

LOS CONFLICTOS NORMO-CULTURALES EN EL ÁMBITO FAMILIAR

CRISTINA CAMPIGLIO

*Catedrática de Derecho Internacional
Universidad de Pavia (Italia)*

Recibido: 29.03.2012 / Aceptado: 11.04.2012

Resumen: El tema de la relación entre Derecho internacional privado e identidad cultural, así como de la posible transformación del conflicto de leyes en conflicto de civilizaciones, desde hace años es el objeto de profundos estudios doctrinales. La integración de la problemática de los derechos humanos dentro del Derecho internacional privado brinda la oportunidad de volver a leer la tradicional técnica de conflictos a la luz del método elaborado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de realizar un balance de los intereses contrapuestos.

Palabras clave: identidad cultural, familia, orden público, derechos humanos, proporcionalidad de interferencia.

Abstract: The relation between private international law and cultural identity, as well as the possible transformation of the conflict of laws in a conflict (clash) of civilizations, have been dealt with by depth recent studies. The integration between problems related to human rights and private international law offers the opportunity to read the traditional conflictual technique in the light of the method that the European Court of Human Rights has elaborated in order to balance the conflicting interests.

Key words: cultural identity, family, public order, human rights, proportionality of interference.

Sumario: I. Introducción. La teoría del conflicto de civilizaciones (*Clash of Civilizations*). II. Cultura y defensa de la identidad cultural. III. Multiculturalismo y conflictos normo-culturales: el caso del Derecho islámico. IV. El Islam en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. V. Modelos de convivencia con el Islam 1. El modelo multiculturalista inglés y el modelo asimilacionista francés. 2. El modelo «mixto» italiano. VI. El asedio jurisprudencial. 1. Conflictos de ley y derechos humanos: ¿una relación difícil? 2. Un límite común al pluralismo cultural. 3. El límite a la aplicación del Derecho islámico. VII. Conclusiones.

I. Introducción. La teoría del conflicto de civilizaciones (*Clash of Civilizations*)

1. Por tradición los Estados Unidos se ofrecen como factor propulsor en la evolución del pensamiento político y jurídico del resto del mundo, gracias a su influencia económica y cultural. Los eventos geo-políticos de los últimos treinta años —en primer lugar la superación de la Guerra Fría y la globalización, con la consiguiente intensificación de los procesos migratorios hacia los países industrializados—, en Estados Unidos se han combinado con el nacimiento de doctrinas políticas que resaltan la contraposición política, cultural y religiosa entre países occidentales de tradición judaico-cristiana y otros bloques culturales. Este punto de vista lo divulgó, en los años 90, el politólogo SAMUEL T. HUNTINGTON en su famoso y provocador *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*¹: «In the new world...

¹ S. T. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, Simon & Schuster Paperbacks, 1996, p. 28. El autor define el concepto de civilización «both by common objective elements, such as language, history, religion, customs, institutions, and by the subjective self-identification of people», y resalta el papel central de la religión (p. 47).

the most pervasive, important and dangerous conflicts will not be between social classes, rich and poor, or other economically defined groups, but between people belonging to different cultural entities. Tribal wars and ethnic conflicts will occur within civilizations... And the most dangerous cultural conflicts are those along the fault lines between civilizations... For forty-five years the Iron Curtain was the central dividing line in Europe. That line has moved several hundred miles east. It is now the line separating peoples of Western Christianity, on the one hand, from Muslim and Orthodox peoples on the other».

Esta visión, aunque muy desacreditada en términos científicos en los mismos Estados Unidos, pasó al discurso público y las decisiones político-jurídicas de muchos países, con resultados a veces opuestos.

En el plano estrictamente jurídico, referirse al *clash of civilizations* (expresión que sobrevivió al ocaso de la obra de Huntington) contribuyó al nacimiento de la llamada *cultural defence* a la hora de valorar los comportamientos individuales. Esta teoría surgió en Estados Unidos, y está difundida ya en muchos ordenamientos también de Europa, encontrando su caldo de cultivo en el Derecho penal, donde se aferran a la misma los imputados de delitos como violencia familiar, reducción a esclavitud de menores, mutilaciones genitales femeninas y, en general, todos los delitos de honor. Estos son, en efecto, los delitos culturales (delitos culturalmente motivados)², es decir comportamientos llevados a cabo por un sujeto perteneciente a un grupo cultural minoritario, que se consideran delitos por el grupo cultural de la mayoría y que, sin embargo, dentro del grupo de origen del sujeto mismo se permiten o hasta se fomentan.

2. Recientemente, también sobre Estados Unidos soplan fuertes vientos contrarios, de carácter aislacionista, a concesiones con base cultural. El debate se abrió en febrero de 2010 en Iowa y Utah³, se extendió a New Jersey debido a un caso judicial relativo a un súbdito marroquí acusado por su mujer de violencia doméstica: el 23 julio 2010, se llegó a la denegación por la instancia de la orden de restricción solicitada por la afectada. La decisión suscitó críticas muy duras por el peso que se le atribuyó al testimonio del imam, en cuya opinión, de acuerdo con la sharía, la mujer tiene que someterse a los deseos del marido («a wife must comply with her husband's sexual demands, because the husband is prohibited from obtaining sexual satisfaction elsewhere. However, a husband was forbidden to approach his wife 'like any animal'. The Imam did not definitively answer whether, under Islamic law, a husband must stop his advances if his wife said 'no'»)⁴. En pos de este caso se han presentado en muchos Estados federados propuestas de leyes aislacionistas⁵, y

² Cfr. J. VAN BROECK, «Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, n. 1, p. 1 ss.

³ Recuérdese que el 60% de la población de Utah es mormona. Los hábitos mormones incluyen, entre otras cosas, el matrimonio plural, así se le llama, que queda expresamente prohibido por la Constitución del Estado (art. 3 sec. 1 Const. Utah). Por otra parte, la bigamia es sancionada penalmente (76-7-101 Utah Code annotated). Sin embargo, la práctica es tolerada por las autoridades locales. Recientemente, las agencias de aplicación de la ley (*law enforcement agencies*) en Utah y Arizona han decidido centrarse en los delitos dentro de las comunidades polígamas que implican abuso infantil, violencia doméstica y fraude. La Oficina del Procurador General (*Attorney General's Office*) de Utah y la Oficina del Procurador General de Arizona también trabajaron juntos para producir «The Primer--Helping Victims of Domestic Violence and Child Abuse en Polygamous Communities». Sobre este tema ver <http://attorneygeneral.utah.gov/polygamy.html>

⁴ S.D. v. M.J.R., 2 A.3d 412, N.J. Super. Ct. App. Div. 2010.

⁵ La Asamblea Nacional de New Jersey presentó un proyecto de ley que establece que «a foreign law may only be recognized by a court in New Jersey if it does not violate any right guaranteed by the Constitution of this State or of the United States of America. Any foreign law to be applied in New Jersey must provide at least as much protection for rights including, but not limited to due process, freedom of religion, speech, or press, and any right of privacy». Por «foreign law» debe entenderse «any law, rule, or legal code or system established and used or applied in a jurisdiction outside of the States or territories of the United States» (State of New Jersey, 214th Legislature, Assembly, No. 3496). El ejemplo de New Jersey fue seguido por Idaho (House Concurrent Resolution 44, Idaho 2010) y Louisiana (Senate Bill 460, La. 2010, y House Bill 785, La. 2010), a los que se añadieron, en 2011, Alaska (House Bill 88, Alaska, 2011), Arizona (House Bill 2582, Ariz. 2011), Arkansas (Senate Bill 97, Ark. 2011), Florida (Senate Bill 1294, Flor. 2011, y House Bill 1273, Flor. 2011) y Indiana (House Bill 1078, Ind. 2011, y Senate Bill 520, Ind. 2011). Sólo en Louisiana, sin embargo, el proceso legislativo llegó a realizarse: el 29 junio 2010, se aprobó la Ley 886 según la cual, entre otras cosas, «the legislature finds that it shall be the public policy of this state to protect its citizens from the application of foreign laws when the application of a foreign law will result in the violation of a right guaranteed by the constitution of this state or of the United States, including but not limited to due process, freedom of religion, speech, or press, and any right of privacy or marriage as specifically defined by the constitution of this state»: y, en caso de *optio legis* extranjera, «the contractual provision or agreement shall be interpreted, modified, amended, or construed to the extent necessary to preserve the constitutional rights of the person against whom enforcement is sought».

llegaron a proponerse enmiendas de la Constitución⁶ inspiradas en el movimiento «American Laws for American Courts»⁷.

Este renovado nacionalismo llevó en Oklahoma hasta la aprobación de una modificación de la Constitución, que reza: «The courts ... when exercising their judicial authority, shall uphold and adhere to the law as provided in the United States Constitution, the Oklahoma Constitution, the United States Code, federal regulations promulgated pursuant thereto, established common law, the Oklahoma Statutes and rules promulgated pursuant thereto, and if necessary the law of another state of the United States provided the law of the other state does not include Sharia Law, in making judicial decisions. The courts shall not look to the legal precepts of other nations or cultures. Specifically, the courts shall not consider international law or Sharia Law ...» (Art. 7, sec. 1). El 2 noviembre 2010, la enmienda —State Question 755, mejor conocida como *Save Our State Amendment*— fue objeto de referéndum⁸: más del 70% del electorado votó a favor⁹.

3. En resumidas cuentas, en Estados Unidos la situación es la siguiente. Por un lado imputados de crímenes contra la persona se ampararon, a veces con éxito, bajo su propia naturaleza culturalmente extraña para exculpase (*cultural defence*); por otro, los legisladores de unos Estados federados, como reacción, llegaron hasta lanzar una disciplina que de hecho niega el Derecho internacional y cualquier apertura a derechos ajenos a la cultura estadounidense.

En Europa, a lo largo de los últimos años, se recorrió un camino intermedio que, sin afectar a las normas del Derecho internacional, pudiese tener en cuenta los intereses de los individuos, sin desequilibrarse en exceso hacia un relativismo jurídico acentuado o hacia un monolitismo aislacionista¹⁰.

⁶ Propuestas de enmienda constitucional se han hecho en Alabama (Senate Bill 62, Ala. 2011), Arizona (Senate Concurrent Resolution 1010, Ariz. 2011, e House Concurrent Resolution 2033, Ariz. 2011), Arkansas (Senate Joint Resolution 10, Ark. 2011), Indiana (Senate Joint Resolution 16, Ind. 2011), Iowa (House Joint Resolution 14, Iowa 2011), Missouri (House Joint Resolution 31, Mo. 2011) y Wyoming (House Joint Resolution 0008, Wyo. 2011).

⁷ <http://publicpolicyalliance.org>

⁸ Este es el enunciado de la pregunta presentada a los votantes: «This measure amends the State Constitution. It changes a section that deals with the courts of this state. It would amend Article 7, Section 1. It makes courts rely on federal and state law when deciding cases. It forbids courts from considering or using international law. It forbids courts from considering or using Sharia Law. International law is also known as the law of nations. It deals with the conduct of international organizations and independent nations, such as countries, states and tribes. It deals with their relationship with each other. It also deals with some of their relationships with persons. The law of nations is formed by the general assent of civilized nations. Sources of international law also include international agreements, as well as treaties. Sharia Law is Islamic law. It is based on two principal sources, the Koran and the teaching of Mohammed».

⁹ Como era de esperar, la *Save Our State Amendment* fue cuestionada de inmediato: el trato discriminatorio reservado a la Sharia violaría la *Establishment Clause* de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos («Congress shall make no law respecting an establishment of religion...»). El director ejecutivo de la filial local del Council on American-Islamic Relations pidió a la U.S. District Court del Western District de Oklahoma el bloque de la certificación de los resultados del referéndum. Y así, a menos de una semana de la votación, se emitió una orden temporal de suspensión (*Awad v. Ziriax*, Case No. CIV-10-1186-M, W.D. Okla, Nov. 9, 2010), seguida unos días más tarde por la prohibición de la aplicación de la Enmienda (*Awad v. Ziriax*, Case No. CIV-10-1186-M, W.D. Okla, Nov. 29, 2010, F.Supp.2d, 2010 WL 4814077). De acuerdo con la District Court, «the actual language of the amendment ... is not facially neutral». También «there is a reasonable probability that the amendment would prevent plaintiff's will from being fully probated by a state court in Oklahoma because it incorporates by reference specific elements of the Islamic prophetic traditions ... there is a reasonable probability that Muslims ... will be unable to bring actions in Oklahoma state courts for violations of the Oklahoma Religious Freedom Act and for violations of their rights under the United States Constitution if those violations are based upon their religion» (El demandante se refirió al derecho a que respeten su voluntad y testamento y, en particular, el deseo de ser enterrado de acuerdo con los preceptos islámicos). Finalmente, la enmienda se consideró «neither justified by any compelling interest nor narrowly tailored». El State Board of Elections ha hecho un llamamiento a la U.S. Court of Appeals for the Tenth Circuit (*Awad v. Ziriax*, 10th Cir. Case No. 10-6273, Dec. 2, 2010). En apoyo de la parte demandada, la Association of the Bar of the City of New York y el Islamic Law Committee of the American Branch of the International Law Association han presentado un memorial conjunto (*Amicus Curiae Brief*, May 13, 2011).

¹⁰ Fue un país europeo, de hecho, el que promovió en las Naciones Unidas la institución de la *Alliance of Civilizations*. La *United Nations Alliance of Civilizations* nació en 2005, a iniciativa del entonces Primer Ministro español, JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO, que en su discurso ante la Asamblea General, el 21 septiembre 2004, se expresó como sigue: «La cultura es siempre paz. Consigamos que la percepción del otro esté teñida de respeto. La fuerza del diálogo entre los pueblos. Por eso, como representante de un país creado y enriquecido por culturas diversas, quiero proponer ante esta asamblea una Alianza de Civilizaciones entre el mundo occidental y el mundo árabe y musulmán. Cayó un muro. Debemos evitar ahora que el odio y la

En la actualidad, por cierto, los países que por tradición han sido más multiculturalistas (Reino Unido y Alemania) han vuelto a considerar su enfoque más restrictivo.

4. En lo que sigue pretendemos dar cuenta de forma sumaria de los principales modelos de gestión de los conflictos normo-culturales en Europa, con especial hincapié en las relaciones familiares, para luego enfocar los aspectos que conciernen de forma más directa al Derecho internacional privado. La integración de la problemática de los derechos humanos dentro del mismo brindará la oportunidad de volver a leer (o por lo menos procurar volver a leer) la técnica de conflictos tradicional a la luz del método elaborado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un intento de ponderar intereses contrapuestos. La tesis que se mantiene es la posible traducción de la visión de P.S. MANCINI a una norma imaginaria modelada en los Tratados de protección de los derechos humanos, en los siguientes términos: «Toda persona tiene derecho al respeto de su identidad cultural. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la protección de la identidad cultural del Estado». La tesis podría resultar útil para la solución de las cuestiones familiares vinculadas a tradiciones jurídicas extrañas a Occidente, como es el caso de la islámica.

II. Cultura y defensa de la identidad cultural

5. El problema de posibles situaciones de conflicto cultural ya se conocía en el siglo XIX y llevó al *Institut de droit international* a plantear una solución fundamentalmente de cierre. Entre las «Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers» adoptadas por la sesión de Ginebra (1892)¹¹, figura, en efecto, este artículo: «L'entrée libre des étrangers sur le territoire d'un Etat civilisé ne peut être prohibée, d'une manière générale et permanente, qu'à raison de l'intérêt public et de motifs extrêmement graves, par exemple à raison d'une différence fondamentale de mœurs ou de civilisation...» (art. 6).

Ya cuarenta años antes, por otra parte, uno de los fundadores del *Institut* (y su primer presidente), PASQUALE STANISLAO MANCINI, ilustrando «su» sistema de Derecho internacional privado, y subrayando la importancia, en términos de estatuto personal, del *principio de nacionalidad*, observaba: «Talvolta alcune cose che in un paese si considerano essenziali ai bisogni dell'umanità, non hanno mai attirato il desiderio di un'altra nazione, ed una terza se ne adonta come di un oltraggio... Quali profonde diversità di ogni maniera debbono tra due paesi produrre... la *poligamia* o la *monogamia* nella costituzione della famiglia?»¹². Hace falta, concluía el autor, tener en cuenta las distintas nacionalidades, pero a la vez respetar el *principio de soberanía*, así que, en presencia de contraste entre las leyes extranjeras y las normas inderogables del ordenamiento del foro, las primeras no se aplican. Ante la hipótesis de la poligamia, enunciada por el mismo P.S. MANCINI, pues, el ordenamiento del foro (italiano) tenía que cerrarse.

incomprensión levanten otro. España somete al Secretario General, cuya labor al frente de la Organización apoya con firmeza, la posibilidad de constituir un Grupo de Alto Nivel para llevar a cabo esta iniciativa».

¹¹ *Rapporteurs*: MM. L.-J.-D. FÉRAUD-GIRAUD y LUDWIG VON BAR.

¹² P.S. MANCINI, *Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunziata nella R. Università di Torino*, 22 de enero 1851 reproducida también en E. JAYME (Coord.), *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*, Torino, Giappichelli Editore, 1994, p. 19 ss.: las citas son de las pp. 37 y 42-43, respectivamente. Vale la pena recordar la atención de P.S. MANCINI hacia el mundo islámico. El 20 marzo 1875, él presentó a la *Camera dei deputati* un informe sobre la «Modificazione della giurisdizione esercitata dal Consolati italiani in Egitto». MANCINI juzgó la jurisdicción consular italiana «una vera reliquia dei rozzi ordinamenti del medioevo, ... un'offesa permanente alla indipendenza nazionale dei popoli ai quali compete la sovranità territoriale nei rispettivi paesi, uno stato di cose incompatibile con l'attuazione piena e rigorosa del Diritto delle genti» (*Disegni e proposte di legge e incarti delle commissioni 1848 - 1943*. Legislatura XII 23.11.1874 - 03.10.1876: Ministro degli affari esteri, VISCONTI VENOSTA, Ministro di grazia e giustizia e dei culti, VIGLIANI. «Modificazione della giurisdizione esercitata dai Consolati italiani in Egitto», vol. 209, p. 319 ss. El texto se puede leer en *Discorsi parlamentari di Pasquale Stanislao Mancini*, vol. IV, Roma, 1895, p. 535 ss.: el pasaje citado está en la p. 577). El decreto de modificación fue aprobado en la reunión del 30 abril 1875, y el 28 junio de ese año se abrieron en Egipto los *tribunaux mixtes*. MANCINI se declaró a favor de superar la división entre el mundo occidental, cristiano y el Oriente musulmán. A las ideas de MANCINI se asoció de inmediato el belga TIMMERMANS: ver *Rev. dr. int. et législ. comparée*, 1875, p. 706 ss. (dónde en p. 659 ss. leemos el documento presentado en el *Institut de Droit International* por DUDLEY FIELD acerca «De la possibilité d'appliquer le droit international européen aux nations orientales»).

6. !!Es interesante observar que los factores que P.S. MANCINI relacionaba con el concepto de nacionalidad —«la Lingua, le Costumanze, la Storia, le Leggi, le Religioni»— coinciden en términos generales con los elementos que hoy les permiten a los antropólogos definir el concepto general de *cultura* (y también el concepto afín de *civilización*). Normalmente, el concepto de *cultura* se descompone, en efecto, en sus distintas formas de expresión: lengua, normas, valores, modelos de comportamiento y sociales¹³.

El concepto de *cultura*, además, se asocia con frecuencia al concepto de *identidad*, en el sentido de la identificación de un sujeto/grupo en esa cultura. Dicho proceso de identificación se da, prácticamente, cuando el sujeto/grupo se enfrenta con una cultura diferente, por supuesto, no solo en un país distinto del suyo, sino también en su propia patria. Baste con considerar los ciudadanos de un mismo Estado que pertenecen a minorías autóctonas (como los indios americanos), lingüísticas (como las yddish en Suecia) o religiosas (en Italia, por ejemplo, los judíos).

Estos individuos, quienes aspiran a ver defendida su propia identidad cultural ante la cultura mayoritaria, reciben una protección internacional, en cuanto minorías, por una serie de instrumentos, en primer lugar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 27)¹⁴. Los Estados, por su parte, han venido desarrollando varios modelos de gestión del problema de las minorías; los principales son el *modelo multiculturalista* y el *modelo asimilacionista*.

7. El primero parte de una concepción substancial de igualdad y reserva tratamientos diferenciados ante situaciones diferentes: la integración se da gracias al esfuerzo de adaptación tanto de quienes pertenecen a la minoría como del resto de la población, con el resultado de dar vida a una sociedad constituida por identidades culturales variadas. Al contrario, el segundo modelo refleja una concepción formal de igualdad, otorgándole un mismo tratamiento a todos los sujetos presentes en el territorio del Estado, prescindiendo de sus diferencias, y persigue la integración sólo gracias a la adaptación de las minorías a la población mayoritaria: de hecho, el Estado pretende conservar una homogeneidad cultural. Este modelo llega a su máxima expresión en Francia, cuyo Gobierno, por otra parte, a la hora de ratificar el Pacto Internacional de Naciones Unidas, emitió una declaración gracias a la cual se sustrae a la aplicación del artículo 27¹⁵, precisamente el que tutela las minorías. Por otra parte este mismo Go-

¹³ La primera definición internacional se remonta a 2001 y se encuentra en el preámbulo de la Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural: «la cultura debe ser considerada el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias». La Convención Unesco sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales 2005, a la que la Unión Europea se adhirió en 2006 (Decisión del Consejo de 18 mayo 2006 acerca de la celebración de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales [2006/515/CE]), define la diversidad cultural de la siguiente manera: «La ‘diversidad cultural’ se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades. La diversidad cultural se manifiesta no solo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados» (art. 4).

¹⁴ «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».

¹⁵ Este es el texto de la declaración: «In the light of article 2 of the Constitution of the French Republic, the French Government declares that article 27 is not applicable so far as the Republic is concerned.». Es parecida la formulación de la declaración acerca del art. 30 de la Convención de los derechos del niño. Recuérdese que el art. 2 de la Constitución francesa dice: «La langue de la République est le français. L’emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge. L’hymne national est la ‘Marseillaise’. La devise de la République est ‘Liberté, Égalité, Fraternité’. Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple». Éstas, por otro lado, son las observaciones del Comité de Derechos Humanos: «The Committee takes note of the declaration made by France concerning the prohibition, prescribed under article 27 of the Covenant, to deny ethnic, religious or linguistic minorities the right, in community with members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion or to use their own language. The Committee has taken note of the avowed commitment of France to respect and ensure that all individuals enjoy equal rights, regardless of their origin. The Committee is, however, unable to agree that France is a country in which there are no ethnic, religious or linguistic minorities. The Committee wishes to recall in this respect that the mere fact that equal rights are granted to all individuals and that all individuals are equal before the law does not preclude the existence in fact of minorities in a country, and their entitlement to the enjoyment of their culture, the practice of their religion or the use of their language in community with other members of their group» (Concluding observations of the Human Rights Committee: France. 04/08/1997. CCPR/C/79/Add.80, 4 August 1997, par. 24).

bierno no firmó siquiera el Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa de 1995.

8. Ni el Pacto Internacional de las Naciones Unidas ni el Convenio-marco ofrecen, por cierto, una idea clara de minoría y se limitan más bien, de forma pragmática, a constatar la existencia en el Estado de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. De ahí la duda alrededor de la posibilidad de reunir bajo una misma idea de minoría también sujetos distintos de los grupos históricamente arraigados en el territorio del Estado. La duda, por cierto, la solucionó el Comité de los derechos humanos, que, al publicar en 1984 la Observación General del artículo 27, ha evidenciado lo irrelevantes que son tanto el período de permanencia de los individuos en los territorios del Estado, como el de la posesión de la ciudadanía, con la consecuencia que los trabajadores emigrantes y hasta los simples turistas extranjeros se incluyen entre los sujetos defendidos por el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶. No obstante, subsiste la resistencia de los Estados a extender la protección a los inmigrantes.

9. En conclusión, dentro de los ordenamientos estatales, los extranjeros podrían, de hecho, presumir de un derecho a la identidad cultural no en cuanto grupo minoritario, sino sólo como individuos.

El derecho a la identidad cultural, en realidad, no queda defendido expresamente por los Tratados de derechos humanos, que reconocen sin embargo una serie de otros derechos que, sin duda, pueden considerarse como manifestación de la identidad cultural: expresión, asociación, religión, lengua, modo de vida, vida familiar. La tutela de dichos derechos favorece el pluralismo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos funda, entre otras cosas, en el respeto de la diferencia y de la dinámica de las tradiciones culturales, de las identidades étnicas y culturales, de las convicciones religiosas («on the genuine recognition of, and respect for, diversity and the dynamics of cultural traditions, ethnic and cultural identities, religious beliefs, artistic, literary and socio-economic ideas and concepts. The harmonious interaction of persons and groups with varied identities is essential for achieving social cohesion»)¹⁷.

III. Multiculturalismo y conflictos normo-culturales: el caso del Derecho islámico

10. Como ya sostenía, en los años 90, uno de los máximos expertos de multiculturalismo¹⁸, la *política de la diferencia* tiene que restringirse a un modelo de justicia liberal. Esto supone la existencia de una tensión entre liberismo y multiculturalismo como para no poder justificar, con la defensa de las minorías, la pretensión de una cultura minoritaria a limitar los derechos fundamentales de sus propios miembros. En

¹⁶ General Comment No. 23: The rights of minorities (Art. 27): 08/04/1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5. «5.1. The terms used in article 27 indicate that the persons designed to be protected are those who belong to a group and who share in common a culture, a religion and/or a language. Those terms also indicate that the individuals designed to be protected need not be citizens of the State party. In this regard, the obligations deriving from article 2.1 are also relevant, since a State party is required under that article to ensure that the rights protected under the Covenant are available to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction, except rights which are expressly made to apply to citizens, for example, political rights under article 25. A State party may not, therefore, restrict the rights under article 27 to its citizens alone. - 5.2. Article 27 confers rights on persons belonging to minorities which 'exist' in a State party. Given the nature and scope of the rights envisaged under that article, it is not relevant to determine the degree of permanence that the term 'exist' connotes. Those rights simply are that individuals belonging to those minorities should not be denied the right, in community with members of their group, to enjoy their own culture, to practise their religion and speak their language. Just as they need not be nationals or citizens, they need not be permanent residents. Thus, migrant workers or even visitors in a State party constituting such minorities are entitled not to be denied the exercise of those rights. As any other individual in the territory of the State party, they would, also for this purpose, have the general rights, for example, to freedom of association, of assembly, and of expression. The existence of an ethnic, religious or linguistic minority in a given State party does not depend upon a decision by that State party but requires to be established by objective criteria... 7. With regard to the exercise of the cultural rights protected under article 27, the Committee observes that culture manifests itself in many forms, including a particular way of life associated with the use of land resources, especially in the case of indigenous peoples. That right may include such traditional activities as fishing or hunting and the right to live in reserves protected by law. The enjoyment of those rights may require positive legal measures of protection and measures to ensure the effective participation of members of minority communities in decisions which affect them».

¹⁷ TEDH, 17 febrero 2004, *Gorzelik et al. c. Polonia*, par. 92.

¹⁸ W. KYMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

otros términos, en un Estado democrático sería posible complacer ciertas manifestaciones exteriores de pertenencia religiosa (respeto de los códigos de indumentaria), mientras que resultarían intolerables las limitaciones de los derechos civiles de los mismos miembros de la minoría en aras de la solidaridad de grupo (matrimonios forzados, discriminación sexual en el ámbito familiar). Esta distinción entre reivindicaciones de cara a la sociedad dominante e instancias a los miembros de la minoría, podría ofrecerle al intérprete útiles indicaciones en su búsqueda del justo grado de tolerancia del Estado que acoge.

11. La identidad cultural adquiere un valor diferente según se trate de ciudadanos o de extranjeros. Si para los primeros puede justificar la adopción de normas relativas no tanto a cada individuo, sino al grupo al cual pertenece (normas que protejan una minoría lingüística, por ejemplo), para los segundos lleva a la expectativa de ver aplicadas las normas del ordenamiento extranjero al cual se pertenece: expectativa a la cual el Estado huésped puede corresponder, en efecto, por lo que concierne a las relaciones de Derecho privado, gracias a las reglas de Derecho internacional privado.

Si comparamos la cultura con las gafas a través de las cuales cada uno de nosotros juzga sus propias experiencias y el mundo que le rodea¹⁹, nos damos cuenta de lo difícil que es adecuarnos al repentino cambio de lentes. Resulta emblemático el hecho de que, según demuestran unos estudios sociológicos, los inmigrantes sean más fieles a las tradiciones y convenciones culturales de origen que sus compatriotas que no han dejado el país de origen²⁰. Sólo cuando se entra en contacto con lo «diferente» —ya queda dicho— se percibe el valor de la identidad propia, advirtiendo la necesidad de reivindicar la conservación de algunas características culturales y religiosas, como lo son, en efecto, las tradiciones jurídicas. Según el mismo SAVIGNY ya subrayaba a principios del siglo XIX, fundando así la Escuela histórica del Derecho, el Derecho está estrictamente vinculado, en efecto, a la cultura de cada pueblo, del cual llega a ser un reflejo (*Recht ist Kulturerscheinung*)²¹.

12. Además del penal²², el sector más sensible al ambiente cultural, y por tanto más expuesto a conflictos normo-culturales, es el Derecho de familia, aun hoy en día, y con razón, impermeable a normas materiales uniformes. En el ámbito familiar, además, la normativa resulta a menudo influenciada por factores religiosos y, en muchos Estados, subsiste un sistema jurídico multiconfesional, plurilegislativo, de base personal²³ (para poner solo un ejemplo, en la India las relaciones matrimoniales se disciplinan de forma diferente según se apliquen a hindúes, musulmanes, cristianos o parsis: *Hindu/Muslim/Christian/Parsee/Special Marriage Act*).

13. Por sus características y difusión —tratándose de la segunda religión más numerosa del mundo (después del Cristianismo), contando con casi dos mil millones de fieles— el Islam es el Derecho religioso que con más frecuencia determina conflictos normo-culturales²⁴. En realidad, tiene que quedar claro desde ahora que, en rigor, no existe el Derecho islámico; puesto que cada Estado «islámico» tiene su propio ordenamiento más o menos ceñido al «camino» (este es el significado de *sharía*) revelado por Alah en el Corán y a la enseñanza de Mahoma (*sunna*). El rasgo compartido es la superioridad que se reconoce, por un lado, al Islam con respecto a las demás religiones y, por otro lado, al hombre con respecto a la mujer. El Derecho de familia, en particular, responde a un modelo patriarcal y resulta caracterizado

¹⁹ R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 229.

²⁰ S. POULTER, *Ethnicity, Law and Human Rights*, Bath, Oxford University Press, 1998, p. 10 ss.

²¹ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* ³, Leipzig, Müller, 1932, p. 4.

²² Sobre los delitos culturalmente motivados v. *supra* par. 1

²³ Cfr. G. TSAOUSSI, E. ZERVOGIANNI, *Multiculturalism And Family Law: The Case Of Greek Muslims*, en K. BOELE-WOELKI, T. SVERDRUP (ed.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp/Oxford/Portland, Intersentia, 2008, p. 209 ss. Cfr., en general, P. GANNAGÉ, *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommmunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001; H. AL DABBAGH, *Mariage mixte et conflit entre droits religieux et laïque*, en *Rev. crit. dr. int. privé dr. int. privé*, 2009, p. 29 ss.

²⁴ En el Reino Unido, los musulmanes son más de un millón y medio (casi el 3% de la población), 3 millones en Alemania (3,6%), y se llega a los 6 millones de la Francia (9,6%). Los musulmanes en Italia son casi un millón (menos del 2% de la población total). Para ver un análisis de las cuestiones clave, R. AH DAR / N. ARONEY, *Shari'a in the West*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

por algunas limitaciones de la capacidad (de casarse y heredar, por ejemplo) con base en la religión. Justo el desconocimiento del *principio de igualdad* representa el mayor reto para el pluralismo occidental.

IV. El Islam en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

14. Antes de ver cómo Occidente recogió dicho reto, hay que suprimir una sospecha. Debido a su origen, en efecto, se podría pensar en el Derecho islámico como una expresión de la libertad religiosa; así que, como tal, gozaría de protección internacional.

A partir de 1995, fueron numerosas las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas al Islam²⁵. La protección brindada por el CEDH de 4 noviembre 1950 (art. 9) se queda, sin embargo, en las convicciones personales, en la conciencia individual: el punto quedó aclarado, hace tiempo ya, por la Comisión Europea de Derechos Humanos en un caso relativo a la capacidad matrimonial de una doceañera inglesa de religión islámica. Según el Derecho islámico, la chica tenía edad adecuada para contraer matrimonio; pero, en opinión de la Comisión, el término «prácticas», que consta en el artículo 9 CEDH, no cubre cualquier acto inspirado por motivos religiosos, ni, en particular, el matrimonio, ya que no se le puede considerar una simple forma de expresión de pensamiento o religión, sino que queda reglamentado por el artículo 12 CEDH que remite a la ley nacional la disciplina del ejercicio del derecho de casarse. Por consiguiente, la chica no podía casarse; porque la ley nacional (inglesa, en este caso) preveía la edad mínima de dieciocho años²⁶.

15. En 2003, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó una decisión que no deja de ser histórica. El caso (*Refah Partisi*) concernía a la legitimidad de la disolución, por parte de las autoridades turcas, de un partido islamista. El Tribunal Europeo precisa que el derecho de asociación (art. 11 CEDH) no permite la creación de un partido que aspire a introducir en un Estado que integre el CEDH un régimen basado en la *sharía*, contraria a los principios de democracia, pluralismo y tolerancia proclamados por el CEDH mismo. Además (y es éste el aspecto más relevante para nosotros) el Tribunal opina que el Estado puede legítimamente desaplicar las normas del Derecho privado de inspiración religiosa que perjudique el orden público (*public order*) y los valores democráticos: normas como las que discriminan a la mujer, por ejemplo permitiendo la poligamia y los privilegios del hombre en materia de divorcio y derecho sucesorio²⁷. El hecho de que el Estado pueda (*peut* en francés, que queda menos

²⁵ Los temas abordados se relacionan con la autonomía en el interior de las instituciones religiosas (TEDH, 26 octubre 2000, *Hassan e Tchaouch c. Bulgaria*: v. ya 14 diciembre 1999, *Serif c. Grecia*), la manifestación de la creencia por parte de un oficial de las fuerzas armadas (TEDH, 1 de julio de 1997, *Kalac c. Turquía*), las prendas religiosas (Comisión europea, decisión 3 mayo 1993, *Karaduman c. Turquía*, recurso n. 16278/90; TEDH, decisión 15 febrero 2001, *Dahlab c. Suizera*; GS, 10 noviembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquía*; 4 marzo 2008, *El Morsli c. Francia*; 4 diciembre 2008, *Kervanci c. Francia*, y *Dogru c. Francia*; 23 febrero 2010, *Ahmet Arslan y otros c. Turquía*), la libertad de expresión (TEDH, 18 enero 2001, *Zaoui c. Suizera*; 4 diciembre 2003, *Müslüm Gündüz c. Turquía*), la expulsión por actividades religiosas fundamentalistas (TEDH, 20 junio 2002, *Al Nashif y otros c. Bulgaria*) y la protección contra expresiones innecesariamente ofensivas y blasfemas (TEDH, 13 septiembre 2005, *I.A. c. Turquía*). Cfr. A. GARAY, «L'Islam et l'ordre public européen vus par la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. dr. int. et dr. comparé*, 2005, p. 117 ss.

²⁶ Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 7 julio 1986.

²⁷ El Tribunal dictaminó que el derecho de asociación (art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) no permite la creación de un partido que tenga la intención de introducir en un Estado que sea Parte en el Convenio «a regime based on sharia, which clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, its rules on the legal status of women and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts». La *sharía* es de hecho contraria a los principios de democracia y laicismo cultural consagrados en el Convenio europeo: «pluralism, tolerance and broadmindedness». También «(a) difference in treatment between individuals in all fields of public and private law according to their religion or beliefs manifestly cannot be justified under the Convention, and more particularly Article 14 thereof, which prohibits discrimination. Such a difference in treatment cannot maintain a fair balance between, on the one hand, the claims of certain religious groups who wish to be governed by their own rules and on the other the interest of society as a whole, which must be based on peace and on tolerance between the various religions and beliefs». Y también -y éste es el aspecto más importante para nuestros propósitos- el Estado «may legitimately prevent the application within its jurisdiction of private-law rules of religious inspiration prejudicial to public order and the values of democracy for Convention purposes (such as rules permitting discrimination based on the gender of the parties concerned, as in polygamy

ambiguo que el *may* del inglés) legítimamente dejar de aplicar las normas islámicas, le confiere una facultad de la cual el Estado puede valerse, en mi opinión, solo en la medida estrictamente necesaria para la defensa del orden público y de los valores democráticos. El Estado, pues, podría desatender las normas discriminatorias —nacionales (como en el caso sometido al Tribunal), pero también las extranjeras (cuando haya remisión de derecho privado internacional)— sólo sopesando en cada caso el derecho individual a la aplicación de dichas normas y el interés colectivo, superando la prueba de proporcionalidad exigida por el Tribunal en presencia de interferencias en un derecho individual²⁸.

V. Modelos de convivencia con el Islam

16. Aclarado, pues, que el Derecho islámico no goza de «cobertura» por parte del CEDH, hace falta ver cómo los dos modelos mencionados al principio afrontaron el «reto» islámico.

1. El modelo multiculturalista inglés y el modelo asimilacionista francés

17. El modelo multiculturalista hizo que el legislador inglés adoptase unas normas específicas, de alcance muy limitado por otra parte: se trata de las normas que reconocen efectos al matrimonio celebrado en el extranjero según una ley que permite la poligamia (*Matrimonial Proceedings [Polygamous Marriages] Act 1972*). La iniciativa más original, sin embargo, fue la predisposición de formas de mediación en materia familiar, de acuerdo con la tradicional propensión islámica a métodos alternativos para la solución de disputas (Mahoma mismo, a la vez que profeta, era árbitro entre las tribus árabes). Se remonta a 1980 la creación del *Islamic Shari'a Council*, todavía activo²⁹, mientras que, en 2007, de acuerdo con la *Arbitration Act (1996)*, se instituyó el *Muslim Arbitration Tribunal*³⁰. Dicha iniciativa, inspirada en el modelo canadiense³¹, contribuyó, sin embargo, a suscitar la insatisfacción de las mujeres, al verse las mismas obligadas, de hecho, por razones religiosas, a sufrir la iniciativa masculina y a someterse a un juicio a menudo fundado en interpretaciones conservadoras de la sharia. En la actualidad, por tanto, el Gobierno inglés ha vuelto a considerar esta solución y, más en general, el modelo multiculturalista³².

18. Por lo que se refiere a Francia, el tratamiento reservado a los emigrantes del norte de África durante cierto período fue especialmente favorable, muy a pesar del modelo asimilacionista³³. La vin-

and privileges for the male sex in matters of divorce and succession)»: TEDH, GS, 13 febrero 2003, *Refah Partisi y otros c. Turquía*, párr. 123, 119 y resp. 128.

²⁸ La jurisprudencia reciente sobre los matrimonios de conveniencia parece apoyar esta interpretación: en efecto, la Corte invoca el *principio de proporcionalidad* (también) en relación con el art. 12 del Convenio, que no contiene una cláusula de interferencia: TEDH, 5 enero 2010, *Frasik c. Polonia*, par. 90; y 14 diciembre 2010, *O'Donoghue y otros c. Reino Unido*, p. 84.

²⁹ Cfr. M. REISS, «The Materialization Of Legal Pluralism In Britain: Why Shari'a Council Decisions Should Be Non-Binding», *Arizona Journ. Int. Comp. Law*, 2009, p. 739 ss.

³⁰ www.matribunal.com Cfr. I. YILMAZ, «Law as Chameleon: The Question of Incorporation of Muslim Personal Law into the English Law», *Journal of Muslim Minority Affairs*, 2001, p. 297 ss.; B. SAMIA, «Islamic Family Arbitration, Justice and Human Rights in Britain», *Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)*, n. 1, 2007, http://www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2007_1/bano.

³¹ En Ontario, la *Arbitration Act* de 1991 se utilizó en el período 2004-2006 para dar cumplimiento a los laudos arbitrales sobre la base de la ley islámica: V. BADER, «Legal Pluralism and Differentiated Morality: Shari'a in Ontario?», en R. GRILLO (Ed.), *Legal practice and cultural diversity*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 49 ss.; D. BROWN, «Constructions of Islam in the Context of Religious Arbitration: A Consideration of the «Shari'ah Debate» in Ontario, Canada», *Journal of Muslim Minority Affairs*, 2010, Vol. 30, n. 3; D. BROWN, «A Destruction of Muslim Identity: Ontario's Decision to Stop Shari'a-based Arbitration», *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2007, p. 495 ss. Más tarde, por violación de la *Canadian Charter of Rights*, el uso de Tribunales Islámicos ha sido abolido (*Family Statute Law Amendment Act 2006*).

³² El 7 de junio de 2011, la *House of Lords* presentó al Parlamento la propuesta de «Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill», cuyo objetivo es impedir la discriminación contra las mujeres. Acerca de la experiencia de los Estados Unidos, ver M. RAFFIQ, «Rethinking Islamic law Arbitration Tribunals: Are They Compatible with Traditional American Notions of Justice?», *Wisconsin Int. Law Journ.*, 2010, p. 108 ss.

³³ C. CAMPIGLIO, «Matrimonio poligámico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, p. 853 ss., en p. 860 ss.

culación con sus antiguas colonias llevó el Gobierno de París a estipular una serie de Convenios bilaterales³⁴. El primero, y más importante, fue el Convenio con Marruecos del 10 de agosto de 1981 sobre estatuto personal y Derecho de familia; dicho Convenio lo solicitó el Gobierno magrebí para favorecer el reconocimiento en Francia de los repudios realizados en Marruecos³⁵. A continuación, se dieron los Convenios con Túnez (1982) y Argelia (1988). La conclusión de dichos Acuerdos, sin embargo, dejó el problema sin solucionar, según demuestra la praxis jurisprudencial que, a partir de los años 90, empezó a negar los efectos del repudio (*talaq*) pronunciado en el extranjero, al repugnar al orden público, en particular en casos de ciudadanía francesa de la mujer o del domicilio en Francia de la misma³⁶. Por lo que se refiere a la poligamia, para solucionar de una vez el problema, ya desde 1993 Francia impidió la inmigración de extranjeros con estatuto poligámico³⁷, y la jurisprudencia, en los casos que todavía se van presentando, asumió una posición hostil, negando eficacia a los matrimonios posteriores al primero, sobre todo si implican a una ciudadana francesa³⁸.

En fin, ni el modelo inglés, ni el francés, resultan satisfactorios a la prueba de los hechos.

³⁴ La forma convencional ya había sido seguida por Alemania (Tratado de Amistad con Irán en 1929; para su interesante aplicación en materia de repudio ver BGH 6 octubre 2004, en *IPRax*, 2005, p. 346, con nota de T. RAUSCHER, p. 313), Suiza (Tratado de amistad con el Irán en 1934) y Bélgica. La referencia es a la Convención General de Seguridad Social entre Bélgica y Marruecos de 24 junio 1968, cuyo art. 24, apart. 2 («La pension de veuve est éventuellement répartie, également et définitivement, entre les bénéficiaires, dans les conditions prévues par le statut personnel de l'assuré») fue llevado ante los jueces del Tribunal Constitucional de Bélgica, como «si le travailleur était marocain, de sexe masculin et qu'il avait contracté plusieurs mariages, conformément au droit marocain qui réglait son statut personnel, chacune de ses veuves peut prétendre à une partie de la pension». Por tanto, se examinó la supuesta violación del *principio de igualdad* consagrado en el artículo. 11 de la Constitución de Bélgica (*Cour d'arbitrage belge*, 4 de mayo 2005). Más recientemente, véase el Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre España y Marruecos y el Convenio sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita y de devolución de menores, firmados ambos en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE nº 151, de 25 junio 1997).

³⁵ El art. 13 del Convenio reza: «Les actes constatant la dissolution du lien conjugal homologués par un juge au Maroc entre conjoints de nationalité marocaine dans les formes prévues par leur loi nationale produisent effet en France dans les mêmes conditions que les jugements de divorce prononcés à l'étranger. Lorsqu'ils sont devenus irrévocables, les actes constatant la dissolution du lien conjugal selon la loi marocaine entre un mari de nationalité marocaine et son épouse de nationalité française, dressés et homologués par un juge au Maroc, produisent effet en France à la demande de la femme dans les mêmes conditions que les jugements de divorce».

³⁶ Sobre esta evolución de la jurisprudencia, ver P. LAGARDE, «Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial», en *Festschrift H.J. Sonnenberger*, München, Verlag C.H.Beck, 2004, p. 481 ss.; M.-C. NAJM, «Le sort des répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français. Droit et idéologie(s)», *Droit et cultures*, 2010 (<http://droitcultures.revues.org/2070>). El *revirement* se decretó finalmente por la *Cour de cassation* en cinco sentencias dictadas el 17 febrero 2004 (en *Journ. dr. int.*, 2004, p. 1200, acerca de las cuales ver en particular P. CORBE, «Le rejet des répudiations musulmanes», *Dalloz*, 2004, p. 815 ss.: a este respecto se ha interpuesto un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; a continuación, la demandante desistió, como se indica en la sentencia 8 noviembre 2005, *D.D. c. Francia*) y en cinco demás sentencias de 2007 (22 mayo, 10 julio, 19 septiembre -en *Rev. crit. dr. int. privé*, 2007, p. 575, con nota de H. MUIR WATT-, 17 y 31 octubre). El repudio continúa afectando a la jurisprudencia: ver más recientemente también Cass. 4 noviembre 2009, *Rev. crit. dr. int. privé*, 2010, p. 369.

³⁷ La Ley 93-1027 de 24 agosto 1993 (llamada ley Pasqua) ha introducido los artículos 15 bis y 30, cuyo texto es oportuno transcribir aquí. Art. 15 bis: «La carte de résident ne peut être délivrée à un ressortissant étranger qui vit en état de polygamie ni aux conjoints d'un tel ressortissant. Une carte de résident délivrée en méconnaissance de ces dispositions doit être retirée». Art. 30: «Lorsqu'un étranger polygame réside sur le territoire français avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordée à un autre conjoint. Sauf si cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial. Le titre de séjour sollicité ou obtenu par un autre conjoint est, selon le cas, refusé ou retiré. Le titre de séjour du ressortissant étranger polygame qui a fait venir auprès de lui plus d'un conjoint, ou des enfants autres que ceux du premier conjoint ou d'un autre conjoint décédé ou déchu de ses droits parentaux, lui est retiré». La poligamia está de vuelta en la Ley 2006-911 de 24 julio 2006 sobre inmigración e integración (cfr. *Rev. crit. dr. int. privé*, 2006, p. 984): ver también las circulares ministeriales de 25 abril 2000 sobre el «renouvellement des cartes de résident obtenues par des ressortissants étrangers polygames avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993», y de 10 junio 2001, «relative au logement des femmes décohabitantes de ménages polygames et engagées dans un processus d'autonomie». Por el mismo camino de Francia se aventuró diez años después España, que estableció el derecho a la reunificación familiar con respecto a una sola esposa, elegida por el marido (y por lo tanto no necesariamente la primera): Ley Orgánica 14/2003 de 20 noviembre 2003.

³⁸ Cfr. Cass., 24 septiembre 2002 (*Rev. crit. dr. int. privé*, 2003, p. 271, con nota de B. BOURDELOIS). En fecha tan tardía como 2007, hay una decisión favorable a la poligamia: Cass., 14 febrero 2007 (*Journ. dr. int.*, 2007, p. 933, con nota de B. BOURDELOIS). Entre los escritos más recientes, ver A. DECOCQ, «De la polygamie en France», en *Mélanges Jacques Foyer*, Paris, Litec, 2008, p. 269 ss.

2. El modelo «mixto» italiano

19. En Italia, donde la elevada incidencia de emigrantes irregulares y clandestinos penaliza los esfuerzos de integración, por lo visto se sigue una política mixta, que termina por pedirle al extranjero que renuncie a su especificidad cultural. El texto único sobre inmigración (d. lgs. 25 julio 1998, n. 286) prohíbe cualquier discriminación directa o indirecta, para con el inmigrante (art. 43), asignándoles a las instituciones estatales y locales el deber de favorecer «la conoscenza e la valorizzazione delle espressioni culturali ... e religiose degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia» (art. 42)³⁹.

Salvo contadas intervenciones legislativas⁴⁰, la solución de los conflictos normo-culturales queda en manos del juez, que normalmente le niega relevancia al factor cultural, en pro de la armonía interior.

20. El problema que con más frecuencia se plantea afecta a las circunstancias en que la autoridad del Estado de origen de la novia, a quien se pide que declare que «giusta le leggi a cui è sottopost[a] nulla osta al matrimonio» (según prevé el art. 116 Cod. Civ.), subordina dicha certificación a la declaración de conversión al Islam por parte del hombre, negándose el visto bueno a falta de ella. La jurisprudencia unánime ve, en esta negativa, una contrariedad al orden público y exime a la mujer de la presentación de la certificación⁴¹, conforme con la Circular n. 46/2007 del Ministerio de Asuntos Interiores⁴².

21. Acerca de la poligamia, la jurisprudencia civil nunca llegó a pronunciarse, hecha la salvedad de un *obiter dictum* donde se contempla la posibilidad de reconocerle la calidad de heredero a cada una de las mujeres; por otra parte, se trataba de una decisión relativa a la condición de heredero de la mujer somalí de un ciudadano italiano, por tanto monógamo, cuyo matrimonio se había celebrado en Somalia con rito islámico⁴³.

22. El reconocimiento de resoluciones extranjeras de repudio siempre se negó como contrario al orden público: bien porque el repudio supone una vulneración del *principio de igualdad entre cónyuges*⁴⁴, bien porque el repudio prescinde del examen de un órgano judicial⁴⁵. Sólo en un caso, donde el marido le pedía específicamente al juez italiano la aplicación de la norma del Código civil iraní (art. 1133), según el cual «el hombre podrá divorciarse de su mujer siempre que quiera», la instancia de disolución del matrimonio se rechazó⁴⁶.

³⁹ En términos similares se expresa la «Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione» adoptada por el Ministerio del Interior en 2007 (decreto min. 23 abril 2007).

⁴⁰ Recuerdo la ley 9 de enero de 2006, n. 7, «Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile», que introdujo en el código penal el nuevo art. 583-bis.

⁴¹ Trib. Verona, decreto 6 marzo 1987, en *Stato civile it.*, 1987, II, p. 201, con nota de S. ARENA *ibid.*, I, p. 187 ss.; Trib. Torino, decreto 24 febrero 1992, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 985; Trib. Torino, decreto 24 junio 1993, en *Dir. fam.*, 1993, p. 1181; Trib. Barcellona, decreto 9 marzo 1995, en *Dir. fam.*, 1996, p. 164; Trib. Nápoles, decreto 29 abril 1996, en *Fam. dir.*, 1996, p. 454; Trib. Taranto, decreto 13 julio 1996, en *Fam. dir.*, 1996, p. 445; Trib. Treviso, decreto 15 abril 1997, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 744; Trib. Piacenza, decreto 5 mayo 2011 (inédito). Acerca de este punto, también la Corte Costituzionale se ha pronunciado (orden 30 enero 2003, n. 14, en *Riv. dir. int.*, 2003, p. 814).

⁴² «... la normativa costituzionale prevede l'assoluta libertà di fede religiosa e non consente di limitare in alcun modo l'istituto del matrimonio in dipendenza della fede religiosa di uno o di entrambi i coniugi ... (si) dovrà procedere alle pubblicazioni di matrimonio senza tener conto della condizione relativa alla fede religiosa» planteada por las autoridades extranjeras.

⁴³ «il figlio e la moglie del mussulmano poligamo sono comunque ammessi a succedere ai beni lasciati da costui in Italia e ... che l'accertamento dell'esistenza di un matrimonio valido —o di una filiazione legittima— rappresenta questione preliminare rispetto a quella principale della devoluzione ereditaria e, non implicando un'inserzione nella *lex fori* delle norme straniere che ammettono la poligamia o vietano i matrimoni misti, non pone neppure un problema di compatibilità con l'ordine pubblico interno»: Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 613.

⁴⁴ App. Roma, 29 octubre 1948, en *Foro pad.*, 1949, I, p. 348; Cass., 5 diciembre 1969, n. 3881, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 868.

⁴⁵ App. Milano, 14 diciembre 1965, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, p. 381: el marido era iraní, su esposa italiana. Ver también Trib. Milano, 21 septiembre 1967, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, p. 403; App. Roma, 9 julio 1973, en *Dir. fam.*, 1974, p. 653.

⁴⁶ Cass., 8 marzo 1999, n. 1951, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 130. En la misma dirección Cass., 28 diciembre 2006, n. 27592, en *Riv. dir. int.*, 2007, p. 886.

23. Finalmente, por lo que a filiación se refiere, la *Corte di Cassazione* destacó que una norma como la marroquí «che si ispira ad un rifiuto assoluto di protezione della filiazione naturale, della quale esclude ogni rilievo, se non al fine di determinare addirittura una conseguenza sanzionatoria (penale) nei confronti del genitore, non possa essere inserita nel nostro ordinamento, per contrasto con un principio di ordine público internacional italiano, che alla filiazione naturale assegna comune rilievo e tutela. Il nostro ordinamento riconnette al fatto della procreazione la posizione di figlio ed il relativo *status*, a tutela di una fondamentale esigenza della persona, dalla quale deriva il diritto all’affermazione pública di tale posizione ... Se ... per l’ingresso di una normativa straniera sulla materia non è certo richiesto che esso reproduca una ... parificazione di posición e tutela (dei figli legittimi e naturales como quella prevista dalla legge italiana), contrastano tuttavia con i principi fundamentales que riguardano la persona nel nostro ordinamento le regole che negano giuridicità ad una qualunque especie di filiazione»⁴⁷.

VI. El asedio jurisprudencial

24. La solución hacia la cual terminan convergiendo los Estados europeos es, por tanto, la jurisprudencial. Es decir que le toca al juez defender, en cada caso, la identidad normo-cultural nacional de la introducción de modelos sociales extraños, aprovechando los mecanismos que brinda el Derecho internacional privado. El mismo Derecho internacional privado, por su lado, pretende armonizar las identidades normo-culturales contrapuestas del extranjero y del foro, privilegiando la una con respecto a la otra según el punto de conexión empleado.

Un sistema fundado en el punto de conexión de la nacionalidad, acaba privilegiando la identidad individual, ya que la ciudadanía expresa, al menos como presunción, el enlace cultural con cierto Estado⁴⁸. Si este último resulta multicultural, plurilegislativo de base personal, referirse a la *lex patriae*, por los criterios interiores de solución de los conflictos interpersonales, llegaría a resaltar efectivamente la *identidad cultural del individuo*.

En los sistemas fundados en el punto de conexión de la residencia habitual, al contrario, prima la identidad nacional, en una perspectiva de asimilación. Considerando, además, que el punto de conexión factual de la residencia habitual suele emplearse también como título de jurisdicción, la coincidencia entre *ius* y *forum* hace que el juez aplique en concreto su propia ley. La residencia habitual, además, no crea discriminaciones según la ciudadanía —las que prohíbe el art. 18 TFUE (antes art. 12 TCE)— y garantiza la *identidad social del individuo*⁴⁹.

25. Ahora bien, no siempre los Estados siguen una política coherente. Baste con remitirnos a Inglaterra, que se inspira en el modelo multiculturalista y tiene, sin embargo, un sistema de Derecho internacional privado fundado principalmente en un punto de conexión territorial (*domicile*, entendido como «permanent home»); y que, por su parte, Francia, típicamente asimilacionista, sigue privilegiando el punto de conexión de la nacionalidad.

26. En lo que a Italia se refiere, el sistema de Derecho internacional privado, enfocado sobre la nacionalidad, resulta, en principio, respetuoso de la diversidad cultural. Ante culturas jurídicas discri-

⁴⁷ E. JAYME, «Die kulturelle Dimension des Rechts — Ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und für die Rechtsvergleichung», *RabelsZ*, 2003, p. 211 ss., en p. 224.

⁴⁸ «Private life, in the Court’s view, includes a person’s physical and psychological integrity and can sometimes embrace aspects of an individual’s physical and social identity»: TEDH, 7 febrero 2002, *Mikulić c. Croazia*, párr. 53. En 2006, la Gran Sala (18 octubre 2006, *Üner c. Países Bajos*) establece: «it must be accepted that the *totality of social ties between settled migrants and the community in which they are living* constitute part of the concept of «private life» within the meaning of Article 8. Regardless of the existence or otherwise of a «family life», therefore, the Court considers that the expulsion of a settled migrant constitutes interference with his or her right to respect for private life» (par. 59). En este caso la interferencia era proporcionada, ya que, «while it is true that the applicant came to the Netherlands at a relatively young age, the Court is not prepared to accept that he had spent so little time in Turkey that, at the time he was returned to that country, he no longer had any *social or cultural (including linguistic) ties with Turkish society*» (párr. 62: la cursiva es nuestra).

⁴⁹ Ver *supra* párr. 1.

minoritarias (por religión o género), sin embargo, el límite del orden público, que implica valores normo-culturales, se invoca, como acabamos de ver, de manera sistemática; tanto es así que se vuelve más rígido el *conflicto de leyes*, transformándose en lo que corrientemente la doctrina, a partir de la aludida teoría de HUNTINGTON⁵⁰, suele llamar *conflicto de civilizaciones (conflict de civilizations)*⁵¹. El resultado es la multiplicación de las *situaciones claudicantes* que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiende a condenar en nombre del derecho a la continuidad de los *status* y de las relaciones familiares (dicho en otras palabras, en nombre de la *armonía internacional*). De ahí provienen los esfuerzos, sobre todo de la doctrina, para reducir y relativizar el recurso al orden público en nombre de la teoría del *orden público atenuado*, del *orden público de proximidad (ordre public de proximité, Inlandsbeziehung)*, de la inviabilidad de la aplicación del orden público en las cuestiones previas: o planteando, *de iure condendo*, el abandono del punto de conexión de la nacionalidad en pro de puntos territoriales o de métodos diferentes de la localización espacial⁵².

1. Conflictos de ley y derechos humanos: ¿una relación difícil?

27. Por su parte el Tribunal Europeo, a primera vista por lo menos, parece configurar el sistema de tutela de los derechos humanos como alternativo y predominante con respecto al sistema de Derecho internacional privado. En una reciente sentencia (*caso Wagner*)⁵³, de hecho, el Tribunal llegó a imponerle al Estado (Luxemburgo) el respeto de *status* adquiridos válidamente en el extranjero (adopción plena

⁵⁰ Amplía la doctrina: ver, entre otros, P. MERCIER, *Conflicts de civilisations et droit international privé: polygamie et repudiation*, Genève, Droz, 1972; J. DÉPREZ, «Droit international privé et conflit de civilisations: aspects méthodologiques: les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel», *Recueil des Cours*, 1988-IV, t. 211, p. 9 ss.; E. JAYME, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *Recueil des Cours*, 1995, t. 251, p. 9 ss.; P. MANKOWSKI, «Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht», *IPRax*, 2004, p. 282 ss.; P. LAGARDE, «Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille», en *Annuaire de l'Institut de Droit International*, session de Cracovie, vol. 71-I, 2005, p. 11 ss.; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, Dalloz, 2005; Y. LEQUETTE, «Le conflit de civilisation à la lumière de l'expérience franco-tunisienne», en *Mélanges offerts au Prof. S. Ben Halima*, Tunis, Centre de publication universitaire, 2006, pp. 175-233; A. MALATESTA, «Cultural Diversity and Private International Law», en *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milano, Giuffrè Editore, 2009, p. 643 ss.; G. CARELLA, «La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani», en TRIGGIANI (Coord.), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. 429 ss. (ya publicado en CARELLA, [Ed.], *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli Editore, 2009, p. 67 ss.); L. GANNAGÉ, «Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures», *Recueil des Cours*, 2010 (en prensa).

⁵¹ Un análisis de este tema es en G. CARELLA, «La famiglia transnazionale...», *cit.*, p. 434 ss.; A. MALATESTA, «Cultural Diversity...», *cit.*, p. 646 ss.; F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 598 ss.; P. KINSCH, «Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé», *Recueil des cours*, 2005, t. 318, p. 9 ss., a p. 165 ss. y 258 ss. De interés el estudio reciente de K. KNOP, P. MICHAELS, A. RILES, «From Multiculturalism to Technique: Feminism, Culture and the Conflict of Laws Style», *Stanford Law Review*, Vol. 64, Issue 3 (March 2012) (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1923175).

⁵² TEDH, 28 junio 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Luxemburgo* (también en *Jour. dr. int.*, 2008, p. 183, con nota de L. D'AVOUT): «133. ... the national authorities refused to recognise that situation, making the Luxembourg conflict rules take precedence over the social reality and the situation of the persons concerned in order to apply the limits which Luxembourg law places on full adoption.... 135. The Court concludes that in this case the Luxembourg courts could not reasonably refuse to recognise the family ties that pre-existed *de facto* between the applicants and thus dispense with an actual examination of the situation. Reiterating, moreover, that the Convention is «a living instrument and must be interpreted in the light of present-day conditions» ..., the Court considers that the reasons put forward by the national authorities —namely, the strict application, in accordance with the Luxembourg rules on the conflict of laws, of Article 367 of the Civil Code, which permits adoption only by married couples— are not 'sufficient' for the purposes of paragraph 2 of Article 8».

⁵³ TEDH, 3 mayo 2011, *Negreponis-Giannis c. Grecia*: el Tribunal, recordando (párr. 60 y 74) el caso Wagner señala expresamente que «l'interprétation par le juge ... de la notion d'ordre public ne doit pas être faite de manière arbitraire et disproportionnée» (párr... 90). Para un primer comentario, ver C. DAELMAN, «The Interaction between Human Rights and Private International Law», *Tijdschrift@ipr.be / Revue@dipr.be*, 2011, n. 3, p. 70 ss.; y P. KINSCH, «La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme», *Rev. crit. dr. int. privé*, 2011, p. 817 ss. Véanse también las consideraciones de la Corte acerca de la intervención del límite del orden público en defensa «de l'intérêt de la communauté à promouvoir les mariages monogamiques», en la la decisión de inadmisibilidad del recurso (n° 38797/07) *Green e Farhat c. Malta*, en fecha 6 julio 2010 (publicado también en *Rev. crit. dr. int. privé*, 2011, p. 665, con nota de L. D'AVOUT).

conseguida en Perú por una ciudadana de Luxemburgo), prescindiendo de la valoración de Derecho internacional privado del Estado mismo. El Estado, pues, debería traducir a la realidad jurídica la realidad social que se ha creado en el extranjero. Ya que en la circunstancia las autoridades del Estado negaron el reconocimiento del *status* conseguido en el extranjero, considerando prevalentes las normas de conflicto del foro sobre la realidad social, el Tribunal vio una violación de CEDH (art. 8: derecho al respeto a la vida privada y familiar). Más exactamente, el Tribunal opinó que «the strict application, in accordance with the ... rules on the conflict of laws», de cierta norma no es «sufficient» para la interferencia con el derecho al respeto a la vida familiar de la persona.

28. Bien, el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, según parece, plantea la desaplicación de aquella norma y, por tanto, parece que quiere dejar fuera de juego el Derecho internacional privado cuando éste produce, en el caso considerado, la *violación de un derecho fundamental* (como el del respeto a la vida familiar). Bien mirado, el Tribunal pudo querer decir simplemente que el Estado debe valorar con atención el impacto concreto sobre la realidad social de la aplicación de esa norma, para averiguar su «suficiencia» (o, mejor dicho, su *proporcionalidad*) respecto a su fin. Dicho en otras palabras, la sugerencia sería la de emplear la *cláusula de orden público* (en el Derecho internacional privado) como cláusula de interferencia, armonizando los derechos en juego. La sugerencia, confirmada por el mismo Tribunal Europeo en 2011 (*caso Negreponitis-Giannisis*⁵⁴), me parece digna de compartirse y parece ser que los jueces franceses ya la recogieron⁵⁵.

2. Un límite común al pluralismo cultural

29. A favor del empleo de la *cláusula de orden público* como *cláusula de interferencia* juega un rasgo común al sistema de Derecho internacional privado y al del Convenio Europeo de Derechos Humanos: ambos reflejan un modelo de ordenamiento pluralista, reservándole sin embargo al Estado un poder de injerencia como tutela de intereses colectivos. Los presupuestos explícitamente exigidos en las cláusulas de interferencia de CEDH —que se refieren a la injerencia que «esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública (*public safety, défense de l'ordre*), el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás»— se parecen a los que implícitamente exige la intervención del límite del orden público (y además a los que, en el ámbito de la Unión Europea, permiten desaplicar el *principio del mutuo reconocimiento*). Averiguar dichas condiciones pertenece, en ambos sistemas, al margen de apreciación del Estado, que es relativo, en el sentido de que varía según las circunstancias, de la materia y del contexto.

La interferencia ha de ser coherente con el fin que el Estado se fija. Dicha *coherencia* y *proporcionalidad* necesitan ser averiguadas no a través de una comparación abstracta entre parejas de normas, sino mediante la averiguación de las consecuencias concretas, de su aplicación para el individuo, por un lado, y para la sociedad, por otro⁵⁶. Dejando bien claro que, al haber un acto emitido en el extranjero, dicha averiguación hay que referirla al momento en el cual se da, y no al momento de su aplicación de la norma. Por consiguiente, si la norma es discriminatoria hay que salvar el formalismo del *principio de igualdad*, para concentrarse más bien en la sustancia, en los efectos concretos del acto extranjero:

⁵⁴ Cass. fr., 8 julio 2010, en *Rev. crit. dr. int. privé*, 2010, p. 747, con nota de P. HAMMJE: el caso se refería al reconocimiento de un acto de EE. UU. con el que una mujer francesa se había declarado como «padre» de un niño adoptado nacido de la fecundación heteróloga de la pareja estadounidense. Digna de recordarse, por la analogía de razonamiento, la decisión tomada en Italia por el Tribunal de Apelación de Bari, en un caso de gestación por sustitución: App. Bari, 13 febrero 2009 (en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 699, con comentarios de C. CAMPIGLIO —*Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità* - en p. 589 ss.).

⁵⁵ Muestras de este punto de vista son los juicios en los que el Tribunal de Estrasburgo ha observado la falta de impacto social de la interferencia, contra las consecuencias graves para el individuo, y por lo tanto, la desproporción entre medios y resultados: TEDH, 26 octubre 1988, *Norris c. Irlanda*, párr. 46; 29 octubre 1992, *Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda*, párr. 67 ss., especialmente 76-77.

⁵⁶ *Supra*, párr. 7.

prescindiendo, pues, del contraste entre el CEDH y la norma en la cual se funda el acto. Si así no fuera, el individuo, ya penalizado por la norma extranjera, terminaría, en concreto, por sufrir otro perjuicio: piénsese, por ejemplo, en el caso de un repudio en el perjuicio sufrido por una mujer a quien le interese posteriormente valerse de su propio reconquistado estado libre para contraer otro matrimonio. Según se vio, por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos prevé la desaplicación de la norma discriminatoria no ya como una obligación para el Estado, sino como una mera facultad que hay que considerar a nivel de margen de apreciación⁵⁷.

Hay que añadir que la eventual proximidad de la circunstancia al foro no debería jugar un papel autónomo, y resultar más bien abarcada por este juicio.

3. El límite a la aplicación del Derecho islámico

30. Así, si, por ejemplo, se les pidiera a las autoridades italianas la celebración de un matrimonio poligámico o la disolución de un matrimonio a raíz de un repudio sin garantías patrimoniales para la mujer, una reacción negativa en nombre del orden público se consideraría proporcionada⁵⁸. El sacrificio individual es relativamente alto, pero es alto también el interés social a que se respeten dos pilares del ordenamiento del foro: la naturaleza monogámica del matrimonio y la igualdad de los cónyuges. Ya que esta última queda sancionada también por el art. 5 del Protocolo 7 CEDH⁵⁹, la aplicación de las normas islámicas discriminatorias además expondría a Italia al riesgo de censuras en Estrasburgo.

31. Diferente, en cambio, resultaría la situación en la cual la autoridad italiana tuviese que reconocer los efectos descendientes de la aplicación en el extranjero de las normas sobre la poligamia o el repudio: en este caso, en efecto, ya se creó una situación cuya nueva puesta en discusión, en nombre del *principio de igualdad*, podría vulnerar otros derechos fundamentales (precisamente el derecho al respeto de la vida privada y familiar). Sobre el tema, ya queda dicho que, si un Estado no está obligado a asegurar el respeto del CEDH por parte de otro, a partir de 1989 (*caso Soering*) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos impondría a los Estados evitar la aplicación de normas extranjeras contrarias al CEDH⁶⁰. En el aludido *caso Soering*, la violación del CEDH no se hubiese dado si el Estado (Reino Unido) no hubiese tenido cierta conducta (extradición a Estados Unidos: el Tribunal alude a la responsabilidad del Estado parte «by reason of its having taken action which has as a direct consequence the exposure of an individual» a la violación de un derecho de este último)⁶¹. En nuestro caso, en cambio, no se facilita la violación del CEDH por parte de otro Estado; porque la aplicación de la norma, y su consiguiente violación, ya se consumaron en el extranjero, originando una situación *de facto* (adquisición por parte de dos o más mujeres del *status* de cónyuge del mismo varón, pérdida del *status* de cónyuge por parte de la mujer repudiada).

⁵⁷ App. Milano, 17 diciembre 1991, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 109.

⁵⁸ «Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución. El presente artículo no impedirá a los Estados adoptar las medidas necesarias en interés de los hijos.»

⁵⁹ Este es el mecanismo de protección indirecta, o *par ricochet*, de algunos derechos humanos.

⁶⁰ TEDH, 7 julio 1989, *Soering c. Reino Unido*, párr. 91.

⁶¹ En ausencia de normas internacionales para la protección de la migración y, por lo tanto, dado el derecho del Estado de controlar el ingreso de extranjeros a su territorio, el Tribunal Europeo ha subrayado repetidamente que, «where immigration is concerned, Article 8 cannot be considered to impose on a State a general obligation to respect the choice by married couples of the country of their matrimonial residence and to authorise family reunion in its territory. In order to establish the scope of the State's obligations, the facts of the case must be considered» (TEDH, 19 febrero 1996, *Gül c. Suiza*, párr. 38; ver ya las sentencias 28 mayo 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido*, párr. 68; 20 marzo 1991, *Cruz Varas y otros c. Suecia*, párr. 88; 28 noviembre 1996, *Ahmut c. Países Bajos*, párr. 67; 7 noviembre 2000 (dec.), *P.R. c. Países Bajos*; 13 mayo 2003 (dec.), *Chandra y otros c. Países Bajos*; 29 julio 2010, *Mengeshha Kimfe c. Suiza*, párr. 61). En particular, en virtud de la cláusula de interferencia del artículo. 8, párr. 2, «when considering immigration on the basis of family ties, a Contracting State cannot be required under the Convention to give full recognition to polygamous marriages which are in conflict with their own legal order» (Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión 6 enero 1992, rec. 14501/89, *E.A. y A.A. c. Países Bajos*, en *Décisions et Rapports* 72, p. 118 ss., en p. 128).

32. Por lo que concierne a la poligamia, hace falta, realísticamente, quitarle dramatismo al problema. En pro de la identidad cultural europea, en efecto, la Unión Europea, desde el año 2003, impide la entrada de modelos culturales y familiares extraños. La Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar prevé específicamente que «en caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge» (art. 4, apartado 4)⁶². En todos los Estados de la Unión, pues, un hombre puede convivir con una sola esposa (no necesariamente la primera) y, por consiguiente, no tendría por qué plantearse en rigor el problema de relaciones interpersonales poligámicas.

33. En cuanto al repudio, en cambio, hace falta precisar que la discriminación no reside tanto en la naturaleza discrecional del instituto, sino en el hecho de quedar éste reservado al marido: por otra parte, hay que tener en cuenta que, en muchos ordenamientos islámicos, la mujer puede, de todos modos, pedir el divorcio, bajo condiciones bastante favorables, y aun reservarse, en el contrato matrimonial, el derecho al autorrepudio (*tamliq*). Ante repudios pronunciados en el extranjero con el consentimiento de la mujer —que lo haya solicitado o lo haya permitido⁶³— el impacto concreto de la violación del principio de igualdad es relativo. Ante esta hipótesis, así como cuando sea la mujer misma quien pida el reconocimiento, a lo mejor para poderse volver a casar, la mujer renuncia, por así decirlo, a meter en juego la discriminación, atribuyendo a la disolución del matrimonio una forma consensual, e integrando el respeto de los derechos de defensa. Una vez más, la atención ya no tiene que concentrarse sobre el acto de repudio en sí, sino en sus consecuencias concretas, a partir de las patrimoniales (el marido, como norma general, tiene que concederle una indemnización consolatoria a la mujer, calculada según una pensión alimenticia de, por lo menos, dos años, teniendo en cuenta la situación económica del marido, de las circunstancias del repudio y de la duración del matrimonio)⁶⁴. Resultan convincentes las consideraciones desarrolladas, en 1998, por el Tribunal Supremo español, solicitado por la mujer a que se pronunciase sobre el reconocimiento de un repudio egipcio. El vencimiento del plazo fijado por la ley egipcia para la revocación del repudio y las nuevas bodas del marido, eliminaban los elementos de incertidumbre e inestabilidad que, en ocasiones, llevaron a los jueces españoles a negar el reconocimiento. Dicho reconocimiento, al contrario, en la circunstancia se imponía de acuerdo a un «elemental principio de justicia material... Mantener lo contrario significaría elevar el formalismo del principio igualatorio por encima del resultado material que se produce en el caso concreto, convirtiendo en perjuicio lo que debiera actuar en protección de la mujer discriminada, al obligarla a acudir a un juicio de divorcio en España para obtener una definitiva disolución del vínculo matrimonial ya producida en el Estado de origen, cuando a través del exequátur se recibiría la sentencia con ese mismo contenido»⁶⁵.

34. El repudio extranjero, o mejor dicho el procedimiento a través del cual el mismo se realiza, pone en tela de juicio, sin embargo, también el principio del proceso equitativo, cuando se perfecciona sin la intervención de la autoridad judicial. Desde este punto de vista, hay que observar que, si es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos le otorga al juez del Estado solicitado también el control del respeto en el proceso extranjero de las garantías procesales⁶⁶, hay que constatar

⁶² La aceptación por parte de la esposa es una de las condiciones bajo las cuales el legislador belga admite el reconocimiento del repudio extranjero (art. 57 Código de Derecho internacional privado).

⁶³ Aix-en-Provence, 10 mayo 1998, en *Journ. dr. int.*, 1999, p. 136, con nota de A. BENCHENEB; Cass., 3 julio 2001, en *Rev. crit. dr. int. privé*, 2001, p. 704, con nota de P. GANNAGÉ.

⁶⁴ Trib. Supremo español, 21 abril 1998. En la dirección opuesta, App. Roma, 9 julio 1973, en *Dir. fam.*, 1974, p. 653: en este caso, la mujer le había pedido a su marido que la repudiara, además eximiéndole del pago del saldo de la dote y de la pensión alimenticia.

⁶⁵ Ver en particular las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 20 julio 2001, *Pellegrini c. Italia*; y 29 abril 2008, *Mc Donald c. Francia*; y 3 mayo 2011, *Negrepontis- Giannisis c. Grecia*.

⁶⁶ P. BELLET / B. GOLDMAN, «La Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps», *Journ. dr. int.*, 1969, p. 843 ss., en p. 847. Ver también H. VAN LOON, «The Accommodation of Religious Laws in Cross-Border Situations: The Contribution of the Hague Conference on Private International Law», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, n. 1, p. 261 ss., en p. 263 (www.uc3m.es/cdt).

la reciente tendencia de los ordenamientos jurídicos a introducir formas de solución extrajudicial de las controversias matrimoniales. El mismo Convenio de La Haya de 1 junio 1970 sobre el reconocimiento de divorcios y separaciones legales se aplica a las sentencias pronunciadas como consecuencia de «un procedimiento judicial u otro oficialmente reconocido en este último y que produzca efectos legales en el mismo» (art. 1), y, por tanto, según lógica, a las sentencias emitidas por autoridades religiosas⁶⁷. Ni se puede dejar de mencionar el hecho de que, en algunos Estados islámicos, el repudio ya no es un acto privado, exigiéndose la presencia de un juez (Argelia) o un procedimiento de homologación judicial (Marruecos).

VII. Conclusiones

35. La *cultura*, según queda dicho, son esas gafas a través de las cuales cada uno ve y valora a sí mismo y a los otros. Tanto el inmigrante como el juez están obligados a realizar un viaje —real el primero, virtual el segundo—, cada uno al país del otro, y, por tanto, a intercambiarse las gafas entre sí. Al juez, sin embargo, se le reconoce la posibilidad de acudir a un filtro que le defiende de los posibles reflejos inaceptables de la realidad extranjera. Tal filtro, cuya acción precisa calibrarse con vistas al resultado, determina necesariamente una pérdida de definición de la imagen: el juez, pues, debería valerse de la misma sólo en caso de necesidad real, o sea tan solo cuando, concretamente, el sacrificio en términos de definición resulte proporcionado a la ganancia en términos de efecto general. Dejándonos de metáforas, el legislador autoriza al juez, en virtud de la *cláusula de orden público*, a valorar el impacto concreto en su propio ordenamiento de las normas extranjeras aplicables (o de las decisiones emitidas en el extranjero) y a rechazarlas en la medida en que esto sea proporcionado al interés de la armonía interna. Es decir, que el juez tiene que actuar en el respeto de la regla imaginaria —que, al comienzo, empleamos como hipótesis— según la cual toda persona tiene derecho al respeto de su *identidad cultural* sin que pueda haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la protección de la *identidad cultural del Estado*.

36. Más raramente, además, el juez, si no consigue enfocar bien la imagen extranjera, está obligado a adoptar un filtro de corrección, que, matizándola, modifica dicha imagen, hasta hacerla reconocible. Así, ante institutos jurídicos extranjeros desconocidos en el foro —como, por ejemplo, *mahr*⁶⁸, *katb ktab*⁶⁹

⁶⁷ El Bundesgericht alemán ha calificado recientemente esta donación nupcial como perteneciente a los efectos del matrimonio (9 diciembre 2009: v. N. YASSARI, «Die islamische Brautgabe im deutschen Kollisions- und Sachrecht», *IPrax*, 2011, p. 63 ss.). Para un estudio internacionalprivadístico del tema, ver M. P. DIAGO DIAGO, «La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol», *Annales droit Louvain*, 2001, p. 407 ss.; L.E. BLENKHORN, «Islamic Marriage Contracts in American Courts: Interpreting Mahr Agreements as Prenuptials and Their Effect on Muslim Women», *University of Southern California*, 2002, p. 189 ss.; M. SAYED, «The Muslim Dower (Mahr) in Europe – with special reference to Sweden», en K. BOELE-WOELKI, T. SVERDRUP (Ed.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp/Oxford/Portland, Intersentia, 2008, p. 187 ss.

⁶⁸ Ver App. Torino, decr. 23 diciembre 2010, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 478.

⁶⁹ La jurisprudencia italiana no es unívoca a la hora de calificar esta institución, y en particular, equipararla a la adopción. Ver, entre otros, Trib. min. Trento, decr. 11 marzo 2002, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 1056; App. Bari, decr. 16 abril 2004, en *Fam. e dir.*, 2005, p. 61; Cass., 4 noviembre 2005, n. 21395, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 791; App. Torino, decr. 28 junio 2007, en *Dir. immigr. e cittadinanza*, 2007, n. 3, p. 142; Cass., 20 marzo 2008, n. 7472, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 809; Cass., 17 julio 2008, n. 19734, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 742; Trib. Módena, decr. 5 noviembre 2009, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 985; Cass., 28 enero 2010, n. 1908, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 790; Cass., 1 marzo 2010, n. 4868, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 754; Trib. min. Brescia, 12 marzo 2010, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 760; Cass., 24 enero 2012, n. 996 (inédita). Sobre el tema ver en la doctrina G. PIZZOLANTE, «La kafalah islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 947 ss.; C. CAMPIGLIO, «Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 43 ss., en p. 70 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, «Rassegna critica della giurisprudenza in materia di coesione familiare con il minore affidato mediante kafalah», en *Gli stranieri*, 2011, p. 15 ss.; y también M.-C. LE BOURSICOT, «La Kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation», *Droit et cultures*, 2010 (<http://droitcultures.revues.org/2138>); y M. P. DIAGO DIAGO, «La kafala islámica en España», en *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2010, n. 1, p. 140 ss. (www.uc3m.es/cdt).

y *kafala*⁷⁰ islámicas— el juez tiene que sacar de las mismas los elementos esenciales para valorar a qué institutos del foro los mismos se pueden asimilar y con qué norma de conflicto hay que relacionarlos.

⁷⁰ La jurisprudencia italiana no es unívoca a la hora de calificar esta institución, y en particular, equipararla a la adopción. Ver, entre otros, Trib. min. Trento, decr. 11 marzo 2002, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 1056; App. Bari, decr. 16 abril 2004, en *Fam. e dir.*, 2005, p. 61; Cass., 4 noviembre 2005, n. 21395, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 791; App. Torino, decr. 28 junio 2007, en *Dir. immigr. e cittadinanza*, 2007, n. 3, p. 142; Cass., 20 marzo 2008, n. 7472, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 809; Cass., 17 julio 2008, n. 19734, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 742; Trib. Módena, decr. 5 noviembre 2009, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 985; Cass., 28 enero 2010, n. 1908, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 790; Cass., 1 marzo 2010, n. 4868, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 754; Trib. min. Brescia, 12 marzo 2010, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 760; Cass., 24 enero 2012, n. 996 (inérita). Sobre el tema ver en la doctrina G. PIZZOLANTE, «La kafalah islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 947 ss.; C. CAMPIGLIO, «Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 43 ss., en p. 70 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, «Rassegna critica della giurisprudenza in materia di coesione familiare con il minore affidato mediante kafalah», en *Gli stranieri*, 2011, p. 15 ss.; y también M.-C. LE BOURSICOT, «La Kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation», *Droit et cultures*, 2010 (<http://droitcultures.revues.org/2138>); y M. P. DIAGO DIAGO, «La kafala islámica en España», en *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2010, n. 1, p. 140 ss. (www.uc3m.es/cdt).