

## EL DERECHO CONSTITUCIONAL SUIZO ENTRE MULTICULTURALISMO, MULTIJURIDISMO E INTEGRACIÓN

Adriano Previtali

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Estado multicultural y jerarquía jurídica entre las culturas. A. Vínculo entre Constitución y cultura. B. Multiculturalismo de hecho y de derecho. 1. Lagunas del derecho constitucional suizo. 2. ¿Es legítima la jerarquía entre las culturas? 3. Solución pragmática adoptada. III. Gestión del multiculturalismo y la cuestión de los sistemas multijurídicos. A. Casuística. B. El caso de los países colonizados. 1. Sistema general: el ejemplo de América Latina. 2. El caso del continente africano. a) Diferencias en relación con el modelo occidental. b) Relación entre los derechos humanos y las tradiciones locales. C. El caso de los países de inmigración, a partir del ejemplo del derecho islámico. 1. Incompatibilidad de la *charia* con la democracia. 2. Obligaciones positivas del Estado. a) Esfera privada: el ejemplo de las tradiciones alimentarias. b) Esfera pública: el ejemplo de los códigos de vestimenta. c) Relación entre personas privadas: el mercado de trabajo. 3. Recepción en el derecho suizo de determinadas entidades del derecho islámico. a) Derecho interno: la igualdad de género y el derecho de la familia.

- b) Derecho internacional privado y la noción de orden público. c) Creación de un «sistema judicial paralelo».
- IV. Perspectivas para la promoción de la acogida y la integración. A. Importancia y límites del derecho penal. B. Necesidad de fortalecer las normas de derecho público.

## SÍNTESIS

El hecho de que nuestras sociedades sean cada vez más multiculturales no debe ser un obstáculo para el establecimiento, por parte del constituyente, de cierta jerarquía jurídica entre las diferentes culturas presentes en un Estado, ni para que se favorezca el predominio de las culturas tradicionales con respecto a las de los inmigrantes que se establecen en su territorio. La necesidad de un mínimo de homogeneidad social y jurídica no debe ser una barrera absoluta contra el reconocimiento de ciertas reglas propias de otros modelos culturales y jurídicos.

Los sistemas multiculturales plantean una gran cantidad de problemas, muchos de los cuales han sido solo parcialmente resueltos. Existen límites más allá de los cuales no podemos ir sin correr el riesgo de tergiversar algunos de los valores subyacentes a la Constitución de un Estado democrático y, en especial, sin desnaturalizar el sentido de algunos derechos humanos. El caso del derecho islámico es el ejemplo emblemático de esta problemática. Fortalecer las políticas de integración e intercambio cultural es probablemente el único medio viable para gestionar el encuentro entre diferentes culturas.

*Living in multicultural societies doesn't prohibit the constituent in an uncompromising way to provide a definite juridical hierarchy between different cultures that can be found in a State and notably to favour traditional cultures among customs and traditions related to immigration. Nevertheless, the need of a social and juridical homogeneity's minimum isn't an absolute barrier against the recognition of some rules peculiar to other cultural and juridical models. The introduction of genuine multijuridical systems leaves however many partially unsolved problems. Limits do exist that we cannot overstep without taking the risk to denature part of the values on which a democratic State's Constitution rests, and in particular without leaving part of human rights meaningless. The example on rapports with Islamic law is emblematic. To strengthen politics of integration and exchange between cultures is probably the only effective way to manage a meeting between different cultures.*

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Contamos con una gran cantidad de definiciones de cultura. Asimismo, existen decenas de convenios, declaraciones y cartas dedicadas a los derechos culturales, la protección de las minorías culturales, los derechos de los pueblos aborígenes, los derechos de los migrantes, etcétera. Su lectura permite constatar entre ellos similitudes, diferencias y, a veces, hasta contradicciones, lo cual es del todo normal. Esos documentos tratan de un aspecto particular de la defensa y la promoción de los derechos culturales. Mientras más universales aspiran a ser las declaraciones, más abstractas devienen y, paradójicamente, parecen casi alejarse de su objeto mismo, la cultura. Pero, tal vez esto sea solo una impresión.

En realidad, es la cultura misma la que es refractaria a estos intentos de clasificación. Su tendencia a conservarse, su vitalidad, su necesidad de proteger la creatividad de la cual es portadora, son los factores que hacen fracasar los intentos de enclaustrarla en la lógica jurídica. Es como el agua que se escapa de la mano que pretende aferrarla, poseerla, controlarla. A pesar de esto, la cultura es también memoria, necesidad de conservación, estabilidad y repetición. Es parte integrante del patrimonio de tradiciones, costumbres y creencias compartidas que nos han legado las generaciones que nos preceden. Al respecto, vale recordar que el término patrimonio deriva de las expresiones latinas *pàter* y *mòniuum*, que hacen referencia a la memoria que los padres dejan a sus descendientes. ¿Cómo conciliar en un concepto único este legado del pasado con la necesidad de la cultura de escapar al esquematismo, a la banalidad, a la repetición, y de mantenerse al mismo tiempo imprevisible, abierto y creativo?

Preferimos, por lo tanto, abstenernos de dar una definición legal de la cultura, en parte porque, como tan bien lo expresó Roland Barthes, «definir es excluire». Toda definición oculta dentro de ella un acto de poder potencialmente opresivo<sup>2</sup>. Y un acto opresivo de simplificación no se adapta a la complejidad y movilidad del fenómeno cultural. Tzvetan Todorov<sup>3</sup> recalcó con razón que cada cultura es resultado de una amalgama de otras culturas; no existen culturas puras y estáticas. Las culturas cambian constantemente, evolucionan para convertirse en algo diferente, que permanece desconocido, indeterminado. Y a excepción de las que ya no existen más, las culturas aspiran a perdurar. Por lo tanto, sienten la necesidad de evolucionar, de replantearse a ellas mismas. Y esto que vale a nivel social también se aplica a los individuos. Si hacemos abstracción de las escasas poblaciones que viven

---

1 El autor agradece a sus asistentes Giuseppa Ottimofiore, por las búsquedas bibliográficas, y a Lydia Orcel, por la lectura y corrección del texto.

2 Barthes, 1978, p. 12.

3 Todorov, 2008.

en la autarquía, el patrón «una persona, una cultura» es pura ficción. Las personas son multiculturales. En cada individuo existe una estratificación de diferentes culturas que coexisten, a veces pacíficamente, otras con contradicciones. Así, el conflicto cultural es también un conflicto íntimo, que se presenta a diario en todos nosotros.

Debatir sobre el encuentro y los conflictos entre culturas sobre tales bases inciertas y en constante movimiento es un arduo reto, especialmente para los juristas, quienes no están acostumbrados a navegar en alta mar sin poder resguardarse en las reconfortantes simplificaciones de la realidad que constituyen la base de los esquemas jurídicos. A continuación, intentaremos emprender este viaje bajo la perspectiva del derecho constitucional. Tras constatar que nuestra sociedad deviene cada vez más multicultural y que este hecho no imposibilita que el constituyente prevea una jerarquía jurídica entre las diferentes culturas —y, en particular, que privilegie a las culturas tradicionales con respecto a las costumbres y tradiciones aportadas por los inmigrantes—, vamos a examinar la posibilidad de sobrepasar esta concepción y expandir nuestro sistema jurídico, de manera que comprenda ciertas reglas específicas de otros modelos culturales mediante la introducción de sistemas multijurídicos. Veremos cuáles son los límites que deben ser respetados para no desnaturalizar los valores sobre los que reposa un Estado democrático y, en particular, sin vaciar de sentido a los derechos humanos. Terminaremos con algunas reflexiones sobre la importancia de fortalecer las políticas de integración e intercambio entre las culturas.

## II. ESTADO MULTICULTURAL Y JERARQUÍA JURÍDICA ENTRE LAS CULTURAS

### A. Vínculo entre Constitución y cultura

La Constitución es un acto cultural por excelencia. Desde una perspectiva positiva, nos ofrece una síntesis de los valores que comparte una comunidad y de las ambiciones a las que aspira. Negativamente, afirma lo que una comunidad no es o que, por lo menos, no desea ser. Cuando hablamos de *cultura*, nos referimos a la cultura en un sentido amplio. No se trata solo de la lengua, las costumbres y las tradiciones de un pueblo, también debemos incluir en esta noción la cultura jurídica de una comunidad; es decir, el sentimiento de justicia, las normas fundamentales que determinan los derechos básicos de los individuos, las normas que rigen la relación entre el individuo, la comunidad de pertenencia y el Estado, y el papel que se debe reconocer a la creencia en la organización de la vida social y de los poderes públicos. Ciertamente es que la Constitución contiene normas heterogéneas que a veces

son incluso contradictorias. Es el precio de la exigencia de conciliar las diferentes sensibilidades y los intereses opuestos, presentes en cada sociedad. A pesar de estas contradicciones, siempre existe una lógica y un espíritu constitucional, que es propio a cada Carta Fundamental.

Las normas constitucionales no son simplemente el fruto de equilibrios sociales, políticos e institucionales; ellas se basan además en el conjunto de valores dominantes en un determinado contexto cultural e ideológico. Se trata de un complejo de normas pre jurídicas, cuyas fronteras no están claramente definidas, pero que son al menos aceptadas de forma implícita por la mayoría de una comunidad determinada. Es igualmente a partir de este sustrato de normas, y ubicándonos dentro de los límites que ellas fijan, que procedemos a definir las reglas constitucionales. Los valores culturales en juego no son específicos de una nación ni de un Estado determinado, tampoco de un momento preciso de la historia. Se trata, la mayor parte de las veces, de valores comunes a una amplia región geográfica, fruto de una concepción determinada del hombre, de la sociedad y del Estado, cuyos efectos se extienden a lo largo de periodos históricos relativamente importantes<sup>4</sup>.

Es así como, por ejemplo, el reconocer al individuo un papel central en la organización de la vida social y del Estado constituye un pilar de la cultura humanista que ha impregnado durante siglos la teología, la filosofía y la ética en la mayoría de los países europeos. Es a partir de esta concepción del ser humano, desarrollada en esta parte del planeta, que surge una visión antropológica del derecho, fundamento de la organización democrática del Estado y del desarrollo de los derechos humanos.

Afirmar que la base de cada Constitución está constituida por un conjunto de valores culturales compartidos por la mayoría de una comunidad establecida en un territorio determinado, no equivale a decir que estos valores han sido siempre reconocidos y respetados por la comunidad en cuestión ni que son inmutables, tampoco que pertenecen exclusivamente a determinadas culturas, ni que son necesariamente muy diferentes o mejores en relación con los valores predominantes en otras culturas. Esto significa simplemente reconocer que dichos valores influyen de manera importante sobre el orden jurídico de un país y que deben ser, pues, tomados en consideración en el marco del debate sobre la temática del encuentro entre culturas.

Una cierta uniformidad de las reglas jurídicas a nivel internacional y la creación de ciertos estándares internacionales mínimos en el ámbito del derecho constitucional no modifican esta constatación. La internacionalización del derecho,

---

4 Amato & Barbera, 1997, Vol. I, p. 78.

de la cual hemos sido testigos estas últimas décadas, particularmente en materia de derechos humanos, ha contribuido sin lugar a dudas a crear un sistema jurídico supranacional cada vez más coherente; no obstante, a pesar de ello, las especificidades jurídico culturales regionales aún se mantienen. Esto se debe, por un lado, a la eficacia relativamente modesta de las convenciones internacionales con alcance global, la cual limita significativamente su poder unificador. Por otro lado, se debe al desarrollo de sistemas jurídicos regionales portadores de un alto grado de integración y coherencia, como sucede en Europa, lo cual puede paradójicamente tener como efecto el fortalecer aún más las divisiones con otras regiones del planeta.

## **B. Multiculturalismo de hecho y de derecho**

### *1. Lagunas del derecho constitucional suizo*

Los numerosos intercambios con otras culturas y el fenómeno de la inmigración crean inevitablemente contactos con modelos culturales que no comparten necesariamente el mismo conjunto de valores de la cultura tradicionalmente predominante en un territorio determinado. Así, la Constitución y el orden jurídico de un país están sujetos a solicitudes tanto externas como internas. Una Constitución moderna no puede limitarse a proclamar el predominio de un modelo cultural sobre los demás, ya que debe también confrontar las oportunidades y los problemas que causa su encuentro con culturas procedentes de otros países, cuya presencia en el territorio nacional es estable. A pesar de esta evidencia, las constituciones son, aun en gran medida, deudoras del modelo monocultural típico del Estado nacional.

De acuerdo con esta concepción, la cultura tradicionalmente arraigada en un territorio dado representa el modelo de referencia dominante en el proceso de elaboración de las normas de derecho. Esta necesidad de unidad y simplificación se remonta históricamente a la época en que emergían los estados nacionales, periodo en el que, para superar la diversidad exacerbada típica de la época feudal, era necesario apoyarse sobre ciertos valores comunes. Hoy en día, un enfoque tan rígido como este podría crear una brecha entre la realidad social, cada vez más multicultural, y las normas jurídicas destinadas a garantizar la coexistencia pacífica entre las diferentes culturas.

En Suiza, por ejemplo, coexisten más de cien nacionalidades diferentes. Los miembros de estas comunidades provienen de innumerables tradiciones culturales, que se expresan en decenas de idiomas diferentes y prácticas de una gran variedad de creencias religiosas. Frente a tal complejidad y riqueza, la Constitución Federal,

a pesar de ser citada a menudo en el ámbito internacional como un modelo de constitución multicultural, se limita a mencionar las cuatro lenguas nacionales tradicionales (art. 4); a reconocer el estatuto de lengua oficial a tres de ellas y el de lengua semi oficial al romanche (art. 70, inc. 1); y a recordar en algunos artículos —siempre dentro del contexto específico de las culturas y lenguas tradicionales de Suiza— la obligación de respetar y promover la diversidad cultural del país, los intercambios entre las diferentes comunidades lingüísticas y el respeto de las minorías lingüísticas (arts. 2, pf. 1, 70, inc. 3-5 y 175, inc. 4).

En cambio, la Constitución no dice nada en absoluto sobre el papel que se debe reconocer a las culturas de la inmigración y sobre los intercambios entre ellas y las culturas tradicionalmente presentes en Suiza<sup>5</sup>. Además, la mayoría de las constituciones cantonales se abstiene de abordar el problema, a pesar de las amplias competencias que los cantones poseen en áreas tan concernidas por estas cuestiones, como son por ejemplo la escuela, los idiomas, los asuntos culturales y las relaciones del Estado con las diferentes comunidades religiosas. Sin embargo, algunas constituciones cantonales recientes sí abordan estos temas. El art. 114 Const. de Zurich declara que «el cantón y las comunas promueven la cohabitación de los diferentes grupos de la población, en el respeto mutuo y la tolerancia, así como su participación a la vida pública»<sup>6</sup>, y puntualiza que dichas autoridades «adoptan medidas para apoyar la integración de los extranjeros residentes en el cantón»<sup>7</sup>; el art. 69 Const. de Friburgo dispone que «el Estado y las comunas toman medidas para acoger e integrar a los extranjeros, en el reconocimiento mutuo de las identidades y el respeto de los valores fundamentales del Estado de derecho», y precisa que «el Estado y las comunas facilitan la naturalización de los extranjeros»; el art. 68 Const. de Vaud utiliza una formulación similar cuando afirma que «el Estado facilita la acogida de los extranjeros» y favorece «su integración en el respeto mutuo de las identidades y los valores que constituyen el fundamento del Estado de derecho»; el art. 5, pf. 1, lit. d. Const. de Neuchâtel prevé que el Estado favorece «la acogida e integración de los extranjeros, así como

---

5 Sin lugar a dudas, el art. 72, pf. 2, Const. no altera esta constatación general al declamar que «dentro de los límites de sus respectivas competencias, la Confederación y los cantones pueden tomar medidas adecuadas para mantener la paz entre los miembros de las diversas comunidades religiosas».

6 «Kanton und Gemeinden fordern das Zusammenleben der verschiedenen Bevölkerungsgruppen in gegenseitiger Achtung und Toleranz sowie ihre Beteiligung am öffentlichen Leben».

7 «Treffen Massnahmen zur Unterstützung der Integration der im Kanton wohnhaften Ausländerinnen und Ausländer».

la protección de las minorías»<sup>8</sup>; mientras que, según el art. 18, pf. 3, Const. de Basilea-Ciudad, los jardines de infantes «favorecen la integración de los niños y los jóvenes en la sociedad y crean puentes entre las culturas», y, según el art. 35, pf. 1, de la misma Constitución, «el Estado fomenta la creación, la mediación y los intercambios culturales».

Nos interrogamos sobre las razones del desinterés que muestra la Constitución Federal, ampliamente compartido por las constituciones cantonales, sobre la cuestión del reconocimiento y de los intercambios entre las diferentes comunidades culturales ya que, por un lado, esa falta de interés no es coherente con la evolución del derecho internacional, que aspira cada vez más a consolidar las obligaciones de los estados en el ámbito de la promoción del multiculturalismo<sup>9</sup>. Por otro lado, es aún más difícil de entenderlo en un país como Suiza, que desde hace mucho tiempo ha sido tierra de inmigración. Ciertamente, a nivel legislativo existe una reglamentación que trata puntualmente algunas cuestiones vinculadas con las relaciones interculturales, como lo hace, por ejemplo, la LEtr. Sin embargo, debemos admitir que ignorar casi por completo esta cuestión tan primordial en la organización de la vida social representa una laguna en nuestro sistema constitucional.

## 2. *¿Es legítima la jerarquía entre las culturas?*

Al igual que la mayoría de los países, Suiza ha privilegiado en gran medida las culturas tradicionalmente presentes en su territorio con respecto a las culturas de la migración. ¿Se puede acaso justificar la instauración de una jerarquía entre las distintas culturas jurídicas que coexisten en un Estado que es de facto multicultural? ¿Es acaso legítimo hacer una distinción entre las culturas tradicionales de un país y las culturas relacionadas con la inmigración?

Desde una perspectiva antropológica, tal distinción no tiene mucho sentido. Es cierto que hay culturas numéricamente más importantes que otras o que han alcanzado un grado de desarrollo más avanzado; no obstante, es difícilmente justificable que estas culturas puedan ser consideradas jerárquicamente superiores.

8 Con esta intención, el Cantón adoptó la Ley Cantonal sobre la integración de los extranjeros, del 20 de mayo de 1996 (RSN 132.04), y el premio anual «Hola extranjero!», para premiar a una persona o al grupo de personas que hubiera, por ejemplo, aportado una contribución a la promoción de la tolerancia entre las comunidades culturales (Cfr. el decreto que establece el premio «Hola extranjero!», en RSN 132.031).

9 Cfr. entre muchos otros, el documento final de la Conferencia de Examen de Durban de 2009, que en repetidas ocasiones hace hincapié en la obligación de los estados de promover el respeto de los derechos culturales y las diferencias culturales.



Efectivamente, cada cultura se caracteriza por su singularidad y es gracias a ella que aporta su contribución original a la creación de la pluralidad de la civilización humana. Como lo afirma el art. 1 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, del 02 de noviembre 2001, «fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad». Por consiguiente, siendo toda cultura original e irremplazable, resulta imposible instaurar una jerarquía entre ellas en tanto son diferentes expresiones del humanismo.

¿Podría esta respuesta antropológica aplicarse al derecho? Dicho de otra manera: ¿está un Estado obligado a definirse como multicultural y a reconocer un estatuto de igualdad entre las diferentes culturas presentes en su territorio, o puede privilegiar ciertas culturas, tradiciones y estilos de vida por encima de otras?

La respuesta teórica no puede ser otra que positiva, el Estado debe de respetar y colocar al mismo nivel a todos los actores del pluralismo cultural: en primer lugar, porque la sociedad es la fuente de su legitimidad y, por lo tanto, ha de fundar sus cimientos y su identidad sobre la base del respeto a la igualdad existente en la diversidad; en segundo lugar, porque cuestionando la diversidad se corre el riesgo de favorecer tensiones que pueden poner en peligro la coexistencia pacífica entre los diferentes grupos culturales y crear así, a largo plazo, un riesgo importante para la estabilidad y la perennidad del Estado. A pesar de ello, esta solución ideal se aplica raramente.

Si tomamos el ejemplo de Suiza constatamos que este modelo ha sido realizado solo en parte, pero únicamente en lo que concierne a las culturas, lenguas y religiones que están tradicionalmente presentes en el territorio nacional. Esto se ha concretado de dos maneras. Primero, reconociendo que la unidad nacional depende de la voluntad de coexistir juntos (*Willensnation*), lo cual requiere que cada componente cultural del país se comprometa a obrar por el respeto y la asistencia mutua. Segundo, gracias a la estructura federal del Estado, se ha permitido que los cantones conserven la mayoría de las competencias en las áreas más sensibles con las que cuenta un Estado multicultural, como son las lenguas, la cultura, así como en la determinación de las relaciones entre la religión, el Estado y la educación.

La solución ideal que acabamos de explicar puede llevarse a cabo solo en presencia de un número limitado de culturas y siempre y cuando las diferencias entre ellas sean relativamente moderadas. Mientras más grande sea el número de grupos culturales existentes en un territorio, más heterogéneos serán los usos y costumbres presentes, y más objetivamente difícil será aplicar el principio de igualdad en la diversidad y evitar cualquier forma de jerarquización.

Con esto queremos decir que la complejidad de la estructura social constituye, con frecuencia, un límite al logro de un Estado multicultural ideal. Demasiada diversidad cultural corre el riesgo de debilitar excesivamente al Estado, volver ineficaz su acción, socavar su estabilidad o incluso provocar su destrucción. Desde luego, recurriendo a modelos de deslocalización del poder como el federalismo se pueden reducir estos peligros mediante la creación de estados multiculturales de mayor amplitud e importancia. Sin embargo, las posibilidades para hacerlo no son infinitas. Por un lado, para tener un funcionamiento adecuado, el federalismo presupone cierto arraigo territorial de las distintas comunidades culturales, lo que dificulta —o tal vez incluso hace imposible— la aplicación de este modelo de organización del Estado a la multiculturalidad moderna, procedente en gran parte de la migración extraterritorial. Por otro lado, el modelo federal —si hemos de evitar los conflictos internos y el desvío hacia el modelo confederal— exige que los estados federados cumplan con respetar un estándar mínimo de normas comunes establecidas por la Constitución del Estado central, las cuales deben prevalecer sobre las especificidades locales.

Pero la aceptación de dichas normas presupone la existencia de cierta homogeneidad entre las distintas comunidades federadas, ya que tales normas generalmente se refieren a cuestiones importantes de principio de las que se espera que procuren una estructura estable al Estado, de manera que este sea capaz de resistir a las fuerzas centrífugas que inevitablemente se desarrollan al interior de los estados federales. Es así como, por ejemplo, en Suiza, el art. 51 Const. exige que los cantones adopten una Constitución democrática y respeten las normas de la Constitución federal, especialmente en materia de derechos humanos y de la neutralidad religiosa del Estado. De no hacerlo, la Asamblea Federal no podrá acordar su garantía a la Constitución Cantonal (art. 172, inc. 2 Const.).

Es dentro de este delicado contexto general que se debe encontrar la solución al problema de la relación entre las culturas autóctonas y aquellas provenientes de la inmigración. En definitiva, corresponde al constituyente elegir si convendrá otorgar plena protección a la diversidad cultural o, más bien, optar por establecer una jerarquía más o menos rígida entre las diferentes culturas. Entre otros aspectos, es la necesidad de hacer esta elección la que hace de la Constitución un verdadero acto cultural.

### *3. Solución pragmática adoptada*

La respuesta, naturalmente, varía de un país a otro. Hay que reconocer no obstante que, de manera general, un Estado no podría existir si su Constitución no estuviera respaldada por un modelo cultural. En principio, dicho modelo surge

de la interacción de un número limitado de culturas tradicionalmente presentes en el territorio nacional y que han contribuido de manera significativa a crear los valores, los estilos de vida, las tradiciones, así como las normas de derecho ampliamente compartidas por la población. Sin este substrato cultural básico, el Estado difícilmente puede existir.

Desde el punto de vista del derecho, la decisión de privilegiar las tradiciones y los valores jurídicos pertenecientes al primer grupo de culturas con respecto al segundo grupo, no es discriminatoria siempre y cuando se base en criterios objetivos y pertinentes. Varias razones pueden justificar esta diferenciación. En primer lugar, la duración de la estancia de los miembros de una cultura en un territorio. Con el pasar del tiempo, una cultura establecida durante siglos en un territorio crea necesariamente vínculos estrechos con este, el cual además influye fuertemente la vida social y jurídica de sus habitantes. No se puede ignorar este patrimonio cultural que nace tras un proceso de estratificación y que tan simbólicamente une a las generaciones actuales con las generaciones pasadas.

En segundo lugar, la llegada de las poblaciones migrantes a menudo es debida a la elección individual, más o menos libre, de establecerse en países que tienen costumbres y tradiciones diferentes a las propias. Por lo tanto, no es arbitrario considerar el hecho de que, dejando un Estado para establecerse en otro, estas personas hayan elegido libremente vivir en un contexto cultural diferente y, por consiguiente, deben aceptar y respetar sus costumbres y valores de la manera como en aquel se practican.

En tercer lugar, la aceptación de las reglas de vida de la mayoría de la población es, a menudo, también en beneficio de los inmigrantes y, sobre todo, de los jóvenes. Sin ellas, su integración en las diferentes áreas de la vida social se volvería más difícil. Por último, existe un interés público por salvaguardar las normas fundamentales que rigen la vida social y jurídica, ya que ellas propician la estabilidad necesaria al buen funcionamiento de las instituciones y del sistema jurídico.

El TF ha tenido la ocasión de reafirmar estos principios al examinar la conformidad de la libertad religiosa con la obligación de que una niña musulmana asista a clases de natación. Tras recordar que actualmente la escuela vive una realidad multicultural, los jueces federales recalcaron que frente a esta situación «hoy se requieren aún más esfuerzos que en el pasado para permitir la adaptación y la integración de niños y jóvenes de otras culturas a las condiciones que constituyen el marco de la vida en nuestra sociedad», esto debido a que «sólo de esta manera se puede garantizar su participación en la vida económica, social y cultural, y mediante ella, la paz social y la igualdad de oportunidades». Asimismo, afirmaron que «La tarea del Estado de derecho es, por encima de todo, establecer un nivel mínimo de cohesión interna del Estado y la sociedad en su conjunto,

indispensables para una cohabitación armoniosa, impregnada de respeto y tolerancia». El TF concluyó precisando que «quien emigra a otro país debe asumir ciertas limitaciones y cambios en sus costumbres de vida. Lo cual no implica de manera alguna el abandono de la libertad religiosa. En general no se trata de cuestiones relativas a la esencia de este derecho fundamental, sino más bien de conflictos que pueden surgir de la colisión entre normas de conducta de la vida cotidiana de ciertas prácticas religioso-culturales profundamente arraigadas en un grupo de la población, con las reglas en vigor en nuestro país. Las creencias no eximen del cumplimiento de los deberes cívicos»<sup>10</sup>.

El que un Estado tenga como referencia un modelo cultural y organice su sistema jurídico en torno a este modelo no es necesariamente arbitrario; antes bien, este hecho puede basarse, como acabamos de verlo, en intereses públicos predominantes. Sin embargo, esto no significa que el Estado pueda negar la existencia de los derechos de los miembros de otras culturas presentes en su territorio, que esté autorizado a exigirles que renuncien integralmente a sus tradiciones, o que pueda poner en práctica políticas de asimilación. El interés que pueda tener una sociedad en defender ciertos valores, colectivos e individuales, debe sopesarse siempre frente a los derechos individuales de los miembros de las diferentes comunidades a practicar sus tradiciones con la mayor libertad que sea posible.

En resumen, el Estado debe procurar favorecer al máximo el pluralismo cultural sin que esto implique poner en peligro la estabilidad de su organización social. Dicho de otra manera, el derecho de defender los valores fundamentales como la democracia, los derechos humanos y la neutralidad religiosa del Estado, protegidos por la Constitución, no debe impedir la promoción del respeto a la diversidad cultural. El próximo capítulo tendrá por objeto la búsqueda de un equilibrio entre estos dos objetivos.

---

10 ATF 135 I 88: «Es geht dabei regelmässig nicht um den Kerngehalt dieses Grundrechtes, sondern lediglich um Konflikte, die daraus entstehen können, dass gewisse kulturellreligiös verankerte, inhaltlich aber das Alltagsleben betreffende Verhaltensnormen mit den hier geltenden Regeln kollidieren. Glaubensansichten entbinden jedoch nicht von der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten».

### III. GESTIÓN DEL MULTICULTURALISMO Y LA CUESTIÓN DE LOS SISTEMAS MULTIJURÍDICOS

#### A. Casuística

Como hemos visto, el multiculturalismo tal y como se practica en Suiza es mucho más complejo y rico que el multiculturalismo reconocido *de jure* por la Constitución y las leyes. Esta brecha entre el derecho y la realidad no puede ser llenada recurriendo a los derechos fundamentales, en particular a los derechos culturales (por ejemplo, art. 27 del PIDCP y el art. 15 del PIDESC) y a la libertad religiosa. Es cierto que las garantías que se derivan de estos derechos permiten proteger la libre organización de numerosos aspectos de la vida cultural de estas comunidades; sin embargo, esta protección suele limitarse a la esfera privada y no garantiza el pleno desarrollo de la dimensión cultural en las esferas pública y política. Este problema no concierne solo a las comunidades extranjeras, la ruptura entre la dimensión privada y la dimensión pública de la vida cultural sanciona de igual manera a las culturas tradicionales de Suiza y, especialmente, a aquellas minoritarias. Es así como, por ejemplo, la aplicación rígida del principio de territorialidad de las lenguas reduce en gran medida —o, incluso, a veces simplemente impide del todo— el aprendizaje de la lengua materna y su uso en las relaciones con las autoridades fuera de los territorios de difusión tradicional de la lengua minoritaria, incluso cuando esta es reconocida por la Constitución Federal como una lengua nacional y oficial<sup>11</sup>.

El multiculturalismo se ve así confinado, en general, a la esfera privada. La diversidad cultural se manifiesta y se vive especialmente en el ámbito familiar, dentro del círculo de la comunidad de origen o, eventualmente, de la comunidad religiosa. Los inconvenientes son ya conocidos: los peligros del comunitarismo; los problemas de integración de determinados grupos sociales, especialmente de las mujeres, que fuera de estos contextos tienen pocas oportunidades de crear contactos; y también la pérdida de oportunidades de desarrollo y crecimiento cultural de la comunidad en su totalidad debido a la ausencia de intercambios y relaciones.

Este aislamiento puede tener efectos aún más radicales. En algunos países, ha conducido a una ruptura casi total de las relaciones entre partes importantes

---

11 Salvo la excepción prevista para las regiones plurilingües o que están ubicadas en una frontera lingüística, esta aplicación rígida del principio de territorialidad —inaugurada por una sentencia antigua (ATF 91 I 480)— es, por desgracia, aún protegida por la jurisprudencia del TF, también en el ámbito de la escuela (véase, entre muchas otras, ATF 122 I 240), y esto, a pesar de la obligación —prevista en el art. 70, inc. 3 Const.— de promover el plurilingüismo.

de varias comunidades y el territorio en donde viven. Esto ha llevado, en algunos casos, a optar por la aplicación de las normas legales de la comunidad de origen para resolver conflictos entre sus individuos, aun cuando dichas normas fueran contrarias al orden jurídico del Estado. Esto incluso ha dado lugar a que algunas comunidades reclamen el derecho a ser juzgadas de acuerdo a estas reglas, considerándolas como parte integrante de un sistema multijurídico. Esta problemática —que aún no figura en la agenda suiza, pero que ya ha sido el objeto de un amplio debate público en otros países— plantea sin duda los problemas más delicados, los mismos que quisiéramos exponer a continuación.

La solución de la problemática sobre la legitimidad de introducir o no sistemas jurídicos paralelos dependerá, en general, de la concepción que se adopte sobre la igualdad de trato y la prohibición de la discriminación. De acuerdo con la interpretación que predomina hoy en día, al menos en los países occidentales, el Estado debe asumir una actitud más bien neutral frente a las diferencias culturales de sus ciudadanos. Según la concepción dominante, el Estado debe, en principio, abstenerse de utilizar como criterio de distinción a la cultura, el idioma y la religión. De conformidad con los principios expuestos por la jurisprudencia relativa a la prohibición de la discriminación, el uso de estas clasificaciones problemáticas solo se admite en casos excepcionales, en particular, frente a un interés represivo que obliga a efectuar, en casos específicos, distinciones entre los miembros de los diferentes grupos sociales antes mencionados.

La neutralidad del Estado tiene dos consecuencias negativas principales. En primer lugar, lleva a cancelar por completo o por lo menos a limitar de modo considerable la capacidad de expresar la diversidad cultural en las esferas pública y política. En segundo lugar, reafirma indirectamente la superioridad del modelo cultural mayoritario, lo cual equivale en la práctica a dar con frecuencia la prioridad, como lo señalamos antes, a las culturas tradicionales del país.

Según la concepción minoritaria de la igualdad y la prohibición de la discriminación, el Estado debe reconocer la diversidad que existe entre las diferentes culturas, también a nivel de las esferas pública y política, y debe organizar su sistema jurídico en función de esta diversidad. Pero esta concepción, que aspira a promover el pluralismo dentro de la sociedad, no es inmune a la crítica. Por un lado, se argumenta que podría crear formas de comunitarismo y reducir los contactos y los intercambios entre las diferentes comunidades, lo cual sería paradójico para un sistema que aspira a promover el pluralismo. Por otro lado, por las mismas razones, corre el riesgo de debilitar el papel integrador y emancipador del Estado, sobre todo en el ámbito de la promoción de los derechos humanos.

La cuestión de saber si es admisible o no introducir un sistema multijurídico no puede decidirse en abstracto. Debemos tener en cuenta dos factores.

Primero, la respuesta a esta pregunta varía dependiendo de si el sistema jurídico paralelo que se desea introducir es o no la expresión de una cultura tradicionalmente presente en el territorio del Estado. Si es el caso, por ejemplo, de países que han sufrido la imposición de una cultura extranjera como consecuencia de la colonización, el respeto a los derechos culturales de las minorías autóctonas ha llevado a menudo a los estados a adoptar normas que permitan coexistir a dos o más sistemas jurídicos, por lo menos en algunos ámbitos de la vida social. En cambio, si la reivindicación de introducción de un sistema jurídico paralelo es corolario del fenómeno reciente de la inmigración, en principio constatamos una tendencia a negar esta posibilidad, en especial si el sistema propuesto podría poner en entredicho valores profundamente establecidos en la sociedad de acogida.

Segundo, el contenido del sistema jurídico paralelo juega un papel decisivo en la aceptación o no de su legitimidad. Sus normas deben en particular respetar los derechos humanos universalmente reconocidos. Nada justifica que se exija menos a dicho sistema que al sistema jurídico mayoritario en lo que respecta a este tema.

La objeción clásica según la cual los derechos humanos son originarios de la cultura occidental y que, por lo tanto, no pueden imponerse a otras culturas, no excluye esta obligación. De hecho, la obligación de respetar estos mínimos valores jurídicos ha sido voluntariamente aceptada por la totalidad de la comunidad internacional<sup>12</sup>, y ha sido además reafirmada y precisada en el contexto específico de los derechos culturales.

---

12 Analizando las diversas fuentes de derecho internacional público solo se puede llegar a la conclusión de que existe un acuerdo más o menos unánime a nivel mundial sobre el hecho de que el respeto de la dignidad humana y de las libertades fundamentales son valores universales. En primer lugar, todos los países del mundo son miembros de la ONU y, por lo tanto, apoyan el compromiso establecido en el art. 55, lit. c, de la Carta de la ONU, el cual exige a todos los signatarios promover «el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades». Esta obligación ha sido precisada por la Declaración del 12 de julio de 1993, aprobada al término de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, la que reafirma el «solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional», y explícitamente recalca que «el carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas». Por otro lado, todos los países del mundo son además partes contratantes de una o más convenciones universales o regionales dedicadas a la protección de los derechos humanos, y han suscrito varias convenciones sobre la protección de los derechos en ámbitos como los derechos de las mujeres, de los niños, la lucha contra la discriminación racial, etcétera.

Así, esta obligación ha sido repetida y explicitada, entre otros, por el art. 4 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, del 2 de noviembre de 2001. Este artículo, tras recalcar que la defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad humana, y recordar que dicha defensa supone el compromiso de respetar los derechos humanos, las libertades fundamentales y, en particular, los derechos de las personas que pertenecen a minorías y a pueblos indígenas, declara que «Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance»<sup>13</sup>. Claro está que la obligación de respetar los derechos humanos no significa que esté absolutamente prohibido adaptar el contenido de ciertos derechos humanos a las tradiciones y a las costumbres de los pueblos autóctonos. Como veremos más adelante, la riqueza y flexibilidad de los derechos humanos permiten encontrar, en muchos casos, soluciones razonables que para evitar la mayor parte de los conflictos entre estos dos grupos de normas.

## B. El caso de los países colonizados

### 1. Sistema general: el ejemplo de América Latina

Los estados que reconocen en su territorio la existencia de sistemas multijurídicos son aún relativamente numerosos. Se trata, por lo general, de países que albergan poblaciones poseedoras de culturas ancestrales que existían con anterioridad a la creación del Estado moderno y que permanecen fuertemente arraigadas en algunas regiones del país. Varios documentos de derecho internacional protegen hoy en día los derechos de estos pueblos indígenas<sup>14</sup>. Las constituciones de estos estados con frecuencia protegen también la identidad cultural y los derechos culturales de estas poblaciones. Estas constituciones reconocen a menudo la posibilidad de permitir la coexistencia en el territorio nacional —o, por lo menos, en las zonas en donde residen estas poblaciones— de las normas de derecho promulgadas por el Estado y de aquellas derivadas de las costumbres y las tradiciones de estos pueblos. Ciertos Estados de América Latina, entre otros, poseen estos sistemas multijurídicos.

13 Cfr. también el art. 46, inc. 2 de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, del 13 de septiembre de 2007.

14 Para una presentación global: Chartes, 2007, p. 22; Anaya, 2000. Además, la DPI; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, del 13 de septiembre de 2007; el Convenio N° 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales, del 7 de junio de 1989; y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, del 18 de diciembre de 1992.



Entre los países que reconocen derechos especiales a las minorías autóctonas, podemos citar: Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela. Así, el art. 149 de la Constitución peruana estipula por ejemplo que «Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial».

Las autoridades judiciales de estos países han sido llamadas, en varias ocasiones, a pronunciarse sobre las relaciones entre el sistema jurídico de tradiciones ancestrales de determinadas comunidades y el derecho estatal, en particular sobre los derechos humanos. Una de las cuestiones más controvertidas es, sin duda, la de la propiedad de las tierras en las que viven los pueblos indígenas y, en particular, la cuestión de la ley que determina el derecho de propiedad: ¿se deben aplicar las leyes civiles del Estado o las costumbres y las normas tradicionales? Esta cuestión es particularmente delicada, no solo porque la tierra es un medio de subsistencia para estas poblaciones, sino también porque tiene un significado especial en su cultura. Obviamente, no existen soluciones uniformes que sean válidas para todos los países. En algunos casos, los tribunales han decidido que la propiedad de la tierra debe ser definida en relación con el contenido del derecho ancestral aplicado por las comunidades indígenas y no según las reglas codificadas en la legislación civil del Estado. Así, la CIDH, tras recordar que «para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras», y a fin de tomar en consideración esta dimensión cultural de la tierra, juzgó legítimo recurrir al derecho consuetudinario tradicional de los pueblos indígenas para definir el derecho de propiedad de ciertas tierras en las que viven comunidades autóctonas<sup>15</sup>.

Podemos citar otros casos reveladores del conflicto entre el derecho tradicional y los derechos humanos. Así, el TC de Colombia ha sido llamado, por ejemplo, a juzgar sobre la compatibilidad con los derechos humanos y, entre otros, con la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, de la práctica tradicional del «fuate», que consiste en azotar a todos aquellos que fueran declarados culpables de ciertos delitos<sup>16</sup>. El Tribunal recordó, ante todo, que la pena en

---

15 Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, del 31 de agosto de 2001, pf. 149.

16 Decisión del TC N° T-523/97.

cuestión ponía claramente en evidencia la tensión que existe entre la mayor parte de la sociedad y la comunidad tradicional sobre la manera de concebir la pena. Para la primera, la sanción es la consecuencia de la comisión de un delito; para la segunda, el castigo tiene como fin restablecer el orden natural de las cosas, que ha sido perturbado por el acto delictivo, y disuadir a los miembros de la comunidad de repetir actos que pudieran perturbar este equilibrio cosmológico. La primera considera las penas corporales contrarias a la dignidad humana, la segunda las considera como una purificación necesaria para que el autor del comportamiento en cuestión se sienta nuevamente libre. Los jueces constitucionales se preguntaron a continuación a cuál de estas dos concepciones debían acordar la prioridad. Preocupados por respetar la diversidad cultural, renunciaron a escoger, sin más, la visión de la mayoría, «porque en una sociedad que se dice pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse».

De acuerdo con la Constitución colombiana, la visión cosmológica de la comunidad aborigen debe ser respetada. El único límite impuesto es el respeto de los derechos humanos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura. En este caso preciso, el TC llegó a la conclusión de que la práctica en cuestión no era incompatible con dichos derechos. A pesar de que aceptaron que ese método puede causar cierto sufrimiento físico, los jueces excluyeron que fuera de intensidad suficiente para ser calificado de tortura. Esto debido principalmente a que la finalidad de la pena «no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo» y que «es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía». El Tribunal también negó que el hecho de exponer a la persona a tal castigo público equivalga a un trato inhumano y degradante, porque «ésta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces<sup>17</sup> y cuyo fin no es exponer al individuo al escarmiento público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad».

## *2. El caso del continente africano*

Otras regiones, como África, han adoptado reglamentaciones similares. Su análisis nos permitirá abordar brevemente el tema de la coexistencia de dos sistemas jurídicos paralelos desde una perspectiva más amplia y examinar, en particular, la difusión y aceptación de los derechos humanos en el sistema jurídico tradicional africano.

---

17 Pueblo indígena de Colombia.

a) Diferencias en relación con el modelo occidental

A pesar de que la importancia fundamental de los derechos humanos en la organización de la sociedad y del Estado haya sido reconocida formalmente, aún hay países en los que siguen siendo percibidos, en parte, como un cuerpo extraño en relación con las tradiciones de estos estados. A menudo se dice de ellos que son más bien obra de la cultura occidental y no la expresión de valores universales, o también que son el símbolo de una nueva forma de colonización cultural de los países del norte para con los del sur para poner bajo tutela, o incluso negar, las tradiciones y costumbres locales.

La dificultad que tienen algunos países africanos de reconocer la importancia de los derechos humanos en la organización de la sociedad y del Estado tiene, al menos en parte, profundas raíces culturales. A menudo se asocia con la diferencia que se tiene de la percepción del ser humano y del papel que este desempeña en el seno de la sociedad y del Estado. En términos generales, se puede afirmar que, desde un punto de vista jurídico, la diferencia más importante radica en el hecho de que en Occidente los derechos humanos tienen la función principal de proteger la esfera de la autonomía privada frente a los intentos de la comunidad social y del Estado por dominarla. Por consiguiente, se da mayor importancia a la naturaleza subjetiva e individual de los derechos humanos, a expensas de los aspectos relacionados con la integración en las diferentes redes comunitarias, las cuales son componentes esenciales de los derechos colectivos, sociales, políticos y culturales.

Estos elementos comunitarios suelen ser más valorados en algunas tradiciones extra occidentales, como por ejemplo en África, lo que obviamente no significa que estas comunidades no protejan los derechos individuales, sino simplemente que, a diferencia de la concepción individualista occidental, se reconoce una mayor importancia a las relaciones que la persona tiene con su comunidad de origen. La persona forma parte y pertenece a una familia, un clan, un grupo étnico, y tiene una visión espiritual del mundo. Desde esta perspectiva, la naturaleza y la identidad del ser humano son también fruto de las relaciones que este construye con su comunidad y del papel que asume en ella. Esto tiene dos consecuencias: por un lado, los derechos y deberes se definen, al menos parcialmente, en función de la comunidad a la que pertenece la persona; por otro, la violación de los derechos humanos no concierne solo al individuo inculpatado, sino que también tiene un cierto impacto en la comunidad a la que pertenece. Dicho de otra manera, no siempre es posible disociar los derechos individuales de los derechos de la colectividad de la que el individuo es parte integrante.

## b) Relación entre los derechos humanos y las tradiciones locales

La compleja realidad africana hace difícil —sino imposible— la tarea de encontrar una respuesta general, válida para todo el continente, a la cuestión de la relación entre los derechos humanos y las concepciones culturales y jurídicas tradicionales. Cabe señalar que si bien esta visión tradicional está aún muy arraigada en una gran parte de la sociedad africana, ello no ha sido un obstáculo para la difusión de los derechos humanos en África. Estas dos realidades llevan décadas conviviendo e influenciándose recíprocamente. Uno de los ejemplos más llamativos de la imbricación de estas dos realidades es, sin duda, la CADHP, del 27 de junio de 1981.

Sus autores, en vez de eludir el problema de la relación entre los derechos humanos y la tradición cultural y jurídica africana, se esforzaron por encontrar un punto de equilibrio entre el respeto de las libertades fundamentales y la salvaguarda y promoción de los valores tradicionales. Para esto aprovecharon la naturaleza flexible de los derechos humanos y la permeabilidad de los sistemas sociales y culturales, de modo que no impusieron una visión dogmática de los derechos humanos.

El mismo preámbulo de la Carta, nos recuerda que los estados que participaron en la redacción del documento, lo hicieron tomado en consideración «las virtudes de su tradición histórica y los valores de la civilización africana que deberían inspirar y caracterizar su reflejo en el concepto de derechos humanos y de los pueblos». En cuanto al derecho a la educación, el art. 17, pf. 3, de la Carta declara que «La promoción y protección de la moral y de los valores tradicionales reconocidos por la comunidad serán deberes del Estado». En lo que concierne al derecho de familia, el art. 18, pf. 2, precisa que «El Estado tendrá el deber de asistir a la familia, la cual custodia la moral y los valores tradicionales reconocidos por la comunidad». Además, el art. 20, pf. 3, precisa que todos «los pueblos tendrán derecho a la ayuda de los Estados firmantes de la presente Carta en su lucha por la liberación de la dominación extranjera, ya sea política, económica o cultural». Por último, el art. 22, pf. 1, establece que «todos los pueblos tendrán derecho a su desarrollo económico, social y cultural, con la debida consideración a su libertad e identidad y disfrutando por igual de la herencia común de la humanidad».

La cuestión que surge es si este intento de conciliar los derechos humanos con los valores tradicionales es compatible con la teoría general de los derechos fundamentales.

En principio, podemos afirmar que es posible, necesario y, en algunos casos, deseable proceder a adaptaciones simples que permitan adecuar el contenido de los derechos humanos a las tradiciones locales. Adaptar los derechos fundamentales a las particularidades locales no es solo una especialidad africana, es también una

consecuencia del hecho de que no obstante el carácter universal de los derechos humanos, su protección internacional se ha desenvuelto tradicionalmente en dos niveles: global y regional. Además, constatamos una importante regionalización de los derechos humanos en Europa gracias al activismo del Consejo de Europa. Pero la adaptación de los derechos fundamentales a las necesidades locales en este continente va más allá. La creación de un estándar uniforme regional de los derechos humanos concierne únicamente a una pequeña parte de esos derechos y aspira únicamente a garantizarles un mínimo marco de protección (por ejemplo, el art. 53 de la CEDH). Así, de manera constante se permiten diferencias relativamente importantes por parte de los diferentes estados en la interpretación del contenido de muchos otros derechos, como por ejemplo la libertad religiosa y la noción de Estado laico<sup>18</sup>. A veces sucede, incluso, que el contenido mismo de los derechos humanos es percibido de manera diferente al interior de un mismo Estado. Es el caso en un país federal como Suiza, cuyos cantones tienen la posibilidad —lamentablemente poco usada— de reconocer en sus constituciones un contenido más amplio a los derechos humanos que aquel que les confiere la Constitución Federal.

En resumen, los derechos humanos no tienen un único contenido posible; al contrario, gozan tanto de potencial para adaptarse a las realidades locales como de una gran flexibilidad. En consecuencia, es perfectamente legítimo aprovechar estas características de los derechos humanos con el fin de encontrar soluciones que permitan preservar las tradiciones culturales de un país o de una región, y facilitar así una mejor difusión y aceptación de los derechos fundamentales por parte de las poblaciones locales.

Lo que, en cambio, no se debe permitir es el respeto forzado de factores tradicionales que conduzca a la desnaturalización del contenido esencial de los derechos humanos. El problema se vuelve espinoso al tratarse de ciertas prácticas tradicionales que siguen siendo muy populares en algunas regiones africanas, como por ejemplo la escisión, la infibulación o la clitoridectomía. Según la tradición, estos son actos de iniciación sexual de la mujer que tienen la finalidad de integrarla a la comunidad y, en algunos casos, pueden revestir el aspecto de ritual religioso. Además de ser extremadamente dolorosas, estas mutilaciones a menudo dejan secuelas fisiológicas y psicológicas muy graves. A primera vista, la

---

18 Encontramos diferencias relativamente importantes sobre el tema —en especial sobre la presencia de símbolos religiosos en las escuelas públicas— que van desde la defensa estricta del Estado secular preconizado en Francia, sobre la base del art. 1 de su Constitución, que invoca explícitamente el carácter laico de la República, hasta los enfoques menos rígidos adoptados en Alemania y Suiza. Sobre estas cuestiones y el respeto de las diferencias nacionales por el TEDH, Cfr. en particular el caso de *Leyla Sabin vs. Turquía*, 10 de noviembre de 2005, pf. 109 y ss.

Carta Africana parece dar argumentos a favor y en contra de la admisibilidad de tales prácticas. Por un lado, como lo hemos visto antes, el art. 18, pf. 2, establece la obligación del Estado de apoyar a la familia como depositaria de los valores tradicionales reconocidos por la comunidad, mientras que el art. 22, pf. 2, afirma que el desarrollo social y cultural debe respetar la identidad de las poblaciones. Por otro lado, estas prácticas parecen evidentemente contrarias al art. 4 de la misma Carta que protege, entre otras cosas, la integridad física y moral de la persona.

La Carta Africana, a pesar de no resolver directamente este conflicto, contiene elementos que permiten concluir que el respeto de la integridad física debe prevalecer sobre tales tradiciones culturales. Así, el art. 61 de la Carta prevé que solo las «prácticas africanas que concuerdan con las normas internacionales relativas a los derechos humanos y de los pueblos» pueden ser tomadas en consideración durante la resolución de conflictos. Por lo tanto, podemos concluir que la Carta no protege prácticas como la mutilación. Este ejemplo demuestra cómo el intento de la Carta Africana por conciliar los derechos humanos con los valores tradicionales está lejos de resolver todos los problemas. No existe una solución general a estas cuestiones. Los organismos encargados de aplicar los principios de la Carta deben encontrar frente a cada caso concreto las soluciones pragmáticas que permitan conciliar el respeto de las tradiciones y las costumbres tradicionales con los derechos humanos, siempre teniendo presente, como límite infranqueable de esta ponderación de intereses, la prohibición de alterar la sustancia del contenido de los derechos humanos.

En resumen, mientras no representen un peligro grave para el respeto de los derechos humanos, podemos admitir la existencia de sistemas multijurídicos en regiones como América Latina y África, por ejemplo. La introducción de un sistema legal paralelo podría incluso revelarse indispensable en determinadas situaciones, especialmente en los casos en que pudiere ser la única forma de garantizar la efectividad de los derechos culturales de los pueblos indígenas.

Así, dos razones intrínsecamente vinculadas justifican la adopción de un sistema multijurídico. En primer lugar, las normas y prácticas que constituyen el sistema jurídico paralelo en ciertas regiones forman parte de la cultura tradicional de sus poblaciones, incluso suelen ser la expresión más profunda de la identidad de los pueblos concernidos. En segundo lugar, esas regiones han sido víctimas de formas de colonialismo con frecuencia brutales que muchas veces tenían como fin el desarraigo mismo de las creencias tradicionales y la imposición por la fuerza de un modelo cultural y jurídico extranjero a las tradiciones locales<sup>19</sup>.

---

19 Naturalmente, debemos también tomar en consideración el desarraigo cultural de los esclavos desplazados por las potencias coloniales. El Código Negro, elaborado por Colbert y promulgado

Dentro de ese contexto, no solo es comprensible la necesidad sentida por algunas comunidades locales de reafirmar su identidad cultural tradicional y exigir que las costumbres y las prácticas tradicionales sean reconocidas como una fuente de derecho, sino que también debe tenerse muy presente al momento de evaluar la situación en esos países. De hecho, está claro que es la cultura impuesta por la colonización, y que con el tiempo se convierte en la cultura de la mayoría, la que prevalece sobre las tradiciones existentes. Respecto a estas últimas, las personas concernidas se limitan simplemente a reivindicar su derecho a seguir existiendo o a no ser víctimas de nuevas formas de ostracismo, e incluso de etnocidio, en el peor de los casos<sup>20</sup>.

### **C. El caso de los países de inmigración, a partir del ejemplo del derecho islámico**

El caso de los países colonizados es obviamente diferente al relativo a las reivindicaciones de algunas comunidades de inmigrantes —por ejemplo, en Europa— frente al sometimiento a las normas legales tradicionalmente practicadas en su cultura de origen. En esta hipótesis, dicha reivindicación entra a menudo en conflicto con un sistema legal establecido desde hace siglos y que no ha sido impuesto a las poblaciones inmigrantes por la fuerza. Por lo tanto, y como hemos afirmado anteriormente, no es en principio arbitrario exigirles que acepten someterse a dicha reglamentación. Sin duda la cuestión más delicada y que actualmente se debate es la de la aplicabilidad de la *charia* como modelo legal paralelo al sistema legal utilizado tradicionalmente en Europa; y, de igual manera, la cuestión de saber si el sistema jurídico suizo debe tener en consideración ciertas tradiciones o costumbres musulmanas, en qué medida y, en particular, cuáles son las obligaciones positivas del Estado al respecto.

---

por Luis XIV (en 1685), que establecía las principales normas para los esclavos, es un claro ejemplo de esta voluntad de dominación cultural y religiosa. El art. 3 del Código Negro declaraba que «Prohibimos el ejercicio público de otra religión que no sea la católica, apostólica y romana; queremos que los contraventores sean castigados como rebeldes y desobedientes a nuestros mandatos. Prohibimos todas las agrupaciones con este cometido, a las que declaramos conventículos, ilícitos y sediciosos, sujetos a la misma pena que tendrá lugar incluso contra los amos que lo permitieran, o sufrieran con respecto a sus esclavos».

20 Cada vez se plantea con más insistencia el problema de la reparación de los daños causados por estas formas de dominación cultural. Sobre esta cuestión véase: Lanzerini, 2008.

## 1. Incompatibilidad de la *charia* con la democracia

Europa ha siempre cultivado relaciones estrechas con el Islam. Estas relaciones a veces han sido conflictivas pero, por lo general, este encuentro entre culturas ha transcurrido pacíficamente, además de haber auspiciado importantes intercambios económicos, científicos y culturales. No pretendemos exponer aquí este rico pasado, ni presentar el sistema general del derecho islámico<sup>21</sup>; trataremos, más modestamente, de sugerir algunas líneas de reflexión sobre la compatibilidad del sistema de la *charia* o algunas de sus instituciones con la legislación europea en general y, en particular, con la suiza. En otras palabras, deseamos analizar si es posible o no introducir un sistema multijurídico que conceda a los miembros de la comunidad musulmana el derecho de organizar sus relaciones personales y sociales, además de ser juzgados según la ley tradicional.

En el caso *Refah Partisi vs. Turquía*, del 13 de febrero de 2003 —relativo a la prohibición emitida por el TC turco contra un partido político que preveía en su programa la introducción de la ley islámica—, el TEDH tuvo la oportunidad de examinar la cuestión general de la compatibilidad de la *charia* con la CEDH y el problema más específico de la posibilidad de introducir un sistema multijurídico que prevea la aplicación de ciertas normas de la *charia* a las personas de religión musulmana.

En lo que respecta a la primera cuestión, la Corte concluyó que la introducción de la *charia* en un Estado miembro de la Convención es incompatible con los principios fundamentales de la democracia, tal y como los prevé la CEDH. La Gran Cámara de la Corte, retomando el argumento ya expresado por la Cámara, afirmó que la «*charia*, al reflejar fielmente los dogmas y las normas divinas dictadas por la religión, presenta un carácter estable e invariable. Le son extraños principios como el pluralismo en la participación política o la evolución incesante de las libertades públicas», y declaró que «se desmarca claramente de los valores de la Convención principalmente con respecto a sus normas de derecho penal y de procedimiento penal, al lugar que reserva a las mujeres en el orden jurídico y a su intervención en todos los campos de la vida privada y pública conforme a las normas religiosas»<sup>22</sup>.

En cuanto a la posibilidad de introducir un sistema multijurídico basado en la *charia*, la Corte llegó a la misma conclusión alegando dos argumentos que aclaran y complementan, en parte, la declaración anterior.

21 Sobre esta cuestión, nos referimos entre otros a Laurens, Tolan, Veistein & Aldeeb, 2009; Sahlieh Abu, 2008.

22 Caso *Refah Partisi y otros vs. Turquía*, del 13 de febrero de 2003, pf. 123.



En primer lugar, los jueces europeos consideraron que el sistema multijurídico, tal y como lo proponía el partido en cuestión, introduciría en las relaciones jurídicas una distinción entre particulares basada en la religión, creando categorías según su afiliación religiosa, y les acordaría derechos y libertades no como individuos, sino en función de su pertenencia a un movimiento religioso. Este tipo de modelo de sociedad no es compatible con la CEDH por dos razones: por un lado, supondría el fin, por parte del Estado, de su papel de garante de derechos y libertades individuales, así como de organizador imparcial del ejercicio de las diversas creencias y religiones en una sociedad democrática, ya que obligaría a las personas a obedecer no a las normas establecidas por el Estado en el desempeño de las funciones anteriormente citadas, sino a reglas jurídicas estáticas impuestas por la religión en cuestión. Sin embargo, el Estado tiene la obligación positiva de garantizar a toda persona que se encuentra bajo su jurisdicción la posibilidad de beneficiarse plenamente, y sin poder renunciar a ellos por anticipado, de los derechos y libertades garantizados por la Convención. Por otro lado, no es compatible porque este sistema sin duda contravendría el principio de no discriminación de las personas en el disfrute de las libertades públicas, que es uno de principios fundamentales de la democracia. De hecho, una diferencia de trato entre los justiciables en todos los ámbitos del derecho público y derecho privado de acuerdo a su religión o sus creencias no puede encontrar justificación alguna, evidentemente, en virtud de la CEDH ni, en particular, en lo que respecta a su art. 14, el cual prohíbe toda discriminación. Tal diferencia de trato no puede de ninguna manera lograr un equilibrio justo entre, por un lado, las reivindicaciones de algunos grupos religiosos que desean ser gobernados por sus propias normas y, por otro, el interés de la sociedad en su conjunto, que debe basarse en la paz y la tolerancia entre las diferentes religiones o creencias<sup>23</sup>.

En segundo lugar, los jueces europeos recalcaron que la introducción de un sistema multijurídico que prevé la aplicación de una serie de normas de derecho privado de la *charia* a gran parte de la población (es decir, a las personas de religión musulmana) iría más allá de la libertad individual de practicar los ritos de su religión; por ejemplo, de organizar ceremonias religiosas de boda, antes o después de la celebración del matrimonio civil, o también de acordar al matrimonio religioso el efecto del acto del matrimonio civil. El proyecto del partido en cuestión excedería los límites de la esfera privada que la legislación turca atribuye a la religión y se enfrentaría con las mismas contradicciones que causa la introducción de la *charia* en el sistema de la Convención<sup>24</sup>.

---

23 Caso *Refsha Partisi vs. Turquía*, del 13 de febrero de 2003, pf. 119.

24 Caso *Refsha Partisi vs. Turquía*, del 13 de febrero de 2003, pf. 127.

La decisión antes mencionada del TEDH, que reafirma la obligación general de respetar los derechos humanos y la neutralidad religiosa del Estado, también se aplica sin reservas en Suiza. Por consiguiente, ni la introducción de la ley islámica ni la aceptación de este sistema jurídico como sistema legal paralelo son posibles en Suiza. El Estado debe, además, evitar la aplicación indirecta de efectos de dicho sistema jurídico a ciudadanos que se encuentran bajo su jurisdicción. El principio de no devolución prohíbe, por ejemplo, expulsar a una persona hacia países en los que se aplican sanciones previstas por la *charia*, las mismas que podrían ser consideradas equivalentes a tratos inhumanos y degradantes, o que incluso podrían llegar a ser verdaderas formas de tortura<sup>25</sup>.

## 2. Obligaciones positivas del Estado

Como lo señalamos con anterioridad, en una sociedad multicultural el Estado debe esforzarse por promover en la medida de lo posible el pluralismo cultural sin poner al mismo tiempo en peligro la estabilidad de su organización social. Una sociedad democrática, que por definición es abierta y pluralista, no puede tolerar la introducción de un sistema jurídico contrario a dichas normas fundamentales. Una regresión similar del derecho llevaría a la implosión del constitucionalismo moderno y del Estado de derecho tal y como lo conocemos. Sin embargo, no debemos limitarnos a considerar únicamente el lado negativo, pues una de las principales misiones del Estado democrático es garantizar la mayor expansión posible a la autonomía y a las libertades individuales. Esto implica que el no reconocer la *charia* como sistema jurídico paralelo del Estado, en el marco de una concepción multijurídica del Estado, no equivale necesariamente a negar la posibilidad a las costumbres y tradiciones que pueden derivarse de la ley islámica de producir algunos efectos jurídicos, siempre y cuando sean compatibles con el orden jurídico establecido. Al contrario, el Estado debe adoptar un marco mínimo de medidas positivas que permita garantizar el respeto de la efectividad del derecho a la diversidad cultural. En otras palabras, tanto al momento de reglamentar un área determinada como al aplicar la legislación vigente, el Estado tiene el deber positivo de respetar, en la medida de lo posible, la identidad cultural de cada persona.

---

25 Por ejemplo, el caso *de D. y otros vs. Turquía*, del 22 de junio de 2006, en el que el TEDH prohibió la deportación a Irán de un ciudadano que corría el riesgo de ser sometido a penas corporales. El hecho, en este caso, de que la condena a cien azotes haya sido transformada en una sanción pública de un solo golpe de martillo con cien correas, no confiere de ninguna manera a la pena en cuestión el carácter de «simbólico», ni altera su calificación de inhumana en el sentido del art. 3 (CEDH).

Antes de proseguir, debemos hacer una observación general. De acuerdo con la teoría general de los derechos humanos, en principio está prohibido inferir beneficios positivos de las libertades personales. Esta limitación del derecho de intervención del Estado debe no obstante relativizarse, puesto que ella no impide instituir una obligación positiva por parte del mismo, con el fin de promover el respeto de la diversidad cultural. En primer lugar, el ejercicio de cualquier libertad fundamental presupone inevitablemente acciones positivas por parte del Estado. Este principio ha sido confirmado en varias ocasiones por la jurisprudencia de la CEDH<sup>26</sup>. El TF, por ejemplo, reconoció la obligación del Estado de garantizar a los prisioneros de religión musulmana el acceso a su culto<sup>27</sup>. La misma obligación debería existir en lo que concierne al derecho a recibir una sepultura conforme con los ritos de su creencia. El respeto de la diversidad cultural y religiosa impone en efecto al Estado la obligación de garantizar a los fieles el derecho a obtener una sepultura apropiada en un cementerio público o la posibilidad de obtenerla en un cementerio privado<sup>28</sup>.

En segundo lugar, el Estado debe garantizar un mínimo de prestaciones si se pretende respetar la eficacia de la protección absoluta del núcleo inviolable de los derechos culturales, de la libertad religiosa y de la prohibición de la discriminación. Esto no implica, sin embargo, que el Estado deba necesariamente consagrar recursos financieros a este fin. De hecho, para lograr el resultado deseado, a menudo es suficiente que la autoridad tome en consideración de manera adecuada las necesidades de los miembros de las distintas comunidades culturales al momento de elaborar y aplicar una ley. En tercer lugar, la dimensión constitutiva de los derechos humanos requiere que toda autoridad implemente los derechos culturales en los diversos ámbitos de la actividad del Estado (art. 35, inc. 3, Const.).

La jurisprudencia también confirma la existencia de obligaciones positivas en el ámbito de los derechos culturales. Así, la concretización de los derechos culturales de los gitanos impone al Estado, por ejemplo, la obligación de tomar en consideración las necesidades específicas de esta comunidad al adoptar normas relativas a la ordenación del territorio. La CEDH ha reconocido que la vida en caravana es parte constitutiva de la identidad gitana, ya que forma parte de la antigua tradición viajera practicada por esta minoría. Este reconocimiento llega incluso cuando, debido a la urbanización, a la influencia de diversas políticas o por voluntad propia, muchos gitanos renuncian a una existencia integralmente nómada para establecerse, cada vez con más frecuencia, durante largos periodos

---

26 Entre muchos otros, ver el caso *X. e Y. vs. Países Bajos*, del 26 de marzo de 1985, pf. 8978-8980.

27 ATF 113 Ia 304.

28 Al respecto, Cfr. ATF 125 I 300; Auer, 1996, pp. 161 y ss.; Rouiller, 2003, pp. 944, 951 y ss.

en un mismo lugar con el objetivo de facilitar la educación de sus hijos, por ejemplo. Así, las medidas relativas al estacionamiento de caravanas pueden influenciar la posibilidad de los miembros de esta comunidad de conservar su identidad gitana y de gozar de una vida privada y familiar conforme con esta tradición<sup>29</sup>. Basándose en estas consideraciones, el TF observó lo siguiente: «Los planes de gestión deben prever zonas y lugares adecuados, que puedan servir como lugar de residencia a este grupo de la población, de acuerdo con sus tradiciones (o, en su caso, las autoridades competentes deben adaptar las normas de las zonas de edificación existentes para permitir este tipo de uso del suelo)».

A continuación presentaremos brevemente tres casos en los que la cuestión de las obligaciones positivas del Estado desempeña un papel importante en la concretización del derecho a la identidad cultural de las comunidades extranjeras en general y de la comunidad musulmana en particular.

a) Esfera privada: el ejemplo de las tradiciones alimentarias

El respeto de los derechos fundamentales impone al Estado el deber general de abstenerse de intervenir en la esfera privada de los ciudadanos. El Estado debe respetar la libre elección de la persona de vivir según los preceptos de la ley islámica, ya sea en el seno de su familia como en el marco de relaciones sociales de carácter privado como, por ejemplo, en la creación de asociaciones religiosas o culturales. El límite lo constituye, invariablemente, el respeto de los derechos de terceros y la prohibición de cometer actos ilícitos. El Estado puede intervenir —en particular por medio de los instrumentos puestos a disposición por el derecho de la familia y el derecho penal— en la esfera familiar para proteger a las personas víctimas de abuso por parte de los padres u otros miembros de la familia, abuso que podría cometerse por motivaciones culturales<sup>30</sup>. Fuera de estos casos especiales, el Estado no tiene ningún derecho a interferir en la esfera privada de sus ciudadanos e introducir, por ejemplo, prohibiciones alimentarias o en el uso de vestimentas, o de imponer restricciones de otro tipo a las libertades individuales.

Sin embargo, en la esfera privada, una actitud meramente pasiva del Estado no es suficiente para garantizar la efectividad de la diversidad cultural. Para lograrla, el Estado debe adoptar un mínimo de medidas positivas capaces de garantizar la eficacia de los derechos humanos antes mencionados. La ausencia de una normativa

29 Cf. el caso *Chapman vs. Reino Unido*, del 18 de enero de 2001, pf. 71 y pf. 74.

30 El art. 219 CP permite en particular castigar a los padres por el incumplimiento del deber de asistencia o educación (véase: Decreto Penal del Juez de Instrucción del Cantón de Friburgo, del 28 de mayo de 2008, en el caso de una niña enviada a Somalia, en donde fue sometida a la escisión).

suficientemente adaptada a las necesidades de una sociedad multicultural corre el riesgo, por ejemplo, de poner en peligro el derecho a ejercer en la intimidad ciertas tradiciones alimentarias impuestas por el Islam y el judaísmo, como la obligación de consumir carne obtenida de conformidad con las normas sobre la matanza tradicional; es decir, sin aturdir a los animales antes de matarlos. La necesidad de llegar a un equilibrio entre este aspecto de la libertad religiosa de algunas comunidades y la obligación de respetar los derechos de los animales, en particular la prohibición de imponerles sufrimientos excesivos, ha sido bastante debatida en Suiza, también con ocasión de la revisión de la legislación sobre la protección de los animales<sup>31</sup>. El art. 21 LPA prevé una solución bastante estricta, que no permite siempre conciliar de manera óptima los dos intereses involucrados. La ley en cuestión introduce, en efecto, la obligación de aturdir los animales antes del sangrado<sup>32</sup>.

Esta solución está lejos de ser ideal, en una perspectiva de promoción del Estado multicultural y del respeto de los derechos humanos. Por un lado, el solo interés público por que se respeten los derechos de los animales no basta para justificar una prohibición absoluta con respecto a un precepto alimentario de gran importancia para algunas comunidades religiosas permanentemente establecidas en Suiza. Dicha prohibición introduce una restricción muy grave de la libertad religiosa de estas personas. Por otro lado, mediante esta prohibición no se consigue satisfacer plenamente de interés público por evitar el sufrimiento de los animales debido a que la importación de carne obtenida mediante el proceso tradicional sigue siendo autorizada<sup>33</sup>. Esa prohibición podría incluso tener como efecto nefasto el acrecentamiento del fenómeno de las masacres rituales privadas —un ejemplo de los peligros que puede causar el repliegue comunitarista— bajo condiciones menos respetuosas de los derechos de los animales que las acostumbradas en las matanzas realizadas por profesionales. Por estas razones, el TC alemán reconoció —a condición de que el carnicero que la solicita obtenga una autorización especial, demostrando que para la práctica en cuestión es necesaria la observancia de un precepto religioso de sus clientes— la posibilidad de permitir una matanza ritual, imponiendo así una interpretación de la ley alemana sobre la protección de los animales conforme a la libertad de religión<sup>34</sup>.

---

31 FF 2003, p. 595.

32 Para más detalles: ver el art. 184 y ss. del OPAn.

33 La OBB establece las condiciones para la importación.

34 Sentencia del 15 de enero de 2002 - 1 BvR 1783 / 99.

b) Esfera pública: el ejemplo de los códigos de vestimenta

Es en el ámbito de la esfera pública que la negación del multiculturalismo corre el mayor riesgo de concretarse. Como lo señalamos antes, la aplicación de la igualdad de trato tiene como consecuencia en la esfera pública el establecimiento de una jerarquía entre las diferentes culturas, con lo que casi inevitablemente se favorece la cultura que ha sido tradicionalmente dominante en un territorio a expensas de las otras culturas minoritarias. Sin duda, la igualdad es un valor fundamental en las democracias modernas y es necesaria para garantizar un mínimo de coherencia y la existencia de normas comunes en nuestras sociedades —cada vez más complejas—, lo que se repite en lo que concierne al aspecto cultural. Sin embargo, para evitar que la vida cultural de las comunidades minoritarias sea relegada a la esfera privada —corriendo así el riesgo de favorecer formas de comunitarismo fuera de control<sup>35</sup>—, el Estado debe adoptar una legislación que no dificulte excesivamente la posibilidad de practicar sus tradiciones y costumbres en el ámbito de la esfera pública a los miembros de estas comunidades.

Ahora bien, según la teoría general de los derechos fundamentales, la prohibición de participar en manifestaciones públicas de la identidad cultural solo es admisible si, además de ser prevista por una disposición legal suficiente y cumplir con las diferentes exigencias del principio de proporcionalidad, tiene como objetivo la realización de un interés público pertinente y preponderante, el cual predomina sobre el interés de la persona o de la comunidad concernida al respeto de su identidad cultural. Gracias a algunos ejemplos relativos a los derechos de la mujer en general y al derecho a observar los códigos de vestimenta en particular, podremos constatar que es posible limitar las restricciones al ejercicio de los derechos individuales en el ámbito público y, al mismo tiempo, promover el multiculturalismo sin cuestionar demasiado los principios fundamentales del Estado de derecho.

---

35 Incluso si el peligro del comunitarismo no existe de manera extrema en Suiza como en otros países. De acuerdo con el CF: «En Suiza no hay guetos, ni espacios fuera de la ley, donde podrían prevalecer estructuras de sociedades paralelas en todo nivel», aunque «no obstante, existen algunas zonas en las que empiezan a aparecer tendencias a la marginación, pero de preferencia en las ciudades pequeñas y medianas en donde, a diferencia de las grandes ciudades, a menudo no se tiene conciencia de este problema y por lo tanto poco o nada de experiencia en el manejo de estos fenómenos». Pero esta situación no es dramática según el CF, que afirma que «no hay que temer que Suiza enfrente brotes de violencia como los vividos en los suburbios franceses, por ejemplo, o conflictos étnicos debido a la gran diversificación de la distribución territorial». Ver la respuesta del CF a la interpelación de Walter Wobmann, del 05 de octubre de 2006, N° 06.3558.

*El velo islámico y la neutralidad de la enseñanza.* Una decisión que ha dado lugar a varios comentarios<sup>36</sup> es la del TF, según la cual una maestra que lleva el velo durante las clases viola el principio de neutralidad religiosa de la enseñanza obligatoria debido a su identificación con la institución educativa y, por lo tanto, con el Estado<sup>37</sup>.

Esta decisión establece una limitación muy grave —que no se justifica en todos los casos— del derecho a la identidad cultural de la mujer y de su libertad profesional. No se justifica, en primer lugar, porque nos parece excesivo identificar a la maestra con la escuela y el Estado. La maestra es sin duda un modelo importante para los estudiantes más jóvenes, pero el hecho de que los estudiantes a menudo tengan varios profesores en los centros de escolaridad obligatoria debería relativizar la importancia de este argumento. Por otro lado, las restricciones a los derechos de la maestra son vestigios de una regla que hemos heredado de la *Kulturkampf* y que durante años ha sido aplicada sin mayor reflexión.

Podemos preguntarnos si en una sociedad multicultural la escuela no debería más bien tener la misión de fomentar el encuentro y la confrontación con la diversidad, en lugar de proponer un modelo de neutralidad. En otras palabras, salvo en casos de proselitismo y en situaciones en las cuales los estudiantes pueden creer —debido a su joven edad, por ejemplo— que la escuela se identifica con la religión de la maestra —situaciones que pueden ser puestas a la luz gracias al control rutinario que establecen las leyes escolares—, deberíamos ampliar el debate y cuestionarnos sobre la oportunidad de admitir en nuestras sociedades, cada vez más abiertas y multiculturales, la existencia de un interés público importante por favorecer el conocimiento de la diversidad por parte de los alumnos, incluso de los más jóvenes. Este interés debe ponderarse con el principio de la neutralidad de la educación y dar lugar a una aplicación menos estricta de este último.

En la decisión citada, el TF recalcó además la necesidad de evaluar la situación caso por caso, examinando en particular si la actitud personal de la maestra puede o no influir excesivamente a los estudiantes, imponiéndoles directa o indirectamente la adhesión a determinados valores de su religión. Sin embargo, admitir —como parece hacerlo el TF<sup>38</sup>— que vestir el velo islámico, considerado un símbolo religioso explícito, es en principio incompatible con la neutralidad religiosa de la educación en los centros de escolaridad obligatoria, ya que la maestra puede difícilmente explicar su conducta sin hacer referencia a sus creencias religiosas,

---

36 Cfr. Tappenbeck & Pahu de Mortanges, 2007, pp. 1411 y ss.

37 ATF 123 I 296. Esta jurisprudencia ha sido confirmada por la CEDH en el caso *Dahlab vs. Suiza*, del 15 de febrero de 2002.

38 ATF 123 I 296, 311 y ss.

no es una solución muy satisfactoria. El criterio decisivo para juzgar la admisibilidad de la conducta en cuestión debería ser la posibilidad de explicar a los estudiantes interesados el hecho de que viven en una sociedad multicultural, y que esto implica derechos y obligaciones recíprocas. Sin duda, por un lado, está el deber de la maestra de no imponer su elección a los estudiantes; pero, por otro, el de los estudiantes de respetar la libertad de la maestra de practicar sus creencias, y esto también en el ámbito de la esfera pública.

Asimismo, debemos recordar que el art. 29, pf. 1 de la CDN establece que la educación deberá estar encaminada a «preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena». El art. 41, pf. 1, lit. g, de la Const., incorpora este principio al disponer que el Estado se compromete a garantizar que «los niños y los jóvenes sean estimulados a convertirse en personas independientes y socialmente responsables y sean apoyados en su integración social, cultural y política». Sin embargo, en caso de dudarse sobre la capacidad de los estudiantes de comprender estas nociones, pueden surgir malentendidos entre los estudiantes; por esto, se debe dar prioridad a los intereses de los niños sobre los del maestro<sup>39</sup>.

El pluralismo cultural es más respetado en el ámbito de la educación obligatoria, en lo que respecta a los derechos de los estudiantes de religión musulmana. A diferencia de la solución adoptada en Bélgica y Francia<sup>40</sup>, basada en el carácter estrictamente secular del Estado —que se deriva del art. 1 de la Constitución de este último país—, el velo islámico está permitido debido a que los argumentos expuestos por la jurisprudencia en el caso de la maestra no se aplican a esta

39 Siempre con la excepción de los casos de proselitismo, la prohibición de la enseñanza en principio no es aceptable en lo que concierne a la educación superior y universitaria, ya que en estos casos generalmente ya no es necesario proteger a los estudiantes de un condicionamiento de tipo religioso. Por encima de ello, ya que estos estudiantes han llegado a la mayoría de edad religiosa, el interés de los padres en no ser obstaculizados en su misión educativa en estas áreas ya no corre peligro. La severidad de la jurisprudencia de la CEDH (entre otros: ver el caso *Kurtumulus vs. Turquía*, de 2001), que ha reconocido la conformidad de la prohibición del velo en las universidades turcas con el art. 9 CEDH, se explica por el carácter estrictamente laico de Turquía y no es aplicable en Suiza; esto se debe, también, al principio general del art. 53 CEDH, según el cual la CEDH no tiene por objeto evitar que los estados acuerden una mejor protección de las libertades individuales a nivel nacional en comparación a aquella garantizada por la Convención.

40 La Ley N° 2004-228, del 15 de marzo de 2004, establece que «en los colegios, escuelas y liceos públicos, el uso de símbolos o vestimenta por medio de las cuales los alumnos manifiestan ostensiblemente su afiliación religiosa está prohibida». Para profundizar en torno a la compatibilidad de las directivas francesas sobre la prohibición del velo con el art. 9 CEDH, véase la sentencia del TEDH en el caso *Dogru vs. Francia*, del 4 de diciembre de 2008.



situación<sup>41</sup>. Obviamente, esto no significa que otras manifestaciones de la libertad religiosa, como aquellas que podrían impedir el ejercicio del derecho a la educación de los estudiantes o que podrían perturbar de manera importante la organización escolar, no pueden ser prohibidas; ello podemos apreciarlo particularmente en el caso de la exención de las clases de natación<sup>42</sup>.

*El caso especial del burka y el niqab.* Desde hace algún tiempo se debate sobre la posibilidad de prohibir el uso de *burkas* y del *niqab* en la esfera pública<sup>43</sup>. Es un debate de mucha actualidad, sobre todo en Francia, a raíz del reciente revuelo causado por las discusiones sobre la oportunidad de adoptar leyes destinadas a prohibir el uso de estas prendas en lugares públicos<sup>44</sup>. En Suiza, la posición general de las autoridades frente al uso del velo es mucho más prudente debido, en parte, a que la práctica concierne únicamente a un número muy limitado de casos<sup>45</sup>.

Sin embargo, algunas autoridades han comenzado a reglamentar, por lo menos ocasionalmente, algunos aspectos del problema. La comuna de Granges, por ejemplo, adoptó una directiva administrativa que prohíbe el uso del *burka* en los contactos con algunas autoridades comunales cuando estas están obligadas a verificar la identidad de la persona para desempeñar correctamente su trabajo, como sucede, por ejemplo, en la oficina de control de la población, al comprobar el estado civil o el registro de matrimonios<sup>46</sup>.

Una prohibición general de llevar el *burka* en público es inadmisibles. No es suficiente argumentar que este vestido no pertenece a la cultura tradicional suiza u occidental para justificar una restricción tan importante de las libertades individuales como esa. Lo mismo se puede decir del argumento general sobre la defensa de la imagen y de los derechos de las mujeres. El componente constitutivo de los derechos humanos sin duda obliga al Estado a promover los derechos de las mujeres; esto no significa, sin embargo, que el Estado puede negar, basándose en este deber, el derecho individual a elegir libremente su código de vestimenta. En cambio, el Estado puede intervenir por medio de medidas penales, entre otras,

---

41 Es también inaplicable en Suiza, por las mismas razones indicadas anteriormente, la jurisprudencia del TEDH del caso *Leyla Sahlin vs. Turquía*, del 10 de noviembre de 2005, en el que reconoció que la prohibición hecha a una estudiante universitaria de vestir el velo islámico en la universidad no era incompatible con el art. 9 CEDH.

42 ATF 135 I 79.

43 Para un vistazo de la situación en otros países europeos, ver los documentos de las discusiones del Senado sobre el uso del *burka* en lugares públicos.

44 Véase el Informe a la Asamblea Nacional N° 2262, en nombre de la misión de información del uso del velo integral en el territorio nacional, del 26 de enero de 2010.

45 Véase con respecto a este tema la respuesta del CF, del 24 de febrero de 2010, a la interpelación *Darbellay* del 11 de diciembre de 2009, sobre el uso del velo y la integración (N° 09.4308).

46 Véase el «Tages Anzeiger», del 12 de diciembre de 2009.

en los casos en los que el uso del *burka* constituye una manifestación de maltrato hacia la mujer o de sometimiento al poder de hombre<sup>47</sup>. Por otra parte, el Estado tiene naturalmente obligaciones positivas aun mayores hacia los niños y los jóvenes en relación con el uso del *burka*, de conformidad con el art. 11 Const., la CDN y la jurisprudencia del TEDH sobre la protección contra la violencia doméstica basada en el art. 3 de la CEDH<sup>48</sup>, e incluso con el art. 8 de la CEDH en los casos en que el comportamiento incriminado no alcanza la intensidad de un trato inhumano y degradante. Esta protección debe ser garantizada, por ejemplo, por las autoridades tutelares.

Por último, se puede decir que, la prohibición del *burka* puede efectivamente responder a un interés público de control y de buen funcionamiento de la administración pública, en los casos en los que la autoridad debe proceder a la identificación de la persona<sup>49</sup>. Una prohibición general del uso del *burka* que implique todo contacto con la administración (por ejemplo, también en el caso de una simple solicitud de información) sería, sin embargo, desproporcionada.

La aceptación del multiculturalismo requiere, por lo tanto, que se propongan soluciones flexibles a los nuevos problemas que puedan surgir debido al uso del *burka*. Volviendo al ejemplo de la educación, la prohibición hecha a los estudiantes de llevar el *burka* en la escuela obligatoria responde a un interés público y respeta el principio de proporcionalidad, en la medida en que dicha indumentaria podría impedir o dificultar de manera exagerada varios aspectos de la vida escolar (control de ausencias —y, por lo tanto, del respeto a la obligación escolar—, seguridad durante los exámenes, etcétera) y hacer que las relaciones entre los alumnos, así como entre alumnos y profesores, se vuelvan objetivamente más complejas. En un caso de estas características, la no prohibición del *burka* podría incluso llevar a una marginación o a la estigmatización del estudiante en cuestión, lo cual sería claramente contrario a los principios de promoción de intercambios e integración previstos en toda reglamentación escolar. La prohibición de llevar el *burka* para los profesores también es conforme con el derecho constitucional, ya que esta prenda agrava todos los problemas mencionados anteriormente, a diferencia del caso del *foulard* o pañuelo, abordado anteriormente.

Podrían verse excepciones para ciertas situaciones. Así, la prohibición simple y absoluta de llevar el *burka* para estudiantes que asisten a la universidad resultaría desproporcionada, en especial considerando la edad de las personas

47 El TF ha tenido la ocasión de señalar que el simple hecho de llevar un pañuelo en la cabeza no es en sí un signo de sumisión de la mujer (ATF 134 I 49, 54).

48 Caso *Z. y otros vs. Reino Unido*, del 10 de mayo de 2001, N° 29392 / 95.

49 ATF 119 IV 260.

concernidas y el hecho de que normalmente no están obligadas a asistir a clases en virtud de la libertad académica. En periodo de exámenes, se plantea naturalmente el problema del control de identidad, pero este problema podría resolverse con bastante facilidad gracias a controles que no sean excesivamente abrumadores<sup>50</sup>.

c) Relación entre personas privadas: el mercado de trabajo

La concretización del multiculturalismo también pasa a través de las relaciones entre los individuos; de hecho, la vida social de las personas a menudo tiene lugar en el marco de relaciones de derecho privado, como es el caso, por ejemplo, del trabajo. Excluir el multiculturalismo de este campo significaría limitar considerablemente la posibilidad de practicar la diversidad cultural en la esfera pública.

En general, el factor cultural sigue desempeñando un papel importante en el ámbito de la legislación laboral. La legislación en materia de inmigración se basa en un sistema binario de admisión que promueve el libre flujo de mano de obra de los países de Europa y hace la situación más difícil para las personas provenientes de otros países. Así, el art. 21, pf. 1, LEtr, introduce un orden de prioridad en la selección de los empleados y establece que «un extranjero sólo puede ser admitido con el fin de ejercer una actividad lucrativa, si se demuestra que no se ha encontrado ningún trabajador suizo o ciudadano procedente de un Estado parte de un acuerdo sobre la libre circulación de las personas que se ajuste al perfil requerido».

El art. 23, pf. 2, completa este marco al prever una selección relacionada con las cualificaciones personales del ciudadano extranjero, estableciendo que «en caso de adjudicación del permiso de residencia, las cualificaciones profesionales del extranjero, su capacidad de adaptación profesional y social, el conocimiento del idioma y su edad, deben permitir suponer que podrá integrarse a largo plazo al medio ambiente profesional y social».

Esta política de selección de la migración se funda, en definitiva, sobre una base cultural. La proximidad de las culturas de los inmigrantes de los países europeos en especial debería, en efecto, facilitar la integración de estas personas, en comparación con la de los trabajadores que provienen de países con culturas diferentes. Pero este criterio podría plantear problemas en relación con el respeto de los derechos humanos y especialmente en lo que concierne a la igualdad de trato y la prohibición de la discriminación. Recordemos que el art. 8, pf. 2, Const., prohíbe expresamente la discriminación basada en el origen, la raza y la religión. Así, el uso indirecto de estos criterios debe justificarse por motivos serios, objetivos y pertinentes. La proximidad geográfica y cultural con Europa, la intensidad de

---

50 Aparecer sin *burka* en la fotografía de la tarjeta de estudiante y someterse a un procedimiento de reconocimiento antes de cada examen deberían ser requisitos suficientes.

las relaciones económicas y la integración que ya existe entre los dos mercados de trabajo, son motivos que pueden razonablemente justificar que se favorezca la mano de obra proveniente de los países europeos. Sin embargo, el estricto cumplimiento del orden de prioridad establecido por la LEtr, que llevaría a excluir sistemáticamente a los ciudadanos provenientes de países no europeos, plantea un problema objetivo frente a la prohibición de la discriminación<sup>51</sup>.

Como bien sabemos, la posibilidad de someter dicha reglamentación a un control judicial efectivo es prácticamente inexistente. Por un lado, tratándose de una ley federal, está protegida por la inmunidad federal prevista por el art. 190 Const., y no puede, por lo tanto, ser sometida a un verdadero control de constitucionalidad por el TF. Por otro lado, el derecho internacional concede a los estados una gran libertad en la gestión de sus políticas de inmigración y los tratados internacionales; en principio, no reconocen a los particulares ningún derecho subjetivo a la obtención de un permiso de residencia en otro país. Sin embargo, podrían surgir problemas de compatibilidad con el derecho internacional en lo que concierne el art. 2, pf. 1, lit. a, de la CERD<sup>52</sup>, que obliga a los estados a abstenerse de realizar actos o prácticas de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones<sup>53</sup>. No obstante, incluso en el caso recién mencionado, la posibilidad concreta de invocar esta disposición frente a un tribunal es puramente hipotética, porque el artículo en cuestión no parece conferir a los ciudadanos un derecho subjetivo directamente justiciable. Además, Suiza, en todo caso, ha emitido una reserva en contra de la aplicación de dicho artículo en el ámbito de la legislación sobre la migración.

La promoción de una sociedad multicultural también requiere la adopción de medidas positivas en la reglamentación de las relaciones laborales para evitar formas de discriminación en contra de trabajadores provenientes de otra cultura o de origen extranjero.

En primer lugar, las normas de derecho privado que regulan las relaciones laborales deben ser interpretadas de conformidad con las libertades fundamentales

---

51 Para un análisis crítico del antiguo sistema de los tres círculos: Cfr. Auer, 1996, pp. 1230 y ss., y especialmente 1237, en donde el autor argumenta con razón que el viejo criterio de la pertenencia de estos países a una cultura caracterizada por ideas europeas en un sentido amplio y en los cuales las condiciones de vida son similares a las nuestras, se basa en una opinión *a priori*, y comete una generalización incompatible con los requisitos de la prohibición de la discriminación y la igualdad de trato.

52 RS N° 0.104.

53 El CF excluyó explícitamente esta posibilidad en su mensaje (ver FF 2002, p. 3503); sin embargo, curiosamente renunció a retirar la reserva formulada por Suiza sobre estos temas, lo que indirectamente demuestra el temor de las autoridades federales a cometer una ilegalidad.

garantizadas por la Constitución Federal, y en particular con la libertad de religión. Esto se aplica, en concreto, a las normas sobre el respeto de los derechos de la personalidad del trabajador (art. 328 CO), las normas sobre el despido, especialmente sobre el despido abusivo (art. 336 CO) y la rescisión inmediata de las relaciones laborales por justos motivos (art. 337 del CO). Así, por ejemplo, el despido motivado únicamente porque la empleada lleva el velo puesto es en principio ilegal<sup>54</sup>. El despido solo es conforme a la ley si la conducta del empleado es de naturaleza tal que perturba de manera significativa la organización de la empresa o es capaz de causar daños económicos a la misma; un riesgo puramente hipotético no es suficiente para que se dé esta situación. Es necesario demostrar la existencia de un peligro concreto para el buen funcionamiento del negocio de la empresa<sup>55</sup>.

En segundo lugar, varios estudios han demostrado que ciertas categorías de extranjeros tienen más dificultades para encontrar un puesto de trabajo y, sobre todo, un puesto de pasantía. La existencia de estas formas de discriminación se ha demostrado con la práctica de *practice testing*, es decir, mediante el envío de dos ofertas iguales, pero indicando orígenes diferentes<sup>56</sup>. Es difícil intervenir contra estos casos de discriminación, pues la libertad contractual impide exigir a un empleador que contrate a una determinada persona. Además de las medidas de sensibilización para luchar contra este fenómeno, se podría, por ejemplo, incluir en las convenciones colectivas de trabajo la obligación de abstenerse de tales prácticas y prever la exclusión de los mercados públicos de las empresas culpables de tales prácticas, siguiendo el modelo del art. 13 LTN, el cual concierne a aquellos que no pagan las primas del seguro social. Otra solución sería introducir —al menos en lo que concierne a las ofertas para puestos de pasantías— candidaturas despersonalizadas, lo que debería evitar que las postulaciones de jóvenes pertenecientes a ciertos grupos sociales sean excluidas *a priori*<sup>57</sup>.

Naturalmente, hay muchas otras áreas en las que el origen cultural de las personas juega un papel importante en las relaciones entre particulares. Ciertos estudios han demostrado que los extranjeros pagan en promedio alquileres más altos en comparación con los suizos en algunas regiones, y esto sin ninguna

---

54 *SJZ* 1991, p. 176.

55 En el mismo sentido, la decisión del TC alemán del 10 de octubre de 2002 (1 BvR 792 / 03).

56 Fibbi; Kaya & Piguet, 2003.

57 Sin llegar hasta considerar la introducción de una obligación legal, el CF considera sin embargo que «una solución podría ser la aceptación voluntaria de curriculum vitae anónimos de aspirantes a un puesto de pasantía o un trabajo». (Ver la respuesta del CF del 30 mayo de 2007, a la interpelación de Anita Fetz para prevenir la discriminación contra los jóvenes con apellido extranjero, del 23 de marzo de 2007, N° 07.3265).

justificación especial<sup>58</sup>. Hay también compañías de seguros que calculan las primas del seguro obligatorio para vehículos de motor en función del origen del propietario del vehículo. Esta práctica no es necesariamente discriminatoria; de hecho, una siniestralidad más elevada de ciertas nacionalidades, si se basa en datos objetivos, puede dar lugar, en relación con otros criterios, a la fijación de tasas más elevadas para los miembros de estas comunidades. Esto requiere que la compañía de seguros demuestre que las primas no son más elevadas debido a la nacionalidad, sino debido a que estas personas forman parte de un grupo de riesgo en términos de tráfico. La aplicación de este criterio de distinción no siempre es fácil; por lo tanto, la Oficina Federal de seguros privados debe estar muy atenta en este ámbito a fin de controlar la fijación de las tasas<sup>59</sup>.

### *3. Recepción en el derecho suizo de determinadas entidades del derecho islámico*

Tomar en cuenta las necesidades de una sociedad multicultural implica que el Estado sea receptivo a ciertas nociones y construcciones jurídicas vigentes en otras culturas y, en particular, en el derecho islámico. En este contexto surgen muchos problemas, a menudo muy complejos. Con la aparición del Estado moderno, hemos sido testigos del abandono del principio de la personalidad de las leyes y, por lo tanto, existe la posibilidad de contar con sistemas multijurídicos dentro del Estado que permitan juzgar a los individuos según el derecho aplicable al grupo social al que pertenecen. Este sistema, utilizado durante miles de años, y que aún era ampliamente utilizado a fines del siglo XVIII, ha ido cediendo progresivamente ante el principio de la territorialidad de las leyes. El retroceso del sistema multijurídico condujo, entonces, a la adopción de una legislación unificada que es un corolario del principio de la soberanía estatal y el resultado de la difusión de los ideales democráticos y de igualdad de trato. El proceso que mejor simboliza el paso de la pluralidad de sistemas jurídicos a la unificación del derecho es, sin duda, el de la codificación del derecho privado y del derecho penal, que tuvo lugar principalmente a partir del siglo XIX<sup>60</sup>.

La unificación del derecho ha sido casi completa en lo que concierne el derecho público y el derecho penal. Ciertamente, en el ámbito del derecho penal, aún hay casos en los que la pertenencia a un determinado grupo social puede tener alguna

58 Baranzini; Scherer; Ramirez & Thalmann, 2009.

59 Es también el deseo expresado por el CF en su respuesta del 30 de mayo de 2007, a la interpección de Ueli Leuenberger para oponerse a la discriminación en los seguros de automóviles, del 21 de marzo de 2007.

60 Por ejemplo: Padoa Schioppa, 2007, pp. 456 y ss.

influencia. Por un lado, el principio de personalidad pasiva y activa todavía se aplica a la sanción de ciertos crímenes cometidos en el extranjero por un ciudadano suizo o en contra de un ciudadano suizo (arts. 5 y 6 CP); por otro lado, la pertenencia a un grupo cultural específico aún puede, excepcionalmente, influenciar en la aplicación de las normas de derecho penal<sup>61</sup>. Así, el TF, por ejemplo, admitió la posibilidad, en aplicación del art. 21 CP, de reducir la pena a un ciudadano extranjero «cuando las costumbres y convenciones culturales extranjeras pueden haber tenido una influencia en la conciencia del delincuente extranjero sobre la ilicitud de su conducta y justificar, en casos excepcionales, un error de derecho»<sup>62</sup>. Por supuesto, en este tipo de casos se trata simplemente de tener en cuenta la situación personal del autor con el fin de individualizar la aplicación del derecho penal en situaciones particulares, y no de introducir un sistema jurídico paralelo generalizado. También debemos recordar que fue rechazada la propuesta contenida en el anteproyecto de la revisión de la parte general del Código Penal de 1993, de introducir un art. 50, lit. d, estableciendo que «el juez reduce la pena cuando debido a su pasado o a su origen extranjero, le ha sido extraordinariamente difícil al autor realizar un comportamiento conforme con la ley». De todas maneras, es evidente que dado el alcance relativamente limitado de la norma, la introducción de esta circunstancia atenuante no hubiera bastado para transformar el derecho penal suizo en un sistema multijurídico.

a) Derecho interno: la igualdad de género y el derecho de la familia

En el derecho privado, la cuestión se plantea de otra manera, en particular en el campo del derecho contractual y empresarial donde en virtud de la libertad contractual, las partes tienen el derecho de elegir libremente la ley aplicable en una gran variedad de campos. En algunos casos, las partes pueden además elegir el órgano jurisdiccional competente para resolver el conflicto y también tienen la opción de someter el diferendo a un tribunal de arbitraje, cuyas decisiones son —si se cumplen ciertas condiciones de procedimiento mínimas— reconocidas por el Estado. En algunas áreas del derecho contractual y derecho empresarial, las partes tienen, por lo tanto, la posibilidad de construir sobre una base voluntaria sistemas jurídicos paralelos útiles para satisfacer algunas de sus necesidades. Esta libertad podría, por consiguiente, también aprovecharse para aplicar determinadas disposiciones de la ley islámica sobre los contratos o negocios.

---

61 Sobre estas cuestiones, Cfr. Hurtado Pozo, 2008, pp. 359 y ss.; Frischknecht & Mona, 2009; Zimmerlin, 2006, pp. 261 y ss.

62 ATF 6S.178 / 2005 c. 4.1.

Además, esto ocurre con bastante regularidad también en el ámbito de las empresas internacionales que tienen relaciones comerciales con los países musulmanes. Asimismo, hay que señalar que en la legislación suiza aparecen poco a poco posibilidades de aplicar, al menos indirectamente, algunas partes de la ley islámica. Así, algunos bancos y compañías de seguros<sup>63</sup> ofrecen ciertos productos financieros que cumplen con los preceptos de la ley islámica, como por ejemplo el no cobrar intereses sobre los préstamos en dinero. Estas relaciones comerciales no plantean problemas particulares. En estos campos, generalmente, no hay incompatibilidad entre los dos sistemas jurídicos. Una cláusula contractual que viola los derechos de la personalidad, si es ilegal o contraria a la moral, puede obviamente ser siempre anulada de conformidad con las normas establecidas en los arts. 19 y 20 CO.

El área del derecho privado en la que se plantean las cuestiones más sensibles, en relación con el debate sobre las sociedades multiculturales, es la del derecho de familia y del derecho de sucesiones. La codificación ha eliminado la posibilidad de establecer sistemas jurídicos paralelos en este ámbito, aunque todavía es posible servirse de ciertos mecanismos legales para adaptar, al menos en parte, determinados efectos jurídicos del derecho matrimonial y de sucesiones a su propia cultura. Así, por ejemplo, las partes pueden modificar la distribución de los bienes, en caso de disolución del régimen matrimonial, por medio de un contrato matrimonial. Esta posibilidad es más limitada en lo que concierne al régimen ordinario de la participación en los gananciales (arts. 199, 216 y 217 CC) y, obviamente, es mayor si las partes deciden adoptar el sistema de separación de bienes.

En derecho de sucesiones, el testador puede en principio disponer libremente de la parte de disponibilidad (art. 470 CC), lo que le permite, por ejemplo, distribuir esa parte de su patrimonio según reglas conformes con su cultura y creencias religiosas. Más allá de su carácter privado, las normas del derecho de familia juegan un papel central en la organización de la vida social. Ellas poseen también una dimensión pública importante: reflejan la percepción que la mayoría tiene de la persona, en general, y de los derechos y obligaciones recíprocas en el seno de la familia, en particular. Como es evidente, en la actualidad hay varios modelos de familia que no están necesariamente regidos por el derecho de la familia; sin embargo, la reglamentación de las relaciones familiares prevista por el Código Civil sigue siendo, en gran medida, el modelo predominante. Además, el derecho de la familia se fundamenta sobre principios generales ampliamente aceptados y, en particular, sobre la igualdad de trato entre los sexos. Esta norma

---

63 Por ejemplo, el caso de *Seguros Zurich vs. Tages Anzeiger*, del 8 de enero de 2010.



es la concretización de un principio constitucional, consagrado en el art. 8, pf. 3, de la Constitución, que no admite excepción alguna, ni siquiera por motivos relacionados con las creencias religiosas. En efecto, según la jurisprudencia del TF, el trato desigual basado sobre la diferencia de sexo solo puede justificarse por motivos estrictamente biológicos; concretamente, en la práctica, únicamente por motivos relacionados con la maternidad<sup>64</sup>.

Cabe señalar que si normas jurídicas pertenecientes a otras culturas, en particular a la ley islámica, violaran la igualdad de trato entre los sexos, se las debería declarar incompatibles con estos principios y sería imposible integrarlas en nuestro derecho de la familia ni reconocerlas como fuente de ley para la eventual creación de un sistema jurídico paralelo; poco importaría que los motivos para solicitar la adopción de estas normas fueran de naturaleza religiosa. Por otra parte, el hecho de que la reglamentación de las relaciones familiares prevista por la ley islámica no produzca efectos jurídicos en materia civil no constituye una discriminación contra los adeptos del Islam. Como lo ha recalcado también el TEDH, en el caso turco citado anteriormente<sup>65</sup>, impedir la introducción de un sistema multijurídico de derecho privado invocando el lugar especial reservado al secularismo en Turquía, no equivale a establecer una distinción desfavorable a los musulmanes que desearían, en el marco de su vida privada, vivir en conformidad con los ritos de su religión. En efecto, la libertad de religión concierne ante todo a la conciencia de la persona; el derecho privado, en cambio, a la organización y funcionamiento de la sociedad en su conjunto. No se discute el derecho de todo individuo a seguir los preceptos de su religión en el ámbito de su propia esfera privada.

En cambio, el Estado puede legítimamente impedir que las normas de derecho privado de inspiración religiosa, que atentan contra el orden público y los valores de la democracia en el sentido de la Convención (por ejemplo, las normas que permiten la discriminación basada en el sexo, como la poligamia, los privilegios para los hombres en el divorcio y la herencia), sean aplicables bajo su jurisdicción. La libertad de contrato no debe inmiscuirse en el papel del Estado, que consiste en proceder a una organización neutral e imparcial de la práctica de religiones, cultos y creencias.

Dicho esto, nada impide que la aplicación del derecho privado conduzca indirectamente, en algunos casos, a resultados muy similares a los establecidos por las normas religiosas. Así, por ejemplo, en abril de 2008, el Tribunal de

---

64 Ver, entre muchos otros, ATF 129 I 265, 269 y ATF 132 I 68, 78.

65 Caso *Refha Partisi y otros vs. Turquía*, del 13 de febrero de 2003, pf. 127.

Gran Instancia de Lille<sup>66</sup> admitió la acción de un marido musulmán que solicitaba, basándose en el art. 180 CC francés —que tiene un contenido similar al art. 107, pf. 3 CC—, que se anule su matrimonio debido a que, tras la conclusión del mismo, descubrió que su esposa, que le había sido presentada como soltera y casta, no era virgen. Los jueces coincidieron en que la virginidad de la mujer en este caso podía ser considerada como una cualidad esencial por el marido sin la cual él no hubiera consentido al matrimonio. Este último punto había sido además confirmado por la acusada. La decisión plantea la cuestión de saber en qué medida las creencias religiosas de los cónyuges deben tenerse en cuenta al interpretar el contenido del concepto de «atributos personales esenciales» utilizado por el legislador. Aunque está claro que es necesario dar una definición objetiva del concepto, es innegable que las convicciones religiosas de la persona forman también parte de los criterios objetivos que deben tomarse en consideración. En una sociedad multicultural, no es posible hacer caso omiso de estos elementos al momento de decidir si las cualidades personales del marido revisten o no un carácter esencial. Sobre la base de estas consideraciones, hay que reconocer que la sentencia anterior no es intrínsecamente equivocada.

#### b) Derecho internacional privado y la noción de orden público

Una de las funciones principales del derecho internacional privado es la de permitir la conclusión de relaciones jurídicas entre personas sometidas a diversos sistemas de derecho privado o que poseen diferentes nacionalidades. Este objetivo general se logra, entre otros medios, a través del reconocimiento por parte de los diferentes estados de la validez tanto de las normas de derecho privado<sup>67</sup> como de los actos jurídicos realizados bajo otra legislación y, por último, de las sentencias dictadas por los tribunales civiles de otros países. Sin este reconocimiento mutuo, la seguridad del derecho sería puesta en peligro cada vez que hay un elemento extraño al orden jurídico en cuestión. Del mismo modo, la movilidad de las personas y la celebración de acuerdos internacionales se verían gravemente obstaculizadas. No obstante, el reconocimiento de la validez de estos actos no es ilimitado, pues los estados tienen el derecho de exigir que estos sean conformes a su orden público. De hecho, el art. 17 LDIP declara que «se excluye la aplicación de las disposiciones de la ley extranjera si conduce a un resultado incompatible con el orden público suizo». El art. 27, pf. 1, LDIP dispone, por su parte, que «el reconocimiento de la sentencia

<sup>66</sup> Sentencia del 1 de abril de 2008 en la causa N° 07 / 08458.

<sup>67</sup> El art. 13 LDIP, sin embargo, establece la obligación de tomar en consideración todas las normas aplicables y no excluye la posibilidad de tomar también en cuenta ciertas normas de derecho público.

extranjera debe ser rechazado en Suiza si ella es manifiestamente incompatible con el orden jurídico suizo».

Dos consecuencias se desprenden de las normas que acabamos de resumir brevemente. En primer lugar, el Estado tiene la obligación general de respetar las soluciones legislativas y jurisprudenciales adoptadas por otros estados, incluso si no corresponden a las previstas por la legislación suiza. En segundo lugar, el deber de aceptar las soluciones jurídicas extranjeras no puede, de ninguna manera, desnaturalizar la esencia de las normas jurídicas. En otras palabras, hay ciertos valores y principios esenciales en la base de una sociedad que son intangibles. Estas reglas incluyen los principios fundamentales del Estado de derecho, consagrados en la Constitución, como por ejemplo los derechos humanos y la neutralidad religiosa del Estado.

Para precisar mejor el concepto de orden público, debemos considerar tres factores. Primero, en su calidad de cláusula de excepción, la condición de respeto del orden público se interpreta de forma restrictiva. Así, el concepto de orden público del art. 17 LDIP no se refiere a la interpretación abstracta de la ley extranjera, sino al resultado al que conduce su aplicación en un caso concreto. Segundo, en el marco del reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, según el art. 27, pf. 1, LDIP, el alcance del concepto de orden público es menos vasto que en el caso de la aplicación directa del derecho extranjero. Hay violación del orden público, en virtud del art. 27, pf. 1, LDIP, cuando el reconocimiento y la ejecución de una decisión extranjera colisiona de manera intolerable con la concepción suiza de la justicia. Por último, la noción de orden público abarca no solo las normas básicas del derecho material, sino también el respeto de las normas fundamentales de procedimiento que resultan de la Constitución Federal, incluido el derecho a un juicio imparcial y el derecho a ser oído<sup>68</sup>.

Estos principios generales son difícilmente compatibles con una parte de la ley islámica en general y del derecho de la familia en particular. Ya hemos visto que el TEDH dictaminó incompatible con la igualdad entre los sexos toda una serie de normas de la ley islámica, como por ejemplo la poligamia y los privilegios para los hombres en el divorcio y la herencia. Sin lugar a dudas, estos elementos forman también parte del orden público suizo. Así, a pesar de que el art. 45, pf. 1, LDIP declara que «un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero es reconocido en Suiza», esto no se aplica a los matrimonios polígamos ya que son contrarios al orden público. El TF tuvo la oportunidad de pronunciarse en otros casos también: en uno de ellos, los jueces federales examinaron la validez —admitida en el Líbano— de la disolución del matrimonio por repudio unilateral de la esposa por

---

68 ATF 126 III 327, 330.

parte del marido (llamado *Talaq*). Este sistema ha sido considerado contrario al orden jurídico suizo, sobre todo porque el uso de esta oportunidad está reservado exclusivamente para los hombres. Además, porque el proceso de aprobación de la voluntad del marido en la ley en cuestión no reconoce ningún papel ni a la mujer ni al Estado. En la práctica, el divorcio depende exclusivamente de la buena voluntad del marido sin que el Estado pueda ejercer el más mínimo control sobre el procedimiento, lo cual es contrario a las normas básicas del derecho suizo del divorcio<sup>69</sup>. En otro caso, el TF decidió que la norma de la ley iraní, que prevé la atribución de oficio al padre de la patria potestad legal del niño, es contraria al orden público suizo. En este caso, se decidió negar la compatibilidad, aun cuando la atribución al padre no ponía en peligro al niño. De hecho, el niño no solo debe ser protegido de situaciones peligrosas, sino también debe ser confiado a aquel de sus padres que, con toda probabilidad, favorecerá en mayor medida su desarrollo y le brindará el mejor apoyo en el desarrollo de su personalidad<sup>70</sup>.

Por supuesto, hay otros casos problemáticos que no conciernen únicamente a la comunidad musulmana, sino también a otras culturas. Uno de los casos más delicados es sin duda el de los matrimonios forzados, planificados entre las familias de los futuros cónyuges sin el consentimiento previo de los interesados —el de las mujeres en particular—, y que a menudo implican a menores de edad. Estas prácticas son evidentemente contrarias al orden público. Violan gravemente la libertad individual, desnaturalizan la libertad de matrimonio protegida por los arts. 14 Constitución y 12 CEDH, y vulneran las normas relativas a la protección de los menores (art. 11 Const.). A fin de aclarar estas cuestiones, una propuesta de revisión del Código Civil y de la LDIP pretende incluir explícitamente el caso de los matrimonios forzados en la noción de orden público<sup>71</sup>. Así, el Anteproyecto del nuevo art. 105 CC establece que «el matrimonio debe ser anulado si ha sido celebrado violando la libre voluntad de los cónyuges» y que debe ser anulado, igualmente, «si uno de los cónyuges era menor de 18 años al momento de su celebración». Estas normas producen también efectos sobre algunos matrimonios contraídos en el extranjero. Así, el Anteproyecto prevé una nueva redacción del

69 Cabe señalar que en este caso los vínculos eran bastante estrechos con Suiza. De hecho, el marido, que había obtenido el divorcio ante una corte libanesa, era suizo y se oponía al procedimiento de divorcio iniciado por la mujer extranjera, que vivía en Suiza. En presencia de vínculos menos estrechos con Suiza, la solución sería diferente. En este caso, los jueces federales aceptaron como válido este procedimiento cuando se lleva a cabo en el extranjero entre ciudadanos extranjeros y si la cuestión de la validez del divorcio en Suiza se plantea solo a título preliminar; por ejemplo, en el marco de una cuestión sucesoral (ATF 126 III 327, 333).

70 ATF 129 III 250.

71 El CF ha sido encargado de presentar su mensaje sobre estas cuestiones para fines de 2010.

art. 45, pf. 2, LDIP, que incluye explícitamente las dos causas antes mencionadas como motivo para denegar el reconocimiento a esos matrimonios<sup>72</sup>.

El último problema que se plantea en este contexto es el de saber si el hecho de negarse a reconocer ciertas instituciones de derecho privado extranjero por una de las razones antes citadas conduce o no a anular todos los efectos jurídicos vinculados con estos actos. Desde hace mucho tiempo, la doctrina viene haciendo un llamado para que se consideren los intereses de las partes más débiles en la relación jurídica a la que no es posible otorgar el reconocimiento en Suiza, en particular para que se protejan los derechos de las mujeres y los niños. Así, en presencia de matrimonios polígamos, los tribunales deberían, por ejemplo, reconocer la filiación de los hijos nacidos de esta unión y permitir que sus derechos sucesorales sean protegidos<sup>73</sup>. En efecto, penalizarlos excesivamente sería contrario al principio de proporcionalidad y al sentimiento de justicia; y, además, adoptar una actitud restrictiva en esta cuestión también sería contrario al art. 11 Const. y a la CDN. Los efectos de este tipo de matrimonios deben también extenderse a ciertas áreas del derecho público. Sería injusto que un grupo de niños sea penalizado debido a la Ley de extranjería o a la legislación de seguridad social.

#### c) Creación de un «sistema judicial paralelo»

La creación de tribunales estatales encargados especialmente de resolver los conflictos entre los miembros de una comunidad cultural es difícilmente realizable. Por un lado, la introducción de un sistema generalizado y paralelo de justicia plantea problemas graves en relación con las normas generales de organización judicial y de procedimiento; mientras que, por otro, podría desnaturalizar el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley.

En cambio, la posibilidad de erigir autoridades y procedimientos especiales para resolver algunos conflictos merece por lo menos ser tomada en cuenta. Sería concebible, por ejemplo, poner a disposición de los miembros de las comunidades culturales autoridades de mediación y conciliación que posibiliten a las partes involucradas someter voluntariamente sus conflictos. En lo que respecta al

---

72 A diferencia de la versión actual, que se limita a citar los casos de nulidad absoluta, el Anteproyecto del art. 45, pf. 2, LDIP, establece que «si uno de los novios es suizo o si está domiciliado en Suiza, el matrimonio celebrado en el extranjero se reconoce, a menos que haya sido celebrado en el extranjero con la intención manifiesta de evadir las disposiciones relativas a la anulación del matrimonio previstas por el derecho suizo». Para más información, Cfr. el Informe sobre el anteproyecto de ley de noviembre de 2008, que responde a la moción Heberlein. Es posible que no sea necesario introducir esta disposición para negar el reconocimiento a los matrimonios forzados, ya que bastaría aplicar la regla del art. 27 LDIP.

73 Entre otros, véase: Dutoit, 1997, p. 131.

respeto a la identidad cultural, este sistema comporta una gran ventaja. Al ser, el procedimiento de mediación y de conciliación, abierto y flexible por definición, los responsables de la solución de los conflictos podrían elegir la legislación más cercana a la cultura de las partes, lo que facilitaría la comprensión de la lógica que subyace a la decisión y, por lo tanto, la aceptación del veredicto. La capacidad de reconocer un papel importante a este tipo de tribunal para resolver los conflictos culturales se ha utilizado en Inglaterra, en base a la Ley de Arbitraje de 1996. Sobre la base de esta ley han sido reconocidos, entre otros, tribunales arbitrales que aplican ciertas normas de la *charia*<sup>74</sup>. Naturalmente, otras comunidades religiosas cuentan también con esta posibilidad; por ejemplo, los miembros de la comunidad judía que pueden, entre otras cosas, encargar a los tribunales rabínicos (*Beth Din*) la resolución de ciertos litigios sobre la base de la ley hebreaica (Halajá).

El establecimiento de un sistema similar en Suiza no se plantea actualmente. La eventual adopción de este sistema debe estar sometida a condiciones muy restrictivas. En primer lugar, el uso de esta posibilidad deberá basarse exclusivamente en la voluntad de las partes. El Estado no puede, de hecho, ni exigir ni tolerar que las personas se vean obligadas por su entorno a renunciar al procedimiento judicial ordinario, por ejemplo. En segundo lugar, la posibilidad de utilizar estos procedimientos deberá ser limitada a determinadas materias. No es concebible, por ejemplo, delegar a estos tribunales la competencia de juzgar casos penales o administrativos. La competencia para conocer de asuntos de derecho de familia también plantea problemas difíciles. En principio, solo cuestiones secundarias podrían dejarse en manos de estas autoridades. Por ejemplo, no es compatible con la visión suiza de neutralidad religiosa del Estado delegar a estas autoridades el poder de decidir en lo que respecta la celebración del matrimonio y el divorcio. La solución es la misma en lo que concierne a los aspectos vinculados con los derechos del niño, pues la necesidad de proteger los intereses de los menores es prioritaria sobre objetivos de otra naturaleza. En tercer lugar, también es necesario limitar los efectos jurídicos de tales procedimientos. Difícilmente se puede atribuir a estos tribunales competencias más amplias que las de mediación y conciliación; además, debería subsistir la posibilidad de utilizar las vías jurisdiccionales ordinarias. Por último, el sistema antes mencionado no debe llevar a eludir la obligación de respetar los derechos fundamentales de las partes y no puede en modo alguno poner en tela de juicio la igualdad de trato entre los sexos<sup>75</sup>.

---

74 Véase entre otros: McGoldrick, 2009, pp. 1 y ss.

75 En Inglaterra han sido denunciados problemas acerca de este aspecto, véase McGoldrick, 2009, pp. 1 y ss., pp. 37 y ss.

#### **IV. PERSPECTIVAS PARA LA PROMOCIÓN DE LA ACOGIDA Y LA INTEGRACIÓN**

##### **A. Importancia y límites del derecho penal**

El derecho penal tiene carácter subsidiario. No hay razón de contradecir este principio en lo relativo a la reglamentación del multiculturalismo en la sociedad y, en particular, en lo que concierne a los conflictos que podrían originarse en las diferencias culturales. No obstante, en ausencia de una política y regulación capaces de hacer frente con éxito a los desafíos planteados por la multiculturalidad, el derecho penal podría convertirse en una herramienta clave en este ámbito. Al respecto, no cabe duda que el uso del derecho penal también presenta ciertas ventajas. En primer lugar, permite reafirmar de manera clara y directa la importancia, para cada tradición cultural presente en Suiza, de respetar ciertos bienes jurídicos esenciales y establecer así el límite entre lo que es aceptable y lo que no lo es. Por otra parte, el análisis detallado de los comportamientos que se realiza durante el proceso penal puede arrojar luz sobre algunas prácticas y así permitir comprender mejor su potencial peligro para la sociedad y su compatibilidad con las costumbres del país.

Algunos proyectos de revisión del Código Penal que actualmente están en marcha fortalecerán el papel del derecho penal en los próximos años. En primer lugar, el anteproyecto de ley que tiene como objetivo luchar contra los matrimonios forzados también incluye la introducción de un nuevo art. 181 CP que declara: «El que, por medio de violencia contra una persona o amenaza de daño grave o poniendo un obstáculo de cualquier otro tipo a su libertad de acción, la obliga a celebrar un matrimonio o una unión registrada, será castigado con una pena privativa de libertad no mayor de cinco años o con una pena pecuniaria»<sup>76</sup>.

En segundo lugar, el 27 de marzo de 2009, el Parlamento Federal aceptó la iniciativa parlamentaria que tiene como objetivo elaborar normas penales que reprimen la práctica directa y la incitación a la comisión de mutilaciones genitales femeninas cometidas no solo en Suiza, sino también en el extranjero en personas domiciliadas en Suiza<sup>77</sup>. La iniciativa tiene como objetivo principal la extensión de la represión de actos como la escisión y la infibulación, que atentan gravemente contra la integridad física de las mujeres jóvenes y que son aún relativamente comunes en algunas regiones de África.

---

<sup>76</sup> Véase el informe y el anteproyecto de noviembre de 2008 que responde a la moción Heberlein.

<sup>77</sup> Iniciativa Parlamentaria Roth-Bernasconi (N° 05.404). El texto legal debe ser elaborado máximo dos años después de la aprobación de la iniciativa.

El anteproyecto del art. 122a CP establece que «El que realice la ablación total o parcial de órganos genitales femeninos externos, o la mutilación de órganos genitales femeninos de cualquier otra manera, y sin razón médica, será condenado a una pena privativa de libertad no mayor de diez años, o a una pena pecuniaria no menor de 180 días-multa»<sup>78</sup>. El texto propuesto no se limita a sancionar los actos cometidos en el territorio suizo, como ya lo son actualmente en virtud del art. 122 CP; tales conductas serán también punibles si son cometidas en el extranjero. El anteproyecto citado dispone que «Quien se encuentra en Suiza y no es extraditado y comete la mutilación en el extranjero es punible. El art. 7, pfs. 4 y 5, es aplicable»<sup>79</sup>. Este sistema debería permitir evitar que las jóvenes que residen en Suiza sean enviadas por sus padres a su país de origen para someterlas a tales actos a fin de continuar con dicha tradición cultural<sup>80</sup>.

La utilidad de la acción penal y la necesidad de las revisiones antes mencionadas no pueden ponerse en duda; sin embargo, debemos tener presentes las limitaciones y debilidades del derecho penal. El derecho penal es un derecho fragmentario, de naturaleza esencialmente represiva y con tendencia a reducir la complejidad social a comportamientos individuales. En resumen, el derecho penal es estructuralmente incapaz de adoptar una visión global del multiculturalismo y de promover una reglamentación legal suficientemente detallada como para gestionar la complejidad del encuentro entre culturas diferentes.

## B. Necesidad de fortalecer las normas de derecho público

El Estado debe promover una política de promoción del multiculturalismo más activa que aliente realmente el encuentro y los intercambios entre las diferentes comunidades; sin embargo, esta política debe ser desarrollada antes que nada a nivel cantonal y local. Dado que la competencia en materia de residencia y establecimiento de extranjeros recae en la Confederación (art. 121 Const.), le corresponde por lo tanto a ella la tarea de establecer una verdadera política nacional de integración y prever un sistema de financiación adecuados para hacerla efectiva. A pesar de sus amplias competencias, la actitud general de la Confederación se caracteriza por su carácter pasivo, por no decir reticente.

78 El proyecto de ley prevé una reserva que indica que «la intervención no es punible si la persona perjudicada era mayor de edad al momento de los hechos y dio su consentimiento».

79 Hoy en día, estos actos pueden ser reprimidos sobre la base del art. 219 CP, que condena a los padres por incumplimiento del deber de asistencia o educación; ver el decreto del juez de instrucción criminal del cantón de Friburgo, del 28 de mayo de 2008, sobre el caso de una niña enviada a Somalia, donde fue víctima de la escisión.

80 Para más detalles: véase el informe de la Comisión de asuntos jurídicos del CN, del 12 de febrero de 2009.



El derecho constitucional debería desempeñar un papel importante en este contexto definiendo los objetivos principales de esta política. En algunas constituciones cantonales, las cosas han empezado a evolucionar. Así, algunas de ellas prevén, como lo vimos con anterioridad, la obligación de promover el diálogo intercultural. Además, muchas constituciones cantonales recientes han reconocido en diferente medida el derecho de voto a los extranjeros, lo que representa una etapa capital en su proceso de integración. La concesión de derechos políticos a los extranjeros ha sido discutida en veintidós cantones, ocho de los cuales los han efectivamente introducido.

Dos tendencias se destacan. Los cantones de Friburgo, Ginebra, Jura, Neuchâtel y Vaud han dispuesto leyes cantonales sobre el tema. Más concretamente, Ginebra no otorga el derecho de voto a nivel comunal (art. 42 Const. de Ginebra), Friburgo y Vaud conceden el derecho de sufragio activo y pasivo a nivel municipal (arts. 48, 131 y 149 Const. de Friburgo y art. 142 Const. de Vaud). Jura reconoce el derecho de voto y la elegibilidad para ciertas funciones en el ámbito comunal, así como el derecho de voto con algunas restricciones a nivel cantonal (art. 73 Const. de Jura). Neuchâtel concede el derecho de voto y a ser elegido a nivel comunal, así como el derecho de voto a nivel cantonal (arts. 37 y 47 Const. de Neuchâtel). El otro grupo, compuesto por cantones germánicos, deja a las comunas la tarea de otorgar el derecho de sufragio a los extranjeros domiciliados en su territorio (art. 105, pf. 2, Const. de Argovia; arts. 40, pf. 2, y 41 Const. de Basilea; y el art. 9, pf. 4, Const. de los Grisones).

La Constitución Federal no se pronuncia sobre estas cuestiones y se contenta con regular la coexistencia entre las culturas tradicionales del país, sin dedicar normas específicas a las necesidades de las culturas provenientes de la inmigración y a sus relaciones con las culturas tradicionales. Recientemente hemos incluso asistido a una cierta regresión en este contexto, con la adopción del art. 72, pf. 3, Const., que introduce la prohibición de construir minaretes. La norma es discriminatoria y viola varias disposiciones de derecho internacional, en particular los arts. 9 y 14 de la CEDH, así como el art. 18 del PIDCP. A pesar de ello, la Asamblea Federal decidió someter la iniciativa en cuestión al voto popular porque no era contraria al *ius cogens*<sup>81</sup>.

---

81 Esta cuestión fue analizada por el CF (FF 2008, p. 6923, p. 6929 y ss.) durante los debates parlamentarios y, esencialmente, en el Consejo de Estados. La decisión de someter la iniciativa a votación popular es formalmente correcta, pero plantea nuevamente la cuestión de la necesidad de declarar caducas las iniciativas que violen una norma contenida en una convención internacional, lo cual teóricamente sería posible, pero no desde el punto de vista material ni político. Se evitaría así la creación de incompatibilidades perdurables entre la Constitución Federal y el derecho internacional, en violación de los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena

La nueva LEtr contiene en efecto algunas disposiciones que se refieren a la integración de los inmigrantes. Así, el art. 4, pf. 1 de dicha ley reza que «la integración de los extranjeros aspira a promover la convivencia de las poblaciones suizas y extranjeras sobre la base de los valores constitucionales y el respeto y la tolerancia recíprocos», y el art. 53, pf. 2 de la misma ley establece que la Confederación, los cantones y las comunas «crean las condiciones propicias para la igualdad de oportunidades y la participación de los extranjeros en la vida pública». Para lograr estos resultados, la ley prevé la posibilidad de celebrar acuerdos de integración con los extranjeros. El art. 54 LEtr establece que la concesión de una autorización de residencia de corto plazo puede estar condicionada a la participación en un curso de idiomas o un curso de integración. Aunque carezca de originalidad, la idea es interesante; no obstante, dicho acuerdo de integración deberá ser aplicado con el fin de promover la integración y no solo servir como un instrumento adicional de control<sup>82</sup>.

El carácter obligatorio de estos cursos de integración debe ser explotado, por ejemplo, para lograr, junto con la persona en cuestión, una verdadera relación de integración que le permita establecer contactos duraderos en el tejido social. En este contexto, se debería promover la colaboración con diversas asociaciones locales aptas para crear relaciones duraderas con ellos. Aprovechar el carácter obligatorio de las clases para poner en pie una política social de acogida e integración más desarrollada es especialmente útil para fomentar los contactos con las capas más aisladas de la población extranjera y, en particular, con las mujeres provenientes de algunas comunidades, reduciendo así el riesgo de crear situaciones de aislamiento y comunitarismo<sup>83</sup>. Para alcanzar estos ambiciosos objetivos se necesitará naturalmente contar con una financiación consecuente por parte de la Confederación, fondos que por desgracia hacen falta, como casi siempre.

La reciente propuesta de revisión de la LN especifica las condiciones y criterios que deben ser considerados al evaluar el derecho del demandante a obtener

---

sobre el derecho de los tratados y el art. 5, pf. 4 de la Constitución. El mismo problema surgió con la adopción del art. 123a Const. y se presenta también ante la iniciativa «Para la expulsión de los delincuentes extranjeros» (FF 2008, p. 4727).

82 El principio de proporcionalidad exige sancionar la violación de las obligaciones fijadas en estos acuerdos, teniendo en cuenta las circunstancias personales del extranjero y, en particular, su nivel de educación, sus conocimientos lingüísticos y, por lo tanto, su capacidad real para tomar estos cursos. Sobre estas cuestiones, ver: Spescha, 2008.

83 Proyectos que van en esta dirección han sido desarrollados en algunos cantones, como Basilea-Ciudad, en el marco de la aplicación de la ley cantonal sobre la integración, la cual tiene como objetivo —entre otros— el de completar las normas establecidas por la ley federal. Véase el informe relativo a la ley de integración Bericht der Justiz, Sicherheits- und zum Sportkommission Ratschlag 04.1309.01, del 7 de febrero de 2007.

la nacionalidad. Con el fin de armonizar las dos leyes, se utilizan conceptos similares a los de la Ley de extranjería; por lo tanto, el candidato deberá estar bien integrado, familiarizado con las condiciones de vida en Suiza y respetar los principios fundamentales de la Constitución<sup>84</sup>. La evaluación de estos criterios, deberá efectuarse de manera equilibrada y partiendo desde una óptica multicultural. No está permitido, por ejemplo, imponer ninguna forma de aculturación sobre la base de estas normas. Por otra parte, la jurisprudencia ya ha fijado ciertos límites en la interpretación de términos como el de «aceptar el estilo de vida y las tradiciones del país». Así, por ejemplo, el TF revocó la decisión que negaba la naturalización a una mujer sobre la base de que la persona llevaba el velo islámico<sup>85</sup>. Por su parte, el TC austriaco, a su vez, revocó la decisión de negar la nacionalidad a un hombre de confesión musulmana, decisión basada exclusivamente en el hecho de que se negaba a dar la mano, sobretudo a las mujeres, y por consiguiente a utilizar un ritual de la comunicación y de saludo habitual en las sociedades occidentales<sup>86</sup>.

Crear las condiciones para la integración antes mencionadas y exigir el respeto de los valores y principios constitucionales de integración es, sin duda, necesario para crear el marco indispensable para el encuentro entre culturas diferentes. Pero no es suficiente, el multiculturalismo también requiere una acción positiva por parte del Estado. Las instituciones deben igualmente hacer el esfuerzo de abrirse a las diferentes culturas de una parte significativa de la población, parte a la que también prestan sus servicios. Esta apertura institucional se daría, en primer lugar, mediante la adopción de normas jurídicas que tomen más en consideración las necesidades de estas comunidades en la esfera pública para evitar que la diversidad sea relegada a la esfera privada; y, en segundo lugar, mediante la institucionalización del diálogo con las comunidades extranjeras. De igual manera, se debe fortalecer el papel de la Comisión Federal de Extranjeros prevista por el art. 58 LEtr. Esta Comisión no solo debe ser consultada regularmente por las autoridades, sino que también debe contar con la posibilidad de presentar propuestas a los órganos del Estado para mejorar la integración y el diálogo. En resumen, se espera que las autoridades federales propongan la adopción de una LF sobre la integración y el intercambio entre las diferentes culturas en la que se reconozca oficialmente que Suiza es un país multicultural y por medio de la cual el Estado se comprometa a invertir los recursos necesarios en este ámbito.

---

84 Arts. 11 y 12 del Anteproyecto de LN, del 16 de diciembre de 2009.

85 ATF 134 I 49.

86 Decisión del TC, del 11 de diciembre de 2007 (B 863 / 07-9).