

DIVERSIDAD CULTURAL Y UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS: RETOS PARA LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO

Por MARÍA J. ROCA*

1. INTRODUCCIÓN: DISTINTOS ENFOQUES DEL TEMA Y ELECCIÓN DE UNO DE ELLOS: A) Objeto de protección: ¿la dignidad de la persona o la diversidad cultural? B) Los derechos colectivos. C) Universalidad y globalización.— 2. ASPECTOS MÁS RELEVANTES EN LAS FUENTES INTERNACIONALES SOBRE MULTICULTURALISMO O DIVERSIDAD CULTURAL Y SOBRE UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS: A) Derecho al reconocimiento de la propia identidad cultural. B) Carácter universal e indivisible de los derechos humanos. C) Síntesis conclusiva.—3. POSIBLES VÍAS JURÍDICAS DE SOLUCIÓN POR PARTE DE LOS ESTADOS. RETOS PARA LA FUNDAMENTACIÓN DE SU DERECHO: A) El papel del «orden público» en los ordenamientos internos. B) La vuelta a la «ley personal».—4. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVA DE FUTURO.

1. INTRODUCCIÓN

Los dos conceptos fundamentales que aparecen en el título de la conferencia que la organización de este curso ha tenido la confianza de encargarme admiten varios enfoques, a los que haré referencia de modo introductorio. Por una parte, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, el multiculturalismo remite a las reflexiones sobre el concepto de cultura¹

* Doctora en Derecho Canónico por la Universidad de Navarra y en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Catedrática de Derecho Eclesiástico de la Universidad de Vigo (desde 1999). Decana de la Facultad de Derecho de esa Universidad (2000-2003). Entre 1996 y 1997 permaneció en la Universidad de Göttingen como Becaria de Investigación de la Fundación Alexander von Humboldt bajo la dirección del Profesor Christian Starck. Como resultado de esta investigación ha publicado diversos trabajos en *Archiv für Katholisches Kirchenrecht*, *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, *Juristen Zeitung*, *Europäische Zeitschrift für öffentliches Recht* y *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*.

¹ No es posible entrar aquí en la amplia cuestión del concepto de la cultura. Sobre el tema en la doctrina americana, cfr.: W. KYMLICKA, *Multicultural citizenship. A liberal theory of minority rights*, Trad. esp. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las*

y a la fundamentación de los derechos culturales; a su vez, la nota de la universalidad aplicada a los derechos humanos², ha permitido la profundización en el concepto de dignidad de la persona³.

Desde la perspectiva del Derecho internacional público, las peculiaridades culturales de los pueblos han llevado a los organismos internacionales a promover instrumentos de diverso ámbito y obligatoriedad relativos, por ejemplo, a la protección de las culturas indígenas. Al mismo tiempo, la universalidad de los derechos humanos, ha sido reafirmada de modo decisivo en la Declaración de Viena⁴, pero ya estuvo presente en la proclamación de Teherán⁵, y en el propio origen de los derechos humanos⁶.

En el terreno de lo concreto, los tribunales de los distintos Estados tanto europeos como de otros continentes, se encuentran con la necesidad de aplicar unos derechos fundamentales reconocidos con el máximo rango, como derechos de los que son titulares todos los hombres, y no sólo los ciudadanos de su Estado. Por tanto, al no ser derechos vinculados a la ciudadanía sino a la persona, se está admitiendo *de facto* su universalidad. Sin embargo, en ocasiones, tales derechos son percibidos por los sujetos —a los que en principio se trata de proteger frente a lesiones provenientes de actuaciones de los poderes públicos⁷ o de otros ciudada-

minorías, Barcelona, 1996, pp. 112 y ss. Un interesante estudio en la doctrina española, en B. GONZÁLEZ MORENO, *Estado de cultura, Derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid, 2003, p. 107, expone la noción general de cultura y noción étnica de la cultura, siguiendo a J. Prieto de Pedro. Sobre este tema cfr. también los primeros capítulos de la obra S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La rehabilitación urbanística*, Pamplona, 1998. Para una caracterización de los espacios multiculturales, cfr.: E. LAMO DE ESPINOSA, «Fronteras culturales», en IDEM (ed.), *Culturas, Estados, ciudadanos (una aproximación al multiculturalismo en Europa)*, Madrid, 1995, pp. 13-79, especialmente pp. 54-60. Recientemente, J. de Lucas, *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Barcelona, 2003, pp. 70 y ss.

² Se omite aquí, de intento, cualquier distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales.

³ Sobre el concepto de dignidad humana en la Ley Fundamental de Bonn, puede verse, C. STARCK, en H.v. MANGOLDT/F. KLEIN/C. STARCK, *Das Bonner Grundgesetz*, vol. 1, 4.^a ed., München, 1999, Art. 1, núm. marg. 1-24. Esa exposición resulta útil, en mi opinión, no sólo referida al Derecho alemán. En el Derecho español, vid. p. ej.: F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico», en Ídem, *Estudios jurídico-constitucionales*, México, 2003, pp. 3-38.

⁴ Declaración final de la Conferencia mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena 14-25 de junio de 1993. (A/CONF. 157/23),

⁵ Acta final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 22-IV a 13-V de 1968. (A/CONF.32/41).

⁶ A. E. PÉREZ LUÑO, «La universalidad de los derechos humanos», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XV, 1998, pp. 96-98. C. VELARDE, *Universalismo de Derechos Humanos. Análisis a la luz del debate anglosajón*, Pamplona, 2003, pp. 26 y ss., especialmente, pp. 50-56.

⁷ Como es sabido, el origen de los derechos fundamentales es la defensa del individuo frente a las agresiones del poder público, cfr. C. STARCK, *Praxis der Verfassungsauslegung*, Baden-Baden, 1994, p. 37. W. RUFNER, *Grundrechtsadressaten*, en J. ISENSEE/P. KIRCHHOF (Hrsg.),

nos⁸—, más como un atropello de su cultura y de su identidad que como una garantía de su dignidad humana.

¿Cómo hacer operativo el diálogo entre las culturas, facilitando el que la diversidad ayude al desarrollo y no constituya una causa de conflictos? ¿Deben los Estados Europeos integrar a los inmigrantes procedentes de culturas fuertemente contrastantes con la europea asimilándolos o no? ¿En qué medida deben prevalecer las peculiaridades culturales frente a la universalidad de los derechos humanos?... Todos estos problemas, se presentan con especial intensidad en el ámbito familiar⁹ y educativo¹⁰, o en cuestiones tales como políticas sanitarias, mientras que parece aceptarse pacíficamente que todo lo que supone promoción del desarrollo y de las condiciones materiales necesarias para el mismo, aún formando parte esencial de la cultura¹¹, no plantea especiales problemas.

Como es lógico, cada una de estas perspectivas permite, a su vez, el tratamiento de distintos aspectos, que ya viene haciéndose con sugerentes aportaciones por la doctrina. En el marco del amplio estudio del que son objeto estos temas, nuestra exposición pretende ofrecer una reflexión acerca de los retos que plantea para el fundamentación del Derecho, la necesidad de responder a la medida en que las peculiaridades culturales deben ser protegidas y cuándo éstas deben ceder ante la universalidad de los derechos humanos. Para ello, abordaremos en primer término cuál es el objeto de protección jurídica: ¿la dignidad humana o la diversidad cultural? (apartado 1.A), y si, en consonancia con ello, los grupos culturales son o pueden ser titulares de derechos colectivos (apartado 1.B); asimismo, se ofrecerán algunas sugerencias sobre la incidencia de la globalización en la concepción universal de los derechos humanos y en la protección de las identidades culturales (apartado 1.C). En un segundo apartado se tratará de mostrar, al hilo de los Documentos de Naciones Unidas, cómo tanto el reconocimiento del derecho a la propia identidad cultural (apartado 2.A) como el carácter universal e indivisible de los derechos humanos (apartado 2.B), están presentes en la labor de defensa de los derechos del hombre, y qué conclusiones pueden extraerse en orden a ofrecer soluciones a

Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, vol. 5, 2. ed., 2000, parágr. 117, p. 550.

⁸ Sobre el tema en nuestro Derecho, véase, por todos, J. BILBAO UBILLOS, *La defensa de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1997.

⁹ Cfr.: A. VEGA GUTIÉRREZ, *Globalización y políticas familiares*, Pamplona, 2002.

¹⁰ Pueden verse al respecto, por ejemplo, las referencias de OIDEL (Droit à l'éducation et liberté d'enseignement). Interventions devant la Commission des droits de l'homme 2002/2003.

¹¹ B. GONZÁLEZ MORENO, *Estado de cultura...*, p.109 sobre la dimensión cultural del desarrollo, recogiendo los documentos de La Comisión Mundial de Cultura y desarrollo, quien afirma que todas las formas de desarrollo, incluido el desarrollo humano, están determinadas por elementos culturales.

los problemas planteados en el inicio de este trabajo (apartado 3.A). Se dedicará después la atención a las vías jurídicas de las que disponen los Estados para cumplir su responsabilidad u obligación de respetar y promover los derechos humanos y la diversidad cultural. En este ámbito se fija la atención en el papel que está llamado a jugar el viejo concepto de «orden público» en los ordenamientos internos (apartado 3.A), y la vuelta la «ley personal» para el adecuado tratamiento de algunos problemas que suscita el multiculturalismo (apartado 3.B). Por último, se ofrecen unas consideraciones conclusivas y de perspectiva futura (apartado 4).

A) Objeto de protección: ¿la dignidad de la persona o la diversidad cultural?

El punto de partida, en el que necesariamente se ha de radicar la posible solución de un eventual conflicto entre ambas notas (diversidad *versus* universalidad) —o si se prefiere, expresado en otros términos: derecho a la propia identidad *versus* derecho a la igualdad—, es la dignidad de la persona humana. La condición humana está así puesta entre dos polos —el universal y el particular— en una tensión vital singularmente fecunda, cuando se ve de modo equilibrado y armónico¹². Si la unidad de naturaleza hace a todos los hombres miembros de una sola y de la misma comunidad, el carácter histórico de la condición humana lo confía de manera más intensa a grupos particulares: desde la familia a las naciones. Desde esta concepción, el fundamento de los derechos de las naciones es la propia persona humana. En este sentido, estos derechos no son otros que los derechos del hombre considerados en el nivel específico de la vida comunitaria. El primero de estos derechos es el derecho a la existencia, que implica para todas las naciones, el derecho a la propia lengua y el derecho a la propia cultura, porque gracias a ellas un pueblo se expresa y ejerce su singular soberanía¹³.

Si los derechos de la nación expresan las exigencias de la particularidad, es igualmente importante señalar las exigencias de la universalidad, con los derechos que de ella se derivan para cada nación respecto de las demás y de la humanidad. El primero de todos estos deberes es el de vivir con una voluntad de paz, respetuosa y solidaria con respecto a los demás. Enseñar a las generaciones jóvenes a vivir su propia identidad en la diversidad es un objetivo prioritario de la educación para la cultura, sin que se pueda utilizar la religión para fines políticos que le son extraños¹⁴.

¹² Documento del Consejo Pontificio de la Cultura, de 23 de mayo de 1999, Para una pastoral de la Cultura, en P. ARNOLDI/P. BRANCA/A. COLOMBO/M. SANTERI, (eds.), *Il Magistero della Chiesa sulla multiculturalità*, Milano, 2001, p. 197.

¹³ Documento del Consejo Pontificio de la Cultura, de 23 de mayo de 1999, *Ibidem*, p. 197.

¹⁴ Documento del Consejo Pontificio de la Cultura, de 23 de mayo de 1999, *Ibidem*, p. 197.

De modo contrario al nacionalismo, que expresa desprecio, cuando no clara aversión, por otras naciones y culturas, el patriotismo es el amor a la propia cultura y el servicio legítimo al propio país, tan lejano del cosmopolitismo como del nacionalismo cultural¹⁵.

La identidad individual es también y necesariamente identidad social¹⁶. De ahí que el ser humano sólo sea capaz de alcanzar su plena realización en el marco de un determinado grupo social, que posee una cultura común¹⁷. Por ello, tiene derecho a la protección de su identidad cultural, o dicho de otro modo, a la protección de la cultura del grupo social al que pertenece¹⁸. Esto no supone en modo alguno que de la existencia de diversos grupos culturales y de la pertenencia efectiva del hombre a ellos se deduzca que hay un deber de respeto a todas las culturas¹⁹. Sólo hay un deber de respeto a las diversas culturas en la medida en que el ser humano se realiza en ellas²⁰. De ahí que aquellas manifestaciones culturales que suponen un obstáculo para la realización del hombre como persona, no exigen un deber de respeto (por ejemplo, la esclavitud o el canibalismo). En suma, conviene insistir, a mi juicio, que siempre en primer término se sitúa la persona.

B) Los derechos colectivos

De lo que hemos dicho hasta ahora, no se deduce necesariamente que el derecho a la protección de la cultura sea de carácter individual²¹. Conviene preguntarse si existen los derechos colectivos de grupos con una identidad cultural, étnica o religiosa minoritaria que tengan una naturaleza distinta de los derechos subjetivos y cuáles serían las posibles características de estos derechos. Podría tratarse de derechos individuales que requieren acciones específicas para su protección; o bien, habría que pensar que

¹⁵ Documento del Consejo Pontificio de la Cultura, de 23 de mayo de 1999, *ibidem*, p. 197.

¹⁶ A. L. MARTÍNEZ PUJALTE, «Derechos humanos e identidad cultural. Una posible conciliación entre interculturalidad y universalidad», en *Persona y Derecho*, 38, 1998, p. 123 y J. DE LUCAS, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia en una sociedad plural*, Madrid, 1994, pp. 62 y ss.

¹⁷ A. L. MARTÍNEZ PUJALTE, *Derechos humanos e identidad cultural...*, p. 124.

¹⁸ A. L. MARTÍNEZ PUJALTE, *Derechos humanos e identidad cultural...*, p. 124.

¹⁹ A. L. MARTÍNEZ PUJALTE, *Derechos humanos e identidad cultural...*, p. 124.

²⁰ Aquellas manifestaciones culturales que supongan un menoscabo de la dignidad humana no merecen ser protegidas (Garzón Valdés, Martínez Pujalte). En cambio, J. de Lucas, entiende que si la dignidad humana se establece como límite de la diversidad cultural, entonces las distintas culturas quedan reducidas al folklore.

²¹ Esta es la opinión de A. L. MARTÍNEZ PUJALTE, *Derechos humanos e identidad cultural...*, p. 127.

estamos ante derechos que por su contenido tienen una referencia a la pertenencia a un grupo concreto²².

Para algunos liberales, del mismo modo que debe haber separación entre Estado y Religión, el Estado debe vivir al margen de las diversas culturas presentes en su territorio²³. Por su parte, Habermas niega el derecho al reconocimiento jurídico de derechos colectivos²⁴. En cambio, C. Taylor señala que la democracia «ciega» frente a las diferencias culturales es injusta, porque lo diferente debe ser tratado de manera diferente (p. ej.: los indígenas)²⁵. Una posición de estricta igualdad, haciendo caso omiso de las diferencias, no es «la» democracia, es una «concepción» de la democracia²⁶. En el mismo sentido, Kymlicka admite los derechos basados en una ciudadanía diferenciada para grupos con unos derechos o fines comunes (especiales para ese grupo)²⁷. En esta propuesta, no obstante, se respeta la libertad personal de los miembros de ese grupo cultural. Para ello distingue entre restricciones externas y restricciones internas²⁸, y entre Estados multinacionales —la diversidad cultural surge de la incorporación de culturas que anteriormente poseían y estaban concentradas en un Estado de territorio más extenso— y poliétnicos —la diversidad cultural surge de la inmigración individual y familiar²⁹. A juicio de Kymlicka, puesto que la inmigración es voluntaria, no se pueden reclamar los mismos derechos en los Estados multiétnicos que en los multinacionales. En suma, si el liberalismo ha entendido siempre que la base de una sociedad democrática es el respeto a los derechos individuales, Kymlicka entiende que esto hoy es insuficiente, que se ha de respetar también la libertad de los distintos grupos culturales³⁰. Kymlicka sostiene que dentro de los derechos individua-

²² Esta idea de derechos individuales, pero con ciertas peculiaridades es la que parece estar presente en el texto del Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos: «En los Estados en que existan minorías étnicas raciales 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». Sobre las referencias a la identidad cultural en la DUDH y el Pacto de Derechos civiles y políticos, cfr.: M. ELÓSEGUI ITXASO, *El derecho a la igualdad y a la diferencia. El Republicanismo intercultural desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, 1998, pp. 413-418.

²³ Para un resumen de estas posturas, véase M. ELÓSEGUI ITXASO, *El derecho a la igualdad y a la diferencia...*, p. 214. Cfr. también desde un punto de vista crítico hacia es pretendida neutralidad cultural del Estado, J. de Lucas, *Globalización e identidades...*, pp. 71-72.

²⁴ Cfr. la síntesis de M. ELÓSEGUI ITXASO, *El derecho a la igualdad y a la diferencia...*, p. 205

²⁵ C. TAYLOR, *Multiculturalism. Différence et démocratie*, París, 1994, p. 63.

²⁶ A. FERNÁNDEZ, «Los presupuestos del diálogo intercultural», en *Oidel Working Papers*, núm. 6, Génève, s.a., p. 7

²⁷ W. KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural...*, pp. 46 y ss.

²⁸ W. KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural...*, pp. 58 y ss.

²⁹ W. KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural...*, pp. 26 y ss.

³⁰ W. KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural...*, pp. 207-209. Cfr. la síntesis de este autor en M. ELÓSEGUI ITXASO, *El derecho a la igualdad y a la diferencia...*, pp. 213 y ss.

les está el derecho a elegir la cultura en la que se quiere mantener la propia vida³¹.

La pretensión de que los ciudadanos sean «culturalmente neutrales» en la vida pública y manifiesten su identidad cultural en la vida privada es una utopía³². Según la ciudadanía diferenciada que propone Kymlicka, el Estado tiene obligación de adoptar medidas específicas en función de la pertenencia a distintos grupos, con objeto de acomodar las diferencias nacionales y étnicas. Propone que se le reconozcan tres tipos de derechos: el derecho de autogobierno, derechos poliétnicos (apoyo financiero y protección legal para determinadas prácticas...) y derechos especiales de representación (escaños garantizados para grupos étnicos)³³. En la doctrina española, también se ha propuesto la personificación (atribución de personalidad jurídica a determinados grupos, en concreto a las minorías étnicas), como técnica, que les permite el ejercicio de los derechos en cuanto pertenecientes a un grupo³⁴.

Actualmente la mayoría de los instrumentos internacionales tienen como soporte la idea de los derechos individuales pertenecientes a las minorías, más que los derechos de los grupos, basándose en una concepción liberal de los derechos humanos³⁵. Una primera dificultad, ciertamente no pequeña, para poder hablar de derechos colectivos de las minorías culturales o religiosas estriba en que el propio concepto de minoría no tiene unos perfiles nítidos³⁶, aunque pueda hablarse de un consenso internacional en torno a que la existencia de una minoría es una situación de hecho, cuya calificación escapa, en principio, al Estado territorial y que posee relevancia jurídica internacional³⁷. Pero toda vez que la pertenencia a la minoría incluye tanto elementos objetivos como subjetivos —esto es, en qué medida el propio sujeto perteneciente a una minoría se siente o no miembro de ella— se dificulta notablemente la regulación de cualquier relación jurídica. Como es sabido, toda relación jurídica entraña una relación de justicia,

³¹ M. ELÓSEGUI ITXASO, *El derecho a la igualdad y a la diferencia...*, p. 213. J. de Lucas, *Globalización e identidades...*, p. 73.

³² M. ELÓSEGUI ITXASO, *El derecho a la igualdad y a la diferencia...*, p. 214.

³³ Cfr. *infra* algunas medidas de este tipo que se recogen en textos constitucionales europeos.

³⁴ J. DE LUCAS, *El desafío de las fronteras...*, pp. 206 y ss.

³⁵ E. RELAÑO PASTOR, *La protección internacional de las minorías religiosas*, Madrid, 2003, p.58 siguiendo a P. COMANDUCCI, «La imposibilidad de un comunitarismo liberal», en L. PRIETO SANCHIS, (coord.), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos*, Cuenca, 1996, pp. 11 y ss.

³⁶ E. RELAÑO PASTOR, *La protección internacional de las minorías religiosas*, Madrid, 2003, pp. 57 y ss. J. M. CONTRERAS MAZARÍO, *Las Naciones Unidas y la protección de las minorías religiosas. De la tolerancia a la interculturalidad*, Valencia, 2004, pp. 65 y ss.

³⁷ E. RELAÑO PASTOR, *La protección internacional...*, p. 59 siguiendo a L. M. MARIÑO, «Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos humanos de las minorías y de sus miembros», en L. PRIETO SANCHIS (coord.), *Tolerancia y minorías...*, p. 72.

y resulta difícil construir una relación así, cuando tiene su base en el sentimiento subjetivo del titular del derecho³⁸.

C) Universalidad y Globalización

Con el término globalización suele hacerse referencia a la existencia de una interdependencia entre los diversos lugares del mundo y entre las diferentes sociedades civiles hasta el punto de colocarlas, al menos potencialmente, en un destino común. Este singular fenómeno social resulta en progresiva e imparable expansión y comporta —incluso a través de la superación de las fronteras físicas convencionales— el tejido gradual de una red de vínculos y nexos peculiares que aparecen a veces como absolutamente indispensables para el desarrollo normal y cotidiano de la vida humana³⁹. Ello supone la «transferencia» de los poderes del Estado al «mercado». El progresivo trasvase de autoridad en el plano subjetivo comporta significativas consecuencias en la esfera institucional y existencial de los diversos sistemas sociales⁴⁰.

En un sector doctrinal, se tiende a dar por supuesto que la valoración de la diversidad cultural se identifica con el Estado nacional y la soberanía en sentido clásico⁴¹, pero eso me parece un error, el único modo de valorar la propia identidad cultural y la diversidad cultural de todos, no es la soberanía en sentido clásico y el Estado-nación⁴². Entre otras razones, porque la vieja fórmula del Estado nación no parece hoy aplicable a la sociedad intercultural, entendiéndola por tal a aquella caracterizada por la convivencia e integración armónica entre las diversas culturas⁴³.

Por otra parte, pienso que el fenómeno de la globalización no deja de ser viejo, en la medida en que también en otros momentos históricos (imperio romano) se ha producido una unificación del mundo entonces conocido, con ciertas características de unidad y con diferencias nacionales también detectables. A estos momentos de cierta globalización luego han seguido momentos de exaltación de lo peculiar. Por ello, estimo que ni el fenómeno de la globalización es del todo nuevo, ni quizá la globalización

³⁸ Sobre la relevancia jurídica del criterio subjetivo, véase, por todos, M. MORLOK, *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, Tübingen, 1993.

³⁹ Esta definición está tomada de P. LILLO, *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso. Saggi di riflessione*, Torino, 2002, p. 163. Sobre el tema, cfr.: I. CLARK, *Globalizzazione e frammentazione: Le relazioni internazionali nel XX secolo*, Bologna, 2001.

⁴⁰ P. LILLO, *Globalizzazione del diritto...*, p. 163.

⁴¹ P. LILLO, *Globalizzazione del diritto...*, p. 164.

⁴² Sobre la crisis del concepto clásico de soberanía, cfr. las interesantes consideraciones de M. RICCA, *Metamorfosi della sovranità e ordinamenti confessionali. Profili teorici dell'integrazione tra ordinamenti del Diritto ecclesiastico italiano*, Torino, 1999, pp. 9-60.

vaya a conducir a una uniformidad cultural definitiva. Ello, entre otras razones, porque ninguna cultura es estática e inmutable⁴⁴.

El fenómeno de la globalización viene siendo valorado tanto como un factor que facilita la comprensión universal de los derechos, como simultáneamente un causante de fragmentación social acelerada⁴⁵. Produce, a modo de ejemplo, el debilitamiento de la identidad cultural de las minorías o los grupos indígenas⁴⁶. Se ha señalado que «la asimilación gradual de valores y patrones de conducta comunes refuerza la universalidad de los derechos humanos, contribuye a eliminar prácticas culturales tradicionales que atentan contra la libertad o la dignidad de las personas y refuerza los vínculos y las relaciones culturales entre los pueblos del mundo»⁴⁷. De las tres ideas apuntadas, discrepo de que la globalización conlleve la eliminación de prácticas tradicionales que atentan contra la dignidad de las personas; en cambio, sí me parece que la cultura que promueve la globalización tiene efectos directos sobre la concepción y la aplicación de los derechos humanos⁴⁸.

De hecho, en uno de los informes del grupo de trabajo sobre el derecho al desarrollo en su cuarto período de sesiones, se afirmaba que «las repercusiones de la mundialización en la realización del derecho al desarrollo no son claras, aunque el aumento de las disparidades y desigualdades es una característica común de la mundialización en muchos países. No hay una relación estadística clara entre los indicadores sobre la mundialización y los índices de desarrollo humano o los indicadores que reflejan los derechos humanos concretos (...). Otra importante consecuencia es la pérdida de autonomía en los instrumentos normativos. En la mayoría de los casos, la mundialización significa una pérdida de ingresos para el Estado a causa de la reducción de los aranceles y los impuestos, lo que se traduce en una reducción del gasto público, especialmente en el sector social. La cooperación internacional pasa a ser especialmente importante en este contexto, ya que los recursos internos por sí solos no bastan»⁴⁹. La mayoría

⁴³ A. L. MARTÍNEZ PUJALTE, *Derechos humanos e identidad cultural...*, p. 133.

⁴⁴ B. GONZÁLEZ MORENO, *Estado de cultura...*, p. 110.

⁴⁵ R. NAVARRO-VALLS, «Los Estados frente a la Iglesia», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1993, p. 18. Esforzándose por una mayor unión entre las personas, la sociedad y la nación, se contribuirá a paliar los efectos negativos de la globalización, como el dominio de los más fuertes sobre los más débiles, especialmente en el campo económico, y la pérdida de los valores de las culturas locales en favor de una mal entendida homogeneización (Documento del Consejo Pontificio de la Cultura, de 23 de mayo de 1999, *Ibidem*, p. 199 y en *Ecclesia in America*, n. 55).

⁴⁶ B. GONZÁLEZ MORENO, *Estado de cultura...*, pp. 112-113.

⁴⁷ B. GONZÁLEZ MORENO, *Estado de cultura...*, p. 112.

⁴⁸ B. GONZÁLEZ MORENO, *Estado de cultura...*, p. 111.

⁴⁹ Informe del grupo de trabajo de composición abierta sobre el derecho al desarrollo acerca de su cuarto período de sesiones, Ginebra, 3-14 de febrero de 2003 (E/CN.4/2003/26), resumen de las deliberaciones párr. 32, informe presentado por el experto independiente.

de este grupo de trabajo convino en que «la mundialización es una realidad que no se puede escamotear y algunos subrayaron la necesidad de integrar todos los derechos humanos en el proceso de desarrollo y de promover el derecho al desarrollo como derecho específico»⁵⁰.

Se ha pretendido fundamentar la crisis de la universalidad de los derechos humanos en el dato de que no se dan las condiciones socio-económicas que permitan hablar de un universalismo jurídico⁵¹. Sin embargo, la universalidad arranca de la igual dignidad de la persona humana, sea cual sea su raza, cultura, religión, lengua, etc. Por ello, ni puede decirse que la universalidad de los derechos humanos sea un resultado de la globalización, ni basta afirmar que la universalidad es simplemente una característica formal, sin contenido material alguno. En mi opinión, del mismo modo que no basta una igualdad formal, tampoco resulta suficiente una universalidad formal, como afirman los críticos (Hare, Alexy)⁵². Si la universalidad de los derechos humanos fuera simplemente formal, o dependiera de factores externos al hombre como el fenómeno de la globalización, carecería de sentido profundo tanto el deber de promocionar y respetar la diversidad cultural a través de la educación, como la prohibición de alegar la diversidad cultural para eximirse del cumplimiento de alguno o algunos derechos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

2. ASPECTOS MÁS RELEVANTES EN LAS FUENTES INTERNACIONALES SOBRE MULTICULTURALISMO O DIVERSIDAD CULTURAL Y SOBRE UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS

En los documentos de Naciones Unidas, se aprecia, por una parte, tanto una clara afirmación de la universalidad de los derechos humanos, como, por otra, una voluntad decidida de protección y garantía de la propia identidad cultural, y en consecuencia de la diversidad cultural. Si bien se ha puesto de manifiesto que el denominador común que aparece en bastantes de los recientes documentos⁵³ es que la diversidad cultural no se considera

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 34.

⁵¹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «Derechos humanos, Diversidad cultural y Derecho internacional Privado», en *Revista de Derecho Privado*, jul-agost., 1998, p. 543, siguiendo a Belvisi.

⁵² A. KAUFMANN, «La universalidad de los derechos humanos. Un ensayo de fundamentación», en *Persona y Derecho*, 38, 1998, pp. 13-14.

⁵³ A modo de ejemplo, A. FERNÁNDEZ, «Los presupuestos del diálogo intercultural», en *Oidel Working Papers*, núm. 6, Genève, s.a., p. 3, cita que la Comisión de Derechos Humanos ha adoptado una resolución sobre los Derechos Culturales. En la línea de favorecer el diálogo intercultural, sirvan también de ejemplo, la Declaración y programa de acción de Naciones Unidas para la cultura de la Paz, La Declaración del Milenio (2000), La Declaración de la 44 Conferencia Internacional de Educación (2001), la Declaración universal de la UNESCO sobre la Diversidad cultural (2001) y el programa mundial para el diálogo de las civilizaciones (2001).

como algo negativo (origen de conflictos) sino algo positivo, «patrimonio común de la Humanidad», en palabras del Programa de Acción de las Naciones Unidas para el diálogo entre las civilizaciones.

No obstante, también hay que decir que en los documentos que son un referente obligado, cuando hay que señalar dónde se recoge el carácter universal de los derechos humanos, se hacen inequívocas referencias a la identidad cultural⁵⁴, como es el caso del documento final de la Conferencia de Viena⁵⁵. Al mismo tiempo, los instrumentos más emblemáticos destinados a garantizar la diversidad cultural, no dejan por ello de anotar —como no podía ser de otro modo— que su contenido debe interpretarse en conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, que parte en todo momento de la conciencia del carácter universal de estos derechos, como expresa su propio texto. Así pues, a continuación se hará referencia, sin pretensión de exhaustividad, a ambos tipos de documentos, destacando aquellos aspectos que nos parecen de mayor interés.

A) Derecho al reconocimiento de la propia identidad cultural

El valor de la diversidad cultural queda destacado en la Declaración del Milenio, afirmándose que «...los seres humanos se deben respetar mutuamente, en toda su diversidad de creencias, culturas e idiomas. No deben temer ni reprimir las diferencias dentro de las sociedades ni entre éstas; antes bien, deben apreciarse como preciados bienes de la humanidad. Se debe promover activamente una cultura de paz y de diálogo entre todas las

⁵⁴ LA Conferencia mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena 14-25 de junio de 1993 (A/CONF. 157/23), elaboró una Declaración en la que se exponen en subapartados distintos los aspectos relativos a las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, las poblaciones indígenas (párr. 28-32) y los trabajadores migratorios (párr. 33-35). Así mismo en este documento, se contienen afirmaciones como las que se expresan en el párr. 25: «La Conferencia mundial de Derechos Humanos pide a la Comisión de Derechos Humanos que examine los medios de promover y proteger eficazmente los derechos de las personas pertenecientes a minorías enunciadas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas», en el párr. 26: «La Conferencia mundial de Derechos humanos insta a los Estados y a la comunidad internacional a promover y proteger los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas de conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas», y en el párr. 27: «Las medidas que deben adoptarse, abarcarán, cuando proceda, la facilitación de la plena participación de esas minorías en todos los aspectos de la vida política, económica, social religiosa y cultural de la sociedad y en el progreso y el desarrollo de su país». Todas estas afirmaciones suponen un claro reconocimiento de la necesidad de proteger las peculiaridades culturales, dentro de un documento que es quizá el exponente más señalado de la afirmación de la universalidad de los derechos humanos.

⁵⁵ M. ELÓSEGUI ITXASO, *El derecho a la igualdad y a la diferencia...*, pp. 419 y ss.

civilizaciones»⁵⁶. Dentro de este mismo documento, la diversidad se protege atendiendo a grupos diversos como las minorías o los trabajadores inmigrantes⁵⁷.

Entre los modos concretos a través de los cuales viene desarrollándose esta protección de Naciones Unidas a la propia identidad cultural, pueden citarse al menos los siguientes núcleos: los pueblos indígenas⁵⁸, las minorías étnicas culturales y religiosas⁵⁹ y la lucha contra la discriminación racial y la xenofobia. Naturalmente referencias a la protección de estos grupos, se encuentran también con ocasión de otros documentos cuyo objeto es la protección de los emigrantes, los niños, o en temáticas específicas como la protección de la mujer⁶⁰, el derecho al desarrollo⁶¹ o la educación.

⁵⁶ Declaración del Milenio, Resolución aprobada por la Asamblea General (A/55/L.2), el párr. 6, de donde tomamos la cita, va encabezado por unos términos tan solemnes como los que se recogen a continuación: «Consideramos que determinados valores fundamentales son esenciales para las relaciones internacionales en el siglo XXI: (...)».

⁵⁷ Declaración del Milenio, párr. 25: «Decidimos (...): Aumentar en todos nuestros países la capacidad de aplicar los principios y las prácticas de la democracia y del respeto de los derechos humanos, incluidos los de las minorías. (...) Adoptar medidas para garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes, los trabajadores migratorios y sus familias, eliminar los actos de racismo y xenofobia cada vez más frecuentes en nuestras sociedades y promover una mayor armonía y tolerancia en todas las sociedades».

⁵⁸ Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas de 31 de marzo de 1995 (A/49/882-S/1995/256, anexo./). Resulta también muy enriquecedora al respecto la consulta de los compromisos relativos a los derechos humanos contenidos en el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, como elemento que ha contribuido a la paz en Guatemala (párr. 9 de la Resolución relativa a la situación en Centroamérica: procedimientos para restablecer la paz firme y duradera, y progresos para la configuración de una región de paz, libertad, democracia y desarrollo, A/RES/ 50/132, 12 de febrero de 1996).

⁵⁹ Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General en su Resolución 47/135, del 18 de diciembre de 1992: «Considerando que la promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas contribuyen a la estabilidad política y social de los Estados en que viven...» (...) «Subrayando que la promoción y la realización constantes de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, como parte integrante del desarrollo de la sociedad en su conjunto y dentro de un marco democrático basado en el imperio de la ley, contribuirían al robustecimiento de la amistad y la cooperación entre los pueblos y los Estados». En el mismo sentido, la Convención-marco del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales de 10 de Noviembre de 1994.

⁶⁰ En este sentido, por ejemplo, las afirmaciones de la Declaración sobre eliminación de la violencia contra la mujer (A/RES/48/104), aprobada por la Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre de 1993, en el preámbulo: la Asamblea General, «preocupada por el hecho de que algunos grupos de mujeres pertenecientes a minorías, las mujeres indígenas, las refugiadas, las mujeres migrantes, las mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas, las mujeres indigentes, las mujeres recluidas en instituciones o detenidas, las niñas, las mujeres con discapacidades, las ancianas y las mujeres en situaciones de conflicto armado son particularmente vulnerables a la violencia». En la misma línea, por ejemplo, la Declaración de

Así, en documentos específicos de la lucha contra el racismo, se encuentran referencias al valor de la cultura de las poblaciones indígenas. El párr. 2 de uno de los documentos de la Conferencia mundial contra el Racismo, la discriminación racial, la xenofobia, y las formas conexas de intolerancia, celebrada en Durban (Sudáfrica), del 31 de agosto, al 7 de septiembre de 2001, «afirma su convicción del valor y la diversidad de las culturas y formas de organización social de las poblaciones indígenas, y afirma que el desarrollo de éstas en sus propios países contribuirá al adelanto socioeconómico, cultural y ambiental de todos los países del mundo»⁶². Asimismo, «alienta a los gobiernos a que apoyen el Decenio (de poblaciones indígenas) mediante: (...) b) la búsqueda, en consulta con las poblaciones indígenas, de medios de darles más responsabilidad en sus propios asuntos y una voz efectiva en la adopción de decisiones sobre cuestiones que les afectan; c) El establecimiento de comités u otros mecanismos nacionales en los que participen las poblaciones indígenas para que los objetivos y actividades del decenio se planifiquen y ejecuten sobre la base de una plena colaboración con esas poblaciones»⁶³.

B) Carácter universal e indivisible de los derechos humanos

La Proclamación de Teherán, de 13 de mayo de 1968 reafirma en su Preámbulo la solidaridad y la interdependencia del género humano, seña-

Compromisos a favor de las poblaciones afectadas tanto por el desarraigo como por los conflictos y la extrema pobreza, aprobada en México, D.F., el 29 de junio de 1994.

⁶¹ Informe del grupo de trabajo de composición abierta sobre el derecho al desarrollo acerca de su cuarto período de sesiones, Ginebra, 3-14 de febrero de 2003 (E/CN.4/2003/26), resumen de las deliberaciones párr. 47, «Se llamó la atención sobre las estrategias y los resultados de algunos países particulares en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, como modelos que podrían ser útiles para promover el derecho al desarrollo. Se invitó al experto independiente a prestar más atención a la cuestión de las minorías y los indígenas, por una parte, y a las cuestiones de género por otra». En el seno del Consejo Económico y Social también se aborda la cuestión del derecho al desarrollo y las minorías, así Informe del grupo de trabajo de composición abierta sobre el derecho al desarrollo acerca de su cuarto período de sesiones, Ginebra, 3-14 de febrero de 2003 (E/CN.4/2003/26), resumen de las deliberaciones párr. 23: «El Minority Rights Group International (MRGI) y el Movimiento Indio «Tupaj Amaru» expresaron su pesar de que los informes del experto independiente nunca hayan abordado la cuestión de los derechos de las minorías y de los pueblos indígenas y su papel en el proceso de desarrollo que, a veces, excluye y margina aún más a estos grupos. Desde una perspectiva de prevención de los conflictos, este tema es fundamental y se invitó al experto independiente a prestar más atención a esta cuestión y a fomentar a ese efecto la utilización de los indicadores desglosados para facilitarlos. (...) El MRGI solicitó que el grupo de trabajo pidiera al experto independiente que preparase un informe sobre la vinculación entre el derecho al desarrollo y los derechos de las minorías y los pueblos indígenas» (...).

⁶² Resolución aprobada por la Asamblea General (A/RES/56/140), 15 de febrero de 2002.

⁶³ *Ibidem*, párr. 7.

lando expresamente como «indispensable que la comunidad internacional cumpla con su solemne obligación de fomentar y alentar el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales para todos, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u opiniones políticas o de cualquier otra índole»⁶⁴. Pero es sobre todo en el párr. 2, donde aparece la inequívoca afirmación de la universalidad de los derechos humanos: «La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional»⁶⁵. Este documento insiste, asimismo, en el carácter indivisible de los derechos: «Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social»⁶⁶.

También la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, se ha expresado en términos que no dejan lugar a dudas: «Todos derechos humanos y las libertades fundamentales son universalmente indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí, debiéndose promover y aplicar de manera justa y equitativa, sin perjuicio de la aplicación de cada uno de esos derechos y libertades»⁶⁷.

A mi juicio, estas dos notas características de los derechos humanos (universalidad e indivisibilidad) ponen de manifiesto que éstos emanan de la dignidad de la persona y no de la pertenencia a una u otra cultura.

C) Síntesis conclusiva

Las referencias de los documentos de Naciones Unidas a peculiaridades en la protección de determinados grupos, no deben ser interpretadas, como un debilitamiento del carácter universal de los derechos humanos,

⁶⁴ Proclamación de Teherán, párr. 1.

⁶⁵ Proclamación de Teherán, el párr. 11: «La notoria denegación de los derechos humanos derivada de la discriminación por motivos de raza, religión, creencia o expresión de opiniones ofende a la conciencia de la humanidad y pone en peligro los fundamentos de la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo;»

⁶⁶ Proclamación de Teherán, párr. 13.

⁶⁷ Preámbulo de la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (A/RES/53/144).

sino más bien como un medio para proteger a determinados grupos de personas que son más vulnerables o experimentan mayores dificultades para el ejercicio de sus derechos en atención a sus circunstancias.

3. POSIBLES VÍAS JURÍDICAS DE SOLUCIÓN POR PARTE DE LOS ESTADOS. RETOS PARA LA FUNDAMENTACIÓN DE SU DERECHO

«El Derecho interno, en cuanto concuerda con la Carta de las Naciones Unidas y otras obligaciones internacionales del Estado en la esfera de los derechos humanos y las libertades fundamentales, es el marco jurídico en el cual se deben materializar y ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales y en el cual deben llevarse a cabo todas las actividades a las que se hace referencia en la presente Declaración para la promoción, protección y realización efectiva de esos derechos y libertades»⁶⁸. Así se expresaba la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos⁶⁹, y puede decirse que esta afirmación es extensible a todos los documentos de Naciones Unidas relativos a la protección de los Derechos humanos, pues en definitiva, al ser los Estados los sujetos típicos del Derecho Internacional público, son ellos también los principales destinatarios de las eventuales obligaciones o responsabilidades que se deriven de los instrumentos internacionales. Entre estas responsabilidades, se señala que «incumbe al Estado la responsabilidad de promover y facilitar la enseñanza de los Derechos humanos y las libertades fundamentales en todos los niveles de la educación, y de garantizar que los que tienen a su cargo la formación de abogados, funcionarios encargados del cumplimiento de la ley, personal de las fuerzas armadas y funcionarios públicos incluyan en sus programas de formación elementos apropiados de la enseñanza de los derechos humanos»⁷⁰. Aunque también «los particulares, las organizaciones no gubernamentales y las instituciones pertinentes tienen la importante misión de contribuir a sensibilizar al público sobre las cuestiones relativas a todos los derechos humanos y las libertades fundamentales mediante actividades de enseñanza, capacitación e investigación en esas esferas con el objeto de fortalecer, entre otras cosas, la comprensión, la tolerancia, la paz y las relaciones de amistad entre las naciones y entre los grupos raciales y religiosos, teniendo en cuenta las

⁶⁸ Art. 3 (A/RES/53/144).

⁶⁹ «Destacando que la responsabilidad primordial y el deber de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales corresponde al Estado...». del Preámbulo (A/RES/53/144). En el mismo sentido el art. 2 de esta Declaración.

⁷⁰ Art. 15 (A/RES/53/144).

diferentes mentalidades de las sociedades y comunidades en las que llevan a cabo sus actividades»⁷¹.

En materia de protección de minorías nacionales, étnicas, culturales y lingüísticas, los documentos internacionales hacen recaer la responsabilidad sobre los Estados⁷². Esta responsabilidad se extiende tanto al resultado —proteger su existencia e identidad, y que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos sus derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna y en plena igualdad ante la ley— como a los medios: «Los Estados adoptarán las medidas apropiadas legislativas y de otro tipo, para lograr esos objetivos». Ello no obsta, para que se reconozcan también los deberes de la persona dentro de la comunidad a la que pertenece⁷³.

A) El papel del «orden público» en los ordenamientos internos

Los documentos tanto de Naciones Unidas como del Consejo de Europa para la protección de minorías culturales hemos visto que imponen claras responsabilidades a los Estados, y que, por tanto, tienen relevancia en la llamada dimensión interna; esto es, en el seno del ordenamiento jurídico de un Estado⁷⁴.

A su vez, la disparidad entre ordenamientos revitaliza el interés por el orden público como técnica para limitar la aplicación del Derecho extranjero. Así, instituciones como la poligamia o el repudio, pueden ser consideradas contrarias a los fundamentos de nuestro Derecho⁷⁵. Ahora bien,

⁷¹ Art. 16 (A/RES/53/144).

⁷² Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General en su Resolución 47/135, del 18 de diciembre de 1992:

«Art. 1.

1. Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para promoción de esa identidad.

2. Los Estados adoptarán las medidas apropiadas legislativas y de otro tipo, para lograr esos objetivos.

Art. 4.

1. Los Estados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos sus derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna y en plena igualdad ante la ley».

⁷³ A/RES/53/144:

«Art. 18.

1. Toda persona tiene deberes respecto de la comunidad y dentro de ella, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad

2. A los individuos, los grupos las instituciones y las organizaciones no gubernamentales les corresponde una importante función y una responsabilidad en la protección de la democracia, la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales y la contribución al fomento y progresos de las sociedades, instituciones y procesos democráticos».

esta idea marca al mismo tiempo el límite de aquellas otras peculiaridades culturales que no pueden cercenarse invocando el concepto de orden público interno⁷⁶. Así, pienso que difícilmente puede decirse que permitir que una niña musulmana lleve un *shador* a la escuela pone en peligro el orden público del ordenamiento interno del Estado. Sobre todo si se tienen en cuenta los límites que para el ejercicio de los derechos humanos se establecen en otros documentos como la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos: «En el ejercicio de los derechos y libertades enunciados en la presente Declaración, ninguna persona, individual o colectivamente, estará sujeta a más limitaciones que las que se impongan de conformidad con las obligaciones y compromisos internacionales aplicables y determine la ley, con el solo objeto de garantizar el debido reconocimiento y respeto de los derechos y libertades ajenos y responder a las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática» (art. 17)⁷⁷.

⁷⁴ A los documentos de carácter universal mencionados, cabe añadir La Convención-marco del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales de 10 de Noviembre de 1994, que tiene entre sus objetivos garantizar el respeto a la identidad propia de las minorías, en concreto, su religión, lengua, tradiciones y patrimonio cultural (art. 5). Cfr.: P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derechos humanos, Diversidad cultural...*, p. 545.

⁷⁵ Cfr. sobre la eficacia civil en España del repudio unilateral islámico R. NAVARRO VALLS, «Estatuto personal islámico y eficacia en Derecho español del repudio unilateral. (Comentario de la Res. de la DGR de 18.IX.1971)», en *Revista Española de Derecho Canónico*, 28, 1972, pp. 362 y ss. A. MOTILLA, en A. MOTILLA/P. LORENZO, *Derecho de familia Islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Madrid, 2002, pp. 160-168. Una aproximación a estas dos instituciones en el Derecho islámico, puede verse en S. ACUÑA LIROLA/R. DOMÍNGUEZ, «El estatuto del musulmán según el Derecho matrimonial islámico», en A. MOTILLA (coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Córdoba, 2003, sobre la poligamia (pp. 36-37) y sobre el repudio (pp. 59-64). Con carácter general, sobre la posición jurídica de la mujer en el Derecho matrimonial islámico, cfr: Z. COMBALÍA, «Estatuto de la mujer en el Derecho matrimonial islámico», en *Aequalitas*, 6, 2001, pp. 14 y ss. Sobre los límites de la aplicación de poligamia y repudio en occidente, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, cfr.: J. DÉPREZ, «Droit international Privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel», en *Recueil des Cours*, vol. 211, 1988, pp. 157 y ss.

⁷⁶ E. JAYME, «Identité culturelle et integration: le Droit international privé postmoderne. Cours general de droit international privé», en *Recueil des Cours*, vol. 251, 1995, pp. 227-228, ha señalado la relatividad del concepto de orden público. Señala asimismo este autor que hoy se evita en lo posible el recurso al orden público como excepción al juego normal de las reglas de los conflictos. Son sobre todo los principios generales básicos de un sistema de Derecho, los que se presentan como obstáculos para la aplicación de la ley extranjera (p. 228). El autor se refiere al Derecho extranjero, pero esa idea resulta aplicable, en mi opinión, a las peculiaridades culturales.

⁷⁷ Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones

El recuso al relativismo cultural y la controversia acerca de la universalidad de los Derechos humanos han servido para justificar la no aplicación de un instrumento convencional, formulándose reservas que llevan a subordinar la aplicación de determinadas disposiciones convencionales a la condición de que no contravengan el Derecho islámico⁷⁸. Esta práctica resulta inadmisibles en virtud del art. 19, c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Sí se considera posible, en cambio, el reconocimiento de ciertos efectos atenuados a instituciones en sí mismas inadmisibles⁷⁹. En todo caso, la doctrina niega cualquier tipo de relevancia jurídica a los particularismos culturales respecto a las normas de *ius cogens* en materia de derechos humanos⁸⁰.

La obligación de los Estados de respetar la diversidad cultural o la propia identidad cultural de las personas que habitan en su territorio, por una parte, y, por otra, el derecho a interponer la excepción del orden público interno, para garantizar los fundamentos del propio Derecho del Estado, obliga a los Estados occidentales a una reflexión más rigurosa, o si se prefiere a un esfuerzo de coherencia. Una consecuencia del multiculturalismo es la necesidad, a la que nos vemos abocados de replantearnos seriamente los fundamentos de nuestro Derecho, distinguiendo qué es verdaderamente importante y de aquello que no lo es tanto, y en consecuencia es transigible. Si en occidente nos negamos a reconocer instituciones como la poligamia o el repudio, estimo que ello nos obliga a hacer una profunda reflexión sobre situaciones de «divorcio continuado». Ciertamente, se puede aducir que queda en estos casos garantizada la igualdad entre los cónyuges y en la anterior no. Pero en el caso de la ley islámica se limita el número de esposas a aquellas que puedan mantenerse, mientras que los ordenamientos estatales no limitan el número de divorcios sucesivos por razones económicas.

B) La vuelta a la «ley personal»

Los países europeos, de tradición cristiana, tienen un crecimiento demográfico débil y reciben inmigración de personas provenientes de países

de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (A/RES/53/144).

⁷⁸ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derechos humanos, Diversidad cultural...*, pp. 542-543.

⁷⁹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derechos humanos, Diversidad cultural...*, p. 546. Sobre la moderación del concepto de orden público, como instrumento para atenuar esos efectos, cfr.: J. DÉPREZ, *Droit international Privé et conflits de civilisations...*, pp. 79 y ss.

⁸⁰ C. VILLÁN DURÁN, «Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVI, n. 2, 1994, pp. 514-515.

de tradición musulmana⁸¹. Los inmigrantes musulmanes encuentran en algunos países grandes dificultades de integración socio-cultural. Por otra parte, el hecho de haberse alejado de su comunidad tradicional produce con frecuencia el abandono de la práctica religiosa y de la identidad cultural⁸². La sociedad occidental europea es, en gran medida, una sociedad secularizada⁸³, pero ello no supone que sea una sociedad sin valores propios, ni insensible ante los valores de otras culturas. De ahí que sea deseable una leal colaboración con los musulmanes en el plano cultural. Esta colaboración puede consistir en una efectiva reciprocidad relaciones fructuosas con los países islámicos y con las comunidades musulmanas establecidas en países de tradición cristiana⁸⁴, mediante el reconocimiento del estatuto personal en aspectos relativos, sobre todo, al Derecho de familia⁸⁵, por lo que se refiere al Derecho privado. En el ámbito del Derecho público ya hay Constituciones europeas⁸⁶ que garantizan de un modo u otro la identidad

⁸¹ M. J. ROCA, «Las minorías islámicas. Aspectos jurídicos de su diversidad e integración desde una perspectiva comparada», en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, vol. 2, 2003, p. 310, aporta los datos comparativos de la inmigración islámica en diversos países europeos. Sobre la situación en España, cfr.: J. MANTECÓN, «El Islam en España», en *Conciencia y Libertad*, 13, 2001, pp. 57 y ss. Una completa exposición de los problemas que suscita la inmigración islámica en España, puede verse en Z. COMBALÍA, «Derecho islámico: ¿libertad o tolerancia religiosa?», en *Iustel. Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2, mayo 2003 (revista electrónica: www.iustel.com). IDEM, «Inmigración y tutela de los derechos de libertad religiosa en España», en J. OTADUY/E. TEJERO/A. VIANA, *Migraciones, Iglesia y Derecho*, Pamplona, 2003, pp. 151 y ss.

⁸² Documento del Consejo Pontificio de la Cultura, de 23 de mayo de 1999, *Ibidem*, p. 199.

⁸³ Documento del Consejo Pontificio de la Cultura, de 23 de mayo de 1999, *Ibidem*, p. 200. Aspectos positivos de la secularización: La secularización ha nacido precisamente en los países de tradición cristiana y tiene como valores propios la solidaridad, la abnegación, la libertad, la justicia, la igualdad entre el hombre y la mujer, la apertura de espíritu y el diálogo, la sensibilidad ecológica, entre otros... Conserva en gran medida los valores cristianos en los que tiene su origen, y ha nutrido de modo fecundo la reflexión teológica. Aspectos negativos del secularismo: supone una grave crisis cultural y espiritual, de la cual son signos una especie de nihilismo antropológico que reduce al hombre a sus instintos y tendencias.

⁸⁴ Documento del Consejo Pontificio de la Cultura, de 23 de mayo de 1999, *Ibidem*, p. 199.

⁸⁵ Acerca de la recepción del Derecho de familia islámico, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, cfr.: J. DÉPREZ, *Droit international Privé et conflits de civilisations...*, pp. 103 y ss. Sobre la recepción del estatuto personal islámico fuera de los Estados islámicos, *Ibidem*, pp. 142 y ss.

⁸⁶ Así, la Constitución de Hungría, en su art. 68, establece:

- «1. Las minorías étnicas y nacionales que habitan en la República de Hungría participan en la soberanía popular: representan una parte constitutiva del Estado.
2. La República de Hungría procurará la protección de las minorías étnicas y nacionales y asegurará su participación colectiva en los asuntos públicos, el desarrollo de sus culturas, el uso de sus lenguas nativas, la educación en sus lenguas nativas, y el uso de nombres en sus lenguas nativas.
3. Las leyes de la República de Hungría asegurarán la representación de las minorías étnicas y nacionales que habitan dentro del territorio.
4. Las minorías étnicas y nacionales tienen derecho a formar cuerpos locales y nacionales de autogobierno».

cultural a las diversas minorías presentes en el territorio del Estado. Pienso que se han dado pasos, aunque todavía sea necesario seguir avanzando, para el efectivo reconocimiento de la diversidad cultural, sin que ésta quede reducida al folklore.

«El ‘contenido esencial’, el ‘núcleo’ de los derechos humanos no es algo universal-abstracto ni relativo, sino algo *relacional*. De ello se deduce que la universalidad de los derechos humanos es una *magnitud histórica*»⁸⁷. Ello no significa que se introduzca la arbitrariedad en el reconocimiento de los derechos humanos; al contrario, la historicidad es un factor de ordenación objetivo para la fundamentación del Derecho»⁸⁸. Es decir, los

El texto puede verse en edición bilingüe (inglés y español) en A. M. VEGA GUTIÉRREZ (coord.), *Religión y libertades fundamentales en los países de Naciones Unidas: textos constitucionales*, Granada, 2003, pp. 481-482.

La Constitución de Eslovenia, en su art. 64, prescribe:

«1. Las comunidades étnicas autónomas italiana y húngara y sus miembros tienen garantizado el derecho a usar libremente de sus símbolos nacionales y, con el fin de preservar su identidad nacional, el derecho a constituir organizaciones para el fomento de actividades económicas, culturales y de investigación científica así como actividades en los medios de comunicación social y de publicidad. Estas dos comunidades étnicas tienen, en la medida en que se determine por el Derecho estatutario, el derecho a la educación escolar en su propia lengua, así como el derecho a planificar y desarrollar su propio currículo. El Estado regulará por Derecho estatutario las áreas geográficas en las que la educación bilingüe será obligatoria. Las comunidades étnicas autónomas italiana y húngara y sus miembros disfrutan del Derecho a mantener y fomentar contactos con otras comunidades italianas o húngaras que vivan fuera de Eslovenia y con Italia y con Hungría respectivamente. Eslovenia proporcionará ayuda económica y alentará el cumplimiento de estos derechos.

2. En aquellas áreas en que vivan comunidades étnicas italianas y húngaras, sus miembros tendrán el derecho de constituir organizaciones autónomas con el fin de ejercitar sus derechos a petición de las comunidades étnicas italianas y húngaras, el Estado podrá autorizar a sus respectivas organizaciones autónomas el desempeño de funciones específicas, las cuales se ejercerán a partir de ese momento ateniéndose a la jurisdicción del Estado y el Estado asegurará la provisión de recursos para el desempeño de esas funciones.

3. Las comunidades étnicas autónomas italiana y húngara estarán directamente representadas a nivel local y tendrán también representación en la Asamblea Nacional.

4. Las comunidades étnicas autónomas italiana y húngara estarán representadas directamente de modo que sus derechos puedan ser ejercidos en aquellas áreas donde viven las dos comunidades étnicas, según lo establecido por el Derecho estatutario. Además las comunidades autónomas locales que representen a las dos comunidades étnicas promoverán el ejercicio de sus derechos, junto con los derechos de los miembros de las dos comunidades étnicas que vivan fuera de sus áreas autóctonas, según lo establecido por el Derecho estatutario. Los derechos de ambas comunidades étnicas y de sus miembros serán garantizados sin atender a la fuerza numérica de ambas comunidades.

5. Los estatutos, reglamentos u otras medidas legislativas que tengan exclusivamente por objeto el ejercicio de los derechos específicos que disfrutaban las comunidades étnicas italiana y húngara dentro del marco de esta constitución o que afecte al status de estas comunidades no podrá ser modificado sin el consentimiento de los representantes de las comunidades étnicas afectadas». (*Ibidem*, pp. 342-344).

⁸⁷ A. KAUFMANN, «La universalidad de los derechos humanos. Un ensayo de fundamentación», en *Persona y Derecho*, 38, 1998, p. 32.

⁸⁸ A. KAUFMANN, *La universalidad de los derechos humanos...*, p. 32. Esta misma idea,

derechos humanos no son válidos son universales, pero no abstractos; su efectiva validez está mediatizada por el momento y el lugar donde sean otorgados en concreto⁸⁹. De ahí que puedan arbitrarse soluciones en las que se combine la aplicación de la ley personal y la territorial, según los casos.

4. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVA DE FUTURO

1. El fundamento tanto de la universalidad de los derechos humanos como de la obligación de respetar la diversidad cultural es la dignidad de la persona humana. Precisamente esa dignidad requiere en ocasiones que el Derecho internacional y estatal tengan en cuenta ciertos derechos de los grupos con identidad cultural propia dentro de un territorio. Estos derechos, teniendo un origen individual, no siempre quedan suficientemente garantizados con los mecanismos de protección individual, porque tienen una específica relación con la pertenencia al grupo o, si se prefiere, con la dimensión social del hombre.

2. La característica universal de los derechos humanos no tiene un carácter meramente formal, ni depende de factores externos como la globalización o el grado de desarrollo socioeconómico alcanzado. Por tener su fundamento en la dignidad de la persona, tiene un verdadero contenido; ahora bien, éste se concreta también a través de las circunstancias históricas. De ahí que los elementos que pudieran quizá poner en peligro la universalidad (el sexo, la raza, la cultura o la religión), hayan sido instrumentos para llevar a cabo conquistas que vienen a demostrar de modo empírico dicha universalidad.

3. El respeto a la peculiaridad cultural de los grupos de inmigrantes, puede llegar a poner en peligro principios considerados como fundamento de nuestro sistema jurídico; tal es el caso del principio de no discriminación o de igualdad ante la ley. Estas circunstancias están haciendo cambiar nuestras mentalidades. Por una parte, estas situaciones excepcionales no son vistas necesariamente como «privilegios» en el sentido negativo de la palabra. Por otra parte, la idea de la ley territorial está dando paso a la de ley personal para la adecuada regulación de determinados supuestos.

pero expresada con ocasión del concepto de orden público en J. DÉPREZ, *Droit international Privé et conflits de civilisations...*, pp. 252 y ss., señala este autor la incidencia del punto de vista sociológico, que es otro modo de introducir el elemento histórico en los límites de los derechos humanos.

⁸⁹ A. KAUFMANN, *La universalidad de los derechos humanos...*, p. 32. En palabras del mismo autor: «Aun cuando tenga la misma validez siempre y en todas partes, un orden jurídico puede, perfectamente ser el orden *incondicionalmente debido* de ese tiempo y de ese ámbito cultural» (*Ibidem*)

