

DERECHO Y SOCIEDAD MULTICULTURAL

Francis Casorla

SUMARIO: I. ¿Multiculturalismo o choque de civilizaciones? II. Tentativa de precisión de los conceptos. III. Derecho multicultural: ¿derecho flexible o decadencia del derecho? A. Dos grandes sistemas de derecho occidental. 1. *Common law*. 2. Derecho romano germánico. B. Derechos mixtos. IV. Derecho multicultural por naturaleza o mezcla de derechos rivales. A. Irrupción de la coalición de la supra legalidad. 1. Derecho comunitario. 2. Derecho de los derechos humanos. B. Evolución de los principios generales, fundamentales y rectores. 1. Principios fundamentales. 2. Principios rectores. V. El derecho puesto a la prueba del comunitarismo: ¿colisión de derechos? A. Retorno de una fuente de derecho interno: la costumbre. B. Costumbres y derechos extranjeros: ¿fuentes de derecho? 1. La poligamia de los residentes extranjeros. 2. El problema específico de la escisión. VI. Conclusión.

SÍNTESIS

Confrontado a este tema, animado por su interés por las definiciones y la eficacia de las normas, el jurista debe extender el panorama de su reflexión apoyándose sobre otras disciplinas e incorporando contribuciones de la sociología, la antropología, la filosofía, profundizando así el enfoque multidisciplinario a fin de proceder a una reflexión sobre los conceptos, confrontarlos con la realidad y comprobar su pertinencia. Esta reflexión debe internacionalizarse y tomar en consideración el creciente impacto de las convenciones internacionales que afectan cada vez más los particularismos nacionales. Tradicionalmente, el derecho se basa en valores comunes que afectan no solo la organización básica de la sociedad, sino la convivencia en un sistema jurídico coherente, creado por un Estado soberano en el marco de una nación homogénea. ¿Qué puede significar el «multiculturalismo» para un jurista? El concepto pareciera ser un cajón de sastre que engloba situaciones muy diferentes, las cuales van desde el regionalismo, pasando por las presiones ejercidas por las minorías visibles o invisibles, hasta la utopía de una sociedad mundial mestizada¹. Por consiguiente, ¿es posible considerar un mestizaje del derecho, encauzado por un libre intercambio jurídico global en todos los ámbitos?

In front of such a topic, the lawyer has to open his thought, being naturally mindful of definitions and norms' effectiveness, to lean on other disciplines to obtain in particular contributions from sociology, anthropology, philosophy, to search this way for interdisciplinary to reflect on concepts, measure them to reality and verify their relevance. This thought has to become international to take into account the growing impact of international conventions that affect national particularisms. Classically, law lies on common values affecting not only society's fundamental organization, but also the fact of «living together» in a coherent juridical system produced by a sovereign State in the surroundings of a homogenous nation. What can multiculturalism mean to a lawyer? This concept implies everything and tallies with very different situations, from regionalism, including visible or invisible minorities' pressures, to the dream of a crossbreed global society. Therefore, may we consider a laws crossbreed, involved by a free juridical global exchange?

1 Como tan lúcidamente lo escribe Fourest, 2009, p. 162: «Es con todas estas cuestiones, entremezcladas pero de diferente naturaleza, que se enfrenta el multiculturalismo, a fuerza de abordar, desde la perspectiva de la cultura, aquello que en algunos casos concierne a la supervivencia lingüística o indígena, a veces a los ámbitos de la identidad, de la discriminación, de la inmigración y, a veces también, de la laicidad».

I. ¿MULTICULTURALISMO O CHOQUE DE CIVILIZACIONES?

«Si Francia es una en su diversidad, es evidente que su diversidad es una en la dispersión de su unidad»².

Si pensamos como Samuel Huntington y Bernard Nadoulek, sobrepasado el siglo XX —marcado por enfrentamientos ideológicos entre las naciones europeas principalmente, tanto en el continente europeo como a nivel mundial—, hoy en día, volvemos al principio de identidad basado sobre una civilización occidental, definido por el patrimonio histórico de las «naciones», su «cultura» y «religión».

Después de haber soñado, junto con Francis Fukuyama, con el advenimiento de una civilización universal en la que estarían abolidas las diversidades culturales y que se basaría en la democracia liberal de las grandes declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos, consideramos ahora la posibilidad de una guerra de civilizaciones. Presenciamos conflictos de baja intensidad o, por lo menos, un enfrentamiento entre civilizaciones distintas, en particular a través del terrorismo internacional.

Una tercera vía, intermedia, postula que estas dos tendencias no son tan radicales como se cree y que la convergencia de estilos de vida y las diferencias de identidad contribuyen a su mutuo enriquecimiento. Si la afirmación de las diferencias entre las civilizaciones se opone al ideal universalista proveniente del siglo de las luces (siglo XVIII), estas tendencias interactúan al mismo tiempo en búsqueda de un equilibrio multicultural.

En vísperas del segundo milenio, con la mundialización, se tuvieron que abandonar las ilusiones: transportes cada vez más rápidos, redes de telecomunicaciones individuales (Internet) o mediáticas (televisión vía satélite), instantáneas, etcétera. Grandes migraciones de población tuvieron lugar, sobre todo, hacia América del Norte y Europa occidental; de hecho, el conflicto mundial subyacente por los recursos, así como la incapacidad de los países emergentes para establecer estados de bienestar y los mecanismos de redistribución, han dado lugar a cambios significativos.

Las demandas de identidad, suscitadas por esta crisis (¿de civilización?), pueden concernir a protestas pacíficas, tales como la rehabilitación de una lengua regional o la creación de un lugar de culto para una minoría religiosa, pero también se producen en modalidades más alarmantes que van desde el motín urbano al terrorismo. Se ha podido constatar que las guerras que tienen una dimensión étnica, religiosa o identitaria sobrevienen con mayor frecuencia entre miembros

2 Véase Dac, 2001.

de una misma nación o entre poblaciones que viven en situación de proximidad. No se asesina al extranjero que vive lejos, sino al propio vecino.

II. TENTATIVA DE PRECISIÓN DE LOS CONCEPTOS

Las palabras son versátiles, los conceptos inciertos. El desorden en las nociones procede del desorden de la ideas, por lo que una tentativa de aclaración de las definiciones se impone como un requisito previo.

La civilización, según Huntington, es un concepto englobante en contraposición a la cultura, que es un concepto diferenciador. Un estudio de la UNESCO de 1998, que debemos a Rodolfo Stavenhagen, declara que la cultura «es el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad, y ello abarca las artes y las letras, los estilos de vida, los patrones de la vida en comunidad, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias». A lo largo de la historia, las civilizaciones se construyen en torno a valores, creencias específicas y, básicamente, alrededor de una religión; de esto resulta un impacto global sobre la visión del mundo y sobre el comportamiento colectivo de sus miembros. Las tres primeras civilizaciones —africana, india y asiática—, nacidas entre el paleolítico y el neolítico, tienen como característica común el estar basadas en «creencias cósmicas»; es decir, un orden inmanente de los fenómenos, los seres y las cosas. La relación de las civilizaciones mencionadas con el derecho es extremadamente distante, tal vez incluso inexistente. Las otras cuatro civilizaciones monoteístas —latina, anglosajona, musulmana y eslava—, de aparición más tardía, aspiran a una verdad trascendente y tienen una relación mucho más estrecha con el derecho.

Igualmente, según Huntington, el concepto de «cultura» se aplica a grupos humanos diferenciados, tomados en consideración en una época determinada, un lugar preciso y un contexto dado. Cooperando para garantizar su supervivencia, su alimentación, su hábitat, sus prendas de vestir, la fabricación de sus herramientas, de sus armas, o incluso comunicándose entre ellos, creando sus propias lenguas, costumbres, creencias, rituales, artes, técnicas, su alimentación misma —comportamiento que, no obstante, es naturalmente determinado—, los hombres acumulan estratos de culturas que progresivamente se transforman en civilización a través del flujo de las generaciones, con culturas nacionales (a menudo el lenguaje) que son formas específicas de estas, llegando a tal punto que el antropólogo americano Kluckholm registró nada menos que cuatrocientas definiciones de la palabra cultura.

Dentro de una civilización, hay diferentes culturas que la definen a partir de sus elementos básicos, de modo que el aspecto de multiculturalidad no es de por

sí incompatible con una civilización dada. Sin embargo, podemos preguntarnos qué sucede cuando lo que se considera una cultura es en realidad una civilización. Se habla de «choque de civilizaciones» —según Huntington— ya que, como es manifiesto, las civilizaciones siguen una curva de vida, desde el nacimiento hasta la decadencia y la muerte; y, advierte, con el resurgimiento de las creencias religiosas («la revancha de Dios»), que cuando dos civilizaciones compiten en la misma zona geográfica, surge el conflicto.

El Estado-nación es un presupuesto culturalmente homogéneo; esta vasta noción excluye terminantemente la existencia y la protección de las culturas societales. Los derechos colectivos de las naciones son, entonces, considerados como una forma de nacionalismo hegemónico que comprende un territorio y su respectiva entidad institucional, el Estado. A menudo, se confunden deliberadamente estas dos nociones distintas.

La «nación», como lo demostró en especial Fernand Braudel en su monumental obra³, se va formando en el tiempo a través de una geografía, un lenguaje común, una historia compuesta de ancestros fundadores, sus monumentos, sus tradiciones, su economía. Es una realidad multisecular, un patrimonio colectivo, el compartir lo que trasciende, lo que precede y sucede, aquello de lo que no se dispone libremente, lo cual supera el concepto de «comunidad imaginada», en la que solo la lengua y la cultura serían los factores unificadores.

Es precisamente en el territorio nacional que se arraiga el «vivir juntos». La nación, de la misma manera que la cultura —con la cual se la confunde a menudo—, es la variación de una civilización. La oposición entre las concepciones subjetiva «a la francesa» (*jus soli*, el derecho del suelo) y objetiva «a la alemana» (*jus sanguinis*, el derecho de la sangre) es discutible; no obstante, estas concepciones inspiran directamente el derecho internacional privado y el derecho de la nacionalidad, y constituyen la base de numerosas disposiciones de derecho administrativo, derecho penal⁴ y derecho de seguridad social. Por lo tanto, la pertenencia nacional es la pertenencia innata a una comunidad constituida, o un contrato con la agregación de promesas individuales de lealtad, como afirman los partidarios de la nación contrato, quienes prefieren la noción de «sociedad» a la de «comunidad» (la comunidad nacional). Pero, ¿acaso una sociedad es la simple suma de individuos, sin pertenencia, sin filiación, sin espiritualidad, sin ritos, sin tradiciones? La nación, aunque esté ligada al surgimiento y la afirmación de un Estado, es distinta de este.

3 Baudrel, 1986.

4 Acerca del derecho penal del enemigo, ver los estudios publicados en la *RSC* de enero-marzo de 2009.

El «Estado» es la institución principal de la nación, titular de la soberanía, la cual convencionalmente se define como el poder de acuñar moneda y recaudar los impuestos, declarar la guerra, nombrar a los principales funcionarios, decretar las leyes, juzgar en última instancia y conceder la gracia. En principio, el Estado es depositario del monopolio de la coerción y de la promulgación de las normas (que aplica a través de su sistema judicial y, en caso de necesidad, por la fuerza), de la interpretación legítima de los derechos y, por lo tanto, también de su eventual limitación. Organiza la vida en común con el fin de perpetuar la historia de la nación, su cultura y sus valores, y protegerla contra las decisiones externas y luchar contra las disidencias internas.

Pero, en las últimas décadas, se ha cuestionado severamente el modelo vertical y jerárquico del Estado, sometido a interdependencias económicas que lo sobrepasan y a una globalización comercial cada vez más intensa. Las estructuras de autoridad aparecen debilitadas y abiertamente controvertidas, incluso a veces aniquiladas. Algunos estados voluntariamente se reagrupan, lo que conlleva un significativo abandono de su soberanía hacia conglomerados, como lo es la Unión Europea y el Consejo de Europa, mientras que otros implosionan, como la Unión Soviética, Yugoslavia, Checoslovaquia y, posiblemente, Bélgica dentro de poco. Otros, en cambio, no consiguen cumplir con sus funciones y, por lo tanto, los clanes, las comunidades y los «grupos étnicos» prevalecen sobre ellos, creándose solidaridades que se expresan en niveles infra nacionales, en el marco de pertenencias específicas. No debemos olvidar que un Estado requiere de infraestructuras administrativas complejas y costosas que la mayoría de los países⁵ no se pueden permitir.

Pero es la curiosa noción de Estado de derecho la que merece especial atención, hasta el punto que algunos autores aún distinguen entre el «estado» de derecho del «Estado» de derecho. ¿El «Estado de derecho» es el Estado en donde hay legalidad, en contraposición al estado de naturaleza, o de no derecho? ¿Es el Estado de justicia, en contraposición al de la fuerza, la violencia? Este concepto vacío, una «palabra híbrida», es objeto de dos definiciones opuestas: según la Ley francesa sobre la organización de las misiones de Estado, «el sistema judicial debe garantizar el Estado de derecho, es decir garantizar la seguridad de las relaciones jurídicas entre particulares y la eficacia de las decisiones emitidas, y proteger a la sociedad y a sus miembros contra la delincuencia», lo que supone que aún exista un Estado.

Pero, en otro sentido, más común, esta expresión de Estado de derecho, la mayoría de las veces pone fin a la discusión, ya que es recibida como un axioma o incluso un dogma, una creencia que en realidad quiere decir el «Estado de los derechos humanos» basado en normas generales, en valores superiores al Estado

5 Didier & Marret, 2001.

deslegitimado, reducido a su sola manifestación jurídica, obligándolo a respetarlos, convirtiéndolo en justiciable ante las instancias jurisdiccionales internacionales e internas.

El Estado de derecho sería, por consiguiente, aquel en el que el individuo tiene reconocido un máximo de derechos, mientras que, por el contrario, el Estado tiene reconocida menos intervención en los derechos ciudadanos. Este concepto sitúa a la justicia, definida paradójicamente a la vez como «desterritorializada» y como órgano del Estado, al centro de un permanente conflicto de derechos.

Uno puede legítimamente preguntarse acerca de la confusión sobre el significado de las palabras, pero para el jurista las naciones, al igual que las culturas y las civilizaciones, son normativas, ya que crean las instituciones y el derecho, disciplina social por excelencia. Pero, ¿puede el derecho ser multicultural? Sabiendo que el lenguaje transmite el derecho; sabiendo también que la estructura misma del lenguaje, a través del pensamiento, determina los conceptos jurídicos, se pueden predecir las dificultades.

III. DERECHO MULTICULTURAL:

¿DERECHO FLEXIBLE O DECADENCIA DEL DERECHO?

«Derecho flexible» o «decadencia del derecho», estas dos expresiones, tomadas del decano Carbonnier, podrían constituir la trama de nuestro pensamiento, en «aquellas zonas indecisas que la sociología aprecia, en las que derecho, moral, costumbres, derecho y no-derecho, todo se mezcla y se desvanece»⁶. El derecho tradicional, comprendido como aquel que dispone de mecanismos para el uso de la fuerza, es un cuerpo de leyes y de preceptos promulgados por un poder. Dicho poder puede ser el de Dios, aplicado directamente, por ejemplo, de acuerdo con los Diez Mandamientos, la *charia* islámica o por intermedio de un soberano terrenal (el rey). Nos encontramos así en presencia de un derecho concretizado en fórmulas, que proviene «de arriba», del cual el juez, ratificándose como representante del poder real, es sumo sacerdote.

La concepción laica pretende, al contrario, que el derecho refleja la voluntad general del pueblo: viene desde abajo y el juez no es más que la boca que pronuncia las palabras de la ley. El derecho aparece no como una colección de prescripciones arbitrarias, sino como un sistema organizado y coherente, como una red compleja de jerarquía enmarañada, aunque ciertamente guiada por valores en la elección de sus imperativos.

6 Carbonnier, 2001.

El derecho comparado utiliza un criterio de clasificación basado en la naturaleza de las fuentes; por lo general, distingue los países de derecho escrito, los países de la costumbre (deberíamos decir de derecho judicial) y los derechos mixtos, entre los cuales figuran los derechos religiosos basados sobre los libros santos, aunque esta distinción no sea realmente satisfactoria. Sin embargo, la mayoría de los autores reagrupan al derecho occidental en dos sistemas principales, el *Common law* y el romano germánico.

A. Dos grandes sistemas de derecho occidental

Entre los dos sistemas existe no solo una complicada relación, sino también una competencia constante.

1. *Common law*

La *Common law* se desarrolló en Inglaterra, principalmente en el ámbito comercial. Es un derecho de profesionales de la justicia sin formación teórica previa que se extendió a los países de habla inglesa, en particular a los Estados Unidos.

En este sistema, el derecho se basa en reglas creadas por los tribunales. El derecho natural y la codificación tienen una influencia secundaria, ya que se trata de un derecho judicial caracterizado por la superposición de reglas de fondo y de procedimiento. Las reglas de derecho carecen de carácter general y son el resultado de decisiones tomadas por los tribunales superiores, que se pronuncian de caso en caso. Es un derecho esencialmente jurisprudencial en tanto la ley ocupa un lugar secundario, no se distingue entre derecho público y derecho privado, ni entre las diversas ramas tradicionales del derecho (derecho civil, derecho administrativo, derecho comercial, etcétera). La *Common law* cuenta con clasificaciones propias que dificultan su comprensión a un jurista procedente del sistema romano germánico.

La *Common law* es completada por la *equity*, un sistema que fue desarrollado para hacer frente a las deficiencias del método casuístico. Esta palabra, no obstante, es un *faux ami*: la *equity* inglesa no equivale al término francés *équité* (equidad)⁷.

7 El respeto del contexto específico implica que se tomen en cuenta las especificidades del lenguaje jurídico y que se tengan presentes las dificultades de la traducción, ya que el pensamiento jurídico a veces comporta conceptos intraducibles. Así, un término legal angloamericano que parece muy cercano a la terminología jurídica francesa no tendrá necesariamente el mismo significado que su homónimo. Al gran comparatista René David se le solicitó que redactara el Código Civil de Etiopía. Él había previsto, en derecho de familia, que la mujer divorciada fuera trasladada a un «hogar» [*foyer* en francés, que también significa «fogón»] en caso de que su cónyuge representara un peligro para ella. El traductor etíope se puso en contacto con él para

En derecho francés este término tiene varios significados, pero esencialmente (art. 1135 CC francés) se refiere a las atenuaciones o modificaciones aportadas al derecho en consideración de circunstancias particulares.

2. Derecho romano germánico

Derivado de la tradición jurídica romana, transmitido y formado por la Germania después de la caída del Imperio Romano, profundamente marcado por la Iglesia Católica, en particular en materia penal, ocupa un papel destacado y se caracteriza por ser un derecho escrito y esencialmente de carácter legislativo. Emplea conceptos abstractos relacionados con cuestiones de justicia y moralidad, formula sus reglas de manera general, distingue las «reglas de fondo» y las «reglas de procedimiento», el «derecho público» y el «derecho privado», así como diferentes ramas de estos dos derechos (derecho constitucional, derecho administrativo, derecho internacional público, derecho penal, derecho civil, derecho comercial, etcétera). La «regla de derecho» no es solo la manera de aportar la solución a un caso concreto, sino también, gracias a este esfuerzo de sistematización, una norma general de conducta.

En los países de tradición jurídica romano germánica, el derecho es considerado como una ciencia, a diferencia del método casuístico del *Common law*, que es considerado como poco científico por los juristas romano germánicos, quienes antes que nada buscan la solución a los problemas de derecho en la ley o en los reglamentos y consideran las otras fuentes, como la costumbre, la jurisprudencia, de menor importancia.

El derecho romano germánico aún predomina en los países de Europa occidental, habiéndose expandido igualmente hacia países de América Latina, gran parte de África, países de Oriente Medio, Japón e Indonesia gracias a la colonización y también a las facilidades brindadas por la técnica de codificación.

B. Derechos mixtos

Los «derechos mixtos» se caracterizan por la superposición o yuxtaposición de normas derivadas de sistemas provenientes de diferentes familias. Esta situación es bastante común. Dentro de la UE, Italia se ha visto afectada por diversas

preguntarle por qué quería quemar a la pobre mujer, conforme se aprecia en Carbonnier, 2001. En el mismo orden de ideas, el discurso inaugural de la UNESCO, de Louis Aragon, llevaba el título francés «La culture et le peuple», el cual fue traducido al inglés como «Culture and the people» y, finalmente, fue derivado al inglés americano como «Mass culture». Finalmente, fue retraducida al francés como «Culture des masses» («Cultura de la masas»), antes de ser publicada en 1947 como «Les élites contre la culture» [«Las élites contra la cultura»].

influencias (alemana, francesa, suiza y, más recientemente, por el *Common Law* en derecho penal) al igual que Grecia, donde el Código de Comercio es de influencia francesa, pero el Código Civil está marcado por la influencia alemana. El derecho holandés, por otro lado, pretende ser un código de derecho europeo basado en una gran labor de derecho comparado y se niega a ser incorporado a un sistema.

Los países de África, del Medio Oriente y de Asia con frecuencia toman algunas de las instituciones y reglas de los derechos romanistas y del *Common law* (por ejemplo, Sudáfrica, Israel y Japón), pero su percepción del derecho puede ser completamente diferente, pues a menudo el concepto mismo de derecho es rechazado y las relaciones sociales son reglamentadas al margen suyo. No conciben el derecho como un modo de regulación, sino al contrario, como un concepto bárbaro. Consideran que los comportamientos se deben regular no por temor al castigo, sino por el sentido del deber.

La gran mayoría de los países en los que la religión principal es el Islam no están regidos exclusivamente por el derecho musulmán. Ningún Estado se basa solo en la ley islámica para regular la totalidad de las relaciones jurídicas. Así, en el derecho marroquí coexisten normas sobre el estatuto personal (el derecho de familia) basadas en el derecho musulmán, mientras que el derecho de obligaciones es muy cercano al derecho francés.

No existe un sistema jurídico puro. Todo derecho nacional contiene un componente multicultural. El «multiculturalismo» debe interpretarse en sentido amplio, en la medida en que la diversidad que debe considerarse no es solo relativa a la población, también se le comprende como la mezcla de diferentes culturas jurídicas. Suiza, por ejemplo, ya es portadora de una tradición multicultural —antes que nada, la de los cuatro idiomas nacionales—.

IV. ¿DERECHO MULTICULTURAL POR NATURALEZA O MEZCLA DE DERECHOS RIVALES?

La construcción de Europa, en especial aquella que emana del Consejo de Europa más que de la Unión Europea, ya representa en sí un multiculturalismo. Se trata de una forma de gobierno por delegación. Hace todavía medio siglo, el derecho emanaba del Estado soberano, en su mayoría del legislador, expresando así la voluntad nacional, grabada en la jerarquía de las normas. Hoy en día, esta situación idílica se ve seriamente amenazada por la reducción cada vez más significativa del perímetro del Estado, en doble sentido: por un lado, debido a la internacionalización de las reglas del derecho y la incorporación de sistemas no jurídicos como la moral; por otro, a causa del importante resurgimiento de las fuentes no escritas.

Norbert Rouland observa con bastante pertinencia que el sistema romano germánico ha sido considerablemente marcado por la doctrina de Kelsen sobre la jerarquía de las normas: ensamblaje de las normas jurídicas basado en una jerarquía proveniente de las leyes superiores, en la que una norma inferior no puede contradecir una norma superior. Esto lleva a encomendar al Estado la producción de las normas jurídicas e impide, por consiguiente, cualquier manifestación de autonomía jurídica por parte de los grupos aculturados, así como los procesos de fragmentación o disgregación. Para el positivismo kelseniano, «despojar al derecho de sus fundamentos ideológicos y morales, reduciéndolo a una mera técnica de regulación, una simple técnica al servicio del Estado laico» es, de cierta manera, el imperio de la ley que se manifiesta en el derecho.

Este grandioso edificio se ha derrumbado en un multiculturalismo jurídico interactivo, compuesto por intercambios recíprocos, influencias contradictorias, colisiones jurídicas, donde los jueces, divididos entre lealtades múltiples, se ven investidos de la nueva función de la coherencia o, en realidad, de una función normativa que hace falta al sistema. Según esta concepción, el Estado ha perdido el control del derecho en medio de un caos jurídico, con un derecho positivo acorralado en sus trincheras y derechos fluidos de origen interno o externo que se infiltran, volviendo ilusorio cualquier tipo de proteccionismo jurídico.

A. Irrupción de la coalición de la supra legalidad

En Francia, el «bloque de constitucionalidad» comprende la Constitución francesa de 1958, el preámbulo de la Constitución francesa de 1946, la DDHC de 1789, la Carta del Medio Ambiente (desde el 1 de marzo de 2005) y, por último, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. Esta expresión refleja el hecho de que todas estas disposiciones son teóricamente del mismo nivel en la jerarquía de las normas. El Consejo Constitucional utiliza este dispositivo heteróclito para arrogarse el control general de la elaboración/creación del derecho, incluidos el derecho penal y el procedimiento penal.

Tradicionalmente, el bloque de la supra legalidad está constituido por:

- Leyes orgánicas (que precisan la organización de los poderes públicos).
- El derecho internacional, los tratados y las convenciones internacionales.
- El derecho comunitario, el Tratado de Roma y sus sucedáneos, y el derecho derivado, las directivas y reglamentos para los veintisiete estados miembros de la UE.
- El derecho de los derechos humanos, derivado de la CEDH y, sobre todo, de la jurisprudencia del TEDH para los 47 estados del Consejo de Europa.

Los tratados forman un derecho obligatorio para los estados y, en teoría, son superiores al derecho interno; normalmente no se benefician del efecto directo, deben ser recibidos por el derecho interno a través de la ratificación. «La supremacía conferida por el art. 55 Const. francesa a los acuerdos internacionales no se aplica en el orden interno a las disposiciones de naturaleza constitucional», recuerda el Consejo de Estado⁸, puesto en aprietos por la bomba constitucional que representa el art. 55, que muy imprudentemente somete el derecho nacional al derecho internacional. Dado que la Constitución se considera superior al derecho internacional, un derecho cada vez más acaparador, se han producido tensiones legales; sin embargo, son la aplicabilidad directa del derecho comunitario y la más compleja aún del derecho de los derechos humanos, las que engendran problemas, ya que Europa es ante todo una construcción jurídica realizada por diplomáticos.

Cabe también evocar el sorprendente y enigmático art. 88 Const. francesa según el cual «la República podrá celebrar acuerdos con Estados que deseen asociarse a ella en el desarrollo de sus civilizaciones». En este artículo se basa el movimiento de anexión de la Bélgica valona a Francia, que se convertiría en una colectividad territorial anexada a Francia, al igual que la Polinesia.

1. Derecho comunitario

El derecho comunitario prevalece sobre las normas internas, a excepción de la Constitución. Tiene un efecto inmediato y sus disposiciones tienen en principio efecto directo, lo que significa que pueden ser directamente invocadas por los particulares y las empresas ante el juez francés, pero las directivas europeas deben ser previamente transpuestas por el legislador nacional.

Si bien, a inicios de la construcción europea, el derecho francés desempeñó un papel preponderante, siendo los seis países fundadores de tradición romano germánica; la llegada, más adelante, de Gran Bretaña introdujo la *Common Law* que hoy en día impregna todo el derecho comunitario. Vemos aquí una vez más que el derecho, en su calidad de transmisor de valores, es una cuestión cultural de primera importancia.

El art. 226 del Tratado de Roma establece, por ejemplo, que la Comisión puede iniciar un procedimiento contra un Estado miembro si le parece que este ha adoptado disposiciones legislativas o reglamentarias contrarias al derecho comunitario, de modo que en 2006 inició 2518 procedimientos de infracción —como casi todos los años— y recibió 1049 denuncias.

8 Asamblea del Consejo de Estado, del 30 de octubre de 1998.

La CJCE⁹ estableció, a partir de 1978, el principio de la primacía de las normas comunitarias originales o derivadas sobre toda norma de derecho interno, incluidas las constituciones nacionales; a esto se opone el Consejo Constitucional, el cual estimó, en una decisión del 10 de junio de 2004, que «la transposición a la legislación nacional de una directiva comunitaria resulta de una exigencia constitucional que no se puede derogar, salvo en virtud de una disposición expresa contraria de la Constitución». El Consejo estima también que exige una revisión de la Constitución cualquier disposición de un tratado «que, en un ámbito inherente al ejercicio de la soberanía nacional, pero ya sometido a la competencia de la Unión o de la Comunidad, modifica las reglas de decisión aplicables, ya sea reemplazando la regla de la mayoría cualificada a la de la unanimidad en el Consejo, privando así a Francia de todo poder de oposición, o confiriendo poder de decisión al Parlamento europeo, el cual no es la emanación de la soberanía nacional, o privando a Francia de todo poder de iniciativa»¹⁰.

Hubo que esperar hasta 1989¹¹ para que el Consejo de Estado, en su resolución sobre el caso *Nicolo*, aceptara la supremacía absoluta de las normas europeas, cuando el Tribunal de Casación ya la reconocía desde 1975¹². El Consejo de Estado luego amplió la jurisprudencia *Nicolo* al derecho comunitario —derivado sobre las leyes internas—: en primer lugar, de los reglamentos comunitarios¹³; más adelante, de las directivas comunitarias¹⁴.

Sería un error relegar el derecho comunitario a un mero derecho comercial europeo. El decreto CJCE, del 13 de septiembre de 2005, anuló una decisión marco adoptada por el Consejo Europeo, del 27 de enero de 2003, sobre la protección del medio ambiente por el derecho penal, alegando que su finalidad y su contenido están sometidos a la competencia de la Comisión europea. De otro lado, mediante un segundo decreto del 23 de octubre de 2007, anuló otra decisión marco por las mismas razones, el 12 de julio de 2005.

El Tribunal de Luxemburgo reconoce que «en principio, la legislación penal, así como las normas de procedimiento penal no son competencia de la Comunidad»¹⁵. Pero, acto seguido, aprovecha para recalcar, en su párrafo de consideraciones

9 Caso *Simmmenthal*, de la CJCE, del 9 de marzo de 1978.

10 Decisión del Consejo Constitucional, del 19 de noviembre de 2004, N° 2004-505 DC.

11 Caso *Nicolo*, Consejo de Estado, del 20 de octubre de 1989, p. 190.

12 Caso *J. Vabres*, de la Cámara Mixta, del 24 de mayo de 1975. *Boletín Civil*, 4.

13 Caso *Boisdet*, Consejo de Estado, del 24 de septiembre de 1990, Colección Lebon, p. 250.

14 Caso *S.A. Rothmans International France*, Consejo de Estado, del 28 de febrero de 1992, Colección Lebon, p. 80.

15 Caso *Casati*, de la CJCE, del 11 de noviembre de 1981. Así también, Sentencia *Lemmens*, de la CJCE, del 16 de junio de 1998.

de principio, que «esta última constatación no impide al legislador comunitario —cuando la aplicación de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasivas por parte de las autoridades nacionales competentes es una medida esencial para luchar contra los graves perjuicios al medio ambiente— tomar medidas en relación con el derecho penal de los Estados miembros y que considere necesarias para garantizar la plena eficacia de las normas que dicte en materia de protección del medio ambiente».

El Tratado de Roma, del 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Europea, e incluso el Acta Única Europea, de febrero de 1986, se limitan por lo esencial al ámbito económico fiscal y aduanero sin considerar el ámbito penal; no obstante, las instancias europeas han establecido un importante sistema de cooperación integrado en el procedimiento penal y el derecho penal (la UCLAF, convertida en la OLAF, Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, el Grupo de Trevi, el GAFI, el sistema Schengen, etcétera).

El Tratado de Maastricht, del 7 de febrero de 1992, incluye por primera vez «disposiciones sobre la cooperación en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior», cooperación intergubernamental en asuntos de interés común, el famoso tercer pilar, con la creación de la Europol en 1995 y varias convenciones, particularmente para lucha contra la criminalidad organizada, que compiten en su campo con el Consejo de Europa. Este tratado prevé un art. 128, según el cual «la comunidad contribuye al pleno desarrollo de las culturas de los Estados miembros, respetando su diversidad nacional y regional, poniendo al mismo tiempo en evidencia el patrimonio común». Poco después, la conferencia general de la UNESCO, en octubre de 2001, hace de la diversidad cultural un «patrimonio universal de la humanidad», proclamando paradójicamente, al mismo tiempo, los derechos universales.

El Tratado de Ámsterdam, del 2 de octubre de 1997, crea un «espacio de libertad, seguridad y justicia» reglamentado por decisiones marco del consejo de ministros que son vinculantes para los estados con respecto a los objetivos, pero los deja libres en lo que concierne a los medios para concretizarlos. El objetivo es construir un espacio judicial de reconocimiento mutuo por equivalencia, incluido en el ámbito penal, mediante la creación de Eurojust (Unidad de Cooperación Judicial de la Unión Europea) para la previsión de la orden de detención europea y, asimismo, la represión de la falsificación del euro —un *euro-delito*—, de la pedo pornografía, el tráfico de drogas, el terrorismo, el blanqueo de dinero y el estatuto de las víctimas. Lo mismo sucede con la política de inmigración, ahora objeto de regulación de la Comunidad Europea, derivada de la Directiva N° 2003/86, del 22 de septiembre de 2003, relativa a la reagrupación familiar, consagrada por el CJCE como derecho fundamental al respeto de la vida familiar. Según dicha directiva,

este último derecho no es un derecho absoluto, ya que puede ser regulado por los estados¹⁶.

Se estima que el 80% de la legislación francesa es de origen comunitario y lo que a menudo se considera como legislación nacional solo es la transposición de numerosas directrices que conciernen a casi todas las áreas del derecho privado y del derecho público, incluidos conceptos importados como la proporcionalidad, la seguridad jurídica, el principio «quien contamina paga» —el famoso principio de precaución—.

Con el Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, el edificio europeo, fruto de una construcción paciente, se vio particularmente completado por el fortalecimiento del espacio llamado «de libertad, seguridad y justicia», que abarca gran parte del derecho, incluso penal. Este tratado da fuerza de ley (salvo para el Reino Unido, Polonia y la República Checa) a la Carta de derechos fundamentales, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, y adhiere la Unión Europea a la CEDH, con lo que el derecho comunitario es puesto bajo el control del TEDH.

2. Derecho de los derechos humanos

Desde su creación, el 5 de mayo de 1949, el Consejo de Europa, con más de doscientos tratados y acuerdos hasta la fecha, comenzó a trabajar para construir una identidad jurídica europea con una actividad convencional intensiva en el campo de la cooperación judicial. No obstante, su obra maestra, puesta a la firma en 1950, seguirá siendo la CEDH.

Si bien ninguna gran religión se originó en Europa, en este continente surgió en 1789 un derecho natural intemporal filosófico portador de principios generales superiores, una especie de contra derecho infinito y eterno que prescinde de las tradiciones y de la historia. Este mismo contra derecho representa la fuerza universal del proyecto de la Ilustración del siglo XVIII —formalizado durante los últimos cincuenta años como un compromiso jurídico internacional de aplicación directa y superior al ámbito jurídico interno— y se ha infiltrado en el núcleo mismo del derecho positivo, de las leyes y del poder judicial estatal.

A pesar de esto, cabe observar dos aspectos: esta aparente universalidad, que algunos han llamado «fundamentalismo occidental», concepción etnocentrista e intervencionista del derecho, excluye no obstante a las tres cuartas partes de la humanidad. Ha sido a menudo acusada de ser una ideología occidental que opera sin tomar en consideración la diversidad cultural de otras civilizaciones,

16 Caso *Parlamento Europeo*, de la CJCE, del 27 de junio de 2006.

un «todo para el ego», como dice Regis Debray, un «zombi universal»¹⁷, desencarnado, ajeno a la historia, a la cultura, a todo grupo de pertenencia. Pero la noción de persona jurídica, igualmente abstracta, refleja cada vez con más dificultad y de manera muy imperfecta la diversidad jurídica de cada actor social, que hoy en día debería ser tomado en cuenta en su dimensión individual y colectiva.

Más importante aún, los derechos humanos se reconceptualizan en derechos sociales, económicos y también culturales, con pretensiones igualmente universales, al mismo tiempo que se destacan al menos cuatro regímenes internacionales de derechos humanos —europeo, interamericano, africano e islámico—, ya que todas las culturas tienden a definir los valores fundamentales. De ahí la búsqueda de un común denominador, un estándar mínimo, la irreductibilidad de la dignidad humana sin lugar a dudas, con el riesgo que ello implica para la concepción occidental de los derechos humanos de rechazar como atípicos los derechos colectivos de los pueblos de culturas diferentes, geocéntricas o cosmocéntricas, o de minorías étnicas que preconizan desigualdades y segregaciones en un contexto de creciente interculturalidad.

La CEDH, cuya vocación es la integración con el tiempo de los sistemas de justicia de los 47 países miembros del Consejo de Europa, recurre a una poderosa regulación jurisdiccional para subordinar a sus principios a todos los derechos positivos de los estados miembros, pero también desde el marco de la soberanía de los estados, porque los derechos humanos han dejado de ser simplemente declaratorios para convertirse en normativos. Por consiguiente, la temática de los derechos merece una reflexión sobre el nivel de interpretación y aplicación, ya que en esta temática no es la ley la que funda el derecho, sino un derecho natural interpretado el que funda la ley. Nos encontramos lejos de la época en la que la ley era considerada como la única fuente del derecho.

La CEDH, en sus arts. 10 y 11 —derecho multicultural, o incluso pluricultural— garantiza no solo a los nacionales del Estado en cuestión, sino a toda persona, el derecho a la libertad de expresión, de reunión pacífica y de asociación. El art. 14 CEDH especifica además que el goce de estos derechos no hace distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación¹⁸.

17 Darmon, 2002.

18 Comparar con el art. 10 de la DDHC: «Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, a condición de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley».

Sin embargo, se estipula en el art. 16 CEDH que ninguna de las disposiciones de los arts. 10, 11 y 14 de la CEDH deben considerarse como una prohibición para las Altas Partes Contratantes de imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros. El goce de los derechos es objeto, en la mayoría de los estados miembros, de una serie de restricciones que corresponden principalmente a ciertas excepciones permitidas por la Convención; restricciones necesarias como la seguridad nacional o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del crimen, la protección de la salud o también la protección de los derechos y las libertades de los demás.

La redacción de la Carta de los derechos humanos de la Unión Europea, firmada en Niza el 7 de diciembre de 2000, dio lugar a serias dificultades en relación con el preámbulo del proyecto que mencionaba el «patrimonio cultural, humanista y religioso», y que se convirtió en «conscientes de su patrimonio espiritual y moral». La cuestión de la identidad fue así planteada nuevamente, mas no resuelta.

Seguida de esta proliferación de un derecho supranacional de diplomáticos ejecutado por jueces internacionales cuya jurisprudencia es omnipotente, asistimos a un resurgimiento de las fuentes no escritas del derecho interno, que también provienen de un derecho desnacionalizado y judicializado, cuyas estructuras de producción aumentan sin cesar, lo cual da la impresión de un derecho positivo en crisis que ha perdido el dominio de sus fuentes. Un primer ejemplo nos viene dado por los principios generales que, en otro tiempo, constituían las fuentes primarias y ahora vuelven a ocupar el terreno del derecho en contrapunto con el debilitamiento de la legislación interna. Otro ejemplo es proporcionado por el impresionante retorno de la costumbre, pero esta vez en un contexto más amplio, el de un derecho a prueba del comunitarismo.

B. Evolución de los principios generales, fundamentales y rectores¹⁹

Su desarrollo, sin figurar en documentos escritos o en textos imprecisos y generales como las declaraciones de derecho, los preámbulos constitucionales o aún la CEDH, denota el debilitamiento de la ley, a la que ahora se exige más la apertura de espacios de libertad que el establecimiento de restricciones y límites.

19 Esta parte reproduce básicamente nuestra contribución al libro homenaje realizado en honor de Jean Pradel; véase, Casorla, 2006.

1. Principios fundamentales

Por naturaleza, estos principios no son ni antiguos, ni racionales, de ahí la necesidad de «canonizarlos», de proclamarlos mediante un acto solemne (declaración de derechos, convenciones internacionales, etcétera) para conferirles un carácter de transversalidad y universalidad, y a través de una ley nacional, constitucional o no, para darles fuerza vinculante directa. Esto hace posible que principios procedentes «de otros lugares» sean transcritos en derecho interno²⁰.

En primer lugar, evitemos el problema semántico puesto de relieve por la labor de la Misión de Derecho y Justicia²¹, que acertadamente resalta «el carácter heterogéneo de los contenidos de los principios fundamentales reconocidos por los diferentes tribunales supremos, lo cual contradice la hipótesis de un reconocimiento común de normas pretendidamente superiores».

Provenientes del sistema de los principios generales del derecho, los principios fundamentales fueron «descubiertos» en derecho interno por el Consejo Constitucional, ya que la mayoría de ellos ya lo habían sido por el Tribunal de Casación que, en todos los ámbitos, se refería regularmente a ellos²². Estos representan, sin discusión, un valor superior a la ley, ubicados en la cima de las normas jurídicas, algunas veces como principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (sin lugar a dudas sucesores de las antiguas leyes fundamentales del Reino), otras como principios con valor constitucional basados en todo momento en la DUDH, retomada por los preámbulos de las constituciones francesas de 1946 y 1958. Podemos citar entre ellos, por ejemplo, el principio de la igualdad, el principio de proporcionalidad, el principio de la dignidad de la persona humana, el principio del respeto de los derechos de la defensa²³, el principio de la inviolabilidad del domicilio, el doble grado de jurisdicción, etcétera.

20 El artículo preliminar del CPP francés, que es esencialmente una fiel transcripción de la CEDH.

21 www.gip-recherche-justice.fr

22 CCiv. del 7 de mayo de 1928, S 1928, p. 1 y p. 93; CSoc. del 29 de marzo de 1973, *Boletín Civil*, V, 208; CCiv. 2.º del 10 de mayo de 1989, *Boletín Civil*, II, 105; CCrim. del 28 de enero de 1992, *Boletín Criminal*, 31.

23 Consejo Constitucional del 2 de febrero de 1995, afirmando que «el principio del respeto de los derechos de la defensa constituye uno de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República». El Consejo deduce de este principio otros principios corolarios que no sabemos si deben ser considerados fundamentales: «esto implica, en particular en el ámbito penal, la existencia de un procedimiento justo y equitativo que garantiza el equilibrio de los derechos de las partes»; también que «la separación entre las autoridades encargadas de la acción penal pública y las autoridades de juzgamiento contribuye a la salvaguardia de la libertad individual», en J.O. del 7 de febrero, p. 2097. En el mismo sentido, la Asamblea Plenaria del 30 de junio de 1995 (Colección Dalloz, 1995, p. 512), en el cual la Tribunal de Casación afirma a su vez que «la defensa constituye para cualquier persona un derecho fundamental de carácter

Estos principios se basan en «una apreciación emocional, moral, ideológica o política previa»²⁴. Son forzosamente directivos y, más que generales, son en principio universales debido a su carácter fundamental. Los principios directrices, de la misma manera que los principios fundamentales con los que a menudo se los confunde, son proclamados prácticamente como derechos «naturales, inalienables y sagrados»²⁵ a los que el procedimiento debe someterse.

2. Principios rectores

La noción de principio rector es utilizada con bastante frecuencia por las instancias europeas, y los ejemplos abundan, pero es en el procedimiento penal donde la noción de principio rector se vuelve más compleja²⁶. Desde la entrada en vigor de la ley del 15 de junio de 2000, los principios rectores del proceso penal, principios activos no jerarquizados, puestos en red e interdependientes, figuran en el artículo preliminar del CPP francés. Recordemos que este artículo consta de tres partes de desigual importancia.

La primera recuerda que el procedimiento penal es equitativo y contradictorio, que preserva el equilibrio de las partes, garantiza la separación de la autoridad de persecución de la autoridad de juicio²⁷ y la igualdad de trato para las personas que se encuentran en condiciones similares y que son procesadas por los mismos delitos. La segunda parte, muy breve, establece que la autoridad judicial garantiza la información y los derechos de las víctimas durante toda la duración del procedimiento penal. La tercera parte estatuye, en beneficio de las personas sospechosas o procesadas, los principios como la presunción de inocencia, el derecho a ser informado de los cargos, el derecho a la defensa, la necesidad y la proporcionalidad de la coerción, la garantía judicial, el plazo razonable²⁸ y el derecho a un doble grado de jurisdicción.

Estas normas ya están contenidas en los arts. 5 y 6 de la CEDH y son directamente aplicables por el juez nacional, quien es llamado cada vez con

constitucional». Véase también, Consejo de Estado, del 11 de octubre de 1979 (Colección Dalloz, 1979, p. 606), que prefiere hablar del principio del «contradictorio».

24 Champeil-Desplats, 1995.

25 Retomando la expresión de la DDHC.

26 Véase los trabajos comparatistas del Coloquio «Principios rectores de política criminal para Europa», en *RSC*, 1983, p. 23.

27 La autoridad de instrucción es así asimilada a la autoridad de persecución. Sobre la problemática conservación del juez de instrucción, véase el penetrante estudio de De Smet, 1996, p. 417.

28 Noción que se prefirió a la celeridad del procedimiento, que no era más que un concepto sustituto.

más frecuencia a pronunciarse sobre controles de convencionalidad en materia penal. Estos artículos además ya son reconocidos, en su mayoría, como principios generales por el Tribunal de Casación y el Consejo de Estado, y otros como principios fundamentales por el Consejo Constitucional. Esta repetición es voluntaria y pretende trazar claramente la única vía que el juez está autorizado a seguir.

Sin embargo, la fuerza jurídica de los principios rectores derivados de la CEDH varía en función del país: supra constitucionales en los Países Bajos; constitucionales en Suiza y Austria; supra legislativos en Bélgica, España, Francia, Grecia y Portugal; legislativos en Italia, Alemania y Turquía; sin olvidar que no son de aplicación directa en el Reino Unido, Irlanda, Suecia, Islandia y Noruega.

Algunos de los principios enunciados por el artículo preliminar entran inevitablemente en conflicto con los principios generales del derecho nacional. Al ser resultado principalmente de la expansión del principio central de la contradicción, principios tan vagos como dignos de recelo como el juicio justo, el plazo razonable, el equilibrio de las partes (en realidad, la igualdad de armas), la necesidad y proporcionalidad de la coerción, entre otros, no tardaron en causar la implosión de la totalidad del procedimiento penal francés, junto con un proceso de envejecimiento acelerado, forzando ya sea a la Corte de Casación a hacer marcha atrás bajo la presión o al legislador a intervenir. Los ejemplos a este respecto abundan, casi todos proceden del principio rector de igualdad de armas, el cual no figura ni en la CEDH ni en el artículo preliminar del CPP francés²⁹.

Nótese que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo tampoco duda en proclamar «principios generales del derecho comunitario, entre los cuales se encuentran los principios de proporcionalidad, seguridad jurídica y confianza legítima»³⁰. Mejor aún, compitiendo con el TEDH, sin duda dentro de los límites de aplicación del derecho comunitario, la Corte de justicia aplica la CEDH indicando que «en virtud de una jurisprudencia constante, los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto está garantizado por el Tribunal»³¹.

29 Si el TEDH hace uso frecuente de la igualdad de armas, el Tribunal de Casación, que a veces incurre en la misma dirección (CCrim. del 6 de mayo de 1997, JCP 1998, II, p. 10056), prefiere evocar el principio de juicio equitativo, que no es exactamente lo mismo.

30 Caso *Karlsson*, de la CJCE, del 13 de abril de 2000, en Colección CJCE, 2000, p. 2737; JCP Europa, 2004, p. 10.

31 Caso *Annibaldi*, de la CJCE, del 18 de diciembre de 1997, pp. 309-396.

V. EL DERECHO PUESTO A LA PRUEBA DEL COMUNITARISMO: ¿COLISIÓN DE DERECHOS?

El concepto sociológico, no jurídico, de multiculturalismo proviene de Canadá y de los Estados Unidos, estados federados, países tradicionales de inmigración, heterogéneos, multiétnicos y multilingües. Es una noción que no se armoniza bien con el derecho romano germánico de los países de la vieja Europa, en la constitución de los cuales no intervino la inmigración transcontinental.

El multiculturalismo aflora en el derecho cuando este se convierte en comunitarista; es decir, cuando el Estado no constituye más el marco de los individuos, sino de grupos en los que se anidan las solidaridades más pronunciadas y los valores comunes, de manera que se debe legislar para (o en contra de) los grupos, paralelamente a los derechos individuales, lo que fragiliza el principio de igualdad.

El derecho penal pasa a ser así la última programación de los valores aún comunes, cuando las comunidades están condenadas a entrar en conflicto y se forman fronteras internas. El *acomodamiento razonable*, antigua noción jurídica canadiense acusada a veces de ser una *actitud de postración*, permite a la justicia canadiense acordar sucesivamente la autorización de llevar el *kirpan* (daga sikh) a la escuela³² y el *burka*, que cubre integralmente el rostro, durante el proceso de votación; la dispensa para los motociclistas sikh³³ de llevar el casco de seguridad, a favor del turbante y la autorización de llevar el turbante para los miembros sikhs de la gendarmería real.

¿Cómo proceder entonces para conciliar la exigencia universalista con la sociedad multicultural, los diversos espacios culturales que pretenden ser espacios de derecho? Se pone así a prueba el derecho y su capacidad de gestionar el pluralismo (incluso antes de que el vínculo social sea cuestionado), su aptitud para jugar el papel de factor de inclusión y para neutralizar las amenazas que pesan sobre el vínculo social, ya que el comunitarismo puede constituir un cambio de sistema referencial.

El humanismo de la Ilustración y su sucedáneo de los derechos humanos conducen, con Kant, a construir la identidad no en relación a la tradición y la memoria, sino de los principios que constituyen la libertad de los miembros de una sociedad, la sumisión de todos a una legislación común y única, y la igualdad de todos en su calidad de ciudadanos. Sin embargo, si bien este cimiento común es absolutamente necesario, se encuentra en aprietos frente a sistemas de valores

32 Pero dentro de una vaina de madera, colocada al interior de un estuche bordado.

33 Decisión que será anulada por el Tribunal Supremo.

y comportamientos diferenciados, recibidos o impuestos, por afiliaciones culturales que se expresan o reivindican a través de signos externos como vestimentas, insignias, símbolos, rituales, etcétera. El derecho ya no se limita, por consiguiente, a normas generales e impersonales, sino que también incluye la consideración de conductas y comportamientos.

La teoría de primacía de la comunidad sobre el individuo predica que esta debe, según los comunitaristas, ser erigida en sujeto de derecho, siendo el individuo consustancialmente definido por los valores de su grupo, contexto que le permite ejercer su libertad. Tal concepción desafía la neutralidad de las instituciones públicas cuando el Estado decide imponer políticas basándose en una cultura, una tradición o una religión. Así, vemos el comienzo de un retorno de la esfera privada en la esfera pública cuando creíamos haber relegado la religión, sobre todo, a la esfera privada. El término «sociedad multicultural» designa a una sociedad plural, marcada por la diversidad³⁴ de los grupos que la componen y que reclaman no perder su identidad. Tradicionalmente, dos concepciones se oponen a este respecto, la tradición asimilacionista francesa y la concepción pluralista anglosajona, la cual aspira a la unidad nacional y la cohesión social a través de la inclusión de la diversidad donde las identidades culturales y las costumbres no solo son toleradas, sino a veces incluso públicamente reconocidas e institucionalizadas. Cabe indicar que dichas costumbres, algunas evidentemente contrarias al orden público francés, también existen en la tradición francesa.

A. Retorno de una fuente de derecho interno: la costumbre

La «costumbre» es una regla procedente de un uso prolongado y está respaldada por la creencia de que es obligatoria. En comparación al *Common law*, su papel es de menor importancia para el derecho romano germánico, en el que prima la referencia a la voluntad de las autoridades estatales. El Estado es el único juez de su normatividad, ya que admitir otra fuente de normatividad del derecho equivaldría a negar el orden constitucional mediante la eliminación del monopolio de la creación del derecho, que es consubstancial a la soberanía interna. Si bien los conflictos entre el derecho estatal y las costumbres no son nada nuevos en nuestra historia jurídica, es así como ciertas costumbres se han convertido en reglas de derecho, incluso en principios de derecho, en particular a través de refranes antiguos; mientras que otras, en cambio, han sido abandonadas.

³⁴ Esta palabra se convirtió en el equivalente en Francia de los acomodamientos razonables canadienses. Al respecto, Lebouc, 2007.

El lugar que ocupa la costumbre en derecho penal es muy limitado debido al principio de legalidad de los delitos y las penas. Un raro ejemplo es la tolerancia a los combates entre animales (por ejemplo, la corrida de toros en el suroeste, las peleas de gallos en las Antillas), que solo perdura en los departamentos en los que se practica tal costumbre.

El derecho constitucional francés distingue claramente entre la esfera pública neutra y «laica», lugar de expresión de los valores comunes, y la esfera privada, donde las personas pueden expresar sus diferencias. El resurgimiento, junto con el debilitamiento del Estado, de culturas regionales, en particular en tierras lejanas pluriculturales, ya plantea un primer problema al proceso unificador e integracionista. Francia cuenta con dos instrumentos jurídicos que son la base de su modelo tradicional de asimilación de extranjeros: la Ley del 9 de diciembre de 1905 sobre la separación de Iglesia y el Estado, en virtud de la cual Francia no reconoce ningún culto; y el art. 1 Const. francesa de 1958, que no podría ser más claro: «Francia es una república indivisible, laica, democrática y social [...]. El idioma de la República es el francés»³⁵. Por otra parte, Francia ha formulado una reserva al art. 27 PIDCP según la cual «en los Estados donde hay minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, las personas pertenecientes a esas minorías no pueden ser privadas del derecho de tener, en comunidad con los otros miembros de su grupo, su propia vida cultural, de profesar y practicar su propia religión, o de emplear su propio idioma».

Sin embargo, mientras existen diversidades religiosas y lingüísticas (75 idiomas censados en Francia), el Consejo Constitucional ha decretado inconstitucionales varias disposiciones de la Carta Europea de las lenguas regionales y minoritarias, firmada por Francia en mayo de 1999, entre las que se incluye en particular «un derecho inalienable» a la práctica y la enseñanza de estas lenguas, recordando al mismo tiempo que los «principios fundamentales (indivisibilidad de la República, igualdad ante la ley, unicidad del pueblo francés) se oponen al reconocimiento de derechos colectivos de cualquier otro grupo, definido por una comunidad de origen, de cultura, de idioma o de religión»³⁶. Se trata, por lo tanto, de una referencia clara a la esfera privada, salvo el art. 75-1 Const. francesa —nacido de una enmienda parlamentaria a la reforma constitucional del 4 de febrero de 2008 (la vigésima enmienda desde 1958)—, en el que curiosamente se declara que «las lenguas regionales son parte del patrimonio de Francia». Queda la cuestión aún no resuelta de los idiomas de las minorías.

35 El principio de la laicidad se convirtió, con la Constitución francesa de 1946, en un principio constitucional.

36 Consejo constitucional del 15 de junio 1999, Colección Dalloz, 1999, p. 598. Francia, al igual que muchos países europeos, no ha ratificado la Carta.

La Constitución, sin embargo, contiene un art. 75, primer elemento perturbador, que históricamente se explica por la existencia en esa época de la Argelia francesa: «Los ciudadanos de la República que no tienen el estatuto civil de derecho común [...] conservan su estatuto personal, mientras no hayan renunciado a él».

Como sabemos, la percepción y la faz que presenta la justicia varían según el marco cultural, antropológico o geográfico en el que se aplique. Esta constatación no solo se impone en el contexto de una comparación transfronteriza, sino que la justicia dictada por la magistratura francesa puede variar extremadamente entre la Francia metropolitana y la ultramarina.

Los territorios franceses de ultramar, como la Polinesia, Nueva Caledonia y Mayotte (que desde 2003 son en principio colectividades de ultramar), son en principio romanistas, pero se puede observar la supervivencia de antiguas costumbres, polinesiana en materia de estatuto personal y de derecho de la tierra, kanak y maorí en materia de estatuto personal.

En el caso de Nueva Caledonia, se mantiene una costumbre basada en un privilegio de la masculinidad y un principio de primacía del clan sobre el individuo, dos conceptos difícilmente conciliables con los ideales occidentales de libertad e igualdad en tanto implican la imposibilidad del divorcio y la necesidad del acuerdo de los dos clanes para la disolución del matrimonio, la custodia de los hijos sistemáticamente asignada al padre, etcétera. La costumbre es promovida al rango de norma reguladora de las relaciones intercomunitarias.

A falta de «mestizaje de los respectivos valores» de las dos comunidades (el hijo legítimo, natural o adoptado, cuyo padre y madre tienen el estatuto civil consuetudinario), el objetivo es lograr la coexistencia del derecho consuetudinario y del derecho del Estado, dos sistemas jurídicos a veces irreconciliables. El verdadero desafío es el de transponer la evolución posible de la sociedad tradicional en contacto con los valores humanistas, esto sin caer en un etnocentrismo que ofendería a la sociedad autóctona. En una costumbre judicial —una especie de *Common law* a la francesa—, por lo menos en lo que respecta al derecho civil, el juez es el garante de la dualidad jurídica gracias a su búsqueda del equilibrio satisfactorio entre principios que se contradicen. Los tribunales civiles cuentan con «asesores consuetudinarios» con voto deliberativo, a menos de una renuncia expresa de las partes, cada vez que el litigio opone dos personas de estatuto consuetudinario, las que representan un tercio de la población neocaledoniana.

El art. 75 de la Const. francesa excluye, implícitamente, cualquier tentativa de prever un estatuto penal derogatorio, el cual pondría en tela de juicio la igualdad de los ciudadanos ante la ley; además, el principio de unidad del derecho penal fue reafirmado por el Tribunal de Casación en el caso conocido como los

*consuetudinarios de Chepenehe*³⁷. El Tribunal de Apelación de Noumea, en una sentencia del 28 de abril de 2009, recordó que la expulsión de los ocupantes de un terreno, basada en la costumbre kanak, constituye una infracción penal a pesar de que los acusados consideraron su acción legítima con respecto a la costumbre a la que están sometidos³⁸.

Sin embargo, la ley del 13 de junio de 1989 ya había dotado a los tribunales penales de una posibilidad de apertura hacia su entorno cultural, instituyendo asesores representantes de la sociedad civil con la introducción de una nueva institución: «la mediación penal consuetudinaria». Este concepto relanza el debate sobre la admisibilidad de las modalidades comunitarias de resolución de conflictos, subrayando los límites de la capacidad de tolerancia del derecho frente a la ambigüedad del art. 75 Const. francesa, que reconoce a los miembros de la comunidad melanesia el beneficio de la totalidad de los derechos derivados de la nacionalidad francesa que les fue reconocida en 1946, pero sin privarlos con ello, sin su consentimiento expreso, del beneficio de un «estatuto personal» vinculado, aunque no sea dicho expresamente, a la calidad de «pueblo originario».

El art. 75 Const. francesa fue concebido como necesariamente transitorio para acompañar el surgimiento progresivo de los derechos individuales y el declive supuestamente inevitable de las sociedades tradicionales. Si bien es posible, en Nueva Caledonia, que una persona recupere el estatuto consuetudinario abandonando el estatuto de derecho común, esta no es una facultad dejada a la discreción del renunciante. Este procedimiento solo está abierto a la persona de derecho común que vive en la sociedad melanesia y desea tener un estatuto (consuetudinario) en conformidad con su estilo de vida.

Otra importante excepción, aún más interesante: Mayotte cuenta con un «estatuto local de derecho civil»³⁹ de naturaleza islámica o coránica. El elemento religioso es el aspecto central de este estatuto, que incluye al mismo tiempo normas consuetudinarias y normas derivadas del rito Shafii, uno de los cuatro ritos suníes expuestos en el compendio intitulado *Guide des zélés croyants*⁴⁰. Este estatuto concierne solo a los maoríes residentes en Mayotte; es decir, a los franceses considerados originarios de Mayotte, aunque hayan nacido en las Comoras

37 CCrim. del 10 de octubre de 2000, M.00-81.959, Laffargue, 2002, p. 97.

38 JCP Europa, 2009, p. 384.

39 CCiv. 1ª, del 25 de febrero de 1997, JCP Europa, 1997, p. 22968. Con esta decisión, el Tribunal de Casación, mediante la aplicación del derecho musulmán, declaró válida una devolución sucesoral que concernía únicamente a los hijos legítimos, excluyendo a los hijos naturales.

40 *Guía de los creyentes fervorosos*. Su autor es el Imam Am-Nawawî, un profesor de derecho musulmán que murió en Damasco en el año 1277. La *Guía de los creyentes fervorosos* o *Minhadj* fue traducida en el siglo XIX por el holandés Van Den Berg.

o en el noroeste del Madagascar musulmán; a saber, el 95% de la población maorí. De hecho, los habitantes de Mayotte no originarios de Mayotte (metropolitanos o extranjeros, incluso musulmanes), así como los maoríes no musulmanes, están obligatoriamente sometidos al estatuto civil de derecho común.

No obstante, todo musulmán maorí tiene la posibilidad de optar por el estatuto de derecho común mediante simple solicitud al tribunal de primera instancia, el cual estatuye mediante sentencia el cambio de estatuto, lo que comporta la competencia de la jurisdicción civil de derecho común (y no de los *cadíes*). El hecho de optar por este estatuto civil de derecho común es irreversible. En la práctica, muy pocos maoríes deciden optar por el estatuto civil de derecho común; el tribunal de primera instancia en la capital, Mamoudzou, registra solo unas diez peticiones al año.

El estatuto personal regula sobre todo los derechos de la persona y de la familia, así como los derechos patrimoniales. Se caracteriza en particular por el reconocimiento de la poligamia, la posibilidad que tiene el marido de repudiar a su esposa, la falta de reconocimiento de los hijos naturales, la ausencia de régimen matrimonial entre los cónyuges y la desigualdad de género, en particular en el ámbito de la sucesión⁴¹.

La dualidad del estatuto civil también se refleja en la coexistencia de las jurisdicciones civiles de derecho común y las jurisdicciones consuetudinarias musulmanas ejercidas por los *cadíes*. Estos últimos, que son dieciséis (con el Gran *Cadí*), tienen el estatuto de funcionarios territoriales, de igual manera que sus secretarios y escribanos. Ellos celebran los matrimonios musulmanes (que a veces implican niñas de solo doce años), reciben las solicitudes de repudio y pronuncian los divorcios.

En cuanto a las funciones jurisdiccionales, los *cadíes* son competentes en materia de estado civil, de derecho local y, de manera general, en lo referente a los litigios civiles y comerciales entre musulmanes bajo el estatuto personal de derecho local. No son competentes en materia de derecho penal, ya que este último está sometido a las jurisdicciones del derecho común. No obstante, aún en los años noventa, una mujer adúltera y su cómplice fueron condenados a ser enterrados vivos, sentencia que afortunadamente no fue ejecutada.

Se puede apelar contra sus sentencias ante el Gran *Cadí*, competente en primera instancia en algunos casos que pueden ser objeto de recurso ante el Tribunal Superior de Apelación (TSA). Las sentencias dictadas en apelación por el Gran *Cadí* pueden ser recurridas en casación por las partes o por el Fiscal de la República ante el Tribunal Superior de Apelación, constituido en cámara

41 CCass. Civil 1^a, del 20 de marzo de 2001, N° 99-10.047 y N° 99-13.252.

de anulación musulmana. Este tribunal está presidido por el presidente del TSA, asistido por dos cadíes en el papel de asesores sin voz deliberativa. Básicamente, se aplica el derecho musulmán.

La justicia «cadial» ignora el procedimiento contradictorio y no permite el acceso a los abogados, lo cual plantea problemas en relación con los principios generales del derecho y de la CEDH. Así, varios artículos de esta convención afirman derechos susceptibles de verse directamente cuestionados por las normas aplicables en Mayotte: art. 6 (derecho a un juicio justo), art. 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), art. 12 (derecho a contraer matrimonio «a partir de la edad núbil»), art.14 (prohibición de la discriminación basada en la diferencia de sexo).

Ciertamente, al ratificar esta Convención, Francia declaró que se aplicaría a todo el territorio de la República francesa bajo reserva, en lo que concierne a los territorios de ultramar y de Mayotte, en consideración de las «necesidades locales». Sin embargo, no se puede pasar por alto el hecho de que el estatuto personal y la justicia cadial chocan contra numerosos principios fundamentales del derecho de la República Francesa. De modo que las leyes del 8 de marzo de 2000, del 11 de julio de 2001 y, en especial, del 22 de julio de 2003, han restringido gravemente el alcance del estatuto personal en materia de matrimonio y de herencia, en especial con la prohibición de la poligamia para los franceses de ultramar, a partir de 2005 (pero sin efecto retroactivo).

B. Costumbres y derechos extranjeros: ¿fuentes de derecho?

En las últimas décadas, la mayoría de los estados miembros del Consejo de Europa han asistido a un incremento significativo del número de extranjeros residentes en su territorio. En parte por razones políticas y humanitarias, en parte como resultado de las diferencias de contexto económico y de la libertad de circulación resultante de los progresos de la integración económica europea, cada vez más personas que no desean necesariamente obtener la nacionalidad del país de acogida se han establecido de manera más o menos permanente fuera de su país de origen.

En Francia, el principio de que «la ley debe ser igual para todos [...]», en nombre de una retórica de universalidad e indivisibilidad de los derechos y deberes, desarraigada de cualquier determinación biológica, social, religiosa o territorial («universalismo republicano»), incita a ignorar deliberadamente los vínculos de pertenencia. Pero las exigencias del derecho se han vuelto contradictorias: por un lado, se tiene la igualdad de derechos civiles y políticos, mientras que, por otro, están también los derechos de los miembros de minorías, como la libertad religiosa, el libre uso de la lengua materna e incluso ciertas formas de autonomía local.

A esta problemática se han dado respuestas diferentes que conjugan la igualdad con la diversidad en términos institucionales y jurídicos. Un buen ejemplo es la propuesta de ley N° 2040, del 5 de noviembre de 2009⁴², dirigida a exigir el respeto de los símbolos republicanos durante las celebraciones de bodas en los ayuntamientos, norma que ofrece la oportunidad a los alcaldes de prohibir a los asistentes la ostentación de banderas o signos de pertenencia nacional ajenos a la República Francesa.

Pero es en el ámbito de la religión donde la reivindicación de identidad es más evidente. Ahora bien, la religión ha sido relegada por el secularismo al ámbito privado y su consideración por parte del derecho se vuelve compleja cuando las personas reclaman, no solo el derecho a conformar su conducta a lo que les dicta su conciencia, sino también la voluntad de demostrar a la vez sus convicciones y su pertenencia a una comunidad.

Esta situación se manifiesta en las cárceles⁴³, por lo que las administraciones penitenciarias europeas han debido adaptarse a ella. Si las minorías extranjeras se perciben a veces «como los extranjeros de afuera» y las minorías culturales como los extranjeros del interior, todas las minorías coinciden —en gran parte— con las minorías religiosas y plantean, en el medio carcelario, cuestiones delicadas y a menudo inéditas, más aun considerando que se encuentran confrontadas a otra cultura, que es la cultura de la prisión.

El porcentaje de presos extranjeros es por lo general elevado, aunque con notables excepciones, como sucede en Polonia y en los países de Europa central u oriental (menos del 10%). En Europa occidental, la proporción de presos extranjeros oscila entre 20 y 40%, con excesos a veces significativos cuando las minorías se convierten en la mayoría, como en Suiza, país en el cual los nacionales representan menos de 40% de los reclusos, o Grecia, en donde encontramos más o menos las mismas proporciones. En Gran Bretaña, hay 12 000 presos extranjeros; y en Bélgica, para el 1 de enero de 2006, hubo 3800 extranjeros de 116 nacionalidades diferentes de 8936 presos en total.

Esta población carcelaria plantea diferentes problemas, según se trate de extranjeros sin vínculo social con el país de acogida en el que son ilegales o de inmigrantes pertenecientes a minorías étnicas, minorías penales que además se caracterizan a menudo por su marginalidad, su pobreza y un considerable analfabetismo. Estas personas con frecuencia están aisladas del mercado de

42 Véase el sitio web de la Asamblea Nacional Francesa.

43 La Fundación Internacional Penal y Penitenciaria dedicó su Coloquio anual de 2007 a este tema y su trabajo permitió poner de relieve lo que aquí exponemos sumariamente. Para más información, consulte *Minorías y diversidad cultural en la cárcel*, Wolf Legal Publishers, 2007.

trabajo y de la formación profesional, involucradas en economías subterráneas, en situación de exclusión social.

En principio, las minorías extranjeras y culturales detenidas están sometidas a un régimen común para todos los detenidos, ya que los titulares de derechos son los individuos y no las minorías a las que puedan pertenecer. Pero es cierto que el acceso a la información, en una prisión en la que se hablan docenas de lenguas, es precario o incluso inexistente, a pesar de que esté establecido que la participación efectiva del detenido a la ejecución de su condena sea una condición previa y esencial, más aun cuando —aunque estas minorías a veces parezcan poco sensibles a la reinsertión (más precisamente a la inserción pura y simple)— la educación y la formación profesional pueden ser, en estas circunstancias más que en otras, la oportunidad de un profundo y positivo cambio cultural.

Estas minorías poseen características comunes, como las barreras lingüísticas antes mencionadas, y también exigencias alimentarias relacionadas con prácticas religiosas, ya que la problemática multicultural es también problemática religiosa, a pesar de la secularización oficial de la esfera pública⁴⁴.

Proselitismo y conversiones no son raros, pero toda radicalización fundamentalista sigue siendo moderada. La mayoría de las quejas se refieren, más bien, a las prescripciones alimentarias y las horas de distribución de las comidas, que se traducen tanto en problemas de organización interna como en aumento de los costos.

Pero de manera general, la situación también ha llevado al legislador, por un lado, y a las jurisdicciones, por otro, a tomar posición al respecto. A partir de la adopción de la ley del 24 de agosto de 1993 (y más adelante, de las leyes del 24 de abril de 1997, del 26 de noviembre de 2003⁴⁵ y del 26 de julio de 2006), la legislación sobre el control de la inmigración no ha dejado de endurecerse.

44 Podemos citar, entre otros, una decisión del Tribunal Administrativo de apelación de Burdeos, del 8 de septiembre de 2009, en *AJ*, 2009, p. 459, que rechaza la petición de un presidiario que solicita la anulación de la decisión del director de una prisión que prohíbe la oración colectiva en el patio.

45 Incluso si la libertad del matrimonio prohíbe, en principio, subordinar la celebración del matrimonio a una estancia legal del futuro cónyuge extranjero en el territorio francés, la ley del 26 de noviembre de 2003, sobre el control de la inmigración, la residencia de los extranjeros y la nacionalidad, ha reforzado los procedimientos de alerta del Ministerio Público por parte del encargado del registro civil, en presencia de presunto fraude durante la adquisición de la nacionalidad francesa. No obstante, la jurisprudencia del Ministerio Público, considerada demasiado laxista, condujo a la presentación de una propuesta de ley, del 19 de septiembre de 2009, para fortalecer el procedimiento de la lucha contra los matrimonios simulados mediante la introducción de una original apelación de la decisión del Fiscal por el encargado del registro civil ante el Fiscal General, Doc. N° 625 del Senado.

Así, por ejemplo, prevé específicamente, en lo que respecta a las solicitudes de reagrupación familiar, un aumento importante de las condiciones relativas a los recursos, el establecimiento en el país de origen de procedimientos de evaluación sobre los conocimientos de la lengua y los valores de la República, así como el uso de pruebas genéticas (aún no aplicadas por falta de un decreto de aplicación) y la reducción del plazo para las apelaciones contra las decisiones de rechazo de las solicitudes de asilo.

A nivel europeo, la aplicación por parte de los estados miembros de la Directiva N° 2003/86/CE, del 22 de septiembre de 2003, relativa a la reagrupación familiar, muestra que la mayoría de ellos restringen, como lo permite la directiva, el ejercicio de este derecho⁴⁶. Al exigir que el «reagrupante» disponga de una vivienda adecuada, la mitad de dichos estados miembros exigen además el seguro de salud, recursos estables y regulares para la subsistencia familiar. De otro lado, algunos de los estados citados prevén determinadas medidas de integración y, otros, aplicando el concepto restringido de familia —que solo incluye a los padres y a sus «hijos inmediatos»—, prevén análisis de ADN para evitar todo fraude. Cabe recalcar que, considerando que la directiva contravenía los derechos fundamentales y en particular los relativos a la vida familiar y la no discriminación, el Parlamento Europeo interpuso un recurso de anulación, que fue desestimado por el Tribunal de Justicia el 27 de junio 2006⁴⁷.

El Consejo Constitucional, tras haber proclamado imprudentemente el derecho a la reagrupación familiar⁴⁸, precisó más adelante que «los principios esenciales que [...] rigen la vida familiar en Francia, país de acogida», son «la monogamia, la igualdad entre hombres y mujeres, el respeto a la integridad física de los niños y adolescentes, el respeto de la libertad de matrimonio, la asidua asistencia escolar, el respeto de las diferencias étnicas y religiosas, la aceptación de la regla según la cual Francia es una república laica [...]»⁴⁹.

46 Informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo, del 8 de octubre de 2008, N° 2008-610.

47 Martín, 2008. En efecto, el Tribunal, acerca de las reagrupaciones intracomunitarias, ya había declarado un derecho fundamental al respeto de la vida familiar en 1989 (caso *Comisión c. RFA*, del 18 de mayo de 1989, Rec. I-1263), lo que el TEDH evitó hacer excepcionalmente, optando por pronunciarse en cada caso y no decretar un derecho absoluto (caso *Cruz Varas c. Suecia*, del 20 de marzo de 1991; caso *Gül c. Suiza*, del 19 de febrero de 1996; caso *Uher c. los Países Bajos*, del 18 de octubre de 2006), pero aprovechando para recordar no solo las reglas del art. 8 de la CEDH —sobre el derecho a la vida familiar—, sino además del art. 16 de la DUDH, de los arts. 17 y 23 del PIDCP, del art. 9 de la CEDH, de los arts. 10 y 22 de la CDN, y del art. 19 pf. 6 de la Carta Social Europea revisada de 1996. Véase también Dollat, 2009, p. 689.

48 Decisiones del 13 de agosto de 1993 y del 22 de abril de 1997.

49 Decisión 2006-539DC, del 20 de julio de 2006.

Para el Consejo de Estado, los actos de brujería ejercidos por un extranjero como parte de su cultura originaria no son incompatibles con la adquisición de la nacionalidad francesa⁵⁰; sin embargo, para un tribunal administrativo de apelación, sí lo es el hecho de imponer a su esposa e hija la costumbre de llevar el velo⁵¹.

El 6 de mayo de 2008, el Consejo de Estado, a pedido de una asociación cultural musulmana, consideró que al decidir el cierre de una sala utilizada como lugar de encuentro y oración con el fin de aportar mejoras a la seguridad —un centro regional de obras universitarias y escolares (CROUS)— no se causó ningún perjuicio manifiestamente ilícito a las libertades fundamentales de culto y de reunión⁵². El 27 de junio de 2008, el Tribunal Superior desestimó una petición en contra de una oposición del gobierno a la adquisición de la nacionalidad francesa por el cónyuge extranjero de una francesa debido a su «práctica radical de una religión incompatible con los valores fundamentales de la comunidad francesa»⁵³.

El Tribunal administrativo fue llamado a pronunciarse sobre la legalidad de la prohibición del turbante sikh en las fotos de la licencia de conducir, sosteniendo que «el perjuicio particular invocado a los requisitos y rituales de la religión sikh no es desproporcionado en consideración del objetivo deseado» de fotografiar con la cabeza descubierta a los titulares de la licencia de conducir. Aquí el demandante invocó la sentencia *Timishev c. Rusia*, del TEDH del 13 de diciembre de 2005, y la jurisprudencia de la Cámara de los Lores inglesa que, según él, reconocía los derechos de grupos comunitarios étnicos. El comisario del gobierno respondió en sus conclusiones que Francia no reconoce en su territorio la existencia de comunidades dotadas de derechos colectivos y menos aún de grupos étnicos⁵⁴.

50 Consejo de Estado, del 23 de febrero de 2001, N° 202868.

51 Caso *Ezzamori* de la CAA de Nantes, N° 00NT00457, del 19 de abril de 2001. En el mismo sentido, en lo que respecta a la mujer concernida, ella misma portadora del velo, el Tribunal Superior declara incumplida la condición de asimilación impuesta por el art. 21-4 del CC. Caso *Mabchour*, del Consejo de Estado, del 27 de junio de 2008, N° 286 798. Ver Malaurie, 2008, p. 2205.

52 Colección Dalloz, 2009, p. 207; Gaudu, 2010, p. 65; Sciberras, 2010a, p. 72; 2010b, pp. 65 y ss.; y 2010c, p. 30.

53 *Les Petites Affiches*, 2009, N° 35, p. 11; AJDA, 2008, p. 1997, relativo a la ley, el juez y las prácticas religiosas, y p. 2013, sobre las conclusiones del Comisario del Gobierno. En ambos casos se indica que dicha práctica radical incluía, entre otros, que la mujer viviera recluida, aislada de la sociedad francesa, y llevara la *burka* a petición del marido. Véase también, en el sitio web del Senado, el Estudio comparativo de la Ley N° 201, de octubre de 2009, sobre el uso del *burka* en lugares públicos. Véase también JCP, 2010, pp. 948 y ss. acerca de los proyectos legislativos en Bélgica y Canadá, y respecto a la sentencia de la CEDH, del 23 de febrero de 2010 Arslan & Turquía, 2010, p. 682.

54 Consejo de Estado, 15 de diciembre de 2006, AJDA, 2006, 2007.

El Tribunal Administrativo de Apelación de París, el 19 de julio de 2005, declaró que los estudiantes que se niegan a quitarse la tela que llevan debajo del turbante (sikh) manifiestan así su afiliación religiosa y pueden ser excluidos definitivamente de la escuela, sin que esta decisión sea contraria a la CEDH. Esta posición fue confirmada en el marco de este caso, y de otros dos idénticos, por tres decisiones del Consejo de Estado, todas ellas además ratificadas por una deliberación de la HALDE, del 1 de septiembre de 2008, en la que se desestima una solicitud de supuesta discriminación sobre el mismo tema⁵⁵.

Por su parte, por un decreto del 4 de diciembre de 2008, el TEDH consideró que la injerencia alegada por dos jóvenes mujeres, expulsadas de su colegio por haberse negado a quitarse el velo durante la clase de educación física, reposaba sobre una base jurídica suficiente⁵⁶. El 30 de junio de 2009, volvió a recordar enfáticamente su jurisprudencia, rechazando una nueva solicitud que cuestionaba la convencionalidad de la ley del 15 de marzo de 2004, la cual prohíbe el uso de signos o vestimentas que manifiesten ostensiblemente la afiliación religiosa en las escuelas, colegios y liceos públicos⁵⁷. El 17 de julio de 2009, declaró inadmisibles seis solicitudes relativas al velo islámico y el turbante sikh, llevado por los sikhs en la escuela, recordando la salvaguardia del principio de laicidad⁵⁸.

55 Caso *Ranjit Singh* de la CAA de París, N° 05PA1831; caso *Halde* del Consejo de Estado, N° 285394, N° 285395, N° 285396, del 5 de diciembre de 2007; deliberación N° 20198-18.

56 Colección Dalloz, 2009, p. 103; RTD Civ., 2009, p. 285.

57 AJDA, 2009, p. 2077. El 13 de julio, por 335 votos contra 1, de 339 votantes, la Asamblea Nacional aprobó una ley que prohíbe la ocultación del rostro en el espacio público. Esta ley dispone que «ninguna persona puede, en el espacio público, llevar un atuendo diseñado para ocultar su rostro», siendo definido el espacio público como «constituido por vías públicas y lugares abiertos al público o destinados a un servicio público». La violación de la prohibición se sanciona con la multa prevista para las infracciones, de hasta un máximo de 150 euros, pudiéndose pronunciar, al mismo tiempo o en lugar de la multa, la obligación de asistir a un curso de ciudadanía. En contraste, bajo el título «de la ocultación forzada del rostro», la ley establece un nuevo delito: el art. 225-4-10 del CP francés, en el capítulo de las violaciones de la dignidad personal, prevé que «cualquier persona que exija a una o más personas de ocultar sus rostros mediante amenaza, violencia, coacción, abuso de autoridad o abuso de poder, a causa de su sexo, será castigada con un año de prisión y 30 000 euros de multa. Si el hecho se comete contra un menor de edad, la pena se elevará a dos años de prisión y 60 000 euros de multa». Curiosamente, la ley establece que solo será aplicada dentro de los seis meses después de su promulgación. Además, debe ser aprobada por el Senado para ser promulgada y validada por el Consejo Constitucional, hecho extremadamente inusual que ya ha sido anunciado por la propia Asamblea Nacional, la cual votó casi unánimemente, el 11 de mayo de 2010, una resolución que declara su «compromiso con el respeto de los valores republicanos frente al desarrollo de prácticas radicales que les causan perjuicio». Ver JCP, 2010, p. 1043.

58 AJDA, 2009, p. 1404. Entre ellos se encuentra el caso *Ranjit*, juzgado sucesivamente por la CAA de París y el Consejo de Estado, cuyas decisiones van en la misma dirección.

Es útil recordar, asimismo, el célebre caso de la anulación del matrimonio a petición del marido debido a la no virginidad de la esposa, solicitud aceptada en primera instancia por el Tribunal de Gran Instancia de Lille, el 1 de abril de 2008, y desestimado el 17 de noviembre de 2008 por el Tribunal de Apelación de Douai⁵⁹.

Pero son manifiestamente la poligamia y la escisión las prácticas calificadas no solo como incompatibles con los valores comunes, sino además constitutivas de una grave falta de integración, noción que ha sustituido la de asimilación, hoy en día estimada poco realista e incluso, por algunos, totalitaria.

1. La poligamia de los residentes extranjeros

Hoy en día no cabe duda de que el matrimonio forzado, el repudio y la poligamia están prohibidos en territorio francés. Hay que recordar no obstante que Francia no es solo el «hexágono» territorial, sino que gracias a Guyana tiene también una frontera común con Brasil. Asimismo, por San Pedro y Miquelón tiene otra frontera común con Canadá, así como con muchos otros países, a través de sus posesiones en el Océano Índico y el Pacífico. Estas prohibiciones citadas, en consecuencia, valen como principio, excepto en los territorios franceses de ultramar en los cuales se aplica el estatuto personal.

La poligamia en Francia, fenómeno que se inició en la década de 1980, tras la liberalización a fines de los años 1970 de la reagrupación familiar, aún es de mucha actualidad. Un estudio realizado en 1996 por el antiguo Ministerio de la Ciudad y de la Integración —que se convirtió en el Ministerio de Inmigración, Integración, Identidad Nacional y Desarrollo Solidario—, estima que en esa época concernía entre 4000 y 6000 hogares; esto es, entre 50 000 y 70 000 personas, entre los cuales 40 000 a 55 000 son niños. Otro estudio, de 1993, estima un total de 150 000 personas. Hoy en día, el Ministerio del Interior estima entre 16 000 y 20 000 el número de familias polígamas y anuncia una nueva ley que ampliará la definición del delito de bigamia a la poligamia de facto, así como los criterios de revocación de la nacionalidad tras el comentado arresto de un individuo, polígamo de facto, una de cuyas «esposas» fue multada por conducir un vehículo de motor mientras llevaba el velo integral. Este individuo era sospechoso de beneficiarse fraudulentamente de múltiples ayudas sociales.

Véase también el caso *Lautsi c. Italia* del TEDH, del 3 de noviembre de 2009, sobre la censura de los crucifijos en las escuelas públicas; Muzny, 2009, p. 2872.

59 Colección Dalloz, 2008, p. 2938; JCP, 2009, p. 10005; Colección Dalloz, 2010, p. 69.

Los proyectos de ley se suceden, el último fue presentado en el Senado con fecha del 26 de mayo de 2010, instaurando los delitos de poligamia y de incitación a la poligamia con circunstancias agravantes de fraude a los servicios de ayuda social.

El art. 5 del Protocolo N° 7 CEDH, en vigor desde el 1 de noviembre de 1988, garantiza a «los cónyuges la igualdad de derechos y obligaciones civiles entre ellos y para con sus hijos durante el matrimonio y en caso de su disolución». La Directiva Europea N° 2002/73/CE, del 23 de septiembre de 2002, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, va en la misma dirección.

Por consiguiente, la legitimidad jurídica de los matrimonios forzados, del repudio y de la poligamia se encuentra en dificultades en los 47 países adherentes al Consejo de Europa. Sin embargo, debido al reconocimiento del estatuto personal por el derecho internacional privado en materia de estado civil, la situación dista mucho de ser sencilla debido a los conflictos de derechos entre los códigos de familia extranjeros, las convenciones internacionales y el orden público francés.

Por el momento, no se trata en lo absoluto de poner en cuestión el principio del estatuto personal debido a la necesidad de estabilidad de la situación de las personas —vinculada a la ley del país de la nacionalidad—, pero esta norma, concebida para situaciones de flujos migratorios moderados que implican el regreso al país de origen, se vuelve problemática al tratarse de personas que se establecen en el país de acogida sin la intención de volver a su país de origen, pero con la voluntad manifiesta de no asimilarse a la población del nuevo país de residencia.

La mayoría de los países europeos, inspirados por el Código Civil francés, reconocen el estatuto personal, a diferencia de los países del *Common Law* que, por lo general, solo reconocen en principio la legislación del domicilio. Mecanismos jurídicos complejos intervienen con el fin de mitigar los efectos del estatuto personal mediante disposiciones legales de derecho interno, como en materia de divorcio, lo que permite al juez desestimar la ley extranjera en favor de una convención internacional y hace intervenir la noción de orden público, que cubre los valores esenciales de la sociedad.

A pesar de todo, surgen conflictos entre la CEDH y las convenciones internacionales, en particular entre los acuerdos bilaterales que reconocen en parte el repudio o la poligamia. Estos conflictos son exacerbados por la frecuencia con la que implican a ciudadanos con doble nacionalidad a los que se aplican al mismo tiempo dos leyes nacionales⁶⁰.

60 Para un análisis más profundo sobre las dificultades jurídicas derivadas de la reunificación familiar, ver Cournil & Reico, 2009, pp. 241 y ss.

Los matrimonios forzados constituyen un problema particular, ya que son muy numerosos (de acuerdo con el Alto Consejo para la Integración, esto concierne a 70 000 adolescentes en Francia) y con frecuencia se sitúan en la esfera de la poligamia. Estos matrimonios consuetudinarios, decididos y organizados por las familias, a veces implican niños de diez a doce años, y son considerados por el derecho francés como delitos de violación de menores de quince años, del mismo modo que la poligamia es sancionada por las penas correccionales previstas para el delito de bigamia⁶¹.

La monogamia es sin duda un principio de orden público. Si bien este principio (art. 147 CC francés) constituye un obstáculo a un matrimonio polígamo en Francia, independientemente de la nacionalidad de los cónyuges, o a un matrimonio polígamo entre franceses y extranjeros, el derecho internacional privado reconoce los efectos de un derecho adquirido legítimamente en el extranjero por un extranjero (orden público atenuado). Por lo tanto, las segundas esposas y sus hijos pueden obtener el reconocimiento al derecho de pensiones alimenticias⁶², una segunda esposa puede gozar de derechos sociales después de que la primera esposa haya abandonado el territorio nacional⁶³ y, en cualquier caso, todas las esposas están cubiertas por un seguro médico universal tras haber cumplido tres meses de residencia en Francia, si disponen de un permiso de residencia.

Tanto el Consejo de Estado como el Tribunal de Casación en Francia manifestaron en un primer momento gran comprensión por el estatuto personal en la década de 1980⁶⁴, actitud que se refleja en algunas decisiones sorprendentes. El Consejo de Estado, con la célebre sentencia *Montcho* de la Asamblea, del 11 de julio de 1980, inició la serie anulando la sentencia que denegaba el permiso de residencia a la segunda esposa de un ciudadano africano polígamo, señalando que la sola poligamia de un extranjero que solicita la reagrupación familiar de dos o más cónyuges no constituye en sí un motivo de rechazo.

Esta jurisprudencia será reconsiderada por las sentencias del 28 de julio de 1989 y del 22 de febrero de 1993⁶⁵, pero la jurisprudencia administrativa continuará obstinadamente exigiendo una poligamia «de derecho»; es decir, además de una pluralidad de matrimonios, exige la cohabitación de facto, incluso con su ex esposa, aun cuando fuera imposible conocer la composición exacta de la

61 Art. 433-20 del CP francés, Libro IV, *Crímenes y delitos contra la nación, el Estado y la paz pública*. La pena es de un año de prisión y 45 000 euros de multa. Lequette, 1999.

62 CCiv. 1°, 28 de enero de 1958, *Resoluciones Fundamentales de Derecho Internacional Público*, N° 30.

63 CSoc., del 8 de marzo de 1990, Colección Dalloz, 1991, p. 119.

64 Consejo de Estado, del 11 de julio de 1980, JCP II 19629. En *AJDA 1980*, p. 523.

65 N° 87544 et 118013.

familia y el número y la identidad de los hijos a cargo⁶⁶. No obstante, el Consejo de Estado considera que el art. 8 CEDH no puede ser invocado por los extranjeros polígamos⁶⁷, aun cuando hubiera niños involucrados⁶⁸.

Endureciendo aún más su jurisprudencia, el Consejo precisó, el 16 de abril de 2010, que un visado de residencia en virtud de la reagrupación familiar solo puede ser conferido a una de las esposas del solicitante y a sus hijos, a menos que se demuestre el fallecimiento o la pérdida de los derechos de la madre de los otros niños⁶⁹.

Fue necesario esperar la ley del 24 de agosto de 1993, que prohíbe la poligamia a los extranjeros residentes en Francia, y más adelante la ley del 24 de julio de 2006⁷⁰, que excluye del beneficio del permiso de estancia al extranjero que vive en estado de poligamia, para hacer prevalecer el orden público francés. La ley de 2006 prevé especialmente un «contrato de integración» por el cual el extranjero se compromete a respetar los valores de la República, en particular la igualdad entre hombres y mujeres, y el secularismo.

Por su parte, el Tribunal de Casación, basándose en el motivo de «que el orden público francés no se opone a la adquisición de derechos en Francia sobre la base de una situación creada legítimamente en el extranjero de conformidad con la ley competente en virtud del derecho internacional privado», legitimó la pretensión de las dos esposas, una francesa, la otra argelina, de un argelino fallecido en un accidente de trabajo⁷¹, declarando no obstante algunos años después que estas solicitudes podrían ser contrarias al orden público porque una de las dos mujeres era francesa⁷². Aquello fue precisado el 19 de enero de 2006⁷³, admitiéndose que un mismo beneficio sea compartido entre esposas, beneficio además previsto por la convención franco argelina, pero sin autorizar la atribución del cúmulo de dos beneficios.

El problema es aún delicado en lo que respecta a las proporciones de la división. Para los argelinos debe hacerse en partes iguales entre las viudas del polígamo, ya que es lo previsto en la convención bilateral; para los demás, la Corte de Casación

66 Sentencia del TA de Nantes, 10 de mayo de 1999, N° 964210 y TA Dijon, 24 de junio de 2003, N° 021251; *Contra*: CAA de Nantes, 25 de junio de 1998, N° 97NT00184.

67 Consejo de Estado, del 2 de octubre de 1996, Colección Dalloz, 1998, p. 20.

68 Consejo de Estado, del 14 de marzo de 2001, Colección Lebon, p. 962.

69 *AJDA 2010*, p. 813.

70 Art. L313-11 y L314-5 del Código de la entrada y de la estancia de los extranjeros.

71 CCiv. del Tribunal de Casación de primera instancia, *Bulletin* N° 71 (marzo de 1980).

72 CCiv. del Tribunal de Casación de primera instancia, *Bulletin* N° 224 (julio de 1988).

73 Colección Dalloz, 2006, p. 2454.

aplica a la poligamia simultánea el sistema de la «poligamia sucesiva»; es decir, a prorrata de la duración de cada matrimonio.

De igual manera, en varias sentencias a partir de 1994, el Tribunal, reconsiderando su generosa jurisprudencia anterior, juzgó que los repudios pronunciados en ausencia de la mujer sin que ella tuviera la posibilidad de oponerse violan el orden público o, más precisamente, una especie de «orden público procesal»⁷⁴. Antes de modificar nuevamente su jurisprudencia en una sentencia clave del 3 de julio de 2001⁷⁵, declara los repudios contrarios al orden público y al art. 5 del Protocolo N° 7 de la CEDH, sobre la igualdad de los cónyuges, lo que le valió la aprobación del TEDH mediante una sentencia del 8 de noviembre de 2005.

Esta jurisprudencia fue confirmada una vez más, pero de forma ambigua, por una decisión del Tribunal de Casación del 25 de junio de 2008. Tras anular la decisión del Tribunal de Apelación, dispuso la necesidad de evaluar la regularidad internacional del repudio del marido pronunciado en Marruecos, ya que esta decisión era invocada para oponerse a la petición de la esposa de contribuir con los gastos del matrimonio⁷⁶.

Una decisión reciente, del 4 de noviembre de 2009⁷⁷, aporta claridad al asunto al enunciar —el Tribunal de Casación— que «la decisión de un tribunal extranjero que constata un repudio unilateral por parte del marido sin dar efecto jurídico a la eventual oposición de la mujer [...] es contraria al principio de la igualdad de los cónyuges durante la disolución del matrimonio [...] y, por lo tanto, al orden público internacional». Señalemos también la decisión de la Corte de Apelación de París del 13 de junio de 2008⁷⁸ que asimila a una vía de hecho la actitud del ex marido que se instala por la fuerza en el domicilio conyugal y permanece allí en contra de la voluntad de su ex esposa alegando una *gueth* (carta de repudio), emitida por el Tribunal Rabínico de Jerusalén que resolvió un divorcio. Podemos también referirnos a la sentencia del Tribunal de Casación del 12 de diciembre de 1994⁷⁹, que califica de vía de hecho el comportamiento del ex marido que se niega a conceder a su esposa una carta de repudio *gueth* a raíz de su divorcio, impidiendo así a su ex esposa celebrar un matrimonio religioso.

74 CCiv. del Tribunal de Casación, *Bulletin* N° 192 (junio de 1994); *Bulletin* N° 58 (enero de 1995); *Bulletin* N° 469 (diciembre de 1995); *Bulletin* N° 7 (enero de 1999).

75 Colección Dalloz, 2001, p. 3778.

76 GP 7-9, junio de 2009.

77 Colección Dalloz, 2009, p. 2749.

78 Jurisdata N° 2008-000730.

79 Jurisdata N° 1994-002336.

A pesar de esto, la situación aún no está resuelta y los encargados del registro civil siguen preguntándose cómo un hombre puede pretender ser el padre de dos hijos legítimos con tres meses de diferencia; mientras que los organismos sociales se preguntan cómo la misma mujer puede declarar a un niño cada seis meses, endosándose los hijos de otras mujeres, quienes estarían privadas de subsidios de maternidad.

Para luchar contra el fraude a los subsidios familiares, y para «anular» la generosa jurisprudencia del Tribunal de Casación⁸⁰, el art. L 512-2 del Código de la seguridad social —tal y como se deriva de la ley sobre el financiamiento de la seguridad social para 2006 y la ley del 19 de diciembre de 2007— reserva el beneficio de los subsidios familiares a los extranjeros que prueben la situación regular en el territorio francés de los hijos en nombre de los cuales solicitan los subsidios. Ello no impidió que la HALDE publicara una deliberación, del 1 de septiembre de 2008, declarando dicha ley como contraria a los derechos humanos, aun cuando el Consejo Constitucional, en su decisión del 15 de diciembre de 2005, no había emitido ningún reproche en contra de ella⁸¹.

En lo que concierne el contexto adyacente de los fraudes en la adquisición de la nacionalidad francesa por matrimonio de conveniencia, una publicación del Ministerio de Justicia⁸² revela que en 2004, 874 casos de anulación del matrimonio fueron tratados por los tribunales (786 anulaciones en 2004, 430 en 1998), y que el 55% de las solicitudes fueron presentadas por el fiscal, el 33% por la esposa y solo el 9% por el marido. Asimismo, dicho informe reveló que las parejas concernidas son por lo general sin hijos y mixtas en el 86% de casos, y que casi el 60% de las parejas habían contraído matrimonio en el extranjero. Además, el informe nos demuestra que el fundamento principal es la ausencia de consentimiento —la bigamia aparece en casi el 20% de los casos— y que en el 60% de los casos son invocados los matrimonios de conveniencia, incluidos los casos en los que se acumulan con matrimonios forzados, mientras que el matrimonio forzado es raramente denunciado (2,1% de los casos). Por último,

80 Sesión plenaria del 16 de abril de 2004, Colección Dalloz, 2004, p. 2614. Véase también el 2° CCiv. Del Tribunal de Casación, del 23 de octubre de 2008, que se mantiene en la misma línea de la sentencia de 2004, reconociendo al refugiado el carácter retroactivo del beneficio de los subsidios al momento de su llegada al territorio. Cabe destacar el reciente endurecimiento en la 2ª Cámara, la cual, en un cambio de jurisprudencia, el 15 de abril de 2010, requiere la presentación de la prueba de residencia legal de un niño extranjero, en complemento a una solicitud de prestaciones sociales. Ver JCP, 2010, p. 1240.

81 AJDA 2005, p. 2428.

82 Las anulaciones de matrimonio en 2004, marzo de 2006. Sitio web del Ministerio de Justicia, DAGE, Subdirección de la Estadística, de los Estudios y la Documentación.

considerando los 259 400 matrimonios celebrados en 2004, los matrimonios anulados representan un 0,29 %.

Notemos que una proposición de Ley N° 2122, del 27 de noviembre de 2009⁸³, destinada a reforzar la lucha contra los matrimonios de conveniencia, constata «que también hay situaciones en las que existe una verdadera relación personal entre los dos individuos en cuestión, pero para ellos el matrimonio sólo es un medio para obtener la regularización y evitar así ser expulsados del país. Este tipo de matrimonio, que puede ser calificado como matrimonio gris, es efectivamente una forma de trasgresión del procedimiento. Empero, esta trasgresión o intento de trasgresión es, de hecho, penalmente punible».

A continuación, la proposición se refiere al art. 623-1 del Código de la entrada y de la estancia de los extranjeros, el cual sanciona los matrimonios fraudulentos o los reconocimientos fraudulentos de niños con cinco años de prisión, y establece la obligación del fiscal, solicitado por el encargado del registro civil, de aplazar la celebración de la boda y proceder a una investigación.

2. El problema específico de la escisión

La escisión es en general considerada como una mutilación grave e injusta en los países occidentales, así como por organizaciones internacionales como la ONU, la OMS y la UNICEF. Es, sin duda, un trato inhumano o degradante en el sentido del art. 3 CEDH. En Francia, el número de mujeres circuncidadas, todas de origen africano, se estima en 30 000; dicha cifra es parecida en el caso de las niñas en peligro de serlo⁸⁴. Sin embargo, un estudio reciente del INED estima que las mujeres adultas circuncidadas viviendo en Francia serían unas 23 000, lo cual muestra también una disminución en la práctica de la escisión en el territorio francés y considera que para las niñas que viven en Francia existe solo un riesgo «latente» para 30% de ellas⁸⁵.

Desde la década de 1980, los tribunales franceses dictan con regularidad, dos a tres veces al año, condenas en relación con la escisión. En los primeros tiempos, las sentencias concernían las calificaciones de la omisión de socorro, de las lesiones intencionales o del homicidio doloso, mientras que los tribunales correccionales pronunciaban penas de prisión de uno a dos años.

Mediante una sentencia del 20 de agosto de 1983, el Tribunal de Casación invalidó esta jurisprudencia precisando que en realidad, en el momento del delito,

83 Ver el sitio web de la Asamblea Francesa.

84 *Le Monde*, 13 de diciembre de 2006.

85 La escisión, una larga práctica de cicatrizar. *La Libération*, 9 de diciembre de 2009.

la circuncisión constituía un crimen de lesiones intencionales resultantes en una mutilación, amputación o incapacidad permanente (para las cuales la pena prevista era de diez a veinte años de reclusión criminal), con la eventual circunstancia agravante para los ascendentes (cadena perpetua) o, en caso de muerte de la niña, de lesiones intencionales que hubieran causado la muerte, aunque fuera sin intención de matar (cadena perpetua)⁸⁶.

En mayo de 1988, el Tribunal de lo penal de Pontoise condenó al padre y sus dos esposas a tres años de prisión de ejecución suspendida tras el fallecimiento de una niña circuncidada. En 1989, el Tribunal de lo penal de París condenó, en las mismas circunstancias, a una madre a la misma pena. Y, en 1990, un padre que había hecho circuncidar a su hija sin conocimiento de su madre francesa fue condenado a cinco años de prisión de ejecución suspendida. A continuación, la jurisprudencia devino más severa: el Tribunal de lo penal de París dictó, el 8 de enero de 1993, sentencia contra una madre por complicidad en violencias hacia una menor de edad resultantes en una mutilación, y se le impusieron cinco años de prisión, de los cuales uno fue efectivo.

Así, por falta de una legislación específica⁸⁷, la escisión es asimilada por el Tribunal de Casación a un crimen clásico en contra de personas que, refiriéndose a su costumbre, se encuentran entre dos obligaciones contrarias, de manera que el respeto de una es *ipso facto* la rebelión contra la otra. Jurídicamente, la ley penal no acuerda de ninguna manera la calidad de hecho justificante a una costumbre extranjera contraria al orden público francés, ya que no se trata ni de una práctica general y continuada, ni de una orden implícita de la ley, ni tampoco de un derecho civil latente.

Pero en el ámbito de la teoría jurídica, la intención criminal plantea sin duda ciertas dificultades, por lo menos en lo que concierne a la intención especial, visto que la intención general —a saber, la voluntad de violar la ley— es constatada con mayor frecuencia. Se trata, pues, de una elección deliberada de los padres, al parecer cómplices, a lo cual se suma el hecho de que, al negarse a dar el nombre de la persona responsable de la escisión por temor a represalias, endosan la responsabilidad del acto. Es una situación en la que un individuo elige entre

86 Con el CP francés de 1994, la escisión pasa a formar parte de las violencias que resultan en una mutilación permanente, un delito castigado con diez años de prisión y 150 000 euros de multa, de manera general. Cuando la víctima es menor de quince años, el delito se vuelve un crimen y la pena se eleva a quince años de prisión (veinte años si se produce la muerte) o veinte años (treinta años, si se produce la muerte) si el culpable es un ascendente legítimo (arts. 222-9 y 222-10 CP francés). También puede ser pronunciada una orden de exclusión del territorio durante cinco años (art. 222-47 CP francés).

87 Sin embargo, ese tipo de leyes existen en Suecia (1982), Suiza (1983) y Gran Bretaña (1985).

diferentes sistemas jurídicos, atribuyendo un significado a una conducta rechazada por la norma del grupo dominante.

En Francia, son los jueces quienes tienen la competencia de erradicar la escisión, ya que el legislador no se ha pronunciado explícitamente. Asimismo, la elaboración de un texto especial tendría un gran valor educativo gracias al debate de opinión que ello suscitaría.

No obstante, la ley del 4 de abril de 2006, que regula la prevención y prevé la represión de la violencia en el seno de la pareja o cometida contra menores, sí reglamenta el tema, pero de manera algo subrepticia. Lo hace, en particular, extendiendo la protección del derecho penal francés a las menores extranjeras con residencia habitual en Francia, así como a las víctimas de mutilaciones sexuales en el extranjero, mediante el levantamiento del secreto médico y la prolongación del plazo de prescripción de la acción penal. Desde la entrada en vigor de la ley del 26 de julio de 2006, los extranjeros que han sido condenados penalmente por haber practicado una escisión no pueden obtener la tarjeta de residencia y, en caso de ya tenerla, puede serles anulada.

VI. CONCLUSIÓN

A pesar de estas dificultades, las reflexiones prosiguen acerca de diversos asuntos vinculados al derecho y la sociedad multicultural: un derecho común a la humanidad, lo relativo y lo universal de este, el enriquecimiento que la interculturalidad aporta al derecho romano germánico, el orden jurídico mundial, la falta de claridad del derecho. La realidad se antepone al penalista ya que, como bien sabemos, a la norma internacional se suma la norma extranjera, norma regulada por el derecho internacional privado.

¿Estaremos asistiendo acaso a una decadencia del derecho mismo? Las normas aumentan y se contradicen. Las más importantes dejaron de emanar del Estado. La tesis de la identidad del Estado y del derecho se ha derrumbado. Como todos pueden constatar, el derecho existe fuera del Estado y, a veces, incluso en colisión con aquel. Las soluciones dependen siempre de cada contexto nacional y pasan, sin excepción, a través del derecho.