

# Pluralismo religioso y pluralismo legal: un compromiso posible

ELEONORA CECCHERINI



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO



# Pluralismo religioso y pluralismo legal: un compromiso posible

Eleonora Ceccherini

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie CULTURA LAICA, núm. 3

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Diseño de interiores*

Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Cuidado de la edición y formación en computadora*

Arturo de Jesús Flores Ávalos  
*Elaboración de portada*

Eleonora Ceccherini

# Pluralismo religioso y pluralismo legal: un compromiso posible

*Traducción de Pedro Salazar y Guadalupe Salmorán*



*Universidad Nacional Autónoma de México  
Instituto de Investigaciones Jurídicas*

Primera edición: 20 de marzo de 2015

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-6500-6

## Contenido

1. El proceso de secularización. . . . .	1
2. La excepción y la regla. . . . .	7
3. Leyes especiales <i>vs.</i> leyes generales. . . . .	15
4. El Poder Judicial y las minorías religiosas . . . . .	25
5. La familia . . . . .	33
6. La educación de los hijos. . . . .	45
7. Un delito cultural: el caso de la mutilación genital femenina . . . . .	65
8. Una excepción al código penal: las carnicerías rituales . . . . .	79
9. Reflexiones finales. . . . .	85

## 1. El proceso de secularización

La religión constituye un ámbito esencial en la vida del hombre por una duplicidad de razones. La primera de ellas está relacionada con su rol en la vida del hombre, es decir, con aquella dimensión que proyecta a la fe como un instrumento de búsqueda sobre “el sentido y el fin de la realidad en general y de la vida humana en particular”.<sup>1</sup> Por tanto, la religión es aquello que “reúne con Dios, que une con lo absoluto, permite ser sí mismo, proporciona la paz de la vida, rompe los límites individuales, libera de todas las limitaciones y une con los ancestros”.<sup>2</sup>

La segunda conjuga en sí misma otra perspectiva, que podemos definir como institucional, que se refiere al “conjunto de símbolos, creencias y prácticas cristalizadas en una institución social visible”,<sup>3</sup> como una comunidad religiosa que, en general, acompaña a los comportamientos personales religiosamente orientados.

Ambas dimensiones indican cómo el fenómeno religioso pre-existe al Estado, ha acompañado desde siempre al hombre y lo coloca en su devenir como animal político; es más, con frecuencia la religión constituye la esencia del ordenamiento político de una comunidad y se concretiza en la superposición de la dimensión individual e institucional.

No obstante, la unión entre lo sagrado y lo mundano históricamente disminuyó, en coincidencia con el nacimiento del

---

<sup>1</sup> Pannikar, R., *Religione*, en Flores, M. et al. (eds.), *Dizionario dei diritti umani*, Turin, 2007, pp. 1155 y ss.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 1155.

<sup>3</sup> *Idem*.

## 2 / Eleonora Ceccherini

Estado, es decir, un proceso que supone la separación de las comunidades sociales de la esfera espiritual-religiosa. En otras palabras, la génesis y la consolidación del fenómeno estatal conlleva un proceso de secularización, entendiendo con este término: “la liberación o sustracción de un objeto, un territorio o una institución de la observancia de un poder clerical-espiritual”,<sup>4</sup> o, dicho de otro modo, se trata de “un determinado proceso de cambio social —y más específicamente— el concerniente a la distinción en contextos históricos particulares del papel y el significado atribuible a los valores de naturaleza religiosa”,<sup>5</sup> que son relegados respecto a la esfera social.

De este modo, el Estado sale de un “mundo político-religioso unitario y preexistente”<sup>6</sup> para encontrar su fundamento intrínseco en uno mundano.<sup>7</sup> La interrogante que surge en este contexto histórico particular consiste en determinar si el proceso de secularización, mencionado anteriormente, es absolutamente irreversible o si estamos presenciando un “resurgimiento de la religión” y, por tanto, una fase de post-secularismo,<sup>8</sup> “en la cual, la religión es redescubierta como recurso político y la política es redescubierta como recurso religioso”.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> Böckenförde, E.-W., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa Unita*, Preterossi, G. (ed.), trad. it. de Mario Carpitella, Bari, 2007, citado en Lübke, H., *Säkularisierung eines ideenpolitischen Begriffs*, Freiburg-München, 1965, p. 23; en el mismo sentido: Casanova, J., *Oltre la secolarizzazione. La religione alla riconquista della sfera pubblica*, Bologna, 2000, p. 26; Cimbalo, G., “Laicità come strumento di educazione alla convivenza”, en Canestrari, S. (ed.), *Laicità e diritto*, Bologna, 2007, pp. 269 y ss.

<sup>5</sup> Furguele, G., “Cristianesimo e secolarizzazione nell'odierna vicenda del diritto di famiglia in Italia”, en Lombardi Vallauri, L. y Dilcher, G. (eds.), *Cristianesimo secolarizzazione e diritto moderno*, Milán, 1981, p. 1141.

<sup>6</sup> Böckenförde, E.-W., *op. cit.*, p. 34.

<sup>7</sup> *Idem*; Casanova, J., *op. cit.*, p. 90.

<sup>8</sup> La expresión es de Habermas, J., *Perché siamo post-secolari*, disponible en: [www.eurozine.com](http://www.eurozine.com), pero también en *id.*, “La rinascita della religione. Una sfida per l'auto-compreensione laica della modernità?”, en Ferrara, A. (ed.), *Religione e politica nella società post-secolare*, Roma, 2009, pp. 24 y ss.

<sup>9</sup> Zagrebelsky, G., *Scambiarsi la veste*, Roma-Bari, 2011, p. 20, que habla sobre la recristianización del Estado.



### Pluralismo religioso y pluralismo legal / 3

En esta etapa, la dimensión religiosa no sólo sigue desempeñando un papel significativo para integrarse a la sociedad, sino que también aspira a ver reconocida la equivalencia de su magisterio a los 19 fundamentos del derecho natural y la ética civil;<sup>10</sup> asistimos, por tanto, al regreso de la teología política, ya que la parábola de la secularización corre el riesgo de ser inadecuada para afrontar los desafíos del mundo contemporáneo, que ve al hombre —libre de presupuestos metafísicos— convertirse no ya en el dueño y artífice de su propio destino, sino en un “instrumento pasivo e inerte de experimentaciones” realizadas por sí mismo, poniendo en práctica un “proceso de absolutización del hombre; el mito del superhombre que paradójicamente se convierte en su total aniquilamiento”.<sup>11</sup>

En otras palabras, los procesos de industrialización y globalización no han aniquilado lo sagrado sino, por el contrario, han favorecido su resurgimiento.<sup>12</sup>

No obstante, parece ser más convincente la tesis que sostiene que la historia religiosa de un país tiende a “tener un impacto durable sobre la fe religiosa y sus normas sociales en general”, por lo que tal influencia sería difícil de erradicar incluso en las sociedades secularizadas o en vías de secularización, porque éstas de cualquier manera padecerían la influencia de su historia que, al menos en una determinada etapa, han estado connotadas significativamente por el fenómeno religioso.<sup>13</sup>

Además, en términos absolutos, podemos decir que el mundo se encuentra habitado por un número importante de personas que otorgan a la religión una importancia fundamental, lo cual

---

<sup>10</sup> Colaiani, N., “La fine del confessionismo e la laicità dello stato (Il ruolo della Corte costituzionale e della dottrina)”, *Politica del diritto*, núm. 1, 2009, pp. 76 y 80.

<sup>11</sup> Becchi, P., “Nuove maschere del superuomo”, *Osservatore romano*, 30 de mayo de 2010, p. 5.

<sup>12</sup> Lillo, P., *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso*, Turín, 2002, pp. 29 y ss.; Margiotta Broglio, F., “«Ritorno del sacro» e organizzazione dei poteri confessionali”, *Rivista di studi politici internazionali*, núm. 2, 1993, pp. 163 y ss.

<sup>13</sup> Norris, P. e Inglehart, R., *Sacro e secolare. Religione e politica nel mondo globalizzato*, Bologna, 2004, p. 304.

#### 4 / Eleonora Ceccherini

se explica, según algunos autores, porque si bien, por una parte, las sociedades occidentales industrializadas están cada vez más secularizadas; en las comunidades más pobres, la adhesión religiosa sigue siendo relevante y en éstas las tasas de fecundidad son muy altas respecto a las naciones ricas, lo cual arroja un resultado aparentemente contradictorio.<sup>14</sup> En suma, Dios no está muerto, al contrario de lo que escribía Nietzsche.

Partiendo de la conciencia de la importancia casi inalterada de la religión en la sociedad civil, es oportuno reflexionar sobre sus consecuencias en los ordenamientos jurídicos.

Una primera —aunque parcial— conclusión es que de cualquier manera la religión constituye un elemento de inestabilidad al interior del orden social, en el sentido de que por su propia naturaleza, el fenómeno religioso, que atañe a una dimensión trascendente, coloca al hombre ante un conflicto entre su ser metafísico y su ser mundano; dado que estas dos dimensiones “si bien lograron distinguir sus esferas de competencia, una sobre el hombre «exterior» y la otra sobre el hombre «interior», al reivindicar simultáneamente su dominio sobre el hombre concreto, necesariamente terminaron enfrentadas”.<sup>15</sup>

Por lo tanto, la contraposición entre lo sagrado y lo secular al interior de los ordenamientos parece constituir un dato fisiológico.

Entonces, el problema se coloca bajo una óptica distinta, puesto que la fe religiosa no puede ser sofocada en virtud de un principio liberal clásico, como es el de la libertad de conciencia; es necesario que el Estado se organice de tal manera que consienta la libre expresión de todas las creencias religiosas y defienda también la libertad de no creer en nada sobrenatural.

Sin embargo, la construcción de aquello que comúnmente llamamos Estado laico resulta mucho más difícil de lo que suele imaginarse. De hecho, como hemos visto, el fenómeno del surgi-

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 323.

<sup>15</sup> Fröhlich, R., *Storia della Chiesa*, Casale Monferrato, 1993, p. 78.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 5

miento del Estado en sentido jurídico conlleva un elemento religioso por el cual, desde su momento genético, el ordenamiento estatal es deudor del fenómeno religioso. De ello se desprende que si bien es cierto que la fe religiosa sigue expandiendo sus efectos en la historia de una civilidad determinada, aunque esta última avance decididamente hacia un proceso de secularización, el *religious imprinting* termina por constituir casi un ADN inmutable de la sociedad, que informa inevitablemente, y más o menos conscientemente, a las reglas jurídicas producidas por las instituciones seculares, que se reflejarán en la familia, la educación, etcétera.<sup>16</sup>

La segunda consideración se sustenta en el presupuesto según el cual, si bien el Estado podría evadir el yugo religioso y encontrar su fundamento solamente en sí mismo, de cualquier manera debe elegir el tipo de Estado laico que adoptará: ¿un Estado neutral que permite la libre adhesión y expresión de cualquier manifestación de sentimiento interior, pero es tendencialmente indiferente al fenómeno religioso; o bien un Estado que, además de apreciar la dimensión religiosa, reconozca sus particularidades y favorezca su permanencia mediante acciones concretas?<sup>17</sup>

Ésta es la dicotomía que, en general, se encuentra en la literatura y que parece agotar la complejidad de la situación, que se ejemplifica mediante algunos casos como el del ordenamiento de Francia, que se identifica con el primer modelo, o el ordenamiento de Canadá, que se identifica con el segundo.

Sin embargo, si ponemos atención, ninguno de los dos paradigmas es convincente del todo: el primero porque parece ignorar lo que ya hemos advertido en el sentido de que el Estado no puede ser neutral porque se encuentra inevitablemente influenciado

---

<sup>16</sup> Norris, P. e Inglehart, R., *op. cit.*, p. 340.

<sup>17</sup> Sobre este tema, *ex multis*: Mangiameli, S., "La «laicità» dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e pluralismo confessionale e culturale", *Diritto e società*, 1996, p. 51; Bertolini, F., *Principio di laicità e attitudine dello Stato alla autonoma determinazione di sé*, disponible en: [www.assoziazionedeicisotuzionalisti.it/dibattiti/laicità/bertolini.html](http://www.assoziazionedeicisotuzionalisti.it/dibattiti/laicità/bertolini.html) (26 de abril de 2004).

## 6 / Eleonora Ceccherini

por su historia, que tiene una connotación religiosa; el segundo, que permite que todos manifiesten su propia espiritualidad, corre el riesgo de minar las bases que fundamentan al Estado mismo, porque deja en manos de las comunidades religiosas la tarea de elaborar reglas que valen no sólo en el ámbito privado, sino también en la esfera pública.

## 2. La excepción y la regla

Los ordenamientos jurídicos del mundo occidental operan cada vez más en contextos sociales globalizados y secularizados, sin embargo, esta situación no supone que las identidades culturales estén marginadas; por el contrario, el pluralismo de las sociedades y de los valores emergentes en conflicto conduce hacia el surgimiento de grupos identificados culturalmente. Es precisamente la existencia de un mosaico variado de culturas presente en las sociedades modernas lo que exige la búsqueda de soluciones razonables para favorecer la convivencia pacífica entre individuos que tienen planes de vida distintos.

La necesidad de hacer coexistir identidades culturales distintas puede favorecer la tendencia de los ordenamientos jurídicos a desvirtuar el principio según el cual “la ley es igual para todos”, para optar, en su lugar, por la aplicación de normas que cambian según sus destinatarios.

En otras palabras, el pluralismo cultural trae como consecuencia la adopción de reglas diferenciadas de acuerdo a particularismos subjetivos. Por lo tanto, las características de los principios de generalidad y de abstracción de la norma, que han contribuido de manera significativa a la consolidación del Estado de derecho, son redimensionadas para favorecer la tendencia que introduce disposiciones especiales que se imponen sobre el derecho común.<sup>18</sup>

Las sociedades modernas, que quieren preservar la existencia de la cultura de grupos minoritarios, parecen estar dispuestas

---

<sup>18</sup> Sobre este punto me permito remitir a Ceccherini, E., “Multiculturalismo”, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 2008, pp. 486 y ss.

## 8 / Eleonora Ceccherini

a aceptar que no se apliquen ciertas normas del ordenamiento general, permitiendo excepciones a las normas. La legitimación de la *lex specialis* deriva del reconocimiento del *status* particular que se atribuye a los miembros de una comunidad o grupo determinados. La excepcionalidad de la regulación de un caso particular, ante la generalidad aplicable a la *universitas* de los individuos, constituiría el medio a través del cual es posible mantener o salvaguardar las particularidades que caracterizan a la identidad de una minoría determinada.

La reconstrucción de esta cuestión evoca un ámbito que se inspira en el privilegio y no en el derecho en sentido estricto. No obstante, merecen ser citadas las palabras de un estudioso autorizado que encuadra de manera icástica el problema:

[la] palabra privilegio, que provoca miedo, tiene dos significados: el de una ley especial, que responde a la naturaleza particular del objeto, y el de una ley especial para un objeto que, en cambio, tiene una naturaleza común. En el primer caso, la ley especial se aplica en lugar de la ley común que no puede ser aplicada; en el segundo, al contrario, aquélla expulsa la ley común que debería aplicarse. En el primer sentido, el privilegio no es contrario a la libertad, sino que es un modo para hacerla efectiva; en el segundo, en cambio, constituye lo que se llama una inmunidad y es contrario a la libertad porque implica sacrificar un derecho del Estado y, por lo tanto, una negación a la libertad del mismo. En nombre de la libertad, es necesario tener el valor para aceptar el privilegio en el primer sentido cuando es necesario, y para combatirlo siempre en el segundo.<sup>19</sup>

Se rechaza, entonces, la existencia de un *status* único para todas las personas regulado por la normatividad general y que, en el pasado, se justificaba con el objetivo de no generar algún tipo de discriminación.<sup>20</sup> Las características de la generalidad y

---

<sup>19</sup> Palabras de Piola tomadas de Ruffini, F., *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Bolonia, 1992, pp. 443 y ss.

<sup>20</sup> Vale la pena subrayar que en Italia la tesis de la homogeneidad, especialmente por

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 9

de la abstracción son instrumentales a la aplicación del principio de igualdad formal. El empleo estricto de este principio —que contribuyó a la consolidación del Estado de derecho— adquiere, sin embargo, en el curso de la historia, dimensiones conceptuales diferenciadas.

En primer lugar, ha sido complementado con el principio de igualdad sustancial, según el cual las particularidades que caracterizan a una persona (raza, sexo, religión, estatus social, etcétera) exigen legítimamente el reconocimiento de un trato diferenciado con la finalidad de reducir las condiciones de vulnerabilidad y subalternidad en que se encuentra.

Sin embargo, en un primer momento, precisamente la expresión de la diversidad es lo que justifica la adopción de medidas *ad hoc*, en violación al principio de igualdad formal, con la finalidad de favorecer la remoción de los obstáculos que, de facto, impiden la igualdad plena de oportunidades a los miembros de un grupo o a una clase de personas que se encuentran socialmente desfavorecidas en sentido *lato*.

Tal reconstrucción teórica abre las puertas al uso de acciones positivas en los sistemas legales, es decir, de todos aquellos instrumentos normativos (leyes, disposiciones y políticas) que, aunque implican dejar de lado el principio de igualdad formal (todos son iguales ante la ley), contemplan tratos favorables para los miembros de un grupo de personas que son consideradas merecedoras de tutela por parte del Estado.

El fin de dicho ordenamiento, sin embargo, es reequilibrar, nivelar, sintonizar a los individuos hacia un ideal de igualdad de trato con sus semejantes: ello para hacer prevalecer lo que los hace iguales sobre lo que los diferencia. En esencia, la adopción de medidas diferenciadas o moduladas estaría sometida a una condición suspensiva; es decir, serían transitorias y legitimadas

---

lo que concierne a la libertad religiosa, basada en una interpretación estricta del artículo 3o. de la Constitución italiana, se justificaba en la necesidad de evitar los tratos discriminatorios cometidos durante el periodo pre-republicano. Véase D'Avack, P. A., "Libertà religiosa (dir. eccl.)", *Enciclopedia del diritto*, XXIV, 1974, pp. 607 y ss.

## 10 / Eleonora Ceccherini

hasta que las clases desventajadas cuenten con condiciones que hagan posible el pleno desarrollo de su persona y puedan participar efectivamente en la organización política, económica o social de un país (parafraseando el artículo 3o., párrafo 2, de la Constitución) sobre un paradigma inclusivo y paritario. Una vez que la comunidad sociopolítica permita que todos participen en condiciones de igualdad de *chances*, las medidas de protección pueden abandonarse; en otras palabras, la *ratio* explicativa de las *affirmative actions* es la integración, puesto que buscan eliminar la exclusión.<sup>21</sup>

Las acciones afirmativas están pensadas para las *minorities by force*, las cuales se presentan en aquellos grupos cuyas características distintivas son asignadas por una mayoría que obstaculiza el proceso de integración. La diversidad es percibida como otredad-oposición-exclusión: por lo tanto, los miembros de un grupo buscan remover los elementos de diferenciación, considerados como instrumentos de segregación por parte del grupo dominante.

Por tanto, la búsqueda de la igualdad entre los individuos representa uno de los objetivos más importantes en los ordenamientos democráticos, los cuales progresivamente tienden a neutralizar todos los factores de diversificación entre individuos, que podrían provocar tratos diferenciados ante un arquetipo de ciudadano abstracto que adolece de todas sus connotaciones naturales, culturales y sociales.

Sin embargo, en el constitucionalismo contemporáneo, los individuos son considerados como personas históricamente determinadas, inmersas en una sociedad: los sujetos tutelados por las Constituciones no son individuos abstractos sino personas concretas, consideradas en su existencia histórica y material. Asistimos, en otras palabras, a la transición desde una visión atomística hacia una visión social de la persona humana.

---

<sup>21</sup> Cartabia, M., "Le azioni positive come strumento del pluralismo?", en Bin, R. y Pinelli, C. (eds.), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Turin, 1996, p. 74, que utiliza como punto de investigación la doctrina estadounidense en la materia.



## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 11

Esta proyección particular del principio personalista, en los ordenamientos con una democracia madura, se conecta con la evolución del Estado social; mientras que en los Estados que han adoptado hace poco los principios del constitucionalismo, parece inspirarse en el vínculo especial con las tradiciones históricas, culturales y étnicas.

En este último caso, el Estado termina por asumir como fin relevante la necesidad de reconocer, conservar y promover la pluralidad de las culturas de los ciudadanos que puede estar presente en el territorio. En otras palabras, los poderes públicos no sólo deberían tener fines que reequilibren o resarzan las discriminaciones pasadas, sino también deberían contribuir al mantenimiento de la otredad y del pluralismo.

Es necesario, por tanto, pensar en un Estado que se asuma como entidad conservadora que valora identidades plurales existentes; es decir, una forma de Estado que asuma las relaciones entre la soberanía y el pueblo en clave multicultural,<sup>22</sup> conformando

...la idea de la igual dignidad de reconocimiento a las expresiones culturales de los grupos y las comunidades que conviven en una sociedad democrática y con la idea de que cada ser humano tiene el derecho a crecer dentro de una cultura propia y no aquella contingentemente mayoritaria en el contexto socio-político en el que vive.<sup>23</sup>

Desde esta perspectiva, el objetivo no es su integración plena en la comunidad política sino la demarcación de la propia identidad cultural, que debe adquirir una visibilidad y reconocimientos plenos. Aquello que se evoca con el multiculturalismo es que debe valorarse de manera positiva la diversidad, cuyo abandono

---

<sup>22</sup> Sobre la definición de Estado multicultural me permito remitir a: Ceccherini, E., *Multiculturalismo*, cit., p. 486.

<sup>23</sup> Ferrara, A., "Multiculturalismo", en Bobbio, N. et al. (eds.), *Dizionario di politica*, Turín, 2004, p. 671.

## 12 / Eleonora Ceccherini

supondría el fin del grupo en cuestión: “preservar dichas prácticas quiere decir continuar con el vínculo colectivo que simbolizan, y es por ello que se pide preservar su continuidad”.<sup>24</sup> Los destinatarios de las intervenciones, entonces, ya no son las minorías en contra de su voluntad; sino voluntarias (*by will*), que se configuran como grupos que consideran su diversidad cultural como un patrimonio específico que debe salvaguardarse, como una diferencia que mantener.<sup>25</sup>

El paradigma multicultural de la igualdad supera los confines de la igualdad formal —ya que es demasiado estrecha— y de la igualdad sustancial —porque inevitablemente está destinada a diluirse en la igualdad formal—. La aplicación del principio de igualdad, entonces, oscila entre el valor del respeto a la identidad y el de integración.

Para sustentar esta afirmación podemos utilizar las palabras de la Corte Suprema canadiense, que afirmó que:

It is, of course, obvious that legislatures may —and to govern effectively— must treat different individuals and groups in different ways. Indeed, such distinctions are one of the main preoccupations of legislatures. The classifying of individuals and groups, the making of different provisions respecting such groups, the application of different rules, regulations, requirements and qualifications to different persons is necessary for the governance of modern society. As noted above, for the accommodation of differences, which is the essence of true equality, it will frequently be necessary to make distinctions.<sup>26</sup>

Tales exigencias reconstructivas y sistemáticas reclaman actualmente una propuesta de clasificación de los mecanismos e

---

<sup>24</sup> Olivito, E., “Primi spunti di riflessione sul multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità”, *Politica del diritto*, núm. 1, 2007, p. 82.

<sup>25</sup> Para una distinción entre minorías véase Pizzorusso, A., *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milán, 1967, pp. 126 y ss.

<sup>26</sup> *Andrews v. Law Society of British Columbia* (1989), 1 S. C. R. 143.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 13

instrumentos de reconocimiento de las diferencias, que pueden agruparse en torno a dos elementos:

- a) El reconocimiento normativo de la diferencia religiosa y de conciencia, que, según el enfoque, puede conducir hacia a la nomenclatura de normas especiales.
- b) *Exemptions*, acordadas sobre la base de las *accommodements raisonnables*,<sup>27</sup> expresión tomada de la lengua anglosajona y utilizada por la Corte Suprema canadiense, que puede ser sintetizada como una

...obligation juridique, applicable dans une situation de discrimination, et consistant à aménager une norme ou une pratique de portée universelle dans les limites du raisonnable, en accordant un traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par l'application d'une telle norme.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> La expresión aparece por primera vez en una sentencia del Tribunal Supremo de Canadá en 1985: *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, respecto a una empleada de los almacenes Sears, quien habiéndose adherido a la Iglesia Universal de Dios que establece el sábado como día de descanso, se vio obligada a modificar su contrato de trabajo de tiempo indeterminado a eventual (quiere decir contrato de trabajo de tiempo definido, en italiano "determinato"), dada la organización del trabajo en los grandes almacenes.

<sup>28</sup> Bosset, P., *Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable*, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, Cat. 2.500.128, 2007, 4.

### 3. Leyes especiales *vs.* leyes generales

La dicotomía expresada anteriormente satisface sólo ambiciones clasificatorias porque *in rerum natura* y, sobre todo, en los ordenamientos de matriz anglosajona es evidente que esta distinción se opaca. En efecto, la producción del derecho, en los países del *Common Law*, se deja en las manos del juez; mientras que al legislador se reserva un papel que muchas veces es secundario en el sentido cronológico del término.<sup>29</sup> En cambio, en los países del *Civil Law* existe un monopolio de la ley en la definición del derecho.

Los poderes Legislativo y Judicial comparten, entonces, la tarea de garantizar las libertades de los individuos en ámbitos sociales que ya no se sustentan en una homogeneidad de valores compartidos (o impuestos) y, por lo tanto, el pluralismo legal constituiría la consecuencia del pluralismo cultural<sup>30</sup> que los sistemas democráticos tienden a salvaguardar y a considerar como un principio supremo del ordenamiento jurídico.

La aplicación de normas especiales o acciones afirmativas o preferenciales para las personas que pertenecen a una religión, etnia y raza diferentes a las de los miembros de la comunidad política mayoritaria, puede manifestarse en diversos ámbitos y

---

<sup>29</sup> Conscientes de las diferencias existentes entre los diferentes sistemas de *Common Law* (inglés y estadounidense) se considera que actualmente aún existen factores comunes que permiten hablar, en general, de un solo *Common Law*, entre ellos se encuentra el papel del Poder Judicial. Véase Varano, V. y Barsotti, V., *La tradizione giuridica occidentale*, Turín, 2010, pp. 269 y ss., que evidencian, sin embargo, las características del *Common Law* inglés y estadounidense.

<sup>30</sup> La expresión pluralismo cultural fue acuñada en un ensayo del filósofo Kallen, H., *Cultural Democracy in the United States*, Nueva York, 1924.

## 16 / Eleonora Ceccherini

puede tener una mayor o menor difusión en función de la sensibilidad demostrada por los ordenamientos hacia el reconocimiento del pluralismo.

La identificación de normas especiales en los textos constitucionales, que favorecen a las minorías religiosas o culturales *lato sensu*, constituye una *minorem partem*.<sup>31</sup>

Esta hipótesis principalmente se traduce en normas que reconocen el *status* especial de los pueblos indígenas presentes en el territorio de un Estado; reconociendo, *de facto*, en el pacto constituyente que estas comunidades eran soberanas en esa tierra; se alude a la originalidad y a la permanencia histórica de un grupo sobre un territorio que, sin embargo, tuvo que renunciar a su propia soberanía a favor de otro ordenamiento que fue impuesto.<sup>32</sup>

Entre estas hipótesis destaca el caso de Canadá, que reconoció el estatus especial de los pueblos aborígenes en una pluralidad de disposiciones, en las cuales se afirma expresamente que los

---

<sup>31</sup> Nos limitamos a señalar los ejemplos más significativos y de abierta inspiración democrática, dejando de lado algunos sistemas constitucionales que pueden presentar vicios en su proceso de consolidación democrática, de los cuales en el derecho comparado existen múltiples experiencias. Entre las más recientes se puede mencionar la introducción, en la Constitución de Kenia de 2010, de las cortes de sharia (tribunales que deciden con base en la sharia —normas religiosas islámicas—) para dirimir controversias en materia de derecho familiar y hereditario, aunque el Poder Judicial se haya declarado en sentido contrario.

<sup>32</sup> Desde un punto de vista jurídico, una definición de pueblo indígena es ofrecida por la Convención núm. 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo. Dicha Convención, en su artículo 1o., establece que los pueblos indígenas se identifican con "(a) tribal peoples in independent countries whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations; (b) peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions" [también existe una versión en español, consultable en: [http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio\\_169\\_07.pdf](http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf) —n. de los t.—]. Sobre este tema en general consúltese Mazza, M., *La protezione dei popoli indigeni nei paesi di Common Law*, Padua, 2004, pp.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 17

derechos existentes y previstos en los tratados internacionales no pueden ser derogados ni suspendidos, colocándolos como normas especiales respecto de las generales.<sup>33</sup> Estas disposiciones permiten garantizar posiciones jurídicas subjetivas a las comunidades autóctonas, sobre todo en relación con las actividades de caza y pesca que pueden practicarse contradiciendo las normas generales del ordenamiento jurídico, siempre y cuando sean compatibles con las reglas tradicionales de las tribus.<sup>34</sup>

En Sudáfrica, con la aprobación de la Constitución de 1996 se estableció la necesidad de adecuar el derecho consuetudinario africano al ordenamiento general. El derecho consuetudinario no debe ser considerado un cuerpo jurídico separado sino un derecho plenamente válido de conformidad con las normas constitucionales.<sup>35</sup> Al respecto, la sección 15 de la carta fundamental

---

6 y ss.; Wiessner, S., "Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis", *Harvard Human Rights Journal*, núm. 12, 1999, pp. 57 y ss.

<sup>33</sup> El artículo 25 de la Carta de Derechos y Libertades: "The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including (a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and (b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired". Artículo 35 del Acta Constitucional: "(1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed. (2) In this Act, «Aboriginal Peoples of Canada» includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada. (3) For greater certainty, in subsection (1) «treaty rights» includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired. (4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons". Sobre las razones de la regulación de los derechos de los pueblos indígenas me permito remitir a: Ceccherini, E., "Il processo di adozione della Carta dei diritti e delle libertà: un processo costituente a tappe", en Rolla, G. (ed.), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento canadese*, Milán, 2008, pp. 3 y ss.; Martino, P., "La Carta canadese dei diritti e delle libertà e i diritti ancestrali: l'incerto procedure della giurisprudenza della Corte suprema", en Rolla, G. (ed.), *L'apporto della Corte*, cit., pp. 295 y ss.

<sup>34</sup> Me permito remitir a: Ceccherini, E., "Diritti individuali v. diritti comunitari", en Rolla, G. (ed.), *Eguali, ma diversi*, Milán, 2000, pp. 163 y ss.

<sup>35</sup> Onida, F., "Genere e matrimonio nella nuova Repubblica del Sudafrica: uguaglianza e libertà di religione", *Quaderno di diritto e politica ecclesiastica*, 2008, pp. 6 y ss.

## 18 / Eleonora Ceccherini

establece que no está prohibida una eventual legislación que reconozca aquellos matrimonios celebrados de acuerdo a la tradición o sistema de derecho religioso, personal o familiar y sistemas de derechos personal, familiar o confesional que profese un individuo.

En el mismo sentido se pronuncia Francia, en donde se reconocieron derechos diferenciados basados sobre la religión en territorios ubicados más allá del área metropolitana; el artículo 75 de la Constitución permite a cualquier ciudadano de la República, que no tenga el estatus civil en el derecho común, conservar su propio estatus personal mientras no renuncie al mismo. Se trata de una norma que tiende a salvaguardar usos y costumbres de una parte del pueblo francés que vive en los territorios de ultramar.

En el Estatuto de Nueva Caledonia se contempla la posibilidad de solicitar al juez que anote esa opción en el registro del derecho civil.<sup>36</sup> Los jueces de derecho común son competentes para dirimir las controversias surgidas entre personas que optaron por el estatus civil consuetudinario; en el ejercicio de esta función son coadyuvados por jueces expertos en derecho consuetudinario, electos de una lista de personas que gozan de un estatus civil especial.<sup>37</sup> De manera similar, para los habitantes de la isla de Mayotte, las disposiciones constitucionales significan la posibilidad de conservar sus reglas de derecho comorano bajo el

---

<sup>36</sup> Dicha facultad está condicionada al requisito de tener la edad de veintiún años, y en tanto el padre o la madre dispongan del mismo estatus o si el mismo ha gozado de esa condición durante los últimos cinco años (artículo 12 de la Ley Constitucional núm. 98-610 del 20 de julio de 1998). El juez está obligado a consultar a las autoridades consuetudinarias de la isla (artículo 16 de la misma ley) y a evaluar si dicha decisión no incide en las posiciones jurídicas subjetivas de los descendientes, ascendientes y colaterales (artículo 12 de la misma ley). Los menores de edad pueden ser inscritos en dicho registro mediante solicitud de aquellos que ejercen la patria potestad, previa sentencia del juez en la que evalúe el interés del menor (artículo 11 de la misma ley). La adquisición de ese *estatus* se refleja también en la configuración del derecho de propiedad, que en Nueva Caledonia es de carácter colectivo.

<sup>37</sup> Artículo 19 de la Ley Constitucional 98-2010.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 19

control de los *Kadhis* o jueces musulmanes, que son funcionarios públicos.<sup>38</sup>

Sin embargo, la tendencia reciente consiste en dejar en un plano secundario los estatutos civiles distintos al derecho común, tan es así que la renuncia al *status* especial se considera una elección irrevocable y no faltan intervenciones legislativas tendentes a limitar la aplicabilidad de los principios constitucionalmente protegidos. En efecto, el artículo 68 de la Ley núm. 2003-660 del 21 de julio de 2003 prohibió expresamente en Mayotte la poligamia para todos aquellos que hubieran alcanzado la edad mínima para contraer matrimonio a partir del 1o. de enero de 2005.<sup>39</sup>

No obstante, como se ha mencionado, las excepciones constitucionales expresas y específicas no son numerosas. La distancia entre la aplicación de la regla general y la salvaguardia de la identidad personal determinada en sentido religioso y cultural parece expresarse en disposiciones en las que la carta fundamental concede —de manera explícita o implícita— legitimidad para que el legislador reconozca la objeción de conciencia.<sup>40</sup>

En este caso el ordenamiento jurídico reconoce a los propios asociados la facultad para desobedecer las leyes del Estado para

---

<sup>38</sup> La observancia del derecho musulmán deriva de las obligaciones internacionales que Francia asumió mediante el Tratado del 25 de abril de 1841 con el sultán Anjouan Adrian Tsouli. Los musulmanes constituyen la mayoría de la población: 97.1%. Roy, I., *Vers un «droit de participation» des minorités à la «vie de l'État»?*, Montreal, 2006, p. 229.

<sup>39</sup> Sobre esta ley se ha manifestado el Consejo Constitucional en la decisión núm. 2003-474, en la que negó una violación al artículo 75 constitucional, permitiendo al legislador promover la evolución de las costumbres. Costanzo, P., *La "Nuova" Costituzione della Francia*, Turin, 2009, p. 128.

<sup>40</sup> En especial, las Constituciones prevén modalidades alternativas para cumplir con el deber de defender la patria. El artículo 124 de la Constitución de Letonia dispone la posibilidad de un servicio civil alternativo basado en motivos morales y religiosos; en el mismo sentido se encuentran los artículos 85 de la Constitución de Polonia, 3o. de la Constitución de la República Checa y 123 de la Constitución de Eslovenia, que también lo contempla por razones, además de las religiosas, filosóficas y humanitarias (en general, la objeción de conciencia puede ser reconocida con base en la ley, ex artículo 46 de la Constitución). El artículo 99 de la Constitución de Holanda prevé la objeción de conciencia por motivos graves, al igual que el artículo 41, último párrafo, de la Constitución de Portugal.



## 20 / Eleonora Ceccherini

que no tengan que elegir entre el cumplimiento de un precepto moral, ético o religioso y la violación de la norma; reconociendo, de esta manera, una posible dicotomía arraigada en todos los seres humanos entre su lealtad cívica y de conciencia.<sup>41</sup>

El reconocimiento de la objeción de conciencia constituye el canal conector entre autoridad y libertad y parece descansar sobre el principio personalista que inspira a la Constitución del Estado democrático-social. En el pasado, Henry David Thoreau expresó esta dicotomía de manera lapidaria:

¿El ciudadano debe siempre —aunque sea por un instante o en un grado mínimo— abandonar su propia conciencia en las manos del legislador?; entonces, ¿para qué tiene una conciencia? Pienso que deberíamos ser seres humanos antes que ser súbditos. ¿No es de esperarse que el hombre cultive el respeto a las leyes pero sobre todo el respeto de lo que es justo?<sup>42</sup>

Este dilema recuerda la confrontación entre Antígona y Creonte: el primer impulso para desobedecer el edicto del soberano, en virtud de la obligación impuesta por las leyes naturales que exigen la sepultura de los difuntos, y el segundo que identifica la voluntad normativa como instrumento de protección del interés público.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Sobre el problema de la definición de la objeción de conciencia: Lillo, P., *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso*, Turín, 2002, pp. 46 y ss.; Ferrari, D., "Il diritto di libertà di coscienza nell'Unione europea", en Ceccherini, E. (ed.), *Pluralismo religioso e libertà di coscienza*, Milán, 2012, pp. 175 y ss.

<sup>42</sup> Thoreau, H. D., *La disobediencia civil* (1849), trad. it. de P. Sanavio, *Civil Obedience*, Milán, 2009, p. 18. No se puede ignorar la distancia que separa al pensador estadounidense del filósofo iluminista J. J. Rousseau, que no reconoce ninguna libertad al individuo al interior de la comunidad política organizada que pueda oponerse a la voluntad del Estado, y que escribe: "La vera libertà è l'obbedienza alla legge che gli uomini si sono dati nello stato civile; solo in tal modo si è davvero padroni di sé e affrancati dalla schiavitù degli istituti". Sobre la relación entre la esfera religiosa y los derechos para algunos pensadores véase Marra, R., *La religione dei diritti. Durkheim, Jellinek, Weber*, Turín, 2006, en particular pp. 71 y ss.

<sup>43</sup> La figura de Sófocles sobre Antígona ha sido objeto de reflexiones por parte de

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 21

La posición de Thoreau (como la decisión de la niña de Tebas) deja que sea la autonomía individual la que determine los contenidos prescriptivos a los cuales adherirse; mientras que en el Estado constitucional corresponde a la *interpositio legislatoris* establecer cuándo los asociados pueden obedecer reglas de conciencia sin incurrir en las sanciones normalmente previstas para quien cometa conductas *contra legem*. De este modo, quien adopta un credo interno totalizante puede rechazar la imposición coercitiva del precepto normativo sin incurrir en las sanciones que el sistema jurídico prevé en caso de desobediencia.

De hecho, en la doctrina también existe una tendencia a distinguir entre la objeción de conciencia, entendida como el rechazo a cumplir una obligación personal o patrimonial por razones internas que conlleva la aplicación de sanciones específicas, y las opciones de conciencia, cuando el incumplimiento es *secundum legem* —reconocido en una ley— y representa una alternativa legal a la conducta que comúnmente se exige a la comunidad general.<sup>44</sup>

El primer supuesto —la objeción de conciencia “pura”— alude a una figura de libertad similar a la del derecho de resistencia que, sin embargo, se fundamenta sobre presupuestos distintos. La objeción de conciencia, aunque no esté reconocida expresamente por el ordenamiento jurídico, tiende a materializar un comportamiento, de comisión u omisión, de un sujeto que pretende demostrar fidelidad a imperativos categóricos extra jurídicos pero no cuestiona el *pactum societatis* como sucede con el derecho de resistencia, que cuestiona la legitimidad del poder al objetar la justificación que proviene del contrato social.<sup>45</sup>

---

estudiosos no sólo de literatura, *ex multis* Nussbaum, M., *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, Bolonia, 1996.

<sup>44</sup> Lillo, P., *op. cit.*, p. 49. No está convencido de esta distinción Guarino, A., *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Nápoles, 1992, pp. 117 y ss.

<sup>45</sup> Buratti, A., *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, Milán, 2006, *passim*, en particular pp. 145 y ss.

## 22 / Eleonora Ceccherini

Las leyes sobre las opciones de conciencia pueden tener contenidos muy diversos dependiendo de los ordenamientos en los que estén previstas. En Italia podemos destacar dos tipos de objeciones: uno se refiere al conjunto de asociados; el otro tiene un contenido propiamente confesional. En el primer conjunto se encuentran la Ley sobre Objeción de Conciencia al Servicio Militar (Ley del 8 de julio de 1998, núm. 230), que prevé un servicio personal alternativo al servicio militar;<sup>46</sup> la Ley del 22 de mayo de 1978, núm. 194, Normas para la Protección de la Maternidad y la Interrupción Voluntaria del Embarazo, que permiten al personal médico y sanitario la no realización de prácticas abortivas; la Ley del 12 de octubre de 1993, núm. 413, Normas sobre la Objeción de Conciencia a la Experimentación Animal, que favorece a las personas que, por cualquier razón, intervienen en operaciones relacionadas con la experimentación animal y se oponen a la vivisección; el artículo 497 del Código de Procedimientos Penales, así como los artículos 238 y 251 del Código de Procedimientos Civiles, que prevén la posibilidad de que, en determinados procesos, los testigos realicen el juramento como un compromiso de conciencia más que como un acto de contenido religioso.

En el segundo tipo de leyes excepcionales con contenido propiamente religioso se encuentran las leyes que recogen los acuerdos con la Santa Sede (*ex* artículo 7o. constitucional) y los convenios con los demás cultos religiosos (*ex* artículo 8o. constitucional) que se refieren a la exoneración del servicio militar a los ministros de culto, a la facultad de gozar de un día de descanso semanal y de celebrar sus festividades religiosas en un día distinto al establecido en el calendario general, y en el caso específico de los judíos que trabajan en la policía de Estado, fuerzas armadas o servicios similares, o para los residentes en un asilo, hospitales o cárceles, para que puedan satisfacer sus necesidades

---

<sup>46</sup> Se recuerda que tal disposición fue superada por la suspensión del servicio militar obligatorio mediante la Ley del 14 de noviembre de 2000, núm. 31, Normas para el Establecimiento del Servicio Militar Profesional, y la Ley del 6 de marzo de 2001, núm. 64, Establecimiento del Servicio Civil Nacional.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 23

alimentarias de conformidad con sus convicciones religiosas sin costo para las instituciones.

La diferencia entre el primero y el segundo tipo de leyes descansa sobre una pluralidad de razones. En primer lugar, las primeras se configuran como actos generales válidos para todos los miembros de la sociedad que quieran usarlas. Además, son actos que en el sistema de fuentes tienen fuerza de ley, cuyo contenido es el fruto de un proceso de síntesis que se ha verificado en las asambleas de representantes que pueden disponer plenamente de su contenido.

En cambio, el segundo tipo de actos legislativos no tiene eficacia *erga omnes* sino que está circunscrito a aquellos que pertenecen a una confesión religiosa determinada; además, las leyes que recogen los acuerdos religiosos tienen el rango de fuentes atípicas, por lo que disponen de una fuerza jurídica superior a la ley ordinaria y no pueden ser modificadas unilateralmente por el Estado, sino mediante un acuerdo, cuyo contenido es el resultado de un proceso de negociación entre las partes.

Desde el punto de vista de las fuentes de derecho, es evidente que la diferenciación religiosa incorpora un *quid pluris* respecto del resto de los imperativos ético-morales, y esta afirmación se reproduce en todos aquellos ordenamientos que prevén un sistema pactado para las relaciones entre el Estado y las iglesias.

Lo anterior se explica de alguna manera por el hecho de que a la Iglesia católica se le reconoce rango de Estado y, entonces, puede legítimamente pactar tratados internacionales, además, en muchos países europeos se ha consolidado un sistema de carácter convencional mediante el cual las relaciones entre el orden estatal y la confesión religiosa están recogidos en documentos que tienen fuerza de ley y cuyo contenido es el resultado de un proceso de negociación. En este supuesto emerge Italia con su singularidad recogida en los artículos 7o. y 8o. de su Constitución, en los que se ofrece cobertura constitucional a dichos acuerdos. Pero esto también vale para Alemania, en donde existen acuerdos

## 24 / Eleonora Ceccherini

entre el *Bund* y otros cultos, fruto de una autorización legislativa expresa, mientras proliferan acuerdos entre los *Länder* y las confesiones religiosas. Luxemburgo, en el artículo 22 de la Constitución, establece un régimen convencional entre el Estado y las confesiones religiosas que se encuentra recogido en una ley. El artículo 25, párrafo 4, de la Constitución de la República polaca establece dichas relaciones sobre la base de una ley negociada entre el gobierno y los representantes de las confesiones. Portugal ha establecido en los artículos 45 y siguientes de la Ley del 22 de junio de 2001, núm. 16, sobre Libertad Religiosa, que la ley puede recoger acuerdos entre el ordenamiento estatal y los cultos. El artículo 4o., párrafo 5, de la Ley núm. 308 de 1991 sobre la Libertad Religiosa en Eslovaquia establece la facultad de celebrar acuerdos con las iglesias y las asociaciones religiosas.<sup>47</sup> En España, el artículo 7o. de la Ley Orgánica del 5 de julio de 1980, núm. 7, establece la posibilidad de celebrar acuerdos de cooperación con varias iglesias, que posteriormente deben ser aprobados por las Cortes Generales.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> Respecto a experiencias particulares: Adami, F. E., *Il fenomeno religioso nei paesi dell'Unione Europea*, Urbino, 2002; Curtit, F. y Messner, F. (dirs.), *Droits des religions en France et en Europe: Recueil de textes*, Bruselas, 2008.

<sup>48</sup> Sobre el tema: Porras Ramírez, J. M., "Las relaciones Iglesia-Estado en el XXX Aniversario de la Constitución Española de 1978", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 127, 2009, pp. 209 y ss.

## 4. El Poder Judicial y las minorías religiosas

El otro guardián encargado de salvaguardar el pluralismo cultural es el Poder Judicial, que, junto con el Legislativo, comparte la tarea de garantizar el respeto de las minorías.

El papel de la jurisprudencia —como se ha mencionado anteriormente— es más relevante en los ordenamientos del *Common Law*, en los cuales el juez, mediante la inducción, extrae los principios generales de la disciplina al caso concreto, adoptando, de este modo, una posición central en el sistema de producción del derecho e influenciando, de manera más o menos importante, la actividad del legislador.

Sin embargo, la perspectiva jurisdiccional asume una importancia particular también en los sistemas de *Civil Law*, en virtud de su posición de avanzada en la tutela de los derechos, configurando una especie de “anticipación” por parte del juez respecto al legislador en la garantía de los derechos.

De hecho, la ley que constituye el compromiso entre las fuerzas políticas y sociales dominantes, pero sustancialmente homogéneas, no puede ser reconocida como norma válida *erga omnes* cuando la comunidad en la que se va a aplicar presenta una composición heterogénea y plural, irreducible a un *unicum*. Dicha conclusión se explica por el hecho de que las sociedades no son sustancialmente cohesivas como en el pasado (de hecho, estamos muy lejos del Estado monoclase burgués), sino que constituyen un *puzzle* heterogéneo de sujetos que adoptan ideales y valores muy distintos (cuando no antitéticos respecto a la mayoría de la comunidad donde viven).

## 26 / Eleonora Ceccherini

La generalidad y abstracción, que son propiedades caracterizadoras de las normas, no embonan con el cúmulo de casos concretos, cuyas regulaciones no pueden alcanzarse mediante un compromiso legislativo, dada la heterogeneidad de los componentes sociales y políticos difícilmente reductibles a una matriz unitaria, necesaria para la aprobación de una norma. El equilibrio entre los múltiples intereses parece más difícil y complejo a nivel legislativo, y es por esto que el Parlamento y sus fuentes no están en condiciones de ofrecer respuestas adecuadas a las dificultades del presente y a los múltiples desafíos que se les presentan.

En este panorama, la función jurisdiccional se muestra más idónea para mitigar las transgresiones que suceden al interior de la comunidad, porque su función estructural se orienta a resolver un caso concreto, específico, en el que el logro de un compromiso es más sencillo. En esencia, una sentencia presenta características más adecuadas en comparación con la ley, ya que no tiene la pretensión de proporcionar una solución válida para todos y cada uno de los casos en abstracto, sino que se limita a ofrecer una solución a una controversia, cuyas consecuencias no derivan en un alcance norma universal sino particular. De esta manera se socava la tesis liberal del Estado mediador que, a través del acto legislativo, expresa la síntesis de los diversos intereses provenientes de la sociedad civil.

Desde esta perspectiva, la inercia del legislador frente a los desafíos contemporáneos relativos a los grandes temas especialmente controversiales de esta época, tales como la bioética o el multiculturalismo, es más fácil de comprenderse y menos censurable porque muestra la insuficiencia de su función. Esto es así porque es incapaz de generar el tejido conector que en el pasado era posible en virtud de la compartición de valores comunes. Es por ello que parece convincente la reflexión de quien identifica al Poder Judicial “como órgano de la sociedad civil abierta, tanto cosmopolita como global; órgano «comunicador» por excelencia”<sup>49</sup> que,

---

<sup>49</sup> Volpe, L., *La giurisprudenza come itinerario comunicativo tra sistemi di diritto*,

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 27

además, se acredita como garante porque en lugar de manifestar las expresiones de la mayoría, constituye una expresión de la imparcialidad con respecto a las partes actoras.<sup>50</sup>

Por lo tanto, la función renovada del juez constituye la característica de mayor interés en esta fase del constitucionalismo, en la cual el Poder Judicial no se configura ya como un poder nulo, según la visión ofrecida por Montesquieu, sino como una instancia unificadora, casi supletoria, del Poder Legislativo, que logra superar las eventuales lagunas del ordenamiento. Favorecen a esta reconstrucción las intuiciones de quienes han subrayado que las fuentes políticas se complementan con las fuentes culturales (en especial las jurisprudenciales), que se

...realizan cuando las normas jurídicas provienen de las experiencias del pasado (costumbre y precedentes) o del análisis racional de los fenómenos jurídicos (doctrina y jurisprudencia) sobre el supuesto de que el derecho no constituye sólo la aplicación de la voluntad del soberano —sea el pueblo, la asamblea o un tirano—, sino que responde, además, a una necesidad de justicia racionalmente determinada.<sup>51</sup>

El proceso decisivo se encuentra, entonces, orientado hacia la búsqueda de una *reasonable accommodation*, un principio desde el cual las normas de derecho positivo pueden ser derogadas para salvaguardar la aplicación de preceptos culturales o religiosos de los individuos. Dicha técnica decisoria consta en la jurisprudencia de origen anglosajón, en especial la canadiense. En el país norteamericano los jueces supremos han utilizado esta técnica interpretativa para armonizar el respeto al principio de igualdad y la protección de las diferencias, sobre todo de carácter religioso.

---

texto presentado en el seminario *Quali "vie di comunicazione" del costituzionalismo contemporaneo? Ipotesi a confronto* (25 y 26 de septiembre de 2009, Universidad de Trento, *Devolution club*).

<sup>50</sup> Guazzarotti, A., *Giudice e minoranze religiose*, Milán, 2001, pp. 51 y ss.

<sup>51</sup> Pizzorusso, A., *Sistemi giuridici comparati*, Milán, 1998, p. 263.



## 28 / Eleonora Ceccherini

La peculiaridad distintiva de la *legal reasoning* consiste en mantener inalterada la regla general, prefigurando su aplicación, que mantiene su núcleo prescriptivo pero neutraliza sus efectos generalizadores, reconduciéndola a una decisión estrictamente acotada a las exigencias del demandante. La *reasonable accommodation* se limita sólo a individualizar una solución que deja inalterada la regla, adaptándola a circunstancias contingentes.

Resulta útil recordar dos sentencias de la Corte Suprema canadiense que dan cuenta de la técnica de la *reasonable accommodation* y que reflejan adecuadamente la aporía aparente entre el mantenimiento de la regla y la previsión de la excepción: el primero es el caso *Amselem*<sup>52</sup> y el segundo el caso *Multani*.<sup>53</sup>

En el primero se juzgó la legitimidad de un requerimiento que imponía la remoción y la eventual destrucción de algunas cabañas temporales, llamadas *succahs*, que algunos condóminos de religión judía habían construido en las terrazas de los condominios del propio palacio para celebrar el *Succot*, no obstante que el reglamento de condominios (que habían suscrito conscientemente) lo prohibiese.

La Corte Suprema, al resolver el caso a favor de los creyentes, legitimó la desaplicación de la normativa de condominios porque consideró que las estructuras religiosas no afectan los derechos de propiedad de los demás condóminos ni constituían un peligro para la seguridad de las personas. Así que determinó que la excepción estaba justificada por el deber de realizar una *accommodation* entre la protección de la libertad religiosa y el cumplimiento de la normativa general.

El *Justice* Lacobuci, ponente de la opinión mayoritaria, sostuvo que:

In a multiethnic and multicultural country such as ours, which accentuates and advertises its modern record of respecting cul-

---

<sup>52</sup> *Syndicat Northcrest v. Amselem* (2004), 2 S. C. R. 551, 2004 SCC 47.

<sup>53</sup> *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* [2006] 1 S. C. R. 256.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 29

tural diversity and human rights and of promoting tolerance of religious and ethnic minorities —and is in many ways an example thereof for other societies—, the argument of the respondent that nominal, minimally intruded-upon aesthetic interests should outweigh the exercise of the appellants' religious freedom is unacceptable. Indeed, mutual tolerance is one of the cornerstones of all democratic societies. Living in a community that attempts to maximize human rights invariably requires openness to and recognition of the rights of others. In this regard, I must point out, with respect, that labelling an individual's steadfast adherence to his or her religious beliefs "intransigence", as Morin J. A. asserted at para. 64, does not further an enlightened resolution of the dispute before us.

Como se ha señalado anteriormente, la legitimación de una excepción basada en motivos religiosos, además de estar conforme al artículo 2o. de la Carta de Derechos y Libertades, constituye el presupuesto necesario para promover la tolerancia de las minorías étnicas y religiosas. La *exemption*, resultado del proceso de *accommodation*, constituye el medio a través del cual se cumple con uno de los objetivos que caracterizan al Estado, que consiste en favorecer la tolerancia y la coexistencia pacífica.<sup>54</sup>

Otro caso de la Corte Suprema de Canadá digno de reflexión es *Multani*,<sup>55</sup> en el que se valoró la prohibición de portar armas al interior de las instituciones escolares. La controversia había surgido por el hallazgo de un *kirpan* (cuchillo ritual para los practicantes de la religión *sikh*) en una escuela, que había sido perdido por un alumno, quien hasta ese momento lo había por-

---

<sup>54</sup> Woehrling, J., "La Cour Suprême du Canada et la liberté de religion", *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 62, 2005, pp. 404 y ss.; Dicosola, M., "Tecniche di bilanciamento tra libertà di religione e laicità dello stato. El principio del duty to accommodation", en Rolla, G. (ed.), *Eguali, cit.*, p. 143; Rolla, G., "Alcune considerazioni sulla tutela della libertà religiosa negli ordinamenti multiculturali", en Rolla, G. (ed.), *Libertà religiosa e laicità*, Nápoles, 2009, pp. 44 y ss.

<sup>55</sup> Entre los múltiples comentarios: Bauman, R., "Multiculturalism and Religion in Canada: The *Kirpan* Case", en Amirante, D. y Pepe, V. (eds.), *Stato democratico e società multiculturale*, Turin, 2011, pp. 47 y ss.

### 30 / Eleonora Ceccherini

tado bajo su ropa. Debido a la precisión del reglamento escolar, que prohibía la introducción de armas en el recinto escolar, las autoridades escolares prohibieron al menor la posesión del arma, puesto que se consideraba como potencialmente peligrosa para la comunidad escolar. Sin embargo, el órgano judicial supremo sostuvo que el cuchillo —siempre y cuando estuviera guardado en un lugar cerrado y se tomaran algunas precauciones— podía ser portado en la escuela.<sup>56</sup>

Los jueces no cuestionaron la legitimidad del reglamento escolar, que excluía la portación de armas al interior de la institución escolar, pero apelaron a la aplicación del artículo 24 de la Carta de Derechos y Libertades que legitima a los órganos jurisdiccionales para desaplicar una regla que transgreda los derechos establecidos en el catálogo de derechos. Desde esta perspectiva, se retoma el principio de la *reasonable accommodation* que concilia el objetivo de mantener la seguridad en las escuelas con el deber de proteger la libertad religiosa del estudiante, permitiéndole portar el cuchillo. De esta manera, correspondería a los profesores el deber de explicar a sus alumnos las razones de la excepción reconocida a su compañero, en cumplimiento de su deber de promoción de la tolerancia y del respeto a las minorías, que constituyen los valores fundantes de la sociedad canadiense.<sup>57</sup> Los antecedentes jurisprudenciales que habían confirmado

---

<sup>56</sup> La Corte Suprema consideró que debía acoger la propuesta realizada por los profesores y a la que se había opuesto el consejo escolar, que disponía que: a) el cuchillo debía ser portado bajo la ropa; b) el *kirpan* debía ser puesto en una caja de madera, y que a su vez estuviera metida en una funda cocida por todos los lados; c) que el estudiante debía asegurarse siempre de tener el objeto en su posesión y, en caso de extravío, comunicarlo inmediatamente a las autoridades escolares; d) el estudiante podía ser sometido a revisiones para verificar que efectivamente se cumpliera con las condiciones de custodia del cuchillo; e) en caso de que alguna de tales indicaciones no fuera respetada, se contemplaba la pérdida del derecho del estudiante a usar el cuchillo. Una decisión similar en los Estados Unidos la encontramos en el caso *Cheema v. H Thompson* (36 F3d 1102) de 1994, en la que el Tribunal se refiere a la obligación de hacer una *accommodation* entre la libertad religiosa reconocida por la Primera Enmienda y la seguridad al interior de la escuela, sugiriendo mantener el *kirpan* en una funda o estuche.

<sup>57</sup> Woehrling, J., "La Cour Suprême du Canada et la liberté de religion", *Revue fran-*

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 31

la prohibición de la portación del *kirpan* al interior de los aviones y en las salas de los tribunales no fueron considerados idóneos para orientar de manera distinta la decisión de los jueces, estimando que la seguridad en las escuelas es menos prominente.<sup>58</sup>

A pesar de no haber sido referida expresamente, el criterio de la Corte Suprema dirige su atención a una decisión similar emitida en los Estados Unidos, en el caso *Cheema v. H. Thompson*,<sup>59</sup> en la que el tribunal tuvo que encontrar una *accommodation* entre la libertad religiosa protegida por la Primera Enmienda y la seguridad al interior de la escuela, sugiriendo mantener el *kirpan* en una funda tejida.

Sin embargo, la *reasonable accommodation* se erige sobre una frontera movable, cuya ubicación cambia en el tiempo y en el espacio y cuya incertidumbre potencial de resultados no ofrece tranquilidad a la comunidad social, que preferiría una aplicación más condescendiente con la conciencia colectiva dominante. No obstante, también es cierto que la salvaguardia del pluralismo no puede traducirse en una abdicación por parte de los poderes públicos ante los principios característicos del Estado de derecho. En consecuencia, el recurso de la *accommodation* presenta un grado de aplicación incierto y expresa siempre una tensión entre la dimensión pública y la propiamente cultural.

A continuación se exponen algunos ámbitos en los que el contraste entre la pertenencia religiosa (y cultural) y el ordenamiento general entran en conflicto, evidenciando las dificultades que conlleva la solución del conflicto.

---

*caise de droit constitutionnel*, núm. 62, 2005, pp. 404 y ss.; Loprieno, D. y Gambino, S., "L'obbligo di «accomodamento ragionevole» nel sistema multiculturale canadese", en Rolla, G. (ed.), *L'apporto della Corte suprema*, cit., pp. 217 y ss.; Olivetti Rason, N., "La giurisprudenza della Corte suprema del Canada", *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 5, 2006, pp. 3661 y ss. En sentido contrario véase *Hothi et al. v. Regina - 3 Western Weekly Reports* 256 (1985), 35 *Manitoba Reports* 2d 159 8 1985, en el que el juez negó al acusado *sikh* portar su *kirpan* en la sala del tribunal.

<sup>58</sup> *Hothi v. R.* [1985] 3 W.W.R. 256 (Man. Q.B.) (aff'd [1986] 3 W.W.R. 671 (Man. C.A.)), and *Nijjar v. Canada 3000 Airlines Ltd.* (1999), 36 C.H.R.R. D/76 (Can. Trib.).

<sup>59</sup> (36 F3d 1102) de 1994.

## 5. La familia

La cultura jurídica occidental es deudora del planteamiento conceptual de Arturo Jemolo, quien en 1948 afirmaba que “la familia era una isla que el derecho podía sólo rozar”<sup>60</sup> y con ello demostraba que el núcleo familiar constituía un ordenamiento autónomo, cuya capacidad de autorregulación podía entrar en conflicto potencial con el ordenamiento general. Además, es fácil intuir que es al interior de la sociedad natural en donde los miembros pretenden vivir de acuerdo con sus propias reglas, actuando en esa dimensión conforme a los dictados que su conciencia les sugiere. Ésta es la razón por la cual en la organización del hogar, los individuos portadores de una cultura o fe religiosa definida están menos dispuestos a aceptar intromisiones externas. De hecho, los individuos, si en la dimensión pública aceptan que sus conductas se encuentren normadas y reguladas (*alias* limitadas), al interior de la familia —que puede constituir la realización de un proyecto de vida privado— se rehúsan a las imposiciones externas, reivindicando una amplia autonomía e independencia que está sintetizada en la frase de Jemolo.

Sobre todo cuando las motivaciones religiosas son las que configuran el marco regulatorio de las convivencias familiares, estas últimas se muestran menos porosas y más reacias a cumplir con órdenes heterónomas, ya que, por lo general, la religión ofrece un *corpus* normativo predeterminado y codificado.

Estas ideas contribuyen a explicar las razones por las cuales el derecho familiar puede ser objeto de intromisiones mediante

---

<sup>60</sup> Jemolo, C. A., “La famiglia e il diritto”, *Annuario dei Seminari giuridici dell’Università di Catania*, III, 1948.

### 34 / Eleonora Ceccherini

reglas sociales o religiosas que introducen, precisamente, excepciones a la normativa general.

En los Estados Unidos, los estados prohíben los matrimonios entre consanguíneos, pero existen excepciones; en Rhode Island es donde está prevista una *exemption* para los judíos desde 1764, quienes pueden contraer matrimonio de acuerdo con las leyes judías y no según las leyes estatales;<sup>61</sup> Colorado y Minnesota también lo permiten si las reglas de las comunidades indígenas así lo prevén.<sup>62</sup>

También en el Reino Unido se contemplan algunas excepciones, tanto para los cuáqueros como para los judíos; de hecho, se permite que sus ceremonias se celebren en cualquier momento del día, en cualquier lugar, no se requiere de la presencia de un funcionario público y las reglas para su celebración son las es-

---

<sup>61</sup> Por lo tanto, está permitido el matrimonio entre un tío(a) y su sobrino(a). En general, véase McConnel, M. W., "The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion", *Harvard Law Review*, núm. 103, 1990, pp. 46 y ss.; Rolla, G., "La libertà religiosa in un contesto multiculturale", en Ceccherini, E. (ed.), *Pluralismo religioso*, cit., pp. 81 y ss.

<sup>62</sup> Véase <http://law.jrank.org/pages/11834/Annulment-Prohibited-Marriage-Prohibited>. Merece una mención especial el tema de la poligamia, expresamente prohibida en los Estados Unidos. Por ejemplo, en el estado de Utah, que en 1895 aprobó una reforma constitucional mediante la cual estableció que "polygamous or plural marriage are forever prohibited", parece que tal práctica está todavía en uso: de acuerdo con una investigación de 1998, había 40,000 familias poligámicas, casi el 2% de la población de dicho estado. Dundes Renteln, A., *The Cultural Defense*, Oxford, 2004, p. 282, nota 60. Recientemente, la prohibición penal de la poligamia fue objeto de una *Constitutional Question Act* por parte del *Attorney General* de Columbia Británica que solicitó a la Corte Suprema de la provincia manifestarse (Statement 2009AG0012-000518 October 22, 2009) mediante una *reference* acerca de la compatibilidad del artículo 293 del Código Penal, que penaliza la poligamia, con la sección 2 de la Carta de los Derechos y Libertades que tutela la libertad religiosa. El caso surgió de la detención de un presunto pastor de una iglesia que tenía relaciones *more uxorio* (expresión latina que significa que una pareja no casada vive una relación de tipo matrimonial) con más de una cincuenta de mujeres. La Corte se manifestó por la compatibilidad constitucional de la disposición del Código Penal con la sentencia: *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada* (2011 BCSC 1588). Sobre este punto véase Baines, B., "Gender and Constitution: Is Constitutionalism Bad for Intersectional Feminists?", *Penn State International Review*, 28, 3, 2010, pp. 432 y ss. En el Reino Unido, la bigamia constituye un delito con base en la sección 7 de la *Offences against the Person Act* de 1861.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 35

tablecidas por la *Society of Friends* y por las escrituras sagradas judías, respectivamente.<sup>63</sup>

El derecho de matrimonio adquiere relevancia, sobre todo, en el momento de la disolución del vínculo, cuyas condiciones pueden ser determinadas de manera anfibológica: por una parte, por el derecho civil y, por la otra, por las reglas culturales o religiosas. El punto de contacto entre dichas dimensiones se presenta cuando se deja en las manos de los tribunales religiosos la competencia para regular las relaciones patrimoniales y personales entre los cónyuges y los hijos.<sup>64</sup>

En el Reino Unido, los *Sharia Councils* y el *Muslim Family Arbitration* (fundado en 2007) son muy usados por la comunidad islámica, aun cuando los resultados de la mediación no tengan una aplicación inmediata en el ordenamiento general. Las dos partes pueden recurrir a la justicia común en cualquier momento del procedimiento y el resultado de la negociación puede ser anulado en los casos de presión, coerción y violencia. Las partes que deseen el reconocimiento del acuerdo deben solicitar un *consent order* a la Corte, la cual debe verificar que hayan sido respetados los derechos de las partes, especialmente los de las mujeres y los menores. Los recurrentes también pueden solicitar la aplicación de la *Arbitration Act de 1996*, eligiendo a un

---

<sup>63</sup> Poulter, S., "The Limits of Legal, Cultural and Religious Pluralism", en Hepple, B. y Szyssczak E. M. (eds.), *Discrimination: The Limits of Law*, Londres, 1992, p. 177. Tales excepciones se deben a la *Lord Hardwicke's Marriage Act* de 1753 y fueron confirmadas por la *Marriages Act 1949* s. 26(1).

<sup>64</sup> Aunque excede los alcances de este trabajo, vale la pena citar la experiencia israelita, cuyo ordenamiento es mixto y en el cual los tribunales religiosos tienen competencia, precisamente, en materia de derecho familiar, en vía exclusiva o concurrente con la jurisdicción civil. Existen trece tipos distintos de cortes: las cortes rabínicas, las cortes de sharia, las cortes drusas y el tribunal bahai, además de las nueve cortes cristianas: griega-ortodoxa, greco-católica, *makahita*, sirio-ortodoxa, la católica, la gregoriana-armenia, la católico-armenia, la siriano-católica y la *casadita*-uniata. Goldstein, S. y Rabello, A. M., "L'ordinamento giudiziario", en Groppi, T. et al. (eds.), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Turin, 2006, p. 240; Goldstein, S., "Israel: A Secular or Religious State", *St. Louis Law Journal*, núm. 36, 1991, pp. 145 y ss.; De Grazia, L., *Il sistema costituzionale e il fattore religioso in Israele*, disponible en: [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (noviembre de 2013).

### 36 / Eleonora Ceccherini

tercero facultado para dirimir la controversia. El laudo puede ser ineficaz si es ilegal o contrario al orden público.<sup>65</sup>

Una alternativa a la justicia ordinaria en el derecho de familia ya había sido prefigurada en Canadá. En Ontario se encuentra prevista en la *Arbitration Act* de 1991 la institución de la *faith-based arbitration*; es decir, procesos arbitrales a los cuales las partes recurren para dirimir sus controversias en materia de derecho familiar (por ejemplo, testamento, herencia, matrimonio, manutención de los hijos y segundas nupcias), comprometiéndose a respetar el laudo emitido sobre la base de preceptos religiosos, sin recurrir a un juez ordinario.<sup>66</sup>

No obstante esta apertura normativa, en atención al temor generado por la posibilidad de que los árbitros echaran mano de las reglas provenientes de la *sharia*, ha sido limitada mediante una reforma del 2008 *Act*, en la que se señala que los laudos arbitrales no son vinculantes si su contenido es contrario a las leyes de Ontario o de Canadá. La *ratio* de esta modificación tiene como objetivo impedir la introducción de reglas de inspiración coránica consideradas incompatibles con una sociedad liberal y democrática, principalmente por ser lesivas al principio de igualdad entre hombres y mujeres.<sup>67</sup>

La deliberación del órgano representativo coloca los preceptos religiosos en una posición de subalternidad respecto a las normas

---

<sup>65</sup> Todos pueden recurrir al arbitraje para dirimir las controversias civiles; de hecho, es un instrumento utilizado por la comunidad judía. Malik, M., "The «Other» Citizens: Religion in a Multicultural Europe", en Zucca, L. y Ungureanu, C. (eds.), *Law, State and Religion in the New Europe*, Cambridge, 2012, pp. 105 y ss.

<sup>66</sup> De acuerdo con la ley, los cónyuges deben enviar un *mandavit* al juez en el que declaren haber superado todos los obstáculos de carácter religioso que pudieran impedir la celebración de un matrimonio religioso al ex cónyuge.

<sup>67</sup> McGill, S., "Family Arbitration: One Step Forward, Two Steps Back", *Journal of Law, Society and Politics*, núm. 21, 2007, pp. 49 y ss.; Saris, A., "Les tribunaux religieux dans les contextes canadien et québécois", *Revue Juridique Themis*, núm. 40, 2006, p. 353; Bakht, N., "Were Muslim Barbarians Really Knocking on the Gates of Ontario? The Religious Arbitration Controversy- Another Perspective", *Revue de droit de Ottawa*, núm. 40, 2007, p. 67; Passaniti, G., "Gli *Arbitration tribunals* nella realtà multiétnica canadese: multiculturalismo vs. eguaglianza", en Rolla, G. (ed.), *Eguagli, cit.*, pp. 232 y ss.



## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 37

del ordenamiento general; reemplazando una visión que presuponía una neta separación entre la dimensión pública y la esfera religiosa y que permitía que esta última se desarrollara plenamente en el ámbito de la autonomía privada.<sup>68</sup>

La prueba de este cambio se encuentra ejemplificada en el caso *Bruker v. Markovitz*,<sup>69</sup> en el cual la Corte Suprema condenó al Sr. Markovitz a pagar a su ex esposa los daños que le provocó por no haber respetado el deber de concederle el divorcio judío.

La pareja se había casado de acuerdo con la tradición judía en 1961, y en el acuerdo establecieron que, en el momento en que decidieran divorciarse, deberían presentarse ante un tribunal rabínico para obtener el *get*. Este último puede ser considerado como el divorcio judío que se realiza cuando el esposo y la esposa se presentan ante un tribunal rabínico (*beith din*) y el hombre renuncia a sus derechos sobre su cónyuge, dejándola libre, mientras que la esposa debe expresar su aceptación a la disolución del vínculo. En caso de que esta etapa procesal no se produzca, ninguno de los dos cónyuges puede contraer nuevamente matrimonio bajo el rito judío, pero esta eventualidad tiene peores consecuencias para la mujer. De hecho, en caso de contraer nuevamente matrimonio civil, las mujeres son definidas como adúlteras por la comunidad religiosa, y sus hijos —y también sus descendientes— son considerados ilegítimos (*manzerim*).

En el caso radicado en la Corte Suprema, la disolución del matrimonio se llevó a cabo en sede civil en 1981, sin embargo, el marido se opuso a la concesión del *get*, con lo que incumplió

---

<sup>68</sup> Desde 1990 las Cámaras canadienses reformaron el *Federal Divorce Act*, que establece que si uno de los cónyuges no acepta remover todos los obstáculos a fin de que el otro pueda contraer matrimonio nuevamente, el juez puede admitir las propuestas de la contraparte respecto a la repartición del patrimonio y sobre el *quantum* de la pensión. La formulación es neutra y comprende, incluso, los obstáculos de carácter religioso.

<sup>69</sup> *Bruker v. Markovitz*, 2007 SCC 54. Moore, B., "Contrat et religion - À la volonte de Dieu ou des contractants? Commentaire sur l'affaire *Markovitz v. Bruker*", *Revue Juridique Themis*, núm. 43, 2009, pp. 219 y ss.; Kleefeld, J. C. y Kennedy, A., "A Delicate Necessity: *Bruker v. Markovitz* and the Problem of Jewish Divorce", *Canadian Journal of Family Law*, núm. 24, 2008, pp. 205 y ss.

### 38 / Eleonora Ceccherini

durante quince años con la cláusula del acuerdo de divorcio. Con ello impedía que su ex esposa contrajera matrimonio religioso de nuevo y que sus hijos fueran reconocidos por la comunidad religiosa. La Sra. Bruker promovió causa por violación del acuerdo de divorcio y solicitó la reparación de los daños. El ex cónyuge sostuvo que esa parte del acuerdo era una obligación meramente moral, de inspiración religiosa, y por ello los tribunales civiles eran incompetentes para pronunciarse sobre el asunto. Además, argumentó que para la ley judía los *get* deben ser expresiones por voluntad libre y no el resultado de imposiciones externas, ni siquiera los tribunales judíos pueden emitir un *get* en contra de la voluntad de las partes y, por lo tanto, se quejaba de una intervención en el ámbito de su conciencia.

En primera instancia el órgano jurisdiccional favoreció a la recurrente, pero en la apelación los jueces sostuvieron que, dada la naturaleza de la cláusula, ésta no podía ser objeto de recursos ante un tribunal civil. Las autoridades no podían obligar al cumplimiento de una obligación moral porque ello constituiría una lesión a la libertad religiosa.

Los jueces de la Corte Suprema refutaron el fallo de la segunda instancia, argumentando, en primer lugar, que una obligación moral puede convertirse en una obligación de carácter civil si el primero asume una forma contractual, volviéndose así *enforceable* ante un tribunal; en segundo lugar, se reconoció que el derecho de profesar la propia religión puede ser objeto de ponderación con los derechos de terceros, y que no puede ser contrario a los principios fundamentales del ordenamiento, entre ellos el principio de igualdad entre hombre y mujer. Este principio estaría en riesgo si las mujeres judías estuvieran privadas del derecho a rehacer su vida de acuerdo con los valores de su religión, cuando el esposo rechace conceder el *get*, por lo que esta regla religiosa crearía una discriminación indebida entre el hombre y la mujer.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> La religión judía tampoco permite a los esposos casarse de nuevo religiosamente si no poseen el *get*; sin embargo, éstos no son, generalmente, objeto de desaprobación

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 39

En dicha sentencia, el límite que separa al derecho y la religión se vuelve inestable y presenciamos un proceso de ósmosis entre ambas esferas, mediante el cual los poderes públicos deben penetrar la esfera religiosa para valorar la compatibilidad de sus preceptos con el ordenamiento general, introduciendo así un diálogo internormativo.<sup>71</sup> Indudablemente, la neutralidad estatal al enfrentar el fenómeno religioso pierde fuerza para garantizar a todos la profesión de su propia fe, siempre y cuando sea respetuosa con otras posiciones subjetivas y con los intereses de la colectividad. La sentencia en cuestión sustrae a la religión de la esfera propiamente privada para someterla a la verificación del respeto de los principios supremos del ordenamiento.

Los temores que genera este criterio, mediante el que se pretende colocar las reglas religiosas bajo el manto del escudo público, quedaron plasmadas en la opinión disidente, que advierte la porosidad del ordenamiento ante normas que no son de derecho positivo: “the clear rule that religion is not an autonomous source of law in Canada (183)”. El riesgo consiste en que los poderes públicos se hagan cargo de instancias que no tienen un fundamento jurídico y que sean utilizadas para sancionar o promover comportamientos religiosamente orientados.

No obstante, tanto en el caso de los divorcios judíos como en el de la limitación de la aplicación de las reglas religiosas en los tribunales arbitrales, el sujeto público parece orientarse hacia la salvaguardia de un núcleo esencial del Estado de derecho democrático, en ambos casos ejemplificado por el respeto de la dignidad de la mujer y del principio de igualdad entre hombre y mujer.

En esta perspectiva se encuentra la enmienda de 1992 a la *Equitable Distribution Law*, en el cual el factor de la “failure to

---

por parte de la comunidad si deciden volver a casarse por el civil y, en particular, los niños no sufren ningún tipo de ostracismo.

<sup>71</sup> Astengo, F., “Libertà religiosa o eguaglianza tra i sessi? La Corte suprema del Canada si pronuncia su un caso di divorzio”, en Rolla, G. (ed.), *Libertà religiosa e laicità*, Nápoles, pp. 67 y ss. Sobre la idea del *diálogo internormativo* véase Commandé, P., “Discrimination and Reasonable Accommodation: «Insights» for a (non) Zero Sum Game”, *Opinio juris in comparatione*, núm. 2, 2010, *paper* núm. 2, pp. 1 y ss.

#### 40 / Eleonora Ceccherini

remove barriers to religious remarriage” puede ser considerado como un elemento a considerar en la determinación de la división de los bienes de la familia en caso de separación. El legislador estatal pretendió regular dicha disposición<sup>72</sup> para resolver aquellos casos en los que los cónyuges oponían una negativa al *get*, con la esperanza de impedir que su ex pareja rehiciera su vida, o bien utilizando su negativa como medio de chantaje para obtener condiciones económicas más favorables.<sup>73</sup> Cabe señalar que en el ámbito de las experiencias de los países del *Common Law*, como en el Reino Unido, fue reformada la *Matrimonial Causes Act* con el *Divorce (Religious Marriages) Act* del 2002 en el mismo sentido que la legislación neoyorquina, esto es, subordinando la declaración de divorcio a la concesión del *get*.

La *ratio legis* consiste, entonces, en impedir coerciones para individuos que se encuentran en condiciones desfavorables frente a su propio cónyuge y permitir un reequilibrio de las partes en el proceso civil. Sin embargo, no obstante la bondad del fin perseguido, dicha disposición normativa ha sido ampliamente criticada: en primer lugar, porque es considerada lesiva del principio de separación entre el Estado y las confesiones religiosas; en segundo, porque constituye una presión indebida sobre la voluntad de los cónyuges que podría invalidar el mismo *get*, el cual, de acuerdo con los preceptos religiosos, debe ser declarado sin ningún tipo de coacción.

Una confusión similar entre el plano secular y el religioso con resultados distintos a los del caso anterior surge relativamente

---

<sup>72</sup> En realidad, la ley siguió la orientación emitida en la sentencia *Schwartz v. Schwartz*, 153 Misc 2nd 789 (NY) 1992; Greenberg-Kobrin, M., “Civil Enforceability of Religious Prenuptial Agreements”, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 32, 4, 1999, pp. 359 y ss.

<sup>73</sup> En el caso *Giahn v. Giahn* (New York Sup. Ct., April 2000) la Corte sostuvo que un acuerdo que implica “a get in exchange for assets is null and void”, así como que “The State of New York has made painfully clear that it will not tolerate the perversion of the Jewish Get process into an unconscionable instrument of coercion by husbands who have the sole power to cause delivery thereof, a situation putting wives at the mercy of unscrupulous, often sadistic husbands”.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 41

de la exigibilidad del *mahr* en el derecho canadiense. El *mahr* se configura en el derecho islámico como la dote que el prometido concede a su futura consorte y que se convierte en patrimonio del cónyuge aunque permanezca en disponibilidad y custodia del marido; en caso de divorcio, la esposa puede solicitar la entrega del *mahr*, así como fue establecido en el momento del casamiento. En el caso *M. F. c. MA. A.*,<sup>74</sup> la recurrente, quien se había casado en 1997 en Montreal bajo la tradición islámica, solicitaba la devolución del *mahr*, tras el fin de su matrimonio.<sup>75</sup> El tribunal, aplicando el Código Civil de Quebec, estableció dividir en partes iguales el patrimonio familiar<sup>76</sup> y dispuso que a la mujer le fuese entregada una pensión para ella y sus hijos de 150 dólares a la semana; sin embargo, el tribunal rechazó la solicitud de obligar al ex marido a la devolución del *mahr*.

Esta decisión estuvo motivada en el testimonio de un *imam*, quien sostuvo que dado que la otra parte ya había sido obligada a entregar una aportación económica, había cumplido con sus obligaciones y la devolución del *mahr* habría significado un enriquecimiento indebido de la ex esposa. En conclusión, tomando en cuenta las consideraciones del experto religioso, el tribunal, de forma equitativa, consideró que la institución en cuestión constituía un elemento típico de aquella cultura y, a diferencia del caso Markovitz, constituía una parte integrante del acuerdo prematrimonial.<sup>77</sup>

En consonancia con lo que se ha argumentado, la finalidad que se desprende de las intervenciones de los poderes seculares es hacer osmóticas las reglas religiosas con los principios fun-

---

<sup>74</sup> *M. F. c. MA. A.*, *Cour supérieure du Quebec*, del 11 de marzo de 2002, n. 500-12-254264-009.

<sup>75</sup> Que consiste en una copia del libro sagrado del Corán, un pedazo de *Sugar Candy* y un kilo de oro.

<sup>76</sup> El patrimonio personal de cada uno ascendía a 27.304,85 dólares.

<sup>77</sup> Sobre este tema y sobre el valor del *mahr* en algunos ordenamientos: Fournier, P., "Adjudicating Islamic Marraige Transanationality: Substantive Equality, Gender, and the Indeterminacy of Legal Doctrine", en Castellà Andreu, J. M<sup>a</sup> y Grammond, S. (coords.), *Diversidad, derechos fundamentales y federalismo*, Barcelona, 2010, pp. 339 y ss.

## 42 / Eleonora Ceccherini

dantes de los ordenamientos liberal-democráticos,<sup>78</sup> que en la doctrina canadiense es denominado como un proceso de *transformative accomodation*,<sup>79</sup> mediante el cual las minorías religiosas son obligadas a encontrar un modo de aplicar los preceptos religiosos, atemperado con los principios y valores del ordenamiento general.<sup>80</sup>

La *transformative accommodation* y la *reasonable accommodation* constituyen dos caras de la misma moneda: la primera representa un proceso a través del cual las reglas *extra-ordinem* experimentan alteraciones con el fin de ser coherentes con el sistema legal; mientras que la segunda es un principio mediante el cual las normas del derecho positivo pueden ser derogadas para

---

<sup>78</sup> La tendencia a compensar económicamente la negativa de un cónyuge a conceder el *get surge* también a nivel internacional, véase *European Commission of Human Rights, D. v. France*, Application no. 10180/82, December 6, 1983, D. R. 35; *The English Court of Appeal, Brett v. Brett* (1969) 1 All. E. R. 1007; *The Family Court of Australia, In the Marriage of Shulsinger* (1977), 13 A. L. R. 537; *The Family Court of Australia, In the Marriage of Steinmetz* (1980), 6 F. L.R. 554; *Jerusalem Family Court, Jane Doe v. John Doe*, núm. 19270/03, December 21, 2004.

<sup>79</sup> Fishbayn, L., "Gender, Multiculturalism and Dialogue: The Case of Jewish Divorce", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, núm. 21, 2008, p. 71.

<sup>80</sup> La intención de introducir reglas étnicas aunque contextualmente sometidas a escrutinio en Canadá también se validó para las comunidades indígenas: se puede mencionar la disposición legislativa respecto a la división de los bienes al interior de las reservas en caso de disolución del matrimonio entre los indígenas. De acuerdo con el ordenamiento, la regulación de la propiedad de las tierras reservadas a las tribus es materia reservada al ámbito federal: la *Indian Act*, aunque no mencione los bienes inmuebles de las familias en caso de que una pareja de derecho o de hecho se separe o uno de los cónyuges muera. Generalmente estos casos son regulados por leyes locales, las cuales, sin embargo, no son competentes respecto a las tierras indígenas. Con la finalidad de colmar esta laguna normativa, en 2008 el Parlamento canadiense adoptó el *Family Homes on Reserves and Matrimonial Interests or Rights Bill (Bill C-47)*, que establece que las tribus indígenas pueden aplicar sus propias leyes en caso de que no sean aplicables las leyes federales. Las reglas indígenas deben ser adoptadas mediante un procedimiento de adopción y certificación que involucra a la comunidad. Un *verification officer* denominado conjuntamente por la *First Nation Band* y el Ministerio de Asuntos Indígenas debe verificar que la aprobación por parte de la comunidad se haya llevado a cabo de acuerdo con las disposiciones del *Bill*, que prevén que todas las personas mayores de 18 años, residentes o no residentes de la reserva, pueden votar y que la norma debe ser aprobada por la mayoría de las personas con derecho y que represente por lo menos el 25% de los electores que hayan participado en la votación.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 43

garantizar la aplicabilidad de los preceptos religiosos. En ambos casos presenciamos un proceso de contaminación, inspirado en la lógica del multiculturalismo y que en parte puede superar las críticas que frecuentemente son dirigidas a este último, por considerarlo un fenómeno condescendiente con lógicas que coartan los derechos de sujetos considerados tradicionalmente vulnerables, como las mujeres y los menores de edad.<sup>81</sup>

El rol de la mujer se coloca en el primer plano y condiciona la acción del Estado, que considera necesario intervenir cuando el universo femenino esté siendo objeto de limitaciones ilícitas y sea incapaz de autodeterminar su propio comportamiento. En cambio, cuando se ha constatado que la decisión de la mujer fue realizada en plena autonomía, las instituciones se muestran abiertas a la posibilidad de buscar soluciones que incidan sobre el principio de igualdad.<sup>82</sup>

También en Canadá, la Suprema Corte de Quebec se ha manifestado a favor de la solicitud de una mujer de religión batista que solicitó la inaplicación de una disposición del Código Civil que prohíbe a las mujeres cambiar su apellido después de contraer matrimonio. El juez, en este caso, consideró prevalentes los razonamientos de la recurrente, quien abdicando a su patronímico, pretendía demostrar públicamente su unión familiar.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> Sobre este punto consúltese: Muller Okin, S., "Multiculturalism and Feminism: No Simple Questions, No Simple Answers", en Eisenberg, A. y Spinner-Halev, J. (eds.), *Minorities within Minorities: Equality, Rights and Diversity*, Cambridge, 2005, pp. 67 y ss.

<sup>82</sup> Aunque de manera prevalente subsiste la presunción de que las mujeres no aceptan prácticas opresivas culturalmente determinadas. Sachar, A., "The Paradox of Multicultural Vulnerability", en Joppke, C. y Lukes, S. (eds.), *Multicultural Questions*, Oxford, 1999, p. 88; Enright, M., "Choice, Culture and the Politics of Belonging: The Emerging Law of Forced and Arranged Marriage", *Modern Law Review*, 72, 3, 2009, pp. 341 y ss.

<sup>83</sup> *Gabriel v. Directeur de l'état civil (2005) Q. J. no. 145 (Can.)*.

## 6. La educación de los hijos

Las soluciones jurisprudenciales del *get* y el *mahr* en los países del continente americano demuestran cómo la esfera pública, por una parte, se limita frente a las reglas religiosas y, por otra, cómo intenta conducir las hacia una vía propiamente secular, manteniendo en el fondo cierto grado de ambigüedad que se sitúa entre la neutralidad y la incorporación de reglas *extra ordinem*. Consideraciones similares pueden encontrarse en otro ámbito, que corresponde al derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus propios usos, tradiciones y normas religiosas.

Sin lugar a dudas, dicha esfera da lugar a consideraciones profundas, porque en este caso interviene inevitablemente la figura del menor de edad que, no obstante estar sometido a la patria potestad, es una persona con una identidad personal propia que progresivamente ha sido tutelada por el ordenamiento positivo. Entre las *exemptions* más controvertidas podemos destacar las relativas a la educación y al tratamiento sanitario de los menores.

Por cuanto concierne al primer punto, algunas comunidades religiosas, en observancia a su credo fundado en una interpretación literal de la Biblia y en el rechazo al desarrollo tecnológico, consideran que recibir educación obligatoria después de los catorce años de edad puede influir negativamente en la formación de los menores, al favorecer su alejamiento de las comunidades u orientándolos hacia estilos de vida incompatibles con la vida comunitaria. En este sentido se encuentran las leyes de educación de Pensilvania, *Pennsylvania Public School Code*, y de Iowa, *Iowa Code, Compulsory Education*, que contemplan la exención



## 46 / Eleonora Ceccherini

de la obligación escolar a los mayores de quince años que trabajen en el ámbito doméstico o agrícola.

Sin embargo, es importante recordar que dichos actos legislativos fueron derogados mediante una sentencia muy importante de la Corte Suprema que precisó algunos aspectos relativos a la legitimidad de las *exemptions* en el ámbito de la libertad religiosa. En el *leading case Wisconsin v. Yoder*,<sup>84</sup> los jueces reconocieron a los *Amish* la posibilidad de eximir a sus hijos de la educación obligatoria a partir del octavo grado (catorce años de edad), aceptando que la presencia de los *Amish* en escuelas que no tienen un carácter religioso podría tener un efecto negativo en su formación. Los padres de los menores sostuvieron que como la educación impartida en las escuelas públicas se basa en: “intellectual and scientific accomplishments, self-distinction, competitiveness, worldly success and social life with other students”, no son coherentes con los valores de su fe.

Además, llevar a término todo el ciclo escolar —a juicio de los recurrentes— alejaba a sus hijos de la comunidad en un momento, la adolescencia, en el que deben aprender las bases del trabajo manual necesario para prepararse para la vida rural de la comunidad. Todo esto puede causar su distanciamiento de su congregación y, por lo tanto, debilitar, en los hechos, su estabilidad y sus presupuestos teológicos, que están basados en costumbres de vida muy peculiares y que sólo pueden ser preservadas al interior de una vida comunitaria. Los jueces del órgano supremo confirmaron, por tanto, la necesidad de legitimar una excepción a la regla general, reconociendo implícitamente que la existencia de la misma secta —y por tanto de la libertad religiosa de sus fieles— podría estar en peligro, por lo que la aplicación de un trato diferenciado constituye una herramienta imprescindible para su propia existencia.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

<sup>85</sup> Piciocchi, C., *La libertà terapeutica come diritto culturale*, Padua, 2006, pp. 42 y ss.; Mc Connel, M. W. et al., *Religion and Constitution*, Nueva York, 2006, p. 133.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 47

El tribunal supremo negó que el Estado tuviera plena competencia para adoptar un sistema normativo de educación obligatoria con la finalidad de preparar “the child for life” y de defenderlos de la ignorancia, pero también precisó que la función del Estado para dictar normas generales en materia de educación no está “totally free from a balancing process when it impinged on fundamental rights and interests, such as those specifically protected by the Free Exercise Clause of the First Amendment” (at. 214).

Por tanto, ha sido aceptado que ante la ausencia de un *compelling interest* del Estado para imponer la educación obligatoria a todos los menores de edad, puesto que la formación suministrada hasta los catorce años de edad es suficiente para evitar un peligro de daño a los menores y, al mismo tiempo, dado que los valores transmitidos por la comunidad *Amish*, a pesar de tener fundamentos distintos a los de las escuelas seculares, no son antitéticos a los aprendidos por sus coetáneos, la formación al interior de ese grupo religioso puede ser compatible con la educación pública.

Desde esta perspectiva, entonces, el *compelling interest* de las instituciones públicas para organizar un ciclo de enseñanza obligatoria ha sido reafirmado, pero conciliándolo con la libertad religiosa reconocida en la Primera Enmienda. También en este caso, como ha sucedido en otros ordenamientos, presenciamos la afirmación de una *reasonable accommodation*, en la cual no se niega la validez de la regla general, pero se invoca una excepción en presencia de casos concretos bien definidos y sobre todo circunscritos. En este pronunciamiento se afrontó la cuestión orientada a determinar si el reconocimiento de tal *exemption* a los *Amish* no contradecía el interés superior del menor, puesto que la elección del tipo de educación de un hijo es una decisión unilateral de los padres.

El tribunal, por votación mayoritaria —diría de manera oportuna—, subrayó que tal decisión no puede ser efectuada de manera subsidiaria por el Estado, ya que, de lo contrario, los poderes

## 48 / Eleonora Ceccherini

públicos tendrían que verificar si todos los padres han orientado a su prole hacia el tipo de educación de su elección: en caso contrario, se verificaría una discriminación precisamente basada en la religión.

El derecho de los padres fue confirmado posteriormente por la jurisprudencia estadounidense en el caso *City of Boerne Petitioner v. Flores, Archbishop of San Antonio*,<sup>86</sup> afirmando, en relación con el precedente *Wisconsin v. Yoder*: “That case implicated not only the right to the free exercise of religion but also the right of parents to control their children’s education”.

Además, la argumentación de la Corte para legitimar el retiro de los menores de edad *Amish* se basa en el hecho de que la regla de educación obligatoria —por sí misma neutral— se vuelve coercitiva para aquella minoría particular y tendría consecuencias perniciosas para la comunidad y, sobre todo, influenciaría en la orientación religiosa de esas personas.

Como se observa, nos encontramos entre Scilla y Cariddi porque por una parte se apela al derecho del principio de neutralidad del Estado ante la religión, ya que no sería admisible valorar solamente las decisiones religiosamente orientadas de los padres; pero, por otra, la aplicación imparcial de la regla de la educación obligatoria para todos los menores de edad, prescindiendo de sus orientaciones religiosas, corre el riesgo de ser también discriminatoria porque representa un *adversal impact* mayor para los *Amish*.

El interés superior del menor —a juicio de la Suprema Corte— no se lesiona cuando se permite que no se concluya el ciclo escolar, porque el ordenamiento reconocería una especie de relación funcional entre los valores educativos impartidos en la comunidad y los valores civiles transmitidos en las escuelas públicas, configurando una especie de subsidiariedad entre la esfera secular y la religiosa.

---

<sup>86</sup> *City of Boerne Petitioner v. Flores, Archbishop of San Antonio and United States*, 521 U.S. 507 (1997).

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 49

De manera similar, en España, el Tribunal Constitucional<sup>87</sup> decidió en un *amparo* que no era contrario al artículo 27 de la Constitución, en el que se contempla el derecho de educación de los menores, que la instrucción se impartiera fuera del circuito público reconocido. El caso surgió cuando ante una orden mediante la cual se revocó la patria potestad a unos padres pertenecientes a la secta de los Niños de Dios, porque el ciclo escolar se impartía en la comunidad religiosa para no contaminar a los niños con el ambiente externo.<sup>88</sup>

En ambos casos, las instituciones públicas no argumentaron de manera suficiente la existencia de una lesión a los derechos de los menores, a los cuales se les seguía enseñando un camino de secularización, y sobre todo se reconoce un derecho de los padres para educar a sus propios hijos de acuerdo con su orientación religiosa.

Sin embargo, esta cuestión también puede afrontarse desde otro punto de vista, que coloca el *focus* sólo y exclusivamente sobre el interés del menor, que podría verse lesionado si las decisiones de los padres tienen consecuencias irreversibles en virtud de que la exclusión del circuito formativo podría constituir un obstáculo para su integración plena en la sociedad mayoritaria.

El punto es recogido en la sentencia de la Suprema Corte canadiense: *S. L. v. Commission scolaire des Chênes*,<sup>89</sup> relativa a los programas educativos de la escuela pública. En 2008, en las escuelas de Quebec se hizo obligatorio un programa, denominado *Ethics and Religious Culture ("ERC") Program*, que sustituye las enseñanzas de religión, moral católica y protestante.

Los padres de dos alumnos, considerándolo incompatible con sus propias creencias, solicitaron al consejo escolar una exención a la asistencia del curso, recibiendo una negativa como respuesta. El juicio, que llegó hasta la Suprema Corte, no admitió las peticiones de los recurrentes, que se quejaban de una violación a la

---

<sup>87</sup> STC, 3 de octubre de 1994, n. 260.

<sup>88</sup> Guazzarotti, A., *op. cit.*, p. 137, en particular la nota 104.

<sup>89</sup> *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7.

50 / Eleonora Ceccherini

sección 2 de la Carta de los Derechos y Libertades, por considerar que los cursos que tenían como objetivo presentar los fundamentos de las religiones constituían una especie de adoctrinamiento y provocaban un distanciamiento de los menores de edad de la fe cristiana de la familia.

En cambio, los jueces afirmaron que:

Exposing children to a comprehensive presentation of various religions without forcing the children to join them does not constitute an indoctrination of students that would infringe the freedom of religion of L and J. Furthermore, the early exposure of children to realities that differ from those in their immediate family environment is a fact of life in society. The suggestion that exposing children to a variety of religious facts in itself infringes their religious freedom or that of their parents amounts to a rejection of the multicultural reality of Canadian society and ignores the Quebec government's obligations with regard to public education.

El órgano jurisdiccional precisó que para configurar una lesión a la libertad religiosa de los padres —que no podrían impartir adecuadamente sus propias enseñanzas religiosas a sus hijos— debe haber un nexo causal preciso entre la asistencia a las lecciones y sus programas educativos religiosos. Según se advierte en la sentencia, el curso consta de un programa de enseñanza ética, orientado a representar los desafíos de las sociedades contemporáneas (por ejemplo, la bioética), y uno de carácter religioso, en el que se da cuenta de la relevancia del fenómeno confesional *tout court* en la construcción de los Estados modernos, por lo tanto, no puede considerarse un acto de proselitismo. El temor expresado por los padres era que las lecciones de la escuela pudieran generar cierta desorientación en la fe de sus hijos al constatar la existencia de un pluralismo religioso y de conciencia, lo que no constituía un argumento razonable. Por el contrario, según los jueces:

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 51

The cognitive dissonance that results from such encounters is simply a part of living in a diverse society. It is also a part of growing up. Through such experiences, children come to realize that not all of their values are shared by others. Exposure to some cognitive dissonance is arguably necessary if children are to be taught what tolerance itself involves.[40] Parents are free to pass their personal beliefs on to their children if they so wish. However, the early exposure of children to realities that differ from those in their immediate family environment is a fact of life in society. The suggestion that exposing children to a variety of religious facts in itself infringes their religious freedom or that of their parents amounts to a rejection of the multicultural reality of Canadian society and ignores the Quebec government's obligations with regard to public education. Although such exposure can be a source of friction, it does not in itself constitute an infringement of s. 2(a) of the Canadian Charter and of s. 3 of the Quebec Charter.

En este párrafo se vislumbra la afirmación plena de la existencia de un valor agregado en una educación neutral, abierta y plural que contribuiría a implementar una sociedad libre y democrática y favorecería la tolerancia. En esta sentencia, el Poder Judicial parece trazar una división entre la dimensión familiar privada —que puede estar religiosamente orientada— y la pública, en la cual debe evitarse cualquier imposición unilateral y que se caracteriza por un deber de promoción de la tolerancia, que no se ve alimentada por la ortodoxia religiosa.

En la sentencia no se menciona de manera explícita pero, en las palabras del redactor, se prefigura un *compelling interest* del Estado (parafraseando las palabras de la Corte Suprema estadounidense) que favorece la penetración del espíritu de tolerancia en las sociedades pluri-religiosas. Tal deber de los poderes públicos parece proyectarse en los contenidos del interés superior del menor, replanteando la cuestión que el magistrado Gimeno Sendra, en la sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 260 de 1994 (véase *supra*), plantea en su opinión disidente:

## 52 / Eleonora Ceccherini

...el presente recurso de amparo plantea el novedoso problema de determinar si el derecho a la educación consiste en la total libertad de los padres para orientar (a los hijos) hacia las convicciones morales, religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación... o si dicho derecho consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización.

El interés del menor emerge de una manera más contundente cuando el valor que se pone en juego es el de la salud. Los adultos, en relación con los tratamientos sanitarios, pueden manifestar su consenso antes de ser sometidos a un tratamiento; de hecho, la legislación italiana —por ejemplo— no solamente exige una aceptación general de las terapias, sino que también demanda que la misma sea el resultado de una decisión consciente, tan es así que se habla de un consenso informado. Ello impone a los servicios de salud la obligación de informar a los pacientes, ya que ellos tienen garantizada la máxima autodeterminación terapéutica.

En el caso de los menores de edad, la cuestión adopta particularidades especiales, ya que es posible que en torno a su persona exista un conflicto, por un lado, entre sus padres, que tienen una determinada visión cultural y religiosa del mundo y que pueden imponerla en virtud del derecho/deber que tienen como educadores de sus hijos y, por el otro, las autoridades públicas, que deben garantizar el interés superior del menor aun en contra de las directrices de su vida familiar. También en este caso la frontera entre la esfera religiosa y el ámbito escolar puede ser fuente de conflictos.

El tema del tratamiento médico a los menores de edad constituye un ámbito muy resbaloso para el que no existe una respuesta legal y jurisprudencial sólida en la mayoría de los ordenamientos. Con la finalidad de identificar algunas coordenadas de referencia resulta útil plantear una dicotomía entre las intervenciones médicas necesarias para salvar la vida y aquellas que son

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 53

propia mente terapéuticas. No creo que esta distinción tenga un sentido especial cuando se analiza el tema de la identidad religiosa, pero en la jurisprudencia comparada se ha consolidado la idea de que la vida de los menores es un bien absoluto que no se encuentra a disposición de la voluntad de sus padres porque éstos no tienen ningún margen de decisión en este ámbito.

En otras palabras, cuando se encuentra en riesgo la vida de los menores se activaría una veta paternalista del Estado que, si bien reconoce la potestad de los progenitores, considera que ésta debe limitarse por razones de interés público. El poder público actuaría, entonces, de manera subsidiaria como *parens patriae*,<sup>90</sup> como depositario y árbitro del bien común que prevalece sobre la libertad individual y sobre la *privacy* familiar: “The right to practice religion freely does not include liberty to expose the community or child to communicable disease or the latter to ill health or death”.<sup>91</sup>

Estas son las palabras de la sentencia *Commonwealth v. Barnhart* de la Corte Suprema de Pensilvania que impone una condena por *involuntary manslaughter* a los padres de un niño enfermo de cáncer al que no se le suministraron medicamentos por razones de índole religiosa.<sup>92</sup>

Un elemento valorativo para llegar a la definición del caso fue la edad del menor, que tenía solamente 2 años y siete meses, con lo que era evidente su incapacidad para adoptar decisiones de manera autónoma que atañeran a su persona. La edad, entonces,

---

<sup>90</sup> Con base en esta doctrina, el Estado actúa como protector de los menores ante los abusos y abandonos. Sobre los fundamentos de esta doctrina: AREEN, J., “Intervention between Parent and Child: A Reappraisal of the State’s Role in Child Neglect and Abuses Cases”, *Georgia Law Journal*, núm. 63, 1975, pp. 887 y ss.

<sup>91</sup> *Commonwealth v. Barnhart* (345 Pa. Super. 10, 497 A. 2d 616 (1985)). En esta sentencia, los padres fueron condenados por *involuntary manslaughter*, ya que habían negado tratamientos médicos para su hijo enfermo de cáncer por razones religiosas.

<sup>92</sup> Los padres era fieles de la *Faith Tabernacle Church*. Sobre este caso *ex multis*, Kearney, D. J., “Parental Failure to Provide Child with Medical Assistance Based on Religious Beliefs Causing Child’s Death – Involuntary Manslaughter in Pennsylvania”, *Dickinson Law Review*, núm. 90, 1985-1986, pp. 861 y ss.



## 54 / Eleonora Ceccherini

faculta a los poderes del Estado para establecer la responsabilidad que tienen los padres de acudir a un médico.

Más controvertido es el caso que resolvió la Corte Suprema de Canadá sobre una niña de diez años que había manifestado sus preferencias ante el suministro de medicamentos. Es cierto que, en ese caso, la minoría de edad de la niña orientaba la decisión judicial en una dirección consolidada; sin embargo, el tribunal no evadió la tarea de definir un *test* para decidir el *an* y el *quo-modo* en el que debía escucharse a la menor.

La cuestión —*A. C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*<sup>93</sup>— se refería a la legitimidad de una disposición legislativa (sección 25(8)) del *Manitoba Child and Family Services Act* que permite a los jueces emitir un decreto para imponer a los menores de dieciséis años un tratamiento médico considerado necesario para el interés superior del menor. Los demandantes reclamaban la inconstitucionalidad del acto normativo por ser violatorio de los derechos contenidos en los numerales 2(a) (libertad religiosa), 7 (libertad individual) y 15(1) (discriminación basada en la edad) de la Carta de los Derechos y Libertades.

Los hechos se originan con la recuperación hospitalaria de una niña Testigo de Jehová de 10 años y 10 meses que, a juicio de los médicos, requería de una transfusión de sangre. La paciente, sin embargo, había firmado una manifestación de voluntad anticipada (*advance medical directive*) en la que había expresado que era su voluntad no someterse a transfusiones de sangre por razones religiosas. En la medida en la que sus condiciones de salud se deterioraban, la institución hospitalaria llevó el caso al director del *Child and Family Services*, quien solicitó una intervención judicial para autorizar a los médicos a realizar la transfusión sanguínea, incluso en contra de la voluntad de la paciente y de sus padres. La decisión favorable de los jueces se basaba en el hecho de que el consenso sobre un tratamiento debe recabarse

---

<sup>93</sup> *A. C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)* [2009] 2 S. C. R. 181. Sobre esta sentencia puede consultarse: Ceccherini, E., "La giurisprudenza della corte suprema del Canada 2008-2009", *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 5, 2010, pp. 4256 y ss.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 55

de los mayores de dieciséis años; mientras que en el caso de los menores no existen límites para la intervención judicial, que debe actuar considerando el interés superior del menor.

Los padres recurrieron la decisión judicial que autorizaba la transfusión sosteniendo que la disposición 28 (2) de la ley consentía la intervención del Poder Judicial sólo en el caso de que el menor no tuviera plena capacidad para decidir; supuesto inexistente en el caso, como lo demostraba un estudio psiquiátrico practicado a la niña.

La Suprema Corte no aceptó la argumentación de las partes recurrentes y en el *incipit* de su análisis delineó las —muy amplias— fuentes de su decisión: la legislación, la *Common Law* relativa a las intervenciones médicas, las fuentes del ordenamiento internacional y la literatura jurídica y científica.

Desde un punto de vista legal, la cuestión gira en torno a la interpretación de la ley que establece que el juez puede autorizar que se practique una intervención médica a un menor, considerando el que considera que es su interés superior. La intervención judicial se admite también en el caso de los menores emancipados si se demuestra que son incapaces de adoptar una decisión o de comprender cuáles son las consecuencias de su rechazo al tratamiento.

Por lo que se refiere a los menores de edad, la Corte constata una mutación en la *Common Law* que ha abandonado la tesis de que todos los menores carecen de capacidades decisionales porque se les reconoce un cierto grado de autodeterminación, definiéndolos como *mature minors*.<sup>94</sup>

Al terminar esta reconstrucción, el núcleo del razonamiento se centra en la definición del “interés superior del menor”, que

---

<sup>94</sup> La doctrina del menor emancipado fue definida por primera vez por la *House of Lords*, en la sentencia *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 All. E. R. 402, en donde se admite que los menores pueden expresar sus preferencias en materia de tratamientos médicos y farmacológicos. Sobre este *leading case* en el Reino Unido y en los países del *Common Law* véase *ex multis*: Bridgeman, J., *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, Cambridge, 2007, en particular pp. 100 y ss.

56 / Eleonora Ceccherini

constituye el parámetro para determinar la autorización de la intervención judicial. La *Justice* Abella llegó a la conclusión de que la voluntad del menor debe respetarse, siempre y cuando demuestre su madurez, capacidad para decidir y autonomía de juicio. Sin embargo, la determinación de estas condiciones no puede ser definida *a priori* sino que debe determinarse caso por caso. Con la finalidad de evitar una ampliación de la discrecionalidad judicial se recomienda realizar el escrutinio con el máximo rigor y respeto, proponiendo un *test* específico que consta de los siguientes pasos:

- 1) ¿Cuál es la naturaleza, el objetivo, y la utilidad del tratamiento que se sugiere y cuáles son los riesgos y beneficios?
- 2) ¿El adolescente demuestra capacidad intelectual para comprender las informaciones que se le brindan y puede entender sus posibles consecuencias?
- 3) ¿Los valores y las creencias expresadas por el adolescente pueden considerarse razonablemente sólidas y sinceras?
- 4) ¿Cuál es su impacto potencial sobre la capacidad de juicio del estilo de vida del menor, de las relaciones familiares y del contexto social en el que vive?
- 5) ¿Existen malestares emocionales o psiquiátricos?
- 6) ¿Las condiciones de salud inciden en la capacidad para adoptar decisiones?
- 7) ¿Otras personas, como maestros o médicos, pueden contribuir a delinear la personalidad del adolescente?

Las consecuencias del razonamiento permiten desestimar las objeciones que cuestionan la constitucionalidad de la norma provincial, que no violaría ni la libertad religiosa ni la libertad individual, ni constituiría una discriminación indebida fundada en la edad porque establece el límite de los dieciséis años para delimitar el respeto a la voluntad anticipada. De hecho, el legislador generalmente se orienta hacia el respeto de la voluntad de los menores de dieciséis años, reservando para el juez un margen de apreciación que le permita valorar cuál es el grado de madu-

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 57

rez del adolescente. Si éste no se considera suficiente, el Estado puede actuar para proteger el interés superior del menor.<sup>95</sup>

Los problemas surgen *prima facie* cuando se realiza una lectura de la sentencia de la Suprema Corte canadiense y ello invita a realizar algunas reflexiones.

En primer lugar, tenemos que no se excluye de manera apriorística la voluntad del menor en el ámbito de las decisiones sanitarias que lo involucran. Esto demuestra un cambio radical con relación al pasado, en el que los niños eran considerados objeto de tutela y destinatarios mudos de las curaciones. En este cambio de perspectiva es muy relevante la influencia de las fuentes internacionales que de manera progresiva han otorgado a los menores las características indefectibles de persona.<sup>96</sup> Por otro

---

<sup>95</sup> En una posición opuesta, el juez Binnie sostiene que la definición del menor interés para el menor no es otra cosa que lo que en su mayoría de edad consideraría sabio y correcto. La Carta de los Derechos y Libertades sería el bastión del pensamiento dominante en un momento histórico determinado, pero este argumento traicionaría la *ratio* inspiradora del documento constitucional. Desde esta perspectiva, se afirma que la legislación objeto del recurso tiene como efecto el de violar la libertad religiosa de los particulares y lesionar su esfera de autonomía personal, y estas limitaciones a los derechos no estarían justificadas en una sociedad libre y democrática.

Como en el caso anterior, las motivaciones son muy amplias y articuladas y dan testimonio de la complejidad de los temas que se resuelven mediante una opinión mayoritaria, una concurrente y un voto particular del juez Binnie. Además, la Corte resuelve haciendo una amplia referencia a la jurisprudencia extranjera, a las fuentes del derecho internacional y a la literatura científica.

<sup>96</sup> Con la Convención Universal sobre los Derechos del Niño de Nueva York de 1989 se activó un proceso gradual de reconocimiento de la voluntad del niño que, aunque no se refiere al ámbito sanitario, ha aportado elementos de reflexión válidos, al contemplar que: "1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional" (artículo 12 CDN). En el mismo sentido, la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños (Estrasburgo, 1996, ratificada en Italia en la Ley núm. 77 del 20 de marzo de 2003) establece que el niño, considerado como un sujeto capaz, debe ser escuchado en los juicios en los que esté en juego su propio interés (artículo 3o.). En el ámbito médico se

## 58 / Eleonora Ceccherini

lado, también en el ordenamiento italiano, después de una lectura de las disposiciones constitucionales, en particular de los artículos 13 y 32 constitucionales, es posible configurar un derecho de los menores a participar en la adopción de las decisiones que tienen relación con su bienestar psicofísico.<sup>97</sup>

---

cuenta el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (Carta de Oviedo, de 1997, ratificada en Italia con la Ley núm. 145 de 2001) —retomada por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000— que señala que: "Cuando, en los términos de la ley, un niño no sea capaz de manifestar su consentimiento para una intervención médica, ésta no puede realizarse sin la autorización de su representante, de una autoridad y de una persona o de un órgano establecido por la ley. El punto de vista del menor se toma en consideración como un factor cada vez más determinante, en atención a su edad y a su madurez" (artículo 6o.). También la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (conocida como Carta de Niza, 2000), además de establecer a la edad como uno de los criterios por los que se prohíbe la discriminación, contempla que los menores: "...Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez" (artículo 24). Sobre este tema *cfr.* Urso, E., "Infancia, adolescencia y derecho a la salud en el hospital: el papel clave de los derechos fundamentales", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 14, 2009, pp. 183 y ss.; Vagnoli, E. y Vagnoli, L., "I diritti del bambino in ospedale", en Urso, E. (ed.), *I "minori" e la salute: una nuova visione delle capacità*, Roma, 2013; Giacomelli, L., *Diritto all'ascolto e principi di autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali*, *cit.*

<sup>97</sup> Como es sabido, en Italia no persiste esta diferenciación mediante la cual se establece en el Código Civil (CC) que solamente al cumplirse los dieciocho años se adquiere la capacidad para actuar (artículo 2o. CC): corresponde a los padres (artículo 316 CC), en su calidad de representantes legales del menor —o a uno de ellos en casos específicos (artículos 317 y 317 bis CC), o al tutor en casos de imposibilidad, muerte o comportamientos censurables por parte de los padres (artículo 343 CC)— en el ámbito de la misma obligación de cuidado, adoptar las decisiones relacionadas con la salud de los hijos, aunque deban tener en cuenta "la capacidad, inclinaciones naturales y aspiraciones de los hijos" (artículo 147 CC). Sin embargo, el poder del juez, en casos extremos, puede llegar a limitar, suspender o cancelar la potestad de los padres, en los términos de los artículos 330 y 333 CC, cuando los padres no cumplan con sus deberes de cuidado y sus acciones resulten contrarias a los intereses de los hijos. Más específicamente, en el ordenamiento italiano, el menor de catorce años, considerado incapaz de comprender a plenitud los significados y las problemáticas relacionadas con los tratamientos y cuidados médicos, carece de autorización para expresar su opinión. En la franja de edad comprendida entre los catorce y los dieciséis años, presuponiendo que ha adquirido una autonomía parcial para gestionar sus intereses, se le ha otorgado relevancia a la voluntad expresada por el menor, sobre todo cuando se trata de un rechazo decidido a los tratamientos médicos. Solamente en el caso de los menores que tienen entre dieciséis y dieciocho años, dado el grado de desarrollo físico y mental, se ha considerado su voluntad como un factor relevante.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 59

En segundo lugar resurge, como es tradición, la noción del interés superior del niño como *tertium genus* respecto de la sociedad y de los progenitores; es decir, la contraposición no surge entre lo que el Estado considera como interés de la sociedad y el derecho de los progenitores a educar a sus hijos según sus convicciones; sino que se trata de comprender la noción de interés superior del menor y, sobre todo, cuál es el sujeto competente para adoptar una decisión en atención a la edad del enfermo.<sup>98</sup>

La deferencia hacia el paciente menor de edad se encuentra anclada al *idem sentire* de la sociedad en la que vive y, sin embargo, puede entrar en contradicción con los valores de la comunidad familiar y cultural en la que crece y se desarrolla y, por lo mismo, la ponderación de estos intereses se torna compleja. Las decisiones terapéuticas están determinadas por la cultura, por la religión, por el conjunto de valores a los que un individuo reconoce como propios y que no se definen apriorísticamente con bases científicas<sup>99</sup>, ni pueden ser completamente heterodirigidas por los poderes públicos, que deben detenerse ante la autonomía y dignidad de las personas.

El escenario se complica todavía más si se considera la sanción penal por omisión de cuidados que se justifica sobre el presupuesto de la existencia del dolo; es decir, sobre la consciencia que tienen los progenitores de que el evento dañino o peligroso también es provocado por su acción u omisión. En todos los casos, el objetivo que se persigue es de índole trascendente: salvaguardar el alma de los propios descendientes, por considerar que los tratamientos médicos impiden su redención.

El elemento subjetivo del dolo, por lo tanto, es muy difícil de configurar, ya que los progenitores no quieren provocar intencionalmente un daño al niño sino que piensan que lo pueden salvar

---

Vagnoli, E. y Vagnoli, L., *op. cit.*; Sileoni, S., "Potestà genitoriale e autodeterminazione dei figli", en Urso, E. (ed.), *I "minori" e le garanzie costituzionali*, Florencia, 2013, pp. 38 y ss.

<sup>98</sup> Onida, F., *Uguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense*, Milán, 1970, p. 172.

<sup>99</sup> Sobre este tema véase Piciocchi, C., *op. cit.*, pp. 204 y ss.

60 / Eleonora Ceccherini

con otras formas de curación, y ello permite entender por qué los jueces norteamericanos se resisten a determinar la responsabilidad de los padres. A esta toma de conciencia debemos agregar el hecho de que tanto los jueces como la doctrina consideran que la sanción penal no tiene un efecto disuasivo significativo, porque el comportamiento omiso por parte de los padres no se detiene ante la eventualidad de perder a su hijo. Además, la sanción no puede evitar la reiteración del delito en virtud de que la consecuencia de la conducta paterna fue la muerte del niño. La sanción penal —una vez que se ha verificado la muerte del menor— tiene, por lo tanto, al castigo como mera finalidad y no sirve para tutelar ningún interés estatal, que persistiría solamente si fuera posible proteger el bien-vida que ya se perdió.<sup>100</sup>

En este cuadro, parece que la solución está en manos del legislador que, por ejemplo, en los Estados Unidos, se expresa en los códigos penales estatales para descartar la responsabilidad penal de los padres. En 1974, el Congreso adoptó la *Child Abuse Prevention and Treatment Act* (CAPTA), pero el *Department of Health Education and Welfare*, bajo presión de altos dirigentes de la iglesia de la cienciaología, muy poderosa durante la administración Nixon, condicionó el otorgamiento de financiamiento a que se aprobaran leyes para derogar las penas a los padres que se negaban a someter a sus hijos a tratamientos médicos por motivos religiosos.<sup>101</sup> A raíz de esta política, muchos estados americanos han adoptado normas en ese sentido, y aunque tiempo después la cláusula condicionante se suprimió, las asambleas legislativas no han podido abrogar dichas normas.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> Sobre el tema de la racionalidad de la norma penal: Kearney, D. J., *op. cit.*, pp. 885 y ss.; Trescher, R. L. y O'Neill, T. N. Jr., "Medical Care for Dependent Children: Manslaughter Liability of the Christian Scientist", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 109, 1960, pp. 203 y ss.

<sup>101</sup> "A Parent or guardian legitimately practicing his religious beliefs who thereby does not provide specific medical treatment for a child... for that reason alone shall not be considered... a negligent parent or guardian".

<sup>102</sup> Para una visión panorámica de las reformas al Código Penal puede consultarse Kearney, D. J., *op. cit., passim*.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 61

La autodeterminación terapéutica *religious-oriented* de los padres se expande cuando los tratamientos no tienen como finalidad salvar la vida de los menores, y esto queda claro en el caso *In re Kou Xiong*, que se origina en la situación de un niño *Hmong* de seis años residente en San Francisco, California. El *Fresno County Social Services* había solicitado una intervención quirúrgica para el niño porque padecía una malformación congénita en un pie que si no se curaba habría provocado, según los médicos, su invalidez permanente. Sin embargo, los padres, provenientes de Laos y que habían emigrado a los Estados Unidos, se opusieron porque, según su cultura, no se debía intervenir con el orden natural de los acontecimientos. Ello bajo la convicción de que en caso contrario la desventura caería sobre sus personas y sobre su comunidad. Para sostener esta hipótesis ofrecían como ejemplo el hecho de que la madre, operada en un campo de fugitivos, se había enfermado de gravedad y sus dos hijos habían nacido con una malformación en el paladar; además, pensaban que la incapacidad de Kou se debía a una mala acción realizada por uno de sus antepasados. Después de ser consultado, el propio Consejo *Hmong* testimonió la veracidad de estas creencias recordando que, en el pasado, una intervención quirúrgica realizada en contra de la opinión del chamán había causado la muerte del paciente.

La solicitud de los padres para que no se realizara la intervención quirúrgica fue rechazada en las primeras etapas del juicio, por lo que decidieron huir con su hijo para escapar de la orden judicial.<sup>103</sup>

Sin embargo, el juez de primera instancia reconsideró su decisión después de conocer el resultado de un examen psiquiátrico, que evidenciaba el estado de malestar en el que el niño se encontraba después del litigio judicial, porque había llegado a la conclusión de que la intervención podría provocarle daños a sus familiares y alejarlo de su comunidad.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> Además, ningún doctor ha aceptado intervenir sin la autorización de los padres.

<sup>104</sup> Dundes Renteln, A., "Is the Cultural Defense Detrimental Health of Children?", en



## 62 / Eleonora Ceccherini

En este caso la decisión final consideró el interés superior del niño, y lo desvinculó de la perspectiva unilateral trazada por el sentido común mayoritario, pero encuadrándolo en la óptica cultural-religiosa de la familia a la que el menor pertenecía. La instancia judicial superó el axioma según el cual los sistemas terapéuticos tradicionales son en sí mismos falaces y falibles. En esta solución judicial es claro que la ponderación no se realizó entre el derecho a la vida y el derecho de los padres a educar a su hijo según sus propias creencias; sino entre un supuesto bienestar psíquico-físico determinado *a priori* y el derecho de los padres. Esto fue posible porque la operación quirúrgica no era necesaria para salvar la vida del niño y, además, según los médicos, no garantizaba la curación.

Una *ratio* análoga es la que tienen las leyes de Pensilvania que contemplan excepciones a la obligación de realizar revisiones médicas y odontológicas a los estudiantes, cuyos padres se oponen por motivos religiosos (*Pennsylvania School Health Services Law*, 1985), así como aquellas que permiten que las personas que han contraído una enfermedad contagiosa puedan optar por el aislamiento o la cuarentena en atención a sus convicciones religiosas con la autorización del *Department of Health* (*Pennsylvania Disease Prevention and Control Law*, 1955).

El derecho a educar a los hijos fue considerado por la Corte Suprema, desde 1923, como un derecho fundamental de los padres,<sup>105</sup> por lo que sólo se encuentra limitado por el interés ge-

---

Kuppe, R. y Potz, Richard (eds.), *Law & Anthropology*, Dordrecht, 1994, pp. 45 y ss.; Ead, *The Cultural Defense*, cit., pp. 62, 203 y ss.

<sup>105</sup> *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923). El caso se refiere a una ley estatal que prohibía la enseñanza en un idioma distinto al inglés en las escuelas públicas. La jurisprudencia fue posteriormente confirmada en *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510 (1925), en donde se declara la ilegitimidad de una ley que no permitía elegir una escuela privada o confesional para la educación de los hijos; hasta llegar a *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), en donde se establece un derecho a la *privacy* en el ámbito familiar, para desembocar en *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), en donde los jueces supremos no han declarado la inconstitucionalidad de leyes estatales que imponen la obligación a los padres de brindar información

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 63

neral superior, pero esta lógica no vale para los tratamientos médicos que no son necesarios para salvar la vida de las personas. En estos casos, la acción del Estado deberá someterse a un *strict scrutiny*; es decir, a un proceso de verificación muy estricto y puntual, que deberá mostrar la existencia de un interés por parte del Estado absolutamente relevante y la inexistencia de alternativas posibles.<sup>106</sup>

---

a sus hijas menores de edad que han decidido abortar. Sobre el tema en general véase DiCamillo, L. D., "Caught between the Clauses and the Branches: When Parents Deny their Child Nonemergency Medical Treatment for Religious Reasons", *Journal of Juvenile Law*, vol. 19, 1998, pp. 123 y ss.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 157.

## 7. Un delito cultural: el caso de la mutilación genital femenina

Los aspectos reconstruidos en el apartado precedente, más allá de la cuestión contingente relativa a la salud de los menores, traen a colación un tema muy delicado y complejo sobre la relación entre el derecho penal y la garantía del pluralismo.

El derecho sancionatorio se expande sobre las conductas de los individuos, provocando roces entre las orientaciones de la comunidad política mayoritaria y los grupos de individuos con una pertenencia cultural diferente.

La fricción entre el derecho penal común y las tradiciones culturales se materializa con la fórmula lingüística: *culturally motivated crime* o *delito culturalmente motivado* o *delito cultural* (o culturalmente orientado, o culturalmente motivado).<sup>107</sup>

Con estas expresiones se hace referencia a:

...un comportamiento cometido por el miembro de una cultura minoritaria y que se considera como delito por el ordenamiento jurídico de la cultura dominante. Sin embargo, este comportamiento, al interior del grupo cultural del actor no es condenado, o se considera como un comportamiento normal, o es aprobado o, de plano, es promovido en determinadas situaciones.<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Basile, F., "Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)", *Stato, chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica*, disponible en: [www.statochiese.it](http://www.statochiese.it) (2 de octubre de 2007).

<sup>108</sup> Van Broeck, J., "Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 9, núm. 1, 2001, pp. 1 y ss.; Basile, F., *Società multiculturali*, cit., p. 32; *id.*, *Panorama di giuris-*

## 66 / Eleonora Ceccherini

En sustancia, la cuestión parece presentarse como un conflicto entre la acción de un individuo que ha actuado en consonancia con una regla cultural,<sup>109</sup> es decir, que se encuentra arraigada en el ámbito del grupo del que forma parte, y las disposiciones del ordenamiento jurídico en el que ha actuado.<sup>110</sup>

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, la aproximación al tema se traduce en la introducción al código penal de delitos que contemplan penas estrictas para conductas que se consideran totalmente ajenas al *idem sentire* de la comunidad de referencia y, por lo mismo, que deben ser perseguidas con la finalidad de evitar que echen raíces en la sociedad.

Por otro lado, el derecho penal es el producto de una cultura determinada y, en esa medida, es uno de los ámbitos del derecho que se encuentra más arraigado en una dimensión territorial y cultural delimitada y precisa. En este ámbito, la armonización y la homogeneización se encuentran circunscritas porque reflejan el *humus* cultural del pueblo y de los hombres. El código penal “es un poco el código moral de una nación y sirve para caracterizar la fisonomía espiritual de la misma”;<sup>111</sup> entonces constituye una especie de destilado del sentido común y por ello es una expresión de la cultura hegemónica de esa sociedad. Esta afirma-

---

*prudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, disponible en: [www.statochiese.it](http://www.statochiese.it) (2 de febrero de 2008).

<sup>109</sup> Para el término *cultura* se adopta en este texto una de las muchas definiciones mediante la cual se hace referencia a un proceso de estratificación y síntesis de algunos elementos históricos, lingüísticos, religiosos, raciales y étnicos compartidos por una pluralidad de personas en clave intergeneracional y que se consideran estratégicos para la construcción de la identidad individual. La cultura es sinónimo de nación o pueblo y se refiere a una comunidad intergeneracional, más o menos lograda desde el punto de vista institucional, que ocupa un territorio determinado y comparte un idioma y una historia. Kymlicka, W., *La cittadinanza multicultural*, Bolonia, 1999, p. 35; Facchi, A., *op. cit.*, p. 7.

<sup>110</sup> También llamada antinomia inadecuada, porque para ser antinomia jurídica se presupondría una contradicción entre dos normas simultáneamente válidas que pertenecen al mismo ordenamiento jurídico, mientras que en este caso la contradicción se presenta entre una norma jurídica y una no jurídica. Basile, F., *Società multiculturali*, *cit.*, p. 4. El autor hace referencia al mito de Antígona, quien reivindica el derecho natural para enterrar a su hermano, violando el decreto de Creonte.

<sup>111</sup> Spirito, U., *Storia del diritto penale italiano*, 3a. ed., Florencia, 1974, pp. 271 y ss.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 67

ción establece un nexo entre cultura y normas penales<sup>112</sup> y evidencia lo errado del presupuesto que encuadra al derecho penal como neutro, herencia de un ideal ilustrado y racionalista.

Las consecuencias de este razonamiento nos inducen a pensar que sólo la mayoría está autorizada para plasmar las normas que incriminan<sup>113</sup> y, por ello, las sanciones sirven como instrumento para proteger y defender valores dominantes en la sociedad.

Si los presupuestos de partida son compartidos, es evidente que los delitos culturales tienen en contra a la literatura del derecho positivo y a la opinión pública. El derecho positivo emerge como la barrera y el dique que sirve para defender los valores de la sociedad; la opinión pública considera que la diversidad es un elemento ante el que se debe tomar distancia para defenderse, y sostiene con firmeza las políticas criminales que satisfacen esta exigencia.

El tema —visto desde esta perspectiva— alude inevitablemente a la cuestión de las mutilaciones de los genitales femeninos, práctica que se realiza en diversas áreas geográficas que tienen una cultura diferente a la occidental y que ha adquirido visibilidad con los fenómenos de inmigración que se han verificado en los países europeos y norteamericanos.<sup>114</sup> La importancia del tema proviene de que se ha convertido en un paradigma en el que confluyen elementos problemáticos y contrapuestos. El tema de las mutilaciones genitales, de hecho, tiene la virtud de po-

---

<sup>112</sup> Sobre la relación entre derecho y moral, la bibliografía es ingente, me limito a referir: Mayer, M. E., *Rechnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903 (reimpreso Frankfurt am Main-Tokyo, 1977); Jellinek, J., *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Viena, 1878; Mannheim, H., *Trattato di criminologia comparata*, Turin, 1975, vol. I.

<sup>113</sup> Basile, F., *Localismo e non neutralità culturale del diritto penale "sotto tensione" per effetto dell'immigrazione*, disponible en: [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it) (septiembre de 2008).

<sup>114</sup> Por mutilaciones genitales femeninas se entiende: "toda intervención que conlleve una remoción parcial o total de los genitales femeninos exteriores y toda práctica dañina realizada sobre los genitales femeninos por consideraciones de tipo no terapéutico". La definición es de Catania, L., "Le mutilazioni genitali femminili: profili medici, qualificazione giuridica, prospettive giuridiche", en Urso, E. (ed.), *Le ragioni degli altri. Mediazione e famiglia tra conflitto e dialogo: una prospettiva comparatistica e interdisciplinare*, Florencia, 2013, pp. 445 y ss.

## 68 / Eleonora Ceccherini

ner en evidencia múltiples coordenadas de referencia sobre las contradicciones entre multiculturalismo y asimilación, mayorías y minorías, igualdad y pluralismo, cultura y respeto a la legalidad.

Desde un punto de vista jurídico, en el plano comparado, se evidencian dos modelos penales distintos: el primero tiende a considerar estos actos como crímenes generales; el segundo, por el contrario, los tipifica como un delito específico.

Dentro de este último modelo se encuentran algunos ordenamientos de diferentes tradiciones, como el británico, que en 1985 adoptó la *Prohibition of Female Circumcision Act*, posteriormente reformada en 2003, con la *Female Genital Mutilation Act*; el belga, con el artículo 409 del Código Penal;<sup>115</sup> el sistema penal español, con el artículo 149 del Código Penal.<sup>116</sup> También podemos considerar como parte de este conjunto al ordenamiento penal italiano: la Ley núm. 7 de 2006 introdujo normas *ad hoc* para las llamadas mutilaciones genitales femeninas. En este último caso, el legislador consideró necesario modificar el Código Penal para introducir los delitos de “mutilaciones genitales” (artículo 583 bis, párrafo 1) y lesiones genitales (artículo 583 bis, párrafo 2) y castigando estos hechos con penas particularmente graves y más severas que las que corresponden a las lesiones dolosas leves, graves y gravísimas. De hecho, se contempla un aumento de la pena si el delito es cometido sobre el cuerpo de

---

<sup>115</sup> “§1. Quiconque aura pratiqué, facilité ou favorisé toute forme de mutilation des organes génitaux d'une personne de sexe féminin, avec ou sans consentement de cette dernière, sera puni d'un emprisonnement de trois à cinq ans. La tentative sera punie d'un emprisonnement de huit jours à un an. § 2. Si la mutilation est pratiquée sur une personne mineure ou dans un but de lucre, la peine sera la réclusion de cinq à sept ans”.

<sup>116</sup> “1. El que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. 2. El que causare a otro la mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuere menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz”. Además, se contempla la persecución extraterritorial del delito.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 69

una menor y se trata de delitos autónomos que, por lo tanto, no pueden ser objeto de ponderaciones a partir de las circunstancias en las que fueron cometidos (artículo 69 del Código Penal). Además, el Código Penal contempla la interdicción de la profesión para los médicos que realizan estas acciones y, mediante el artículo 25 *quater* del Decreto Legislativo 231/200, contempla responsabilidades administrativas para la institución sanitaria en la que se realizan las operaciones.

En síntesis, el legislador italiano ha manifestado con toda claridad que estas prácticas tienen un valor negativo y ha rechazado cualquier arreglo que permita hacerlas compatibles con la cultura occidental.<sup>117</sup> Desde esta perspectiva, no son pocas las críticas emitidas por algunas personas que piensan que la aprobación de estas leyes —que contemplan sanciones particularmente severas— es un símbolo que exalta los valores del grupo de la mayoría cuando entran en contradicción con los de la minoría.<sup>118</sup>

La tensión que emerge de la dicotomía mayoría/minoría surge en los Estados Unidos en un caso que se conoce como “el compromiso de Seattle”.<sup>119</sup> En esa ciudad norteamericana viven aproximadamente 3,500 somalís (inmigrantes y refugiados) que, en sus comunidades, suelen circuncidar a los hombres y también a las mujeres mediante el rito de la mutilación. Con la finalidad de ponerle un alto a esta última práctica, los directivos del hos-

---

<sup>117</sup> Se explican las intensas críticas que siguieron a la moción del Consejo Regional toscano núm. 709 del 3 de febrero de 2004, sobre las propuestas alternativas a la infibulación femenina que realizaron dos médicos expertos en mutilaciones genitales femeninas con la finalidad de reducir el impacto físico de éstas. La moción pretendía confirmar la licitud de la propuesta, escuchando la opinión de los médicos, los comités de ética locales y a la comisión regional de bioética, además de proceder a las consultas con asociaciones de mujeres inmigrantes y otras que militan en contra de las mutilaciones genitales. Chizzoniti, A. y Milani, D., “Immigrazione, diritto regionale e libertà religiosa”, *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, vol. 2, 2004, pp. 430 y ss.

<sup>118</sup> Para estas reflexiones: Basile, F., *Società multiculturali*, cit., p. 57; Colaiani, N., *Eguaglianza e diversità*, Bologna, 2006, p. 198.

<sup>119</sup> Coleman, D. L., “The Seattle Compromise: Multicultural Sensitivity and Americanization”, *Duke Law Journal*, vol. 47, 1998, pp. 717 y ss.

## 70 / Eleonora Ceccherini

pital ciudadano Harborview, en 1996, propusieron la realización de una intervención quirúrgica simbólica que respondiera a los motivos religiosos y culturales pero que no implicara un daño para la integridad física de las mujeres. Dado que ese ritual era ampliamente aceptado por la comunidad, a pesar de la prohibición legal vigente, la finalidad del hospital era evitar que las niñas menores fueran sometidas a mutilaciones genitales con consecuencias permanentes, realizadas además por personas sin preparación y en condiciones de higiene precaria.<sup>120</sup>

Sin embargo, la noticia de la propuesta encendió un intenso debate que terminó por disuadir a quienes la realizaron.<sup>121</sup>

Un caso parecido tuvo lugar en Italia:<sup>122</sup> en 2003, el Dr. Abulcadir Omar Hussen, que trabajaba en un centro dedicado a tratar los efectos físicos de las mutilaciones genitales en el Hospital de Careggi, en Florencia, propuso disminuir los efectos del ritual mediante la realización de una mínima incisión en el clítoris de las niñas en el mismo hospital. La propuesta fue sometida al Comité Ético de la Administración Sanitaria Local 10 de la ciudad y

---

<sup>120</sup> En el nivel federal, después de la propuesta de Seattle, se aprobó el *Federal Prohibition of Female Genital Mutilation Act*, 18 U.S.C.A. 116 (a) (West Supp. 1997), y muchos estados han aprobado leyes similares.

<sup>121</sup> Sobre el tema de la infibulación véase Gunning, R., "Arrogant Perception. World-Travelling and Multicultural Feminism: The Case of Female Genital Surgeries", *Columbia Human Rights Law Review*, 1992, pp. 189 y ss.; Lewis, H., "Between Irua and «Female Genital Mutilation»: Feminist Human Rights Discourse and the Cultural Divide", *Harv. Hum Rts. J.*, 1, 1995, pp. 1 y ss.; Breitung, B. A., "Comment, Interpretation and Eradication: National and International Responses to Female Circumcision", *Emory International Law Review*, vol. 10, 1996, pp. 657 y ss.; Boulware-Miller, K., "Female Circumcision: Challenges to Practice as a Human Rights Violation", *Harvard Women's Law Journal*, vol. 8, 1980, pp. 155 y ss.; Amede Obiora, L., "Bridges and Barricades: Rethinking Polemics and Intransigence in the Campaign Against Female Circumcision", *Case Western Reserve Law Review*, vol. 47, 1997, pp. 275 y ss.; Brennan, K., "The Influence of Cultural Relativism on International Human Rights Law: Female Circumcision as a Case Study", *Law & Inequality Journal*, vol. 7, 1989, pp. 367 y ss.; Brigman, E., "Circumcision as Child Abuse: The Legal and Constitutional Issues", *Journal of Family Law*, vol. 23, 1984, pp. 337 y ss.

<sup>122</sup> Es necesario advertir que el primer caso propuesto en Europa fue realizado por el ministro del *Welfare*, de la Salud y de la Cultura de Holanda en 1992. Catania, L., *op. cit.*, pp. 445 y ss.



## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 71

generó un fuerte debate que terminó por derrotar la iniciativa de la misma manera que había sucedido en el otro lado del Atlántico.

Las razones que sostenían ambas propuestas eran similares: los dirigentes hospitalarios argumentaron que sus propuestas eran una medida transitoria destinada a desaparecer con el paso del tiempo conforme las nuevas generaciones fueran reemplazando a los inmigrantes del presente y sostenían que no se trataba de la aceptación de una práctica considerada bárbara, sino de un compromiso sanitario que calmaría los temores de la comunidad extranjera, salvaguardando la salud de las adolescentes.

Los objetores argumentaron que la autorización de esta práctica en las instituciones hospitalarias seguiría siendo un delito, actualizando el tipo penal de lesiones,<sup>123</sup> e implicaría una subordinación a reglas extralegales que, de hecho, limitan la libertad de las mujeres y avalan la subordinación femenina; además, la legitimación de esta práctica sería un obstáculo para el proceso de integración de los inmigrantes.

Es oportuno analizar las valoraciones de la oposición a la iniciativa de manera objetiva, abandonando los prejuicios ideológicos.

Por lo que hace a la primera crítica, es decir a la vigencia del delito de lesiones, es fácil responder que la intervención quirúrgica propuesta por el hospital no implicaría causar una lesión —prohibida por el Código Penal— sino una pequeña incisión, con un daño contenido, no devastadora y equivalente a la perforación de las orejas.

El segundo conjunto de objeciones presupone un nexo inescindible entre *mores* culturales y desigualdad femenina. En otras

---

<sup>123</sup> Sin embargo, la ley del estado de Washington parece excluirlo al establecer que: "child abuse or neglect" como "the injury... or maltreatment of a child... by any person under circumstances which indicate that the child's...health, welfare, and safety is harmed", incluyendo "inflicting physical injury on a child by other than accidental means, causing... disfigurement, skin bruising, impairment of physical or emotional health, or loss or impairment of any bodily function".

## 72 / Eleonora Ceccherini

palabras, se hace evidente que estas prácticas —propias de determinadas comunidades— tienen como finalidad garantizar el control de los hombres sobre el cuerpo de las mujeres y, en particular, sobre su sexualidad. El argumento puede aceptarse pero tiene raíces en un contexto cultural occidental particular que pretende definir las coordenadas de referencia de la dignidad de la mujer, basándose en parámetros específicos de socialización y de construcción de la identidad, producto de procesos de estratificación cultural *western-oriented*.

Por el contrario,

Incluso si en Occidente no compartimos estos conceptos, que rechazamos horrorizados, debemos tomar conciencia de que para estas poblaciones, la MGF es un verdadero rito de iniciación, considerado de fundamental importancia que, al igual que los masculinos, implica dolor, sangre y peligro de muerte. Desde esta óptica, una niña que lo supera conquista el honor que les corresponde a los héroes, dejando impreso en la memoria y en el cuerpo no solamente la marca del enorme sufrimiento padecido, sino también el seño de la identidad adquirida. Se llena de orgullo porque pertenece a su grupo cultural. La comunidad completa festeja su nueva situación. Con la MGF el sujeto se convierte en mujer, porque la simple biología no se considera suficiente.<sup>124</sup>

Entran en conflicto, *rectius* se confrontan, dos perspectivas antitéticas sobre el cuerpo de la mujer, que son muy difíciles de conciliar: una de ellas se fortalece en el proceso de emancipación femenina en sentido universal; el otro hace referencia a una identidad femenina que pasa a través del reconocimiento del grupo que impone unas reglas completamente insuperables.

La versión occidental corre el riesgo de adoptar una postura paternalista. Persiste una presunción según la cual algunas conductas, algunas manifestaciones, se encuentran completamente

---

<sup>124</sup> Catania, L., *op. cit.*, pp. 445 y ss.

### Pluralismo religioso y pluralismo legal / 73

determinadas por un contexto de desigualdad de derechos entre hombre y mujer y, por lo mismo, deben ser rechazadas y censuradas. Parece que esta visión abarca múltiples ámbitos; de hecho, las argumentaciones orientadas a prohibir determinadas conductas están motivadas por el objetivo de emancipar al universo femenino retomando —*mutatis mutandis*— la sentencia del *Conseil Constitutionnel*, del 7 de octubre de 2010,<sup>125</sup> sobre la legitimidad constitucional de la Ley francesa núm. 1192 de 2010 que prohíbe cualquier indumento que, ocultando el rostro, impida la identificación de la persona.

También en ese caso, una de las motivaciones que fundaron la constitucionalidad de la ley fue que el burka constituiría una causa de menosprecio a la dignidad de las mujeres. Los jueces franceses, en sintonía con una parte de la doctrina que se ha manifestado sobre el tema, consideran que esas expresiones culturales son degradantes y contrarias a la dignidad de la persona, sin tener en cuenta que algunas costumbres —como por ejemplo el mismo burka— pueden ser adoptadas por las mujeres a partir de decisiones no condicionadas, adoptadas de manera autónoma y que constituyen manifestaciones de su propia identidad cultural y religiosa y, por lo mismo, contribuyen a construir y tutelar la dignidad de la persona y no a maltratarla. La afirmación según la cual algunas manifestaciones de cultura o religión —alejadas de la sensibilidad del contexto social de la mayoría— constituyen *per se* lesiones al principio de dignidad, corren el riesgo de ser axiológicas y fundarse solamente en consideraciones ideológicas.

Para sustentar esta reconstrucción puede consultarse la recomendación núm. 1927/10 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa, que invita a los Estados miembros a

---

<sup>125</sup> Dic., 7 de octubre de 2010, 613 DC. Sobre el tema véase Ferrari, D., "L'identità religiosa e il burqa nell'Europa multiculturale: Francia e Italia allo specchio", en Ceccherini, E. y Groppi, T. (eds.), *Multiculturalism: Accommodating Diversity*, Nápoles, 2013, pp. 189 y ss.

## 74 / Eleonora Ceccherini

...no prohibir de manera general el uso del velo integral y de vestimentas similares, sino a proteger a las mujeres frente a todas las formas de violencia física y psicológica, a respetar su libertad de elección para utilizar o no vestimentas religiosas, incluso con la finalidad de promover el derecho de las mujeres musulmanas a participar en la vida pública y ejercer tareas educativas y actividades profesionales.<sup>126</sup>

El punto de observación más equilibrado sobre el tema —desde mi perspectiva— es el que pretende verificar si esos comportamientos que responden a reglas culturales se ponen en práctica de manera deliberada y consciente como producto de condicionamientos del ambiente social y/o familiar. La prohibición general, indiscriminada, está orientada a delinear un cuadro en el que todas las vacas son grises y homogeniza los comportamientos y las conductas que se reivindican sobre la base del reconocimiento del pluralismo cultural con otros que, en cambio, son producto de intervenciones heterodirigidas, padecidas y no aceptadas. En el momento en el que el ordenamiento oculta las diferencias entre estas dos situaciones materializa una operación contraria al respeto de la dignidad humana.

La diferencia gira en torno al consenso, a la aceptación voluntaria de ciertas prácticas de cara al otro, porque también la autodeterminación forma parte del proceso de liberación de la mujer.

El principal principio que se alude en este caso puede convertirse en un *slippery slope argument*, porque parece sensato suponer que nadie se sometería de manera consciente a prácticas más o menos dañinas para su cuerpo. Sin embargo, esta es una afirmación que puede objetarse sosteniendo —como se argumenta desde diversos frentes— que la modificación del cuerpo parece ser un *leit motiv* de las sociedades occidentales modernas. La

---

<sup>126</sup> Kapur, R., "Revisióning the Role of Law in Women's Human Rights Struggles", en Meckled-García, B. y Çali, S. (eds.), *The Legalization of Human Rights*, Londres-Nueva York, 2006, pp. 103 y ss.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 75

referencia no se limita al fenómeno de los tatuajes y del *piercing*, cuyo impacto sobre el cuerpo, aunque tenga consecuencias irreversibles, tiene efectos acotados, sino que puede hacerse extensiva a las intervenciones de cirugía estética en las diferentes partes del cuerpo (incluyendo el aparato genital femenino) que no tienen ninguna finalidad terapéutica. Sin embargo, no se ha generado una oposición equivalente a la que enfrentaron las propuestas de Seattle y Florencia a pesar de que se trata de intervenciones que pueden llegar a tener consecuencias devastadoras. Parece que podemos afirmar que la búsqueda de un modelo estético, que se justifica argumentando la búsqueda de un bienestar psicológico,<sup>127</sup> merece mayor protección que la ejecución de prácticas que, en cambio, permitirían la inclusión en el grupo cultural de pertenencia.

Esta diferencia sólo se puede explicar si tomamos conciencia de que la búsqueda de la felicidad, a través de las modificaciones a nuestro cuerpo para lograr alcanzar un canon estético, responde al sentido común mayoritario; a diferencia de esas intervenciones que llamamos —no casualmente— mutilaciones, con una intención abiertamente crítica.

Sin embargo, vale la pena reflexionar sobre el hecho de que, en Occidente, ningún ordenamiento ha intentado despenalizar o legalizar las mutilaciones y las considera delitos en los códigos penales; aunque han existido iniciativas médicas que buscan una especie de *accommodation*, mediante un *pricking* o *nicking*

---

<sup>127</sup> Es imposible no referirnos a las palabras de Mary Wollstonecraft a propósito de las mujeres: «desnudas de las virtudes que deberían caracterizar a la humanidad, han sido vestidas con gracias artificiales que les permiten ejercer una tiranía efímera... su única ambición es la de ser bellas, provocar emociones en lugar de inspirar respeto»; y más aún, "encerradas en jaulas como pavoreales, no hacen otra cosa que pavonearse y pasar de una rama a otra con un andar falsamente majestuoso." Wollstonecraft, M., *Sui diritti delle donne*, Milán, 2008-2010, trad. del libro *A Vindication of the Rights of Woman*, 1792. Wollstonecraft realiza estas reflexiones pensando en las mujeres de finales del siglo XVIII y denuncia las condiciones de la vida doméstica de las mujeres, señalando la influencia de los prejuicios sociales que las causan y animando a las mujeres a buscar su autodeterminación.

## 76 / Eleonora Ceccherini

(que consiste en un pequeño piquete en el prepucio del clítoris) que conservaría el carácter de ritual sin causar las consecuencias perniciosas de tipo físico y psicológico que padecen las mujeres. Sin embargo, la opinión pública se ha manifestado de manera decidida en contra de esta posibilidad, sin considerar la finalidad de esta propuesta que permitiría una solución occidental para un problema cultural. Por el contrario, se ha buscado subrayar la radical incompatibilidad entre ambos mundos, considerando peligrosa esta contaminación y sosteniendo que el camino para desterrar las mutilaciones genitales solamente es el que ofrece el derecho penal.<sup>128</sup> La confianza, entonces, en el instrumento penal se sustenta en una presunta incompatibilidad radical de estas prácticas con la cultura hegemónica.

No es posible objetar que el *pricking* atenta contra la identidad física porque, además, como hemos podido ver, esta práctica no está completamente prohibida, ya que es lícita la circuncisión masculina.<sup>129</sup> Dicha práctica tiene en nuestras culturas una motivación cultural-religiosa, sin tener una finalidad terapéutica porque no se practica para combatir una enfermedad.<sup>130</sup> El paralelismo entre el *pricking* y la circuncisión ritual masculina de origen judío es evidente y no ha pasado de largo a la doctrina estadounidense que sostiene que, dado que la circuncisión se permite por razones religiosas (que el ordenamiento no asimila a los actos de lesión), la prohibición absoluta de todas las intervenciones similares en el caso de las mujeres constituye una violación del *equal protection of law*; una discriminación basada en

---

<sup>128</sup> Para valoraciones equilibradas sobre este punto, con referencias a los ordenamientos jurídicos de países musulmanes: Scaffardi, L., "Conflitti culturali e bioetica: il caso delle mutilazioni genitali femminili in alcuni orientamenti giurisprudenziali", en D'Aloia, A. (ed.), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Turin, 2005, pp. 519 y ss.

<sup>129</sup> Picioechi, C., *op. cit.*, pp. 207 y ss.

<sup>130</sup> Esa afirmación ha sido modificada por Botta, R., "La condizione degli appartenenti a gruppi religiosi di più recente insediamento in Italia", *Il diritto ecclesiastico*, vol. 2, 2000, p. 362.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 77

el género y una violación de la Primera Enmienda que protege la libertad religiosa de las personas.<sup>131</sup>

Un estrabismo parecido puede encontrarse en el ordenamiento italiano, en donde la circuncisión se permite, pero no forma parte de los servicios médicos gratuitos. La práctica religiosa no debe generar costos para los servicios de salud pública, porque no existen “razones de carácter ético y sanitario que justifiquen que el Estado cargue a la colectividad los costos de la práctica de la circuncisión masculina de tipo ritual”,<sup>132</sup> pero al mismo tiempo se acepta su licitud.

Esta ambigüedad emerge también en la jurisprudencia, como puede verse en sendos casos decididos por el Tribunal de Bari y el Tribunal de Verona.

El primero de ellos se refiere a la muerte de un niño de Nigeria al que se le practicó la circuncisión. En ese caso el Tribunal de Bari, el 21 de mayo de 2009, consideró que dado que la conducta realizada debe considerarse lícita por causas rituales, no era posible calificarla como lesiones culposas. En sustancia, la práctica no tenía la finalidad de procurar lesiones y entraba dentro del margen de discrecionalidad con el que cuentan los padres para transmitir su fe religiosa (artículo 30 constitucional) para que la prole no quede excluida o marginada de su comunidad (casi como si se tratara de un acto de amor). Por el contrario, para el Tribunal de Verona, el 14 de abril de 2010, el corte en

---

<sup>131</sup> No nos detenemos en cuestionar si la infibulación o el corte son prácticas culturales o religiosas. Destaca, en cambio, que en la comunidad somalí que reside en Seattle los dos elementos convergen, y que como establece la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana se encuentran protegidas todas las prácticas que las personas consideren con sinceridad como necesarias en materia religiosa, por lo tanto, no es necesario que los rituales respondan a reglas religiosas generalmente aceptadas.

<sup>132</sup> De esta forma se expresó el Comité Nacional para la Bioética el 28 de mayo de 1998. Además, algunas regiones italianas, como Piamonte y Toscana (deliberación de la Junta Regional núm. 561 del 3 de junio de 2002), han hecho excepciones al Decreto del Presidente del Consejo de Ministros del 29 de noviembre de 2001 que excluye de los niveles de asistencia sanitaria las circuncisiones rituales masculinas. Cfr. Chizzoniti, A., “Multiculturalismo, libertà religiosa e norme penali”, *Laicidad y Libertades*, vol. 6, 2006, p. 79, nota 64.

**78 /** Eleonora Ceccherini

el clítoris de una pequeña niña nigeriana de dos meses, que no tendría ulteriores consecuencias en su cuerpo ni tampoco en su vida sexual, constituyó una violación de la Ley núm. 7, del 9 de enero de 2006, que prohíbe las mutilaciones genitales femeninas y que, por lo tanto, introduce un delito típico en nuestro ordenamiento.<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> Miazzi, L., "Il diverso trattamento giuridico delle modificazioni genitali maschili e femminili, ovvero: dai reati culturali ai reati coloniali", *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, vol. XII, núm. 3, 2010, pp. 103 y ss.



## 8. Una excepción al código penal: las carnicerías rituales

Los ordenamientos penales locales han derogado algunas disposiciones de sus códigos con la finalidad de ofrecer un tratamiento absolutorio para algunas conductas. En este sentido, podemos mencionar las normas de los códigos que tutelan las carnicerías rituales que, por la manera en la que mueren los animales, podrían constituir un delito de maltrato a los animales.

Se trata de un tema que evidencia el problema de la ponderación entre los derechos de los animales y el derecho de la libertad religiosa. Como es bien sabido, algunas religiones, en particular la judía y la musulmana, prescriben el consumo de carne de animales asesinados de una manera específica: *shechitá kosher* para los judíos y *halal* para los musulmanes. Las prácticas tienen en común el que la muerte del animal debe ser el resultado de un corte en el esófago y en la tráquea, así como en las venas yugular y carótidas. Muchas personas, en particular algunas asociaciones protectoras de los animales, consideran que esta técnica es cruel con los animales. Esta interpretación cobra fuerza con la tendencia a reconocer derechos a los animales, dentro de los cuales se encuentra el derecho a tener una muerte sin dolor. En esta tesitura se encuentran las reformas a las Constituciones suiza y alemana. La primera, en su artículo 80, otorga a la Confederación competencia para adoptar normas relacionadas con la protección de los animales; mientras que el artículo 20 del *Grundgesetz* de 2002 especifica la obligación de protección “de las bases fundamentales naturales y de los animales”. También la Corte de

80 / Eleonora Ceccherini

Justicia ha considerado que “la protección del bienestar de los animales es un objetivo legítimo de interés general”.<sup>134</sup>

Frente a esta creciente y ampliamente difundida tendencia que atiende al bienestar de los seres sensibles, surge la cuestión relativa a las dificultades para realizar una ponderación entre el derecho de los animales a no sufrir y la libertad religiosa de los individuos que deben observar reglas precisas para su alimentación.

Este no es el espacio para analizar el núcleo teórico que indaga la legitimidad de ofrecer un reconocimiento de posiciones jurídicas subjetivas a los animales y, por lo mismo, que pone en duda la pertinencia de ponderar su dignidad con los derechos de los seres humanos;<sup>135</sup> sin embargo, es innegable que el derecho positivo considera como delito el maltrato a los animales, lo que podría abarcar a las carnicerías rituales. Dicho esto, también es cierto que la prohibición de estas carnicerías se traduce en una imposibilidad para que los fieles de dichas religiones puedan cumplir sus mandamientos.

El dilema ha sido resuelto en el derecho positivo mediante la derogación de la normativa general que sanciona estas prácticas.

En el Reino Unido, en concreto en Escocia, como respuesta a las manifestaciones de los diputados judíos, en 1928, fue aprobado el *Slaughter of Animals (Scotland) Act* y, posteriormente, en Inglaterra y en Gales, el *Slaughter of Animals Act* de 1933. Estas legislaciones fueron modificadas por la sección 1(2) del *Slaughter of Poultry Act* de 1967 y la sección 36(2) del *Slaughterhouses Act* de 1974 y, sobre todo, por *The Welfare of Animals (Slaughter and Killing) Regulations* de 1995 y los *Statutory Instruments* 1999/400, que en sus artículos 21 y 22 permiten a los musulmanes y a los judíos matar a los animales

---

<sup>134</sup> Decisión de la Corte de Justicia de la Unión Europea en los procedimientos C-37/06 y C-58/06 del 17 de enero de 2008.

<sup>135</sup> Sobre el tema véase Rescigno, F., *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Turín, 2005; Tallacchini, M., “La tutela animale nella società europea della conoscenza”, en Chizzoniti, A. y Tallacchini, M. (eds.), *Cibo e religione: diritto e diritti*, Tricase, 2010, p. 297.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 81

siguiendo sus tradiciones, aunque deben hacerlo bajo la supervisión de personal veterinario y con la presencia de elementos para aturdir a la bestia en casos de emergencia, derogando con ello las disposiciones (incluso penales) vigentes en la materia.<sup>136</sup>

En Italia, una primera intervención jurídica en este tema fue materializada con la Ley núm. 439 de 1978 que, poniendo en práctica la circular núm. 74/577, permitía que, mediante un decreto del ministro de Salud, en acuerdo con el ministro del Interior, fuera posible realizar carnicerías rituales. El decreto se emitió el 11 de junio de 1980 y establece las reglas para la ejecución de estas prácticas: *a)* personal calificado y entrenado para la realización de los métodos rituales; *b)* la utilización de un cuchillo filoso que garantice la muerte del animal de manera inmediata; *c)* evitar a los animales situaciones de excitación innecesarias, y *d)* si se trata de carne para exportación se requiere una autorización a los carniceros, previa inspección.<sup>137</sup> Por lo que se refiere a las carnicerías judías, la Ley núm. 101 de 1989 recoge un acuerdo

---

<sup>136</sup> Gianfreda, A., "La tutela delle prescrizioni alimentari religiose nella normativa del Regno Unito", en Chizzoniti, A. y Tallacchini, M. (eds.), *op. cit.*, pp. 155 y ss. Conviene advertir que estas disposiciones no excluyen de manera definitiva la persecución penal de judíos o musulmanes por el modo en el que matan a los animales porque sigue siendo delito hacerlo de manera excesivamente cruel o de formas no autorizadas. Sobre este punto puede consultarse la sentencia de la Corte de Estrasburgo *Sha'arei Shalom ve Tse-dek v. France*, 27417/95, sentencia del 27 de junio de 2000. La controversia tenía origen en la solicitud de permiso efectuada por una asociación judía para realizar la carnicería de una manera distinta a como lo hacía otra comunidad judía (*Shalom*) que contaba con una autorización administrativa. La solicitud se fundaba en las dificultades para encontrar carne *glatt kosher*. Francia rechazó la solicitud al sostener que ya había emitido una autorización a una asociación que reunía a la mayoría de los judíos (unos 700,000), frente a los 40,000 de la asociación recurrente. Los jueces de Estrasburgo dieron razón al Estado francés al sostener que las personas que quisieran alimentarse con carne de ese tipo podían importarla desde Bélgica. En 1997 también Holanda adoptó una norma parecida, siempre que las carnicerías se realicen en mataderos públicos.

<sup>137</sup> La Ley siguiente, núm. 101 de 1989, que recoge el acuerdo con la comunidad judía, hace referencia al Decreto de 1980, precisando que la pertenencia a las fuerzas armadas, a la policía o a otros servicios asimilados, la presencia en hospitales, casas de cuidado o asistencia pública, la permanencia en establecimientos de prevención y castigo no pueden constituir un obstáculo para el ejercicio de la libertad religiosa y las prácticas de culto.

## 82 / Eleonora Ceccherini

con la comunidad israelita, y hace referencia expresa al decreto de 1980.<sup>138</sup> Para los otros casos se cuenta con el Decreto de ley núm. 333 de 1998 que puntualiza que la autoridad competente en materia de carnicerías rituales es la autoridad religiosa; mientras que para otras prácticas —podemos decir secularizadas— la competencia es de las autoridades civiles. El decreto permite la carnicería siguiendo el ritual islámico, por lo que no son aplicables las normas penales que castigan los tratos crueles a los animales.<sup>139</sup>

En sustancia, estos ordenamientos tienden a salvaguardar la libertad religiosa por encima del bienestar de los animales y consideran que el cumplimiento de las normas alimenticias constituye un elemento del derecho a vivir y comportarse siguiendo nuestra conciencia.<sup>140</sup>

La tendencia hacia este tipo de equilibrios entre los valores en conflicto ha sido trazada por los ordenamientos supranacionales; de hecho, también la *European Convention for the Protection of Animals for Slaughter*, de 1979, si bien contempla en su artículo 16 que “los animales deben caer en un estado de inconciencia en el que deben mantenerse hasta el momento de su muerte con la finalidad de evitarles al máximo el sufrimiento”, en su artículo 17 contempla la posibilidad de hacer excepciones en el caso de los

---

<sup>138</sup> Es oportuno un comentario sobre las fuentes en este tema. Parece que en el caso de las comunidades que no cuentan con un acuerdo no es posible modificar las reglas vigentes de manera unilateral; en cambio, en el caso de las comunidades como la judía, que sí cuentan con un acuerdo con el Estado, es posible la realización de ajustes normativos sin que tenga lugar una negociación previa con las asociaciones religiosas. Esto en atención al sistema de fuentes legales con referencia al artículo 8o. de la Constitución, que rechaza la abrogación de fuentes de rango primario. Cfr. Chizzoniti, A., “La tutela della diversità: cibo, diritto e religione”, en Chizzoniti, A. G. y Tallacchini, M. (eds.), *op. cit.*, pp. 37 y ss.

<sup>139</sup> Excepciones posteriores a la legislación núm. 333 establecen que no es necesario el aturdimiento en las carnicerías domésticas y en el caso de las aves pequeñas.

En Europa existen leyes especiales para las carnicerías en Francia, España, Alemania, Escocia, Holanda, Finlandia y Dinamarca.

<sup>140</sup> Sobre el tema de la ponderación véase Gianfreda, A., *op. cit.*, pp. 168 y ss., *contra* Jones, P., “Bearing the Consequences of Belief”, en Goodin, R. y Petit, P. (dirs.), *Contemporary Political Philosophy*, Oxford, 1997, pp. 551 y ss.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 83

ritos religiosos.<sup>141</sup> En el mismo sentido, las directrices de la Unión Europea 93/119 sobre la protección a los animales, aunque también exigen que los animales sean aturdidos antes de morir, excluyen esta exigencia cuando se trata de carnicerías rituales. Recientemente, la reglamentación del Consejo núm. 1099/2009 del 24 de septiembre de 2009, que se refiere a la protección de los animales en el momento de su muerte, se pronuncia en el mismo sentido.

En sentido opuesto se ubican países como Suiza, Noruega, Liechtenstein e Islandia, que prohíben esta clase de carnicerías porque consideran que debe prevalecer la protección de los animales y prohíben la importación de carne obtenida con esas prácticas. En estos casos se acredita una lesión a la libertad religiosa porque los creyentes deben elegir entre la opción de adoptar un estilo de alimentación vegetariano o violar su fe religiosa.

Una manera distinta de enfrentar el tema de la carnicería se presenta en Alemania, en donde se le prohibió a un carnicero musulmán la práctica del *halal*. Los órganos jurisdiccionales de primera instancia se habían pronunciado en favor de una decisión administrativa, después de escuchar una opinión de la Universidad de El Cairo, que dispensaba a los musulmanes que viven en países no musulmanes de la obligación de comer carne obtenida mediante el ritual correspondiente. Sin embargo, después de hacer suyas las motivaciones de la demandante, el Tribunal Constitucional alemán sostuvo la ilegitimidad de la decisión sobre la base de dos tipos de argumentos. En primer lugar, consideró que no debía ser una corte laica la que decidiera cuáles son las obligaciones religiosas para los fieles y, por lo tanto, para garantizar la libertad religiosa del comerciante —principio fundamental de la Constitución alemana— que se materializa cuando él libremente consideraba que comer carne *halal* era una obligación.

---

<sup>141</sup> Además de los casos de extrema urgencia en los que no es posible practicar el aturdimiento del animal, la muerte de aves y de conejos mediante un procedimiento que les cause una muerte instantánea, y la muerte de animales por motivos sanitarios, siempre que se encuentre motivado por razones particulares.

## 84 / Eleonora Ceccherini

De esta manera, el órgano jurisdiccional consideró que entre la protección de los animales —objetivo que buscaba garantizar la decisión administrativa— y la libertad de creencias, debería prevalecer la segunda.<sup>142</sup>

En segundo lugar, se precisó que la decisión de la administración lesionaba la libertad de empresa de los musulmanes que se dedicaban al oficio de carniceros, porque solamente pueden practicarlo cuando siguen los mandatos de su religión, por lo que, si no pueden observarlos, perderían su trabajo.<sup>143</sup>

Después de esta sentencia, en 2002, la ley fundamental fue modificada para incluir la protección de los animales entre los objetivos que persigue la Federación y, a partir de entonces, la jurisprudencia en la materia ha sido inestable y en unas ocasiones permite lo que en otras se prohíbe.<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> Es necesario advertir que la sentencia es de 2002, anterior a la revisión constitucional que fue introducida al artículo 20 sobre la responsabilidad del Estado en los casos de protección animal.

<sup>143</sup> Dundes Renteln, A., *The Cultural Defense*, cit., p. 269, nota 41; Toniatti, R., "Introduzione", en Lerner, P. y Rabello, A. M., *Il divieto di macellazione rituale (shechitá kosher e halal) e la libertà religiosa delle minoranze*, Trento, 2010, p. XLIX.

<sup>144</sup> Bottoni, R., "La macellazione rituale nell'Unione Europea e nei paesi membri", en Chizzoniti, A. y Tallacchini, M. (eds.), *op. cit.*, p. 278.

## 9. Reflexiones finales

La casuística jurisprudencial y normativa propuesta en este texto demuestra la complejidad que implica conservar la diversidad en los ordenamientos constitucionales que reconocen como fundamento al principio de igualdad.

Sin embargo, parece posible rastrear un recorrido común entre los diferentes ordenamientos que pertenecen a áreas geográficas muy lejanas e incluso a sistemas jurídicos diferentes o que han tenido desarrollos distintos. Parece que es atinado sostener que, más allá de las particularidades de cada ordenamiento, los poderes estatales se orientan hacia soluciones que, si bien no son comunes, tienen semejanzas.

Ha sido posible comprender cómo la pertenencia religiosa induce a las personas a solicitar que las autoridades reconozcan su diversidad y que, en los hechos, se expresa mediante la posibilidad de hacer explícita de la manera más amplia posible su libertad, entendida como una total independencia de las imposiciones de los demás, y en particular de las instituciones públicas.

La forma para encontrar el equilibrio entre la autodeterminación de las personas y el ordenamiento estatal conduce hacia la fragmentación de la norma. Impone la necesidad de abandonar la enraizada tesis del supuesto abstracto que contienen todos los casos concretos y obliga también a reconsiderar el concepto mismo de Estado, y sobre todo el de su soberanía.<sup>145</sup> El pluralis-

---

<sup>145</sup> Rivetti, G., "Migrazione e fenomeno religioso: problemi (opportunità) e prospettive", en Varnier, G. B. (ed.), *La coesistenza religiosa: nuova sfida per lo Stato laico*, Soveria Mannelli, 2008, p. 117.

## 86 / Eleonora Ceccherini

mo cultural que conduce al pluralismo legal provoca una crisis a la centralidad del derecho estatal.<sup>146</sup> Si este es el escenario en el que nos movemos, es fácil comprender las decisiones adoptadas en Francia, que en más de una ocasión ha mostrado que es impermeable ante las manifestaciones multiculturales, porque se les considera dañinas para la soberanía nacional. La herencia que dejó tras de sí la Revolución Francesa con su idea del ciudadano indiferenciado constituye una barrera frente a las manifestaciones multiculturales.<sup>147</sup>

Desde este mirador es posible explicar las palabras del *Conseil Constitutionnel* que, de manera sumamente eficaz, en su decisión núm. 99-412, del 15 de junio de 1999, subrayó que el reconocimiento de los derechos colectivos a grupos de la más diversa naturaleza y que se caracterizan “par une communauté d’origine, de culture, de langue ou de croyance” lesiona el principio de indivisibilidad de la República y al principio de igualdad.

Una prueba contundente de esta tendencia fue la aprobación de la Ley del 15 de marzo de 2004, núm. 228, sobre los símbolos religiosos, aprobada ampliamente por la Asamblea Nacional (494 votos a favor, 36 en contra y 31 abstenciones), con la que se prohíbe que los estudiantes de las escuelas primarias y secundarias utilicen símbolos o vestimentas que muestren de manera evidente su pertenencia religiosa; prohibiéndose también el uso de crucifijos o de la *kippa* de los judíos, los turbantes *sikh* y, sobre todo, el velo islámico. La intención del legislador ha sido la de crear una neutralidad absoluta del individuo en el espacio público, dentro de la cual únicamente se encuentra la persona,

---

<sup>146</sup> Chiba, M., “Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World”, *Ratio Juris*, vol. 3, núm. 11, 1998, pp. 228 y ss. En relación con el continente europeo, Parisi, M., “Simboli e comportamenti religiosi all’esame degli organi di Strasburgo”, en Parisi, M. (ed.), *Simboli e comportamenti religiosi nella società plurale*, Nápoles, 2006, pp. 173 y ss.; Castro Jover, A., “Interculturalidad y derecho en el ámbito regional y supranacional europeo”, en Castro Jover, A. (dir.), *Interculturalidad y derecho*, Cizur Menor, 2013, pp. 23 y ss.

<sup>147</sup> Koubi, G., “La gestion de la diversité culturelle en France”, en Dieckhoff, A. (dir.), *La constellation des appartenances. Nationalisme, libéralisme et pluralisme*, Paris, 2004, pp. 282 y ss.



## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 87

sin ninguna pertenencia religiosa. En este caso, el ordenamiento ha decidido ser *blind* respecto de las diversidades o, mejor dicho, de no querer verlas en la dimensión pública.

El modelo de la ciudadanía francesa se funda en la tesis de que es posible lograr una integración-inclusión en la comunidad mayoritaria, cuyos principios y valores deben ser respetados por todos. El ordenamiento francés considera que es jurídicamente irrelevante la diversidad y la diferenciación, por lo tanto, no contempla normas especiales o derogatorias. La integración se traduce en una identidad de trato que se respalda con la neutralidad y laicidad del Estado.<sup>148</sup>

Dicha orientación coincide con la posición internacional del país que, al firmar el Pacto Internacional de los Derechos Políticos y Civiles de 1996, realizó una reserva al artículo 27 que establece que: "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma", porque es contradictorio con el artículo 2o. de la Constitución francesa.

Francia ha manifestado una reserva a la aplicación del artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 que establece lo siguiente: "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su

---

<sup>148</sup> Facchi, A., *op. cit.*, p. 13, que cita algunos reportes de la *Haut Conseil à l'intégration*, en los que se afirma que "la concepción francesa de la integración debe obedecer a una lógica de igualdad y no de minoría", y que el extranjero "conserva su particularismo pero ninguno es tomado en cuenta para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones". Véase también Basile, F., *Società multiculturali*, *cit.* El límite a esta aproximación parece estar en la ubicación de clase de los inmigrantes incluso de segunda y tercera generación que no tienen las mismas oportunidades en el acceso al mercado de trabajo. Cimbalo, G., *op. cit.*, p. 282, nota 36.

88 / Eleonora Ceccherini

propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.

En el mismo sentido, el Consejo Constitucional francés, pensando en la ratificación de la Carta Europea de las Lenguas Regionales y Minoritarias, ha recordado expresamente que: “le principe d’unicité du peuple français, dont aucune section ne peut s’attribuer l’exercice de la souveraineté nationale, a valeur constitutionnelle”, y ha subrayado que “ces principes fondamentaux s’opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d’origine, de culture, de langue ou de croyance”.<sup>149</sup>

Si quisiéramos marcar una línea imaginaria que clasifique los ordenamientos en atención a su apertura ante las instancias minoritarias, en un extremo se ubicaría Francia y en el otro aquellas experiencias, lideradas por la canadiense, que permiten excepciones a los ciudadanos en atención a su diversidad cultural. Este no es el espacio para emitir juicios de valor sobre una u otra alternativa, porque ambas descansan sobre una base ideológica de tipo liberal-democrática y las dos buscan generar condiciones para la convivencia pacífica entre personas con raíces culturales profundamente diferentes.

Sin embargo, ambas tienen algunos riesgos: la primera —construida sobre el modelo francés— puede terminar coartando la libertad de los individuos, que no podrán expresar su identidad a plenitud<sup>150</sup> y no garantiza que los conflictos sean superados. De hecho, tiene sentido la tesis que sostiene que la protección de las minorías no solamente responde a un valor universal, sino que se trata de un instrumento para mitigar los peligros de la violencia, la crueldad y políticas humillantes;<sup>151</sup> la segunda, en cambio, po-

---

<sup>149</sup> CC dec. N. 99-412 DC, 15 de junio de 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, JO 18 de junio de 1999, p. 8964, núms. 5 y 6.

<sup>150</sup> En este sentido, alguien ha sostenido que: “No es el velo un problema en sí; el verdadero problema es su ideologización, que provoca desencuentros e inventa contradicciones”. Cardia, C., “Libertà religiosa e multiculturalismo”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica*, disponible en: [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it) (mayo de 2008).

<sup>151</sup> Levy, J. T., *Multiculturalism of Fear*, Oxford, 2000, p. 12.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 89

dría conducir a una fragmentación excesiva de la sociedad, actuando una escalada de reivindicaciones identitarias que podrían romper los lazos de unidad al interior del Estado.<sup>152</sup>

Ante el reblandecimiento de la conciencia ética y, por consecuencia, con la búsqueda de elementos identitarios se afirma el predominio de una ideología multicultural cuando todos tienen una cultura de pertenencia (también religiosa) que no pretenden abandonar sino que, por el contrario, quieren salvaguardar, oscilando entre identidad individual y conformismo confesional.<sup>153</sup>

Las últimas reflexiones nos llevan a preguntarnos si un Estado multicultural<sup>154</sup> puede reconocer efectivamente y promover todas las identidades culturales presentes en la sociedad. La definición de multiculturalismo —que aquí se ha adoptado— hace referencia a la igualdad y a la dignidad de todas las culturas; sin embargo, no puede aceptarse la hipótesis de que una entidad estatal alcance un grado de apertura que termine derivando en su propia disolución. La admisión de que toda cultura debe garantizarse y promoverse por los poderes públicos presupondría la afirmación de un relativismo cultural que no es aceptable. De hecho, parece que tampoco lo sería una perspectiva que impida que un Estado, al estar obligado a reconocer y proteger las diferentes instancias que provienen de grupos con connotaciones éticas, raciales, etcétera, porque se considera que todas las culturas merecen protección, termine abdicando a su tarea como seleccionador de los intereses y principios que le son propios. En síntesis, el Estado no debe tener temor de expresar sus propios valores, en tanto que —como ya se ha subrayado—:

...la realidad, objeto de conocimiento descriptivo, no es portadora de valores en sí misma. El valor de las cosas les es otorgado por

---

<sup>152</sup> Siempre en este sentido, Cardia, C., *Libertà religiosa*, cit., p. 5.

<sup>153</sup> Varnier, G. B., "Libertà, sicurezza e dialogo culturale come coordinate del rapporto tra islam e occidente", en Varnier, G. B. (ed.), *op. cit.*, p. 33.

<sup>154</sup> Para un análisis sobre la forma de Estado véase Rolla, G., *La libertà religiosa in un contesto multiculturale*, cit., pp. 81 y ss.

## 90 / Eleonora Ceccherini

los sujetos agentes en atención a la capacidad de las cosas para satisfacer sus intereses... La “verdadera moralidad”, entonces, demanda acciones que entran en conflicto con las expectativas de cada uno de los componentes de la realidad pero tiende a privilegiar aquello que pertenece a la esfera de la razón: en sustancia, esa moralidad otorga al hombre la tarea de promover, con inteligencia y prudencia, la civilidad en el mundo.<sup>155</sup>

El Estado, entonces, no puede sucumbir –para decirlo con Weber– ante el politeísmo de los valores, pero debe asumir la tarea de tutelar y promover solamente aquellas culturas que puedan contribuir al desarrollo de la sociedad y que, al mismo tiempo, pueden garantizar la convivencia pacífica entre las diferentes comunidades culturales. Imaginar que sea posible recoger todas las reivindicaciones en las que se manifiesta una diferencia restringiría de manera inevitable el espacio de lo público con la consecuencia de reducir “le social et le politique à une mosaïque de «tribus»”.<sup>156</sup>

Se crearía un recorrido bidireccional mediante el cual la mayoría abandona una actitud rígida, aceptando ofrecer condiciones de trato más equitativas para la minoría, mientras que esta última deberá compartir los valores fundacionales de la comunidad política de mayoría.<sup>157</sup>

Pero, en verdad, ¿la democracia y el pluralismo son compatibles? *Prima facie*, la respuesta a esta cuestión es positiva; sin embargo, no es posible ignorar que la forma de Estado democrática se caracteriza por ser un sistema en el que las decisiones se adoptan por mayoría, inclinándose a negar los derechos de

---

<sup>155</sup> Bognetti, G., “Scienza giuridica e nichilismo giuridico”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 4, 2005, pp. 1544 y ss. En el mismo sentido véase, también, Rivetti, G., *op. cit.*, p. 116; con firmeza en contra del relativismo cultural, Cardia, C., “Carta dei valori e multiculturalità alla prova della Costituzione”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica*, disponible en: [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it) (diciembre de 2008), *passim*.

<sup>156</sup> Haarscher, G., *La laïcité*, 4a. ed., Paris, 2008, p. 43.

<sup>157</sup> Basile, F., *Società multiculturali*, *cit.*

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 91

los extranjeros y de todos aquellos que tienen valores culturales diferentes a las orientaciones dominantes, cediendo terreno ante las tentaciones xenófobas e intolerantes. Es evidente, de hecho, el desagrado que prevalece en la opinión pública ante los grupos que se identifican culturalmente como subalternos y extranjeros, que reivindican un reconocimiento identitario, cuyos contenidos son difíciles de negociar, sobre todo cuando tienen fundamentos de conciencia y de religión.

Por lo tanto, por un lado, el multiculturalismo impone una reflexión sobre el paradigma democrático, prefigurando la hipótesis de la necesidad de quitarle a la mayoría el control sobre los derechos fundamentales, ya que suele estar atrapada por el miedo a los diferentes.<sup>158</sup>

Además, se convierte en un caballo de Troya en la medida en que permitiría que puedan penetrar en el ordenamiento algunas instancias que son radicales. Sobre todo los perfiles religiosos suelen expresarse con un cierto radicalismo y extremismo, porque se vinculan con lo trascendente y lo metafísico, que suele ser refractario a la dialéctica y a los procesos de síntesis porque expresa intereses no utilitaristas. Entonces regresamos al inicio de este ensayo, es decir, a la idea de que la religión puede convertirse en un catalizador de conflictos y que el reconocimiento jurídico de la pluralidad de confesiones podría favorecer las prácticas y costumbres que limitan la libertad individual pero conservan la libertad religiosa (y en este caso la referencia puede hacerse al tema de las mutilaciones genitales a las mujeres).<sup>159</sup>

El Estado debería renunciar a conservar la religión cuando ésta impone limitaciones a la libertad de los individuos (tanto a los adeptos como a los que no profesan una determinada fe). Por

---

<sup>158</sup> Azzariti, G., "Cittadinanza e multiculturalismo", *Diritto pubblico*, Núm. 1, 2008, pp. 185 y ss. Lo precipitado de esta afirmación nos conduce a valorar de manera aún más significativa el papel del juez como guardián de los derechos de las minorías (véase *supra*).

<sup>159</sup> Dicho dilema se encuentra expresado en Nussbaum, M. C., *Diventare persone, Donne e universalità dei diritti*, Bologna, 2001, p. 207.

## 92 / Eleonora Ceccherini

lo tanto, desde esta perspectiva, no sería posible imaginar una neutralidad completa del Estado ante las culturas y las religiones; de hecho, el ordenamiento jurídico podría valorar no tanto la legitimidad de las creencias religiosas como las modalidades en las que éstas se expresan, con la finalidad de verificar la compatibilidad con el sistema de valores de base.

En ello reside el elemento valorativo a partir del cual los poderes públicos pueden aceptar el reconocimiento de un *status* diferenciado a unas comunidades frente a otras; esto es, en sustancia, solamente aquellos que profesan principios que no son hostiles y totalmente heterogéneos a los del grupo mayoritario y que toleran que otros grupos culturales reciban la misma tutela, podrían aspirar a la salvaguardia de su identidad. Por una parte, la comunidad política debe abrirse hacia el respeto de las particularidades de las diversas subculturas; por la otra, éstas deben permitir la participación de sus miembros en el proceso democrático y no deben enfrentarse a los principios fundamentales de la vida civil.<sup>160</sup> Además, es necesario que este proceso se acompañe con un diálogo que presuponga renunciaciones recíprocas.<sup>161</sup>

Esto entra en sintonía con las tesis de Voltaire, que sostenía en la tolerancia la defensa de la conciencia individual y obligaría al Estado a la adopción de una actitud neutral ante la pluralidad de confesiones religiosas.<sup>162</sup> De esta manera, el valor de la tolerancia supera las objeciones de quienes sostienen que no se trataría más que de la imposición de una “visión específica del progreso y de la civilización occidentales... del eurocentrismo cultural, en detrimento del pluralismo y del multiculturalismo”.<sup>163</sup> La tolerancia, de

---

<sup>160</sup> Habermas, J., *Perché siamo post-secolari*, cit.; Cardia, C., *Libertà religiosa*, cit., p. 7; Walzer, M., *Sulla tolleranza*, Roma-Bari, 1998, p. 93.

<sup>161</sup> Stammati, S., “Riflessioni minime in tema di laicità (della comunità e dello Stato). Un colloquio con alcuni colleghi”, *Diritto pubblico*, núm. 2, 2008, p. 368.

<sup>162</sup> Carobene, G., “Liberté et tolérance religieuse dans la pensée de Voltaire”, *Stato, chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica*, disponible en: [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it) (abril de 2009).

<sup>163</sup> Azzariti, G., *op. cit.*, pp. 185 y ss.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 93

hecho, sería más bien una virtud pública que se basa en la idea de justicia y que impone el respeto a la diferencia.<sup>164</sup>

Tolerancia, solidaridad y reciprocidad serían las palabras clave para justificar la selección de la comunidad política que, de esta manera, anclaría su propia elección en una suerte de razón superior imparcial. De hecho, la tolerancia no debe entenderse como “una concesión del poder o de las ideologías dominantes sino como un método de aproximación a los problemas”.<sup>165</sup>

La cuestión, entonces, reside en determinar cómo pueden respetarse las partes, sin poner en peligro al conjunto, y al mismo tiempo, en cómo se pueda salvar al conjunto sin poner en peligro a las partes. Cada grupo social particular, mientras se quiera salvaguardar un contexto de libertad y democracia, tiene responsabilidades ante la sociedad en su conjunto, responsabilidades que tienen que ver con el respeto a los demás y por lo mismo con la necesidad de que su identidad no se defienda hasta el punto de impedir una defensa equivalente de parte de los demás. Por su parte, las instituciones políticas, con su actuación, tienen la responsabilidad de mantenerse abiertas ante todos, sin prejuicios y privilegios hacia ninguno.<sup>166</sup>

Por ello son bienvenidas las soluciones legislativas y jurisprudenciales que evitan la discriminación indirecta hacia grupos religiosos y culturales, mientras se rechazan las prácticas de las minorías que lesionan de manera significativa las libertades y el respeto a los demás.

En este sentido podemos citar algunos ejemplos que ofrece la crónica periodística en algunas ciudades canadienses. El *Service de Police de la Ville de Montréal (SPVM)* y la *Société de l'assurance automobile du Québec* han solicitado a sus emplea-

---

<sup>164</sup> Carobene, G., *op. cit.*

<sup>165</sup> Cimbalo, G., *op. cit.*, p. 297, nota 83. Para la tolerancia en general: Locke, J., “Saggio sulla tolleranza e Lettera sulla tolleranza”, en Battaglia, F. (ed.), *Antologia degli scritti politici di John Locke*, Bolonia, 1962.

<sup>166</sup> Zagrebelsky, G., *op. cit.*, p. 110.

## 94 / Eleonora Ceccherini

das que dejen su puesto a los hombres cuando se trate de personas de religión judía jasídica que se niegan a realizar sus tareas —incluyendo el examen para obtener la licencia de conducir— junto a una mujer. También se ha modificado el horario de algunas piscinas públicas para permitir que existan horarios exclusivos para las mujeres, como lo han solicitado los musulmanes. O bien, el caso de la YMCA en *Avenue Le Parc* en Montreal, que decidió aceptar la solicitud de una escuela jasídica para pagar la instalación de una ventana con vidrios opacos para impedir que los estudiantes pudieran ver a las muchachas en ropa de deportes, obligando con ello a las atletas a utilizar energía eléctrica.<sup>167</sup>

Un elemento crítico adicional, que emerge con frecuencia en los debates sobre el multiculturalismo, se refiere de hecho al trato que se brinda a las personas que pertenecen al grupo. En particular, se subraya que las dinámicas de las comunidades cerradas pueden ser particularmente restrictivas, limitando la autonomía personal de los individuos y, por lo tanto, que aceptar el multiculturalismo significaría negar los principios liberales. En sustancia, no se brindaría suficiente atención a las voces disidentes (o no alineadas) al interior del grupo, por lo tanto, el Estado no puede justificar la divulgación de prácticas opresivas de parte de las minorías hacia sus integrantes,<sup>168</sup> como sería el caso del matrimonio convenido y obligatorio, la discriminación sexual en el ámbito escolar o el derecho de familia o prácticas que lesionen el derecho a la salud y el derecho de consentimiento informado.<sup>169</sup> No es casualidad que también en nuestro ordenamiento se haya debatido el reconocimiento de los derechos al interior

---

<sup>167</sup> Los casos han sido citados en Geadah, Y., *Accommodements raisonnables: droit à la différence et non différence des droits*, Montreal, 2007, pp. 18 y ss.

<sup>168</sup> Rivetti, G., *op. cit.*, p. 116; Rosen, L., "Power and Culture in the Acceptance of Universal Human Rights", en Eisgruber, C. L. y Sajó, A. (eds.), *Global Justice and the Bulwarks of Localism*, Leiden-Boston, 2005, p. 14.

<sup>169</sup> El punto es problemático y se refiere a la tutela de los derechos dentro de las organizaciones de *tendencia* (son las organizaciones que cuentan con trabajadores que realizan actividades de naturaleza política, sindical, cultural, de instrucción, de religión o de culto).



## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 95

de las organizaciones. En sustancia, los ordenamientos jurídicos no podrían permitir que al interior de los grupos se pudiera negociar la protección de los derechos de las personas.<sup>170</sup> Para evadir el peligro resulta necesario realizar una minuciosa tarea de “desenmascaramiento y crítica de las estructuras particulares de dominación, todas las veces que éstas se manifiestan”,<sup>171</sup> imponiendo al poder público la obligación de tutelar y garantizar los derechos de los sujetos débiles en cualquier comunidad en la que se encuentren.

En particular, el principio de igualdad entre los sexos constituye un argumento con el que se busca evidenciar los peligros de la adopción de lógicas y políticas multiculturales en los Estados occidentales. De hecho, se teme que el universo femenino se vea obligado a adoptar reglas consolidadas en el grupo, que son el resultado de estratificaciones que tienen sus raíces en un terreno de profunda misoginia. Por lo tanto, el sujeto femenino estaría sometido a reglas del grupo que nunca contribuyó a elaborar, dado que las sociedades se han formado sobre la base del binomio: hombre-poder, que coloca al margen a todos aquellos que no responden a este *cliché*.<sup>172</sup>

Sobre todo, surge el temor ante la materialización de prácticas castrantes sobre todo en el ámbito familiar. No es casual que los grupos religiosos reivindiquen para sí el control exclusivo sobre la familia, constituyendo una formación social, a través de la cual es más fácil transmitir los valores fundacionales de la colectividad, que pueden transmitirse de generación en generación. De hecho, no se puede negar que, dentro de las comunidades, se plantean lógicas de poder de parte de grupos dominantes que constituyen la supuesta mayoría moral, es decir, aquella que de hecho delibera e impone las reglas de pertenencia.

---

<sup>170</sup> Cimbalo, G., *op. cit.*, p. 282.

<sup>171</sup> Azzariti, G., *op. cit.*, p. 185.

<sup>172</sup> Muller Okin, S., “Is Multiculturalism Bad for Women?”, en Cohen, J. *et al.* (eds.), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, 1999, pp. 7 y ss.

## 96 / Eleonora Ceccherini

En esta posición surge toda la desconfianza hacia los grupos culturales extranjeros que viven en países occidentales y que son percibidos como portadores de valores arcaicos y patriarcales que están lejos de la perspectiva liberal orientada a la protección de los derechos y, por lo mismo, potencialmente hostiles hacia las libertades de las mujeres.

Esa postura es fuerte y, en gran medida, fundamentada, aunque olvida que también en las sociedades occidentales tiene raigambre el machismo, que suele conjugarse con el poder económico que es ejercido con frecuencia por los hombres.<sup>173</sup> La relación entre *gender* y *culture* es mucho más complicada y grávida de problemas porque la cuestión no puede solucionarse contrastando los valores de la sociedad occidental y “otros”, porque de lo contrario se enfrentaría una nueva dicotomía que obligaría a las mujeres a elegir entre la pertenencia a su grupo o a su fe o a rechazarlos, sin poder hallar un punto de síntesis, que encuentra en la reconfiguración de los roles hombre-mujer en cada cultura, la única solución posible y verdaderamente democrática.<sup>174</sup>

Esta conclusión puede ser la respuesta, en parte al menos, para otra crítica que se opone al multiculturalismo y que consiste en afirmar que la defensa y el fortalecimiento de las particularidades propias de las minorías se traduce en el reforzamiento de los guetos y en la perpetuación de condiciones de debilidad económica y cultural ante los exponentes del grupo mayoritario de la sociedad. Lo que se teme es que se consoliden concepciones infundidas por reglas arcaicas y que se alimenten estereotipos;

---

<sup>173</sup> Sobre este punto véase Volpp, L., “Feminism v. Multiculturalism”, *Columbia Law Review*, 101, 2001, p. 1181.

<sup>174</sup> En los *gender studies* se habla de *intersectionalism*, es decir de la voluntad de procurar la igualdad entre hombres y mujeres dentro de las comunidades definidas cultural, racial, étnica y religiosamente; se trataría de una especie de sincretismo que opta por una recomposición entre feminismo y multiculturalismo. Para todos los casos véase: Sunder, M., “Piercing the Veil”, *Yale Law Journal*, 112, 2003, p. 1399; Baines, B., “Gender and Constitution: Is Constitutionalism Bad for Intersectional Feminists?”, *Penn State International Law Review*, 28, 2010, pp. 427 y ss.

## Pluralismo religioso y pluralismo legal / 97

la valoración de las diferencias podría materializarse como una reedición actualizada de las políticas segregacionistas, de apartheid, de casta. Los temores expresados pueden ser reales y una aplicación rígida de las políticas identitarias podrían en verdad favorecer una reedición de las políticas *separate but equal*. El temor está en que se conviertan en sociedades paralelas,<sup>175</sup> inmóviles y cristalizadas.<sup>176</sup>

Sin embargo, cuando hablamos de culturas hacemos referencia a un proceso de conocimientos que históricamente ha interactuado con —y ha aceptado influencias provenientes de— el exterior. Es muy difícil imaginar identidades culturales como mónadas (entidades completas y autónomas desprovistas de contacto con el exterior, de acuerdo con la teoría de Leibniz), incapaces de interactuar con otras comunidades.<sup>177</sup> De hecho, el desarrollo de las culturas proviene de procesos de comunicación y no de separación.<sup>178</sup> Si fuese verdad, las relaciones entre las diferentes comunidades se traducirían solamente en procesos de sometimiento o conversión.<sup>179</sup>

Desde esta perspectiva, resulta convincente la postura de quien sostiene que el multiculturalismo no debería “to preserve

---

<sup>175</sup> Habermas, J., *Perché siamo post-secolari*, cit., p. 9.

<sup>176</sup> Bauman, G., *L'enigma multiculturale. Stato, etnie, religione* (1999), Bolonia, 2003, pp. 75 y ss.; Loprieno, D. y S. Gambino, *op. cit.*, p. 235.

<sup>177</sup> Habermas, J., *Perché siamo post-secolari*, cit., p. 8.

<sup>178</sup> Kymlicka, W., *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory*, Oxford, 1995; Toope, S. J., “Cultural Diversity and Human Rights”, *McGill Law Journal*, núm. 42, 1997, p. 181; Lipkin, R. J., “Can Liberalism Justify Multiculturalism?”, *Buffalo Law Review*, núm. 45, 1997, pp. 1 y ss.; Loury, G. C., “Individualism before Multiculturalism”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 19, 1996, pp. 18 y ss.; Triggs, G., “The Rights of ‘Peoples’ and Individual Rights: Conflict or Harmony”, en Crawford, J. (ed.), *The Rights of Peoples*, Nueva York, 1988, pp. 141 y ss. También la Unión Europea parece haber adoptado esta perspectiva dinámica; de hecho, en las conclusiones de la reunión del Consejo Europeo de Salónica de 2003 se afirma que: “integration is a dynamic, two-way process of mutual accommodation by all immigrants and residents of Member States”. En el mismo sentido véase también la comunicación de la Comisión CE núm. 389 del 10. de septiembre de 2005.

<sup>179</sup> Habermas, J., *Perché siamo post-secolari*, cit.

**98 /** Eleonora Ceccherini

the purity of different cultural Group (but) to enable them to adjust and change to a New form of existence within a larger community, while preserving their integrity, pride in their identity, and continuity with their past and with others of the same culture in different countries”.<sup>180</sup>

---

<sup>180</sup> Raz, J., “How Perfect Should Be one? And Whose Culture Is?”, en Cohen, J. *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 99.

*Pluralismo religioso y pluralismo legal: un compromiso posible*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 20 de marzo de 2015 en Gráfica Premier, S. A. de C. V., Calle 5 de Febrero 2309, colonia San Jerónimo Chicahualco, Metepec, 52170 Estado de México. Se utilizó tipo *Rotis Semi Serif Std* en 8.5, 9.8 y 10.8 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 250 gr. para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).