Siempre en aras de la eficiencia, el proyecto prevé la represión de todo tipo de mutilación con la intención de simplificar los procedimientos y la acción de oficio del Estado para proteger a los niños.

Por último, la mención explícita de las MGF, propuesta por el Consejo de Europa y la UNICEF, está motivada por un interés simbólico. Se destaca así la importancia de expresar públicamente la desaprobación de tales prácticas y el interés pedagógico y preventivo que esto supone. La sociedad de acogida ha de traducirlas en las disposiciones específicas del Código Penal que prevean tanto el carácter ilícito de ciertos delitos, por un lado, como el rechazo a considerar cualquier forma de excepción cultural como delictiva, por otro. De esa manera, se le otorga plena importancia a la igualdad de género y a la no discriminación²³.

Como podemos observar, para una mayoría del Parlamento y para los medios implicados, el defender la dignidad y la integridad corporal de las mujeres concernidas, exigiendo que el sistema jurídico suizo se aplique a toda la población, no representa una intolerancia cultural.

b) La cuestión del consentimiento de la mujer mayor de edad

Actualmente, el proceso de consulta ha concluido. El proyecto debe ser aprobado por el Parlamento durante el año 2010 o a inicios de 2011. Aunque inicialmente se logró un consenso general sobre la prohibición de todo perjuicio contra una menor, la Comisión jurídica del Consejo Nacional, en nombre del respeto a la autonomía de la mujer y su libertad de elección, añadió la noción de impunidad de la automutilación si la mujer concernida —mayor de edad— acordara su consentimiento. En otras palabras, la condición jurídica del consentimiento a la escisión hubiera constituido una justificación extralegal, impidiendo la punibilidad del acto.

Esta posición, que fue rechazada, despertó la oposición de los círculos consultados, entre ellos la Comisión Federal para cuestiones relativas a la mujer, la Conferencia suiza de delegados para la igualdad entre mujeres y hombres, y muchos otros actores que plantearon la cuestión de validez de tal consentimiento.

Se trata de un conflicto de valores, del cual podemos esbozar solo las características principales en el marco de este artículo: por un lado, está el principio

23 Informe del CF *La represión de los matrimonios forzados y los matrimonios concertados* en ejecución del postulado 05.3477, del 09 de septiembre de 2005, de la Comisión de instituciones políticas del CN. Comunicado de prensa del DFJP, del 14 de noviembre de 2007.

general de la libertad de la persona adulta a determinarse, del que deriva la idea de que ella es la más apta para decidir lo que le conviene²⁴; y, por otro, está la experiencia, la realidad en el terreno. ¿Qué valor tiene el consentimiento dado por una mujer —incluso mayor de edad— que está sometida a la presión de su entorno? ¿Es posible decidir, en un juicio, sobre la validez del consentimiento pleno y total de la mujer concernida? ¿Cómo establecer si la persona puede o no hacer una elección libre en estas circunstancias?

A lo anterior, se añade el aspecto del respeto a la diversidad cultural. Al tratar de imponer la protección de la persona, en contra de su voluntad si fuera necesario, ¿la sociedad mayoritaria acaso no comete una arrogancia cultural?

No obstante la evidente necesidad de prohibir las MGF y de reprimir las prácticas tradicionales perjudiciales en general, la complejidad de estas cuestiones subsiste. Así, en la obra colectiva *Female Circumcision*, nos referimos a un arma de doble filo por medio de la cual la sociedad dominante corre el riesgo de pecar de racismo o paternalismo²⁵. Por consiguiente, aquí también la eficacia de estas normas depende principalmente de la aceptación y la acción de los miembros mismos de los grupos implicados.

B. Ambigüedades de la justicia frente a la diversidad cultural

1. *El trato de las minorías en el proceso penal*

Confrontados día a día con la gestión de la diversidad cultural y las ambigüedades que esta puede presentar, los tribunales también están expuestos a presupuestos culturalistas o a simples prejuicios racistas. Estudios llevados a cabo hace unos diez años en los EE.UU. demuestran que, por temor a ser acusados de intolerancia o, peor aún, de racismo, algunos jueces vacilan en aplicar la ley con el rigor necesario²⁶; más aún cuando, frente a situaciones nuevas o desconocidas, la respuesta culturalista puede parecer a la vez una solución simple y respetuosa del otro.

Sin embargo, especialmente cuando está en juego la integridad física o mental de las personas, tal benevolencia puede revestir una cierta ambigüedad cuando simplemente no es signo de indiferencia o incluso racismo hacia los miembros de una minoría específica. Además, debemos preguntarnos si en los procedimientos que conciernen mujeres, inmigrantes o pertenecientes a una minoría por el color, la etnia o la religión, las consideraciones de género no juegan también un papel

24 Hurtado, 2008, p. 211.

25 Hurtado, 2006, pp. 215 y ss.

26 Benhabib, 2002, pp. 80 y ss.

negativo. En otras palabras, un juez impulsado por un prejuicio sexista resultante de su propia cultura será más propenso a invocar el argumento culturalista.

Por último, el poder judicial también es sensible a los discursos dominantes relativos a las minorías. En efecto, después de un periodo caracterizado en general por una cierta tolerancia, hay indicios de que estamos nuevamente asistiendo a un endurecimiento hacia los individuos y los grupos minoritarios, incluso por parte de los tribunales.

En todo caso, las estadísticas hablan por sí solas. Un estudio de la Universidad de Zúrich puso de relieve, por ejemplo, una importante asimetría entre los suizos y los extranjeros cuando se trata de pronunciar la responsabilidad penal: el 70% de los extranjeros son declarados responsables, frente a solo el 30% de los suizos, por actos comparables²⁷.

2. Medios a disposición del juez: el peritaje antropológico

En un juicio penal, la eventual consideración de criterios étnicos o culturales plantea muchas preguntas, como lo demuestra, entre otros, el intenso debate que tiene lugar actualmente en Gran Bretaña y los Países Bajos, países que durante mucho tiempo han sido partidarios de políticas de integración multiculturalistas.

Este enfoque, resumido por la socióloga americana Seyla Benhabib bajo la expresión «defensa cultural», tiene como objetivo obtener el reconocimiento, por parte del juez, de la contextualización del delito, que consiste en situar el acto en el contexto de la cultura de origen del actor. La idea central es excluir así el carácter punible del acto en cuestión —por ejemplo, un crimen de honor o un matrimonio forzado— al ser este aceptable en la sociedad de origen.

La culturalización del derecho penal plantea dificultades a lo largo de todas las etapas del procedimiento. De hecho, ¿en qué momento del análisis jurídico y del eventual procedimiento sería pertinente hacer referencia al criterio cultural? ¿Durante la investigación penal? ¿Durante la definición del delito o de la responsabilidad? ¿En el juicio? ¿O en el marco del pronunciamiento de la sentencia?

La defensa cultural también plantea múltiples interrogantes en el ámbito de la práctica del derecho: ¿de qué medios dispone el juez para identificar los elementos esenciales de la cultura invocada? La pregunta conduce lógicamente a hacer un análisis antropológico del acto, dejando el campo abierto a todo tipo de interpretaciones. Por ejemplo, yendo en contra de la costumbre, la reforma del derecho de familia en Turquía ahora prohíbe los matrimonios forzosos. ¿Cómo saber si el crimen de honor debe ser considerado como una práctica esencial,

27 Cfr. Maurer, 2003.

en conformidad con la visión de ciertas comunidades de inmigrantes? ¿No se trata, más bien, de un acto constitutivo de una patología social; es decir, una disfunción interna de la sociedad en cuestión? ¿Podemos tener la certeza de que todos los hombres de un mismo origen son partidarios de los crímenes de honor?

A menudo, se opta por recurrir a peritajes que no siempre son tomados en consideración por el juez. A decir verdad, los profesionales del medio, jueces o abogados, no los consideran como la respuesta mágica a todos los dilemas. Un simposio celebrado en la Universidad de Neuchâtel durante la primavera pasada, puso de relieve los problemas que pueden surgir en relación con la fiabilidad de los resultados y la competencia de los expertos²⁸. Además, por su parte, etnólogos o antropólogos se encuentran, a menudo, reacios a desempeñar el papel de expertos.

En resumen, ¿qué es lo que permite a un juez decidir «cuál es expresión más adecuada de la cultura invocada»? El tribunal dispone de un margen considerable de interpretación, del cual resulta una parte de arbitrariedad o, incluso, de incertidumbre del derecho. De hecho, las encuestas han demostrado que frecuentemente es la manifestación más arcaica y patriarcal de una cultura la que la defensa toma como referencia.

En lo que concierne a la perspectiva del autor, nos podemos interrogar sobre su comprensión de la naturaleza criminal de su acto. Es legítimo, de hecho, preguntarse en ciertos casos si la diferencia cultural incide en el juicio del autor, al punto de impedirle comprender el significado de la represión penal ejercida por la sociedad mayoritaria y, en particular, de la sanción pronunciada. ¿Qué valor se puede atribuir, en este caso, a la condena penal y cuál es su objetivo en relación con el autor?

Este tipo de preguntas son las que condujeron, en varios casos, a algunos tribunales de países occidentales a aplicar una «excepción cultural», hasta el punto de justificar la absolución o reducción de la pena para los autores de violencias culturales.

Como podemos constatar, adoptar un enfoque culturalizante en el marco del proceso penal puede significar tener que elegir entre dos expresiones de una alternativa igualmente discutible²⁹:

- La de la «inimputabilidad» del acto del autor como consecuencia de la aplicación de la excepción cultural.
- La de su «incapacidad jurídica», basada en el reconocimiento de la imposibilidad mental e intelectual del autor de comprender la naturaleza criminal de su acto.

28 Día «Justicia y diversidad» del 12 de junio de 2009, SFM - Foro Suizo para la Migración y Población de la Universidad de Neuchâtel, Neuchâtel.

29 Modolell, 2006, pp. 274 y ss.

Esta segunda hipótesis —declarar incapaz al autor desde el punto de vista del derecho— no es una solución más satisfactoria porque, siempre en virtud de la misma supuesta diferencia, el autor se ve reducido al «estatuto de menor» en los ojos de la sociedad dominante.

C. Consecuencias discriminatorias de la defensa cultural para las mujeres

1. Aplicación del principio de igualdad a las mujeres

La principal objeción es, sin embargo, el carácter discriminatorio de este sistema de defensa para la víctima, por lo general, una mujer. Esto se debe a que, a pesar de todo, tales decisiones equivalen a «no aplicar el principio de igualdad» de todos ante la ley, incluido el derecho penal.

Cuando la defensa cultural ha sido efectivamente admitida (como en algunos casos en los EE.UU. en los años noventa, por ejemplo), el resultado ha sido la reducción de la pena del autor, ya sea mediante la plena justificación de su comportamiento por motivos culturales u obteniendo la disminución de la culpabilidad o responsabilidad.

En cuanto al destino concreto de la víctima, generalmente miembro del mismo grupo cultural, no se le presta mucha atención. Quiriendo hacer justicia al autor —afirma Seyla Benhabib— se comete una grave injusticia contra la víctima.

En el marco del procedimiento penal, como en otros contextos, las mujeres son las principales afectadas por el razonamiento culturalista debido a la asignación de identidad que se deriva de él. En nombre del respeto a la diferencia cultural y las tradiciones patriarcales que generalmente transmite, a menudo se aceptan discriminaciones injustificables. En estas condiciones, la mujer inmigrante se ve rebajada al nivel de víctima colateral de la migración internacional.

Ya se la obligue a casarse por la fuerza o pierda la vida en nombre del crimen de honor, la mujer inmigrante no cuenta, en los hechos, con la misma protección por parte del Estado y de sus instituciones que las mujeres de la sociedad de acogida. ¿Y qué decir, en el caso de los niños, de «la noción del bien de niño», hoy en día arraigada en las convenciones internacionales y en nuestro derecho nacional? ¿Debe también este criterio ser sometido al sistema de ganancias y pérdidas de la defensa cultural?

2. Ciudadanía diferenciada

Este tema nos confronta con lo que Seyla Benhabib denomina la *paradoja de la vulnerabilidad cultural*, refiriéndose a las consecuencias nefastas para los individuos más vulnerables entre las minorías de ciertas políticas públicas que son, sin embargo,

bien intencionadas, definidas como *ges-meaning accommodation policies*. Bajo el pretexto de la tolerancia multiculturalista, diríamos que se cierran los ojos a una serie de prácticas dentro de las mismas poblaciones inmigrantes, tales como los malos tratos, la violencia y la coerción, al punto de volver ilusorios los derechos fundamentales, pero también de «desvalorizar el estatuto de ciudadanía» de estas mismas personas.

Esto podría tener como consecuencia el relegar a los miembros de los grupos minoritarios a un estatuto de ciudadanía diferenciada; es decir, el hacer de ellos ciudadanos de segunda clase en nombre del respeto a su cultura. En su libro, Seyla Benhabib cita una serie de casos en los que la justicia americana, por relativismo cultural, condenó a una pena leve o exculpó por motivo cultural a autores de raptó, secuestro u homicidio. La autora constata que, con ello, los jueces definieron la «identidad legal de las víctimas», antes que nada, tomando como referencia su cultura de origen.

Una sanción más severa de los autores hubiera permitido proteger la igualdad de derechos de los niños y las mujeres implicados. También hubiera tenido un impacto simbólico ante el mismo grupo cultural, «confrontado así con la necesidad de cuestionarse», de proceder a una reflexión sobre sus prácticas discriminatorias más regresivas.

D. Los tribunales suizos y el argumento étnico

¿Hay lugar para la culturización del derecho en el marco del proceso penal en Suiza? En Suiza, también ha habido casos relacionados con el conflicto de culturas, como lo recuerda un informe del CF publicado en 2007³⁰. Uno de ellos implicaba a una pareja de jóvenes asesinados en mayo de 2001 cerca de Berna, por orden del consejo de familia. En otro caso, en Ticino, el 2006, un paquistaní de veintiséis años fue sentenciado a dieciocho años de prisión por el asesinato de su esposa, que había pedido el divorcio después de algunos meses de unión forzada.

Recordemos, en primer lugar, el principio confirmado en repetidas ocasiones por el TF, el cual afirma que en Suiza se juzgan individuos y no culturas. Toda persona es juzgada en concreto, en el caso particular. Los elementos culturales son, en el mejor de los casos, tomados en consideración entre otros aspectos, con el fin de juzgar la personalidad del autor.

Al menos por ahora, la justicia penal suiza parece resistir al argumento culturalista en última instancia, al menos a nivel federal. A nivel cantonal,

30 Informe del CF en ejecución del postulado 05.3477 del 09 de septiembre de 2005, de la Comisión de instituciones políticas del CN: *La represión de los matrimonios forzados y los matrimonios arreglados*.

en cambio, en donde la práctica es más variable, existe el riesgo de que se acuerde un lugar demasiado importante a las características culturales. Esto sucedió, por ejemplo, en el cantón de Berna, donde un padre kurdo fue juzgado por matar a su hija que se rehusaba a contraer el matrimonio arreglado para ella. Considerado a fin de cuentas como asesinato por el TF, el acto había sido calificado de homicidio por las dos instancias cantonales sucesivas. Se desprende de la argumentación del TF que se había acordado un peso excesivo a las consideraciones culturales del acusado cuando este último había sido impulsado principalmente por un motivo egoísta (es decir, el deseo de mantener a su hija bajo su control), que no se justifica ni en Suiza ni en su país de origen³¹.

Es en este sentido que hay que interpretar las recientes sentencias, dictadas en Zúrich y Friburgo³², condenando a los autores o cómplices de actos de escisión a penas de prisión. En estos casos, los jueces no dieron un peso decisivo a la variable cultural. Esta última, sin duda, hubiera beneficiado a los autores, atenuando la gravedad de su acto, pero al mismo tiempo hubiera minimizado el perjuicio cometido contra la víctima.

IV. CONCLUSIÓN

Constatamos que, en relación con el tema que nos ocupa aquí —las consecuencias discriminatorias que la culturalización del derecho tiene para las mujeres—, los tribunales no han entrado en un proceso que tendría como consecuencia debilitar el derecho a la protección de la mujer por el orden jurídico suizo; lo que, por consiguiente, constituiría una clara discriminación frente a la justicia.

Sin embargo, la cuestión de la discriminación en general aún está lejos de haber recibido una respuesta satisfactoria. Todo parece indicar que se podría fácilmente desembocar en un callejón sin salida, en detrimento de los autores.

De hecho, a pesar de que el argumento culturalista ha perjudicado durante mucho tiempo a las mujeres, hoy asistimos, en todos los casos en nuestro país, a una inversión de tendencia, en la que el rechazo a cualquier consideración cultural refleja el endurecimiento del contexto general en contra de los extranjeros y los grupos minoritarios, el cual es alimentado por prejuicios étnicos y religiosos. El hecho de excluir, en principio, cualquier referencia a la sensibilidad específica

31 Cfr. ATF 127 IV 10 (consid.1d) del 14 de diciembre de 2000: «En un conflicto entre un padre y su hija, siempre hay una influencia de las convenciones culturales. Sin embargo, no se trata de juzgar una cultura sino un acto y su autor».

32 Diario *Le Courrier* del 12 de junio de 2008: «Primera condena en Suiza por escisión, en Fribourg».

cultural de los acusados podría ser considerado como un acto de discriminación indirecta hacia el autor.

Así, aunque existan pocos de estudios a este respecto, la tendencia actual parece ser la de condenar a los delincuentes extranjeros con mayor severidad que a los delincuentes suizos, al punto que algunos no dudan en atribuir el aumento de la severidad de la pena a un motivo no jurídico, como el deseo de castigar la falta de integración, por ejemplo. En tales casos, la pena aparece como una decisión política motivada fundamentalmente por el deseo asimilacionista de la mayoría de imponer sus propias consideraciones culturales y sus valores, aún cuando con ello contravenga el principio de igualdad de trato de la población; es decir, de nacionales y extranjeros, de mayorías y minorías.

Esto sería obviamente un error, ya que la adhesión a los valores fundamentales universales presupone, ante todo, el respeto mutuo entre las personas de la mayoría y las minorías. En principio, en una democracia, la igualdad de trato de las personas no se opone a su derecho a la diversidad cultural. Resta esperar, junto con Seyla Benhabib y muchos otros defensores de los derechos humanos, que el mantenimiento de la diversidad de las culturas se conjugue en el futuro con la eliminación de toda práctica tradicional perjudicial para los hombres y mujeres, sin discriminación. La labor consistirá en una depuración de las legislaciones, la cual debería ser emprendida por todos los países democráticos o en proceso de democratización. La Suiza actual también experimenta esta evolución, como lo ilustra la paulatina desaparición o ausencia de juicios contra algunos delitos de nuestro Código Penal, como el adulterio o el aborto.

En este caso, corresponde al derecho penal de los estados modernos la tarea de concretizar la transición hacia la cultura universal de los derechos humanos —defendida hasta ahora por las instancias internacionales—, de la cual la igualdad de género constituye uno de los pilares.

En conclusión, primero, debemos dejar en claro que la culturalización del derecho penal ciertamente produce efectos discriminatorios para las mujeres; y segundo, que nada justifica las prácticas tradicionales perjudiciales que no son autorizadas por el derecho internacional. En el proceso nacional, la represión penal del Estado es necesaria, pero insuficiente; se necesita, más bien, un enfoque de negociación cultural. Del mismo modo, para facilitar la evolución de las comunidades minoritarias y de inmigrantes hacia una mayor igualdad entre los sexos, se debe actuar desde el interior del grupo, en acuerdo con las mujeres, que son los agentes clave del cambio. Por último, los conflictos culturales sujetos al derecho y a su aplicación se rigen por el principio cardinal de nuestro sistema judicial: los titulares de los derechos son las personas y no las comunidades.