

EGUZKILORE

Número Extraordinario 11.

San Sebastián

Diciembre 1997

93 - 104

EL DERECHO FRANCÉS Y LA LUCHA CONTRA EL RACISMO*

Prof^a. Dr^a. Jocelyne CASTAIGNÈDE

Maître de Conférences

à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Resumen: Se estudia la discriminación como manifestación del racismo desde el Derecho francés. De esta forma se alude al Derecho público y al principio de igualdad a través del análisis de los textos normativos y la actividad de los tribunales administrativos y el Consejo Constitucional. Para terminar, se expone la regulación de esta materia desde el Derecho penal y procesal indicando las dificultades que presenta.

Laburpena: Frantziar Estatuan dagoen bereizkeria arrazakeriaren adierazpen bezala ulertzen da. Horrela, Zuzenbide Publikoa eta berdintasun printzipioa aipatzen dira, testu arauemaileen azterketaren eta epaitegi administratiboaren eta Konstituzio Kontseiluaren jardueraren bitartez. Bukatzeko, arazo hau Zuzenbide Penalean eta Prozesalean nola arautu den eta hori egiteko egon diren zailtasunak ezagutarazten dira.

Résumé: Le Droit français comprend la discrimination comme une manifestation du racisme. En ce sens, le texte renvoie au Droit Public et au principe d'égalité à travers l'analyse des textes normatifs, ainsi qu'à l'activité des tribunaux administratifs et du Conseil Constitutionnel. Finalement, on expose la régulation de cette matière dans le Droit Pénal et la Procédure, en indiquant aussi les difficultés présentées.

Summary: French law understand discrimination as a racism manifestation. In this sense, the text refers us to Public Law, to principle of equality and to activity of the Constitutional Council. At last, this matter's regulation in Penal Law and difficults in this way are dispalyed on the text.

Palabras clave: Racismo, Discriminación Racial, Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Público.

Hitzik garrantzizkoenak: Arrazakeria, Arraza-bereizkeria, Zuzenbide Penala, Zuzenbide Prozesala, Zuzenbide Publikoa.

Mots clef: Racisme, Discrimination raciale, Droit Pénal, Procédure, Droit Public.

Key words: Racism, Racial Discrimination, Penal Law, Procedure, Public Law.

* Traducción de Isabel GERMÁN, Licenciada en Derecho y Master en Criminología; y Carmen LASA, Licenciada en Sociología.

1997 fue declarado por el Consejo de Europa año europeo contra el racismo. Si la necesidad de proclamar la renuncia a toda teoría jerárquica de las razas inquieta en un fin de siglo que ha visto tantos conflictos basados en el odio racial, puede no obstante, mantenerse un germen de esperanza: el de que Europa se movilice para luchar, en todos los frentes, contra el racismo y, más aún, contra la xenofobia; es decir, la hostilidad, a menudo exacerbada, contra los extranjeros. Luchar contra la xenofobia es prevenir el racismo, actitud última de consecuencias más graves. Así entendido, el campo de reflexión parece muy amplio para el investigador, de modo que debemos felicitarnos porque el Centro Internacional de Investigación sobre la Delincuencia, la Marginalidad y las Relaciones Sociales haya elegido como tema de su tercer Coloquio Internacional la lucha contra el racismo.

La justicia y la equidad implican desterrar de nuestras sociedades la discriminación racial; la dificultad no estriba en constatar sino en concretar el objetivo que hay que conseguir: eliminar el racismo y desarrollar la tolerancia, actitud que desgraciadamente no se manifiesta de forma natural. Frente a una pretensión tal, ¿no podemos acudir al Derecho? “Lo justo es la expresión natural del Derecho” escribió Aristóteles; una fórmula de este tipo, ¿no invita a tener en cuenta lo que el Derecho pueda aportar a la cuestión planteada? De entrada, parece una empresa difícil, más aún porque el terreno abarcado por esta disciplina es vasto. Una solución podría consistir en tener en cuenta simplemente el Derecho penal. Efectivamente, en la medida en que el objeto de estudio consiste en actitudes que una sociedad o un país no pueden aceptar, el papel del Derecho penal parece primordial: la definición de las imputaciones y la determinación de las correspondientes penas, lo mismo que las reglas procesales relativas a la investigación, la búsqueda y juicio de los autores de actos de connotación racista, constituyen la base de la represión, pero también la base de la prevención, segunda faceta del Derecho penal que muestra así su preeminencia en la lucha contra el racismo. Esta postura puede satisfacer en un primer momento; sin embargo, debería examinarse un campo de comprensión más amplio y no olvidar la aportación del Derecho público en materia de lucha contra las discriminaciones. Se verá así que en el Derecho francés la no discriminación está garantizada por el Derecho público (I), ya se trate de Derecho constitucional o de Derecho administrativo, comprometiéndose el Derecho penal¹ a sancionar la discriminación, objetivo delicado en su consecución (II).

I. LA NO DISCRIMINACIÓN GARANTIZADA POR EL DERECHO PÚBLICO

El Derecho público cubre un vasto campo y uno de sus objetivos esenciales es el de regular las relaciones entre el Estado y los individuos. A primera vista, parece tentador pasar por alto el papel eventual del Derecho público en la lucha contra el racismo, más aún cuando parece que las respuestas concretas a las actitudes discriminatorias dependen más del juez penal que del juez administrativo. Sin embargo, ello supondría olvidar hasta qué punto el Derecho público es el garante de ciertos principios de valor constitucional y por lo tanto garantizados para todos los individuos:

1. A diferencia de muchos países, el Derecho penal en Francia forma parte del Derecho privado y no del Derecho público, lo que parece discutible.

un Estado de Derecho implica tal reconocimiento. Se constata también que estos principios, evocados en numerosos textos, se imponen tanto al juez administrativo como al juez constitucional: la garantía proporcionada es innegable, especialmente la ejercida a través de un principio que ilumina todo el ordenamiento como es el principio de igualdad. Además, el Derecho administrativo puede aportar respuestas prácticas, respuestas susceptibles de trazar los límites entre la discriminación y la tolerancia: el ejemplo del problema del pañuelo islámico parece muy significativo en este caso.

A. Un principio iluminador del ordenamiento: el principio de igualdad

El principio de igualdad y su corolario, el principio de no discriminación, desempeñan un papel francamente importante en la lucha contra el racismo en el Derecho francés. El artículo 2 de la Constitución del 4 de octubre de 1958 es de una nitidez indiscutible: “Francia garantiza la igualdad de todos sus ciudadanos ante la ley, sin distinción de origen, raza y religión. Respeta toda creencia”. Cuando el constituyente se refiere a Francia, obliga al Estado y a sus representantes. El poder del principio es tan grande que otros textos de rango constitucional lo proclaman, los que forman parte del famoso “bloque constitucional” a partir de la decisión sobre la libertad de asociación pronunciada el 16 de julio de 1971 por el Consejo Constitucional. Forma parte de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, que proclama en su artículo 1: “los hombres nacen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden basarse en la utilidad común”. Este texto, cuyo valor simbólico ha traspasado ampliamente las fronteras de Francia, debe servir entonces de referencia al igual que el Preámbulo de la Constitución del 27 de octubre de 1946, que comienza con una frase tan rica como conmovedora: “Al día siguiente de la victoria de los pueblos libres sobre los regímenes que trataron de degradar a la persona humana, el pueblo francés proclama de nuevo que todo ser humano, sin distinción de raza, religión o creencia, tiene unos derechos inalienables y sagrados”. El derecho a la no discriminación se ve reforzado por la advertencia de que “nadie puede ser perjudicado en su trabajo o empleo por razón de su origen, sus opiniones o creencias”.

El principio de no discriminación está garantizado, además, por el Derecho Supranacional, en relación a las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuyo artículo 14 garantiza el “goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. A semejanza de otros artículos de la Convención, el artículo 14 no prohíbe toda diferencia de trato sino toda medida arbitraria, “una diferenciación no constituye una discriminación si el objetivo es conseguir un fin legítimo y si los criterios utilizados son razonablemente objetivos”². Las jurisdicciones administrativas francesas aplican este planteamiento.

2. G.H. KEMPER, “Exclusion, égalité devant la loi et non discrimination: les étrangers, les immigrés, les nomades”, en *Exclusion, égalité devant la loi et non discrimination*. Seminario de Taormine (29 septiembre-1º octubre 1994), Consejo de Europa, 1995.

La referencia al principio de igualdad alimenta el contencioso administrativo, ya sean los tribunales administrativos o el Consejo de Estado, jurisdicción suprema en el orden administrativo. Así, el Tribunal Administrativo de Burdeos, en una decisión del 1 de junio de 1988 (El Rhazouani), consideró que había discriminación en el rechazo de inscribir en la escuela pública a niños extranjeros que no hubieran demostrado la situación de regularidad de sus padres. Igualmente, el Tribunal Administrativo de París, en una decisión del 26 de julio de 1989 (M.R.A.P.), juzga contrario al principio de igualdad el hecho de no aceptar que niños sometidos a un régimen religioso particular participen en jornadas de deportes de invierno organizadas por colectivos públicos. Se han elegido estos dos ejemplos porque afectan a niños, la discriminación de la que pueden ser objeto es chocante: un niño víctima de una discriminación injusta (en el auténtico sentido del término) tendrá pocas oportunidades de convertirse en un adulto tolerante. De esta forma, el Derecho administrativo puede presentar un valor preventivo que no hay que olvidar. Sólo el interés general y, especialmente, el respeto al orden público pueden subtender posiciones no igualitarias hacia los individuos; pero éste no era el caso.

El respeto del principio de igualdad cuando es apelado encuentra también un eficaz defensor en el Consejo Constitucional, cuya misión esencial es la de verificar la conformidad de las nuevas leyes a la Constitución, hipótesis muy frecuente a partir de la ley del 29 de octubre 1974 que ha ampliado las posibilidades de su actuación: sesenta diputados o sesenta senadores pueden, en lo sucesivo, denunciar una ley ante el Consejo Constitucional que tomará como referencia no sólo la Constitución *stricto sensu* sino también los textos incluidos en el famoso bloque de constitucionalidad anteriormente citado. Así, cuando las nuevas disposiciones legislativas incluyan elementos discriminatorios, podrán ser censurados por el Consejo Constitucional y no serán aplicables desde ese momento según el artículo 62 de la Constitución.

Si podemos alegrarnos de que el legislador francés no haya aprobado textos que induzcan a crear disposiciones racistas susceptibles de ser censuradas, en cambio el Consejo Constitucional ha recordado con firmeza que en materia de derechos fundamentales no puede tener lugar discriminación alguna entre individuos que residan en cualquier lugar de la República. Con ocasión de su decisión relativa a la ley nº 93 - 1027 del 24 de agosto de 1993 en materia de inmigración, el Consejo Constitucional esbozó lo que pudo llamarse un estatuto constitucional del extranjero³, estipulando que “si con respecto a los extranjeros el legislador puede adoptar disposiciones específicas, debe respetar las libertades y los derechos fundamentales reconocidos a todos los que residen en el territorio de la República”. El Consejo Constitucional indica que “figuran, entre estos derechos y libertades, la libertad individual y la seguridad, especialmente la libertad de entrada y salida, la libertad de matrimonio, el derecho a llevar una vida familiar normal”. Se lee entre líneas la preocupación por la igualdad de trato entre franceses y extranjeros, pero es al verificar el permiso de residencia cuando se utiliza el término discriminación, que no sorprende nada, en la medida en que es en esta ocasión cuando pueden manifestarse las discriminaciones, a menudo de carácter racista. Este tipo de verificación “debe efectuarse fundándose exclusivamente en crite-

3. O. SCHRAMECK, “Droit public et lutte contre le racisme”, *Les Petites Affiches*, 18 octobre 1996, nº 126, p.4.

rios objetivos y excluyendo, en el estricto respeto de los principios y las normas de rango constitucional, toda discriminación, sea cual fuera su naturaleza, entre las personas”. No puede tolerarse el control en función de la apariencia, y si en algún momento es así, deberá sancionarse: “corresponde a las autoridades policiales y administrativas velar por el respeto íntegro de esta prescripción, así como a las jurisdicciones competentes censurar y reprimir, llegado el caso, las ilegalidades cometidas y atender eventualmente a la reparación de sus consecuencias perjudiciales”. Los límites de interpretación son claros, no se podría ser más claro. Del mismo modo, la ley n° 93 - 992 del 10 de agosto de 1993 sobre controles de identidad había sido sometida al Consejo Constitucional que, en la decisión del 5 de agosto de 1993, debía rechazar la práctica de controles de identidad generalizados y discriminatorios: sólo un riesgo motivado de atentado al orden público puede autorizar controles de naturaleza administrativa; donde reside una importante reserva de interpretación para oponerse a las actitudes discriminatorias de las que la policía puede ser culpable y que demuestra el control del Consejo Constitucional en esta materia.

Se puede considerar como una muestra importante el informe público del Consejo de Estado para el año 1996⁴, en la medida en que todo el informe remite al principio de igualdad. El punto relativo a la aplicación del principio de igualdad en relación a los extranjeros está realizado por el Presidente del Alto Consejo de integración, aspecto muy interesante de este estudio que trata sobre la realización práctica del principio de igualdad en la escuela; el autor constata que “la enseñanza no es uno de los campos en los que se determinen prácticas discriminatorias ilegales dirigidas a eludir el principio”. Hay que felicitarse por esta constatación, la escuela debería ser un lugar en el que se aprendan la tolerancia y el respeto al prójimo, valores esenciales para combatir eficazmente las actitudes racistas; el problema del pañuelo islámico puede muy bien ilustrar este tema.

B. Un ejemplo significativo: el problema del pañuelo islámico

En los últimos años, la presencia del pañuelo islámico en los colegios y liceos ha hecho correr, en Francia, ríos de tinta. La polémica alrededor de este fenómeno plantea con más amplitud el problema del respeto al pluralismo radicalmente opuesto a la aceptación de actitudes de connotación racista y es en este sentido un ejemplo significativo, con razón, más aún porque afecta al primer guía de los adolescentes y está localizado en el perímetro escolar, lugar de educación en el más amplio sentido del término.

Cronológicamente, muchas etapas jalonan el recorrido de esta polémica, lo mismo si se ilustran por la posición del Consejo de Estado en sus atribuciones administrativas y jurisdiccionales o por la del Gobierno, especialmente a través de las circulares. En la comunicación de 27 de noviembre de 1989, el Consejo de Estado, en calidad de órgano consultivo, adoptó una posición de conciliación susceptible de calmar las tensiones al trazar los límites de un principio de rango constitucional, el principio de laicidad: “el principio de laicidad en la enseñanza pública, que es uno de los elementos de la laicidad del Estado y de la neutralidad del conjunto de los servicios

4. Rapport public 1996 du Conseil d'Etat sur le principe d'égalité. Etudes et Documents n° 48, *La Documentation française*, 1997.

públicos, prohíbe toda discriminación en el acceso a la enseñanza”. La laicidad del Estado implica que la enseñanza se produzca en el respeto a la neutralidad de los programas y de los propósitos mantenidos por los enseñantes, pero también en el respeto a la libertad de conciencia de los alumnos: no se puede suprimir el derecho a manifestar opiniones religiosas en un centro escolar. No obstante, la afirmación del principio de laicidad no constituye un principio sin límites, éstos se concretan en el respeto al pluralismo y a la libertad del otro: las actividades docentes no pueden ser perturbadas por la manifestación de las opiniones objeto de debate. En todo caso, no puede decretarse la prohibición absoluta de llevar el pañuelo islámico, so pena de constituir un factor de discriminación étnica: su utilización no es únicamente una actitud de naturaleza religiosa, responde a prácticas socio-culturales en vigor entre algunas categorías de poblaciones inmigrantes. Se trataría entonces de una discriminación basada en la etnia totalmente intolerable.

Los problemas no se solucionaron y en una circular firmada por el Ministro de Educación Nacional en fecha de 20 de septiembre de 1994, se llevó a cabo un intento de clasificación. El contenido de la circular dirigida a los directores de centro incitaba a distinguir entre signos discretos que manifiestan “el arraigo personal a las convicciones religiosas” y “signos de ostentación que constituyen en sí mismos elementos de proselitismo o de discriminación”, el uso de estos últimos quedaba prohibido. Si intelectualmente la distinción es seductora, en la práctica puede verse lo delicado de su aplicación: ¿cómo se puede distinguir entre un signo discreto y un signo de ostentación? ¿Por su tamaño? ¿Por su color? Parece evidente que una sanción, y más una sanción de exclusión, no pueda basarse únicamente en la utilización de un signo de ostentación: debe reprocharse al alumno algo más, de otra manera la sanción será tachada de ilegalidad. El Consejo de Estado se pronunció en este sentido en decisión del 20 de mayo de 1996 (Ministro de Educación Nacional contra Ali) en base al artículo 2 de la Constitución de 1958, al artículo 10 de la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, pero también en el artículo 10 de la ley del 10 de julio de 1989 de orientación de la educación, que establece: “en los colegios y liceos, los alumnos, en el respeto al pluralismo y al principio de neutralidad, disponen de libertad de información y de libertad de expresión. El ejercicio de estas libertades no puede implicar atentados a las actividades docentes”. El límite es bien preciso: el buen funcionamiento del centro escolar. El simple hecho de llevar pañuelo no comporta el carácter de un acto proselitista o de presión ni puede achacarse a la alumna en cuestión un acto de naturaleza tendente a alterar el orden público en el seno del centro; a falta de perturbación que afecte al orden en el establecimiento o en las actividades de enseñanza, la exclusión de la alumna es ilegal. Las consecuencias de esta decisión son amplias, en la medida en la que “el principio de laicidad así analizado ratifica la inscripción jurídica de la tolerancia en el derecho de los establecimientos escolares”⁵.

La solución adoptada por el Consejo de Estado fue afirmada con precisión y nitidez en varios decretos emitidos el 27 de noviembre de 1996⁶, importante jornada jurisprudencial habida en relación al empleo del pañuelo islámico, ya que si bien algunas decisiones sobre exclusión fueron anuladas, otras fueron confirmadas, mostrándo-

5. G. KOUBI, nota del CE 20 mayo de 1996, AJDA 1996, p. 270.

6. B. SEILLER, nota del CE 27 noviembre de 1996, JCP 1997, II, n° 22808.

se así la necesaria apreciación del caso por caso. El empleo del pañuelo, expresión de convicciones religiosas, “no podría verse como un signo que representa por su naturaleza un carácter de ostentación o reivindicativo” y no puede constituir “en todos los casos un acto de presión o de proselitismo”. Únicamente el trastorno causado a la buena marcha del establecimiento puede motivar la exclusión como en el caso de las dos situaciones sometidas a la apreciación del Consejo de Estado que muestran el control del juez administrativo en lo referente al respeto del orden público y de las obligaciones escolares. De esta forma se justifica la sanción consistente en la exclusión definitiva de diecisiete alumnas que “participaron en movimientos de protesta que alteraron gravemente el funcionamiento normal del centro y que además eran sustentados por elementos externos a éste”; estas alumnas “se excedieron de los límites del derecho a expresarse y manifestar sus creencias religiosas en el centro escolar”. La protección del orden público legitima así la sanción impuesta por el director de centro, lo mismo que es legítima la sanción que se basa en la falta de respeto a las obligaciones escolares en el caso de las repetidas ausencias de los cursos de educación física ya que estas ausencias no estaban justificadas por un motivo. Esta jurisprudencia se muestra en el mismo sentido que la opinión del Consejo de Estado del 27 de noviembre de 1989 que admitía el derecho de los alumnos a expresar convicciones religiosas en el perímetro escolar con la condición de que este derecho no suponga un atentado a la obligación de asiduidad. Los decretos de 27 de noviembre de 1996, aunque no innovan sobre el fondo del asunto, “muestran la vuelta al análisis contencioso de problemas ligados al uso de signos religiosos en la escuela”⁷; el derecho de expresión no puede sobrepasar ciertos límites, especialmente la seguridad, la tranquilidad, la continuidad del servicio público y la asiduidad a las clases. Es importante señalar que, a diferencia de los decretos promulgados por el Consejo de Estado, el principio de laicidad no es la referencia central; el juez se compromete a estudiar los elementos a fin de saber si las alumnas han sobrepasado o no su derecho a expresar y manifestar sus creencias religiosas. La voluntad de desapasionar el debate queda subyacente y no es posible más que aprobar esta actitud: cristalizar las posiciones sólo puede inducir a una radicalización de los conflictos, eminentemente contraria a cualquier espíritu de tolerancia.

Si la eliminación de las discriminaciones raciales puede basarse en principios constitucionales y ser garantizada por el juez administrativo cuando estalla un contencioso relevante de su competencia, es necesario constatar que las actitudes discriminatorias sobrepasan a veces el umbral de lo tolerable, implicando entonces el recurso al Derecho penal, sin ninguna duda el más positivo de todos los Derechos.

II. LA DISCRIMINACIÓN SANCIONADA POR EL DERECHO PENAL

La finalidad del Derecho penal es defender la sociedad, y por lo tanto a los individuos que la conforman, de los comportamientos prohibidos. Se establecen normas, normas susceptibles de variar en el tiempo y en el espacio, cuya violación constituirá una infracción relevante, competencia del juez penal. A la función represiva del Derecho penal, permitir sancionar a la persona que infringe la regla, hay que añadir la función preventiva, informar a los individuos de los comportamientos prohibidos y de

7. B. SEILLER, *op. cit.*

las penas correspondientes, situándolo en el marco de lo que se denomina Derecho penal de fondo. Pero el paso de la infracción a la sanción sólo puede realizarse a través del proceso penal, la aplicación del Derecho penal de fondo se realizará por medio del Derecho penal de forma, es decir, las reglas relativas al proceso penal. Esta constatación, válida para cualquier tipo de infracción, se refleja particularmente en materia de discriminaciones raciales. Si las disposiciones contenidas en nuestro Derecho escrito parecen severas, su aplicación se muestra a menudo delicada, incitando al juez a ser reservado y al legislador a reflexionar.

A. Disposiciones legislativas severas

El examen del Derecho francés escrito testimonia la severidad del legislador y del poder ejecutivo en la materia⁸, severidad progresivamente acrecentada tanto en el Código penal como en la ley de 29 de julio de 1881 sobre la prensa. Si se sigue un orden cronológico, se constata que la primera ley a destacar fue la ley nº 72 - 546 de 1º de julio de 1972 relativa a la lucha contra el racismo cuya finalidad esencial fue luchar contra las formas ostensibles de racismo transmitidas por la prensa. La ley de 29 de julio de 1881 fue modificada en diferentes aspectos: creación de una infracción sobre provocación a la discriminación (art. 24 párrafo 5), constitución del delito de difamación racial independientemente de cualquier exigencia de incitación al odio (art. 32), autonomía de la injuria racial (art. 33). Esta ley tuvo también una incidencia notable sobre el Código penal al incriminar la negativa al beneficio de un derecho por parte de un agente de la autoridad pública en razón de la pertenencia o no a una etnia, una nación, una raza o una religión determinadas (art. 187 - 1, actualmente art. 432 - 7) y al sancionar la negativa a la prestación de un bien o un servicio y la negativa a contratar o despedir por los motivos antes mencionados (art. 16, actualmente art. 225 - 2).

Más recientemente, la ley nº 90 - 615 de 13 de julio de 1990 dirigida a reprimir todo acto racista, antisemita o xenófobo creó una nueva infracción, el delito de contestación de crímenes contra la humanidad –contestation des crimes contre l’humanité– (art. 24 bis de la ley de 1881 sobre la prensa).

Al retomar el nuevo Código penal estas incriminaciones, precisando a veces su contenido como en el artículo 225 - 1 que define la noción de discriminación, da muestras de una severidad acrecentada en dos aspectos. En primer lugar, las incriminaciones mantenidas son a menudo sancionadas más severamente, por ejemplo dos años de prisión por negar un bien o un servicio (art. 225 - 2), frente a un año establecido en el viejo Código penal (art. 416), el importe de la multa correspondiente se ha multiplicado por diez. Pero si el autor de la infracción es un agente de la autoridad pública o encargado de un servicio público, la pena es de tres años de prisión (art. 432 - 7). Un ejemplo muy significativo es también el de la agravación de la pena en materia de violación o profanación de sepulturas cuando se realice con un móvil racista (art. 221 - 18), la pena puede llegar hasta los cinco años de prisión. En segundo lugar, el legislador ha contemplado nuevas incriminaciones: prohibición de almacenar datos sobre la raza (art. 226 - 19), sanción de la exhibición durante una manifestación deportiva de signos que evo-

8. J. CASTAIGNÈDE, “La lutte contre les discriminations raciales: le rôle du Droit pénal et de la Criminologie en France”, *Revista Eguzkilore*, 1995, nº 8.

quen una ideología racista (art. 42 - 7 de la ley de 16 de julio de 1984, modificada por la ley de 6 de diciembre de 1993 sobre la violencia deportiva).

Por tanto, se hace hincapié en la necesidad de reprimir los comportamientos con connotaciones racistas. Esta constatación no debe hacer olvidar que el legislador también deseaba la represión de las expresiones públicas de ideas racistas, consciente del hecho de que la libertad de expresión y de opinión, valores esenciales en una sociedad democrática, no pueden legitimar algunas intenciones. La difamación y la injuria contra una persona o un grupo de personas por motivos de raza, religión, pertenencia a una nación o a una etnia, ya comentadas, constituyen delitos severamente reprimidos: un año y 6 meses de prisión (art. 32 párrafo 2 y art. 33 párrafo 3, de la ley de 29 de julio de 1881 sobre la prensa). Se reprime también la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia por motivo de la procedencia, o pertenencia o no pertenencia a una etnia, una nación, una raza o una religión determinada: la lógica general del nuevo Código penal que, aunque no haya reconocido de forma autónoma la noción de instigación, sanciona ampliamente la complicidad por provocación, se vuelve a encontrar en el artículo 24 párrafo 6 de la ley de 1881, artículo que prefiguraba así una posición muy defendible desde el punto de vista criminológico: castigar al autor intelectual de la infracción.

La represión de las infracciones de carácter racista se beneficia además de una notable aportación del nuevo Código penal: el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas morales, responsabilidad penal que no es más que una responsabilidad especial. Las personas morales pueden ver cómo su responsabilidad se pone en juego de forma efectiva sólo en aquellos casos que prevén los textos incriminatorios, cuestión que el legislador ha tenido en cuenta en materia de lucha contra el racismo, como muestra el art. 225 - 4 relativo a la negativa de prestación de un bien o un servicio y a las discriminaciones en materia de empleo.

Una última observación relativa al Derecho penal de fondo, se refiere a la condena de prácticas eugenésicas. La ley nº 94 - 653 de 29 de julio de 1994 sobre bioética no prohíbe la terapia genética, dirigida a erradicar enfermedades hereditarias, pero prohíbe, según la circular de aplicación de 19 de enero de 1995, la acción global de "perfeccionamiento" a través de la selección de la raza humana. El artículo 511 - 1 del Código penal estipula: "el hecho de llevar a cabo una práctica eugenésica dirigida a la organización de la selección de personas se castiga con veinte años de reclusión penal". El elemento material de la infracción es muy amplio y traduce la voluntad del legislador de sancionar toda práctica de selección susceptible de extenderse a la especie humana en su conjunto por un daño transmisible a la descendencia: se trata de una disposición sobre lucha contra el racismo incluso si no puede más que desearse que no haya conseguido aplicarse.

Respecto a las reglas de procedimiento, la atención se centrará esencialmente en la posibilidad, otorgada a las asociaciones, de participar en el proceso penal en materia de actitudes racistas. La ley de 1º de julio de 1972 ofrece la posibilidad a las asociaciones constituidas con cinco años de anterioridad a la fecha de los hechos, y cuyos estatutos recogen la finalidad de combatir el racismo, de ejercer los derechos reconocidos a la parte civil, en materia de provocación, difamación e injuria racial. Este primer paso, muy importante, se amplió en la ley de 13 de julio de 1990 que amplió la lista de las asociaciones fundadas con capacidad de actuación, y el artículo 48 - 1 de la

ley de 1881 sobre la prensa se completó, extendiendo la posibilidad de actuar a las asociaciones cuyos estatutos recogieran la finalidad de “asistir a las víctimas de la discriminación basada en el origen nacional, étnico, racial o religioso”. La terminología, igual a la de los artículos relativos a la difamación e injurias, amplía considerablemente el número de víctimas que pueden ser asistidas por una asociación en un proceso penal, entendiendo que las personas individualmente consideradas no pueden ser asistidas más que con su aprobación. Aun cuando ya conocemos los derechos reconocidos a la parte civil, derechos considerablemente ampliados por las leyes de 4 de enero de 1993 y la de 24 de agosto de 1993 de reforma del procedimiento penal, se valora el interés de esa constitución en parte civil: el derecho de participar en la instrucción de la causa activamente permite principalmente solicitar al juez de instrucción la adopción de unas medidas de investigación susceptibles de conducir a la verdad y, en consecuencia, permitir la sanción de comportamientos difícilmente tolerables so pena de atentar gravemente contra la cohesión social.

La eventual participación de las asociaciones en el proceso penal se desprende también de algunos artículos del Código de procedimiento penal, como el artículo 2 - 1 (defender en justicia a las víctimas de discriminaciones en la prestación de un bien o de un servicio y la discriminación en el trabajo), el artículo 2 - 4 (asociaciones que luchan contra los crímenes contra la humanidad), o el artículo 2- 5 (asociaciones de defensa de los deportados). Además, se reconoce el derecho de respuesta a las asociaciones que luchan contra el racismo y todas las formas de discriminación, en el caso de que una persona o grupo de personas sea víctima de difamación por razón de su origen (art. 13 - 1 de la ley 1881 ampliado en la ley de 13 de julio de 1990). Se trata de una disposición derogatoria del derecho común de la prensa que prevé el derecho de respuesta sólo para las personas acusadas en una publicación, esta posibilidad se prevé también cuando la difamación se realice a través de los medios de comunicación audiovisual.

El llamamiento efectuado muestra claramente el deseo del legislador de permitir una gran toma de posesión de los tribunales por parte de las víctimas de la discriminación racial, y una sanción severa a los autores. No obstante, en este ámbito más que en ningún otro, el paso del hecho al derecho resulta difícil.

B. Aplicación a menudo delicada

La calificación de los hechos, etapa esencial en el proceso penal, muestra la dificultad de mantener un equilibrio entre la libertad de expresión y las actitudes racistas desde el momento en que contienen algunas declaraciones: ¿a partir de cuándo los escritos o los discursos constituyen una provocación al odio racial susceptible de ser perseguidos y de condenar a su autor? La naturaleza de la declaración debe en primer lugar ser analizada por el juez, las formulaciones muy generales o equívocas no pueden reprimirse: los términos “pueden considerarse tan desagradables” no son de incumbencia legal⁹. Además, las declaraciones deben dirigirse contra una etnia, una raza o una religión determinada: las víctimas potenciales deben ser identificables. Esta exigencia legal, si bien permite que la prensa y las personas que participan en el debate

9. Sala de lo criminal del Tribunal de Casación, 28 de enero de 1992, ver *Revue Droit Pénal*, octubre 1992, p. 223, nota M. Véron.

político no se callen, no es especialmente menos estricta, tal y como lo ha demostrado la actualidad más reciente.

Durante el mes de agosto de 1996, el líder del partido de extrema derecha, el Frente nacional, desarrolló una tesis sobre la desigualdad de las razas que conmocionó profundamente al país. Las declaraciones que alegan la superioridad o la inferioridad de algunas razas –posición que por lo demás no tiene ninguna base científica– atacan gravemente a la dignidad humana incluso aunque no se dirijan contra una u otra categoría de personas. Ahora bien, los autores de dichas declaraciones no pueden ser perseguidos penalmente ya que no hacen referencia a una etnia, una raza, una nación o una religión determinada, es decir, que se haya precisado, definido. Los textos en vigor se muestran muy inadecuados para fundamentar las diligencias en situaciones como la mencionada, ya que el juez no puede de ningún modo borrar el calificativo “determinada”: “la ley penal se interpreta de forma estricta”, estipula el artículo más breve del nuevo Código penal, el artículo 111 - 4. Esta inadaptación del arsenal legislativo fue denunciada por el Ministro de Justicia¹⁰, y llevó al Gobierno a elaborar un anteproyecto de ley antirracista con el fin de ampliar el ámbito de la represión¹¹, a través de una modificación de la incriminación en causa y, sobre todo, a través de la disminución de las reglas procesales: se propuso transferir los textos relativos a las discriminaciones de la ley sobre la prensa al Código penal, más concretamente al capítulo consagrado a los ataques contra la dignidad humana, lo que conlleva un valor simbólico nada despreciable.

La principal innovación contenida en el anteproyecto de ley consiste en incriminar “el hecho de difundir, por el medio que sea, un mensaje que atente a la dignidad, el honor o la estimación de una persona o grupo de personas en razón de su origen o de su pertenencia o no pertenencia, real o supuesta, a una etnia, una nación, una raza o una religión, sea o no determinada”. La difusión del mensaje sería reprehensible, sea o no identificada la persona a la que va dirigido. Además, el mensaje provocador o de naturaleza provocadora a la discriminación, al odio o a la violencia respecto a una persona o un grupo de personas, sería también incriminado, siendo la pena en la que se puede incurrir el doble de la de la hipótesis precedente, de dos años de prisión, considerando la provocación como una circunstancia agravante. El delito de difusión de un mensaje racista se convertiría en un delito de derecho común, incluso en el Código penal, cuyos elementos constitutivos serían menos estrictos que los de las actuales infracciones contenidas en la ley sobre la prensa: provocación a la discriminación, al odio o a la violencia racial, difamación racial e injuria racial. Además, el hecho de transferir la incriminación de la ley sobre la prensa al Código penal facilitaría el ejercicio de las diligencias al suprimir dos obligaciones específicas del derecho de la prensa y muy a menudo causantes de la paralización del desarrollo del procedimiento: sería posible la recalificación de los hechos por parte del juez, mientras que en la actualidad un error de calificación en el momento de la presentación de la denuncia o en el momento del comienzo de las diligencias obliga al juez a no pronunciar condena. En relación a la prescripción, el plazo relativo a las infracciones de prensa es de tres meses, lo que puede parecer extremadamente breve por ejemplo en el caso de las octavillas xenófobas que se descubren mucho después de su impresión. El anteproyec-

10. Ver el periódico “Le Monde”, 14 de septiembre de 1996, p. 9.

11. Ver el periódico “Le Monde”, 22 - 23 de septiembre de 1996, p. 9.

to de ley eleva este plazo a un año, término medio criticado por la Comisión Nacional Consultiva de los Derechos Humanos, sometida a estudio, que propone conservar el plazo ordinario en materia de delito, es decir tres años.

La Comisión Nacional Consultiva de los Derechos del Hombre aprueba el principio de la intervención legislativa, en base a que las disposiciones en vigor “constituyen un arsenal que se ha vuelto complejo en su aplicación, inadaptado en muchos casos”. No obstante, si acepta el punto central del proyecto, la transferencia de la incriminación al Código penal, contrariamente a una opinión precedente emitida en 1994, se aparta de la posición del Gobierno en relación a los elementos constitutivos de la infracción. Se subrayan los riesgos de dicho texto: obstaculizar la libertad de expresión. La Comisión propone sancionar: “el hecho de proferir públicamente o difundir, por el medio que sea, una declaración o un mensaje de carácter racista”, y mantiene la idea de una agravación de las penas “cuando la declaración o mensaje tenga por objeto provocar la discriminación, el odio o la violencia respecto a una persona, o uno o varios grupos de personas”. El papel de los jueces en la calificación de los hechos se ve reforzado, lo que puede permitir evitar eventuales errores, y el carácter de ley de circunstancias no está tan marcado, lo que debería apaciguar las tensiones que conlleva esta empresa.

Pero, a semejanza de muchos otros, ¿no ha nacido muerto este anteproyecto de ley? No fue examinado por el Parlamento en la primavera de 1997 y en el momento de redactar estas líneas, la mayoría parlamentaria ha cambiado. ¿Se volcará el nuevo Gobierno sobre este problema? La pregunta queda en el aire y merecería ser debatida, debe tanto reflexionarse sobre los aspectos de Derecho penal que se han puesto al día, como profundizarse en la dialéctica represión-prevención. El informe de 1996 remitido al Primer Ministro por la Comisión Nacional Consultiva de los Derechos del Hombre¹² invita a ello: si el número de actos de violencia racista disminuye, resultado francamente alentador, las ideas racistas y xenófobas aumentan. En este sentido, la lucha contra el afianzamiento de las ideas xenófobas no puede pasar exclusivamente por modificaciones legislativas; la educación escolar debe profundizar más en su misión, tarea que podrá facilitarse con la puesta en marcha de nuevos programas de educación cívica adheridos a la enseñanza de los derechos humanos, a fin de hacer hincapié en las nociones fundamentales de la persona humana y del ciudadano.

Es importante, por último, recordar que el marco establecido en un país, cualquiera que sea su naturaleza, preventiva o represiva, se inserta en un contexto más amplio. No podría concluirse esta reflexión sobre el Derecho francés en materia de racismo sin evocar la perspectiva europea y la Resolución sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo adoptada el 30 de enero de 1997 por el Parlamento Europeo que recuerda al mismo tiempo las situaciones de peligro, ya se trate de actos o intenciones, y las esperanzas que pueden formularse en materia de lucha y bajo las que debe movilizarse el conjunto del cuerpo social. La decisión de proclamar 1997 año europeo contra el racismo, signo importante donde los haya, debe dar un impulso constante; a este respecto, debe aprobarse la propuesta de crear un “observatorio europeo del racismo y la xenofobia”: el intercambio de informaciones y experiencias mejoraría los medios de lucha contra un fenómeno que, en los albores del tercer milenio, provoca inquietud e invita más que nunca a la acción.

12. “1996. La lutte contre le racisme et la xénophobie”. *La Documentation française*, 1997.