

## EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL: TENDENCIAS Y PROBLEMAS EN LAS CONSTITUCIONES RECIENTES<sup>1</sup>

Eleonora CECCHERINI

SUMARIO: I. *El derecho a la identidad cultural como proyección social de la persona.* II. *El carácter multicultural de la sociedad y la diversidad estructural del fenómeno.* III. *El reconocimiento de derechos comunitarios.* IV. *Aspectos problemáticos en relación con el reconocimiento de derechos comunitarios.* V. *Resumen.*

### I. EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL COMO PROYECCIÓN SOCIAL DE LA PERSONA

En el constitucionalismo contemporáneo, el hombre y la mujer son considerados en su calidad de personas históricamente determinadas, inmersas en la sociedad, los sujetos tutelados por las Constituciones no son individuos abstractos, sino personas concretas, reconocidas en su existencia histórica y material. Se asiste, en otros términos, al paso de una visión atomística a una visión social de la persona humana.<sup>2</sup>

Esta particular proyección del principio personalista se conecta en los ordenamientos de las democracias maduras a la evolución de la forma de Estado social; mientras que en los estados que se han inspirado en los principios propios del constitucionalismo más recientemente, aparece inspirada además en el vínculo particular con las propias tradiciones históricas y étnicas.

1 Traducción de Neus Torbisco de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, España.

2 G. Alpa, *La persona tra cittadinanza e mercato*, Milán, 1992; A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milán, 1967; A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.

En el primer caso, se establece una estrecha correlación entre los derechos conectados con el principio de libertad y aquellos relacionados con el derecho a la igualdad, o bien —como suele afirmarse más sintéticamente— entre los derechos civiles y los derechos sociales. Ambos constituyen articulaciones iguales de la categoría más general de los derechos de la persona, de los *human rights*, desde el momento en que son igualmente necesarios para asegurar el desarrollo y la promoción de la personalidad humana.

Existe, en otros términos, una complementariedad entre la esfera de la libertad y la esfera de la igualdad, que no reproduce más que la propia dialéctica entre individualismo, liberalismo, igualdad formal, de un lado, y solidaridad, promoción social e igualdad material, por otro lado.<sup>3</sup> El principio de igualdad, leído a través de la historia y de la realidad social, se articula sobre la base de dos perfiles: por una parte, el reconocimiento de la diferencia, y por tanto, de una legitimación constitucional de la política del welfare destinada a remover los obstáculos que se interponen en la igualdad efectiva entre los individuos;<sup>4</sup> por otra parte, la conside-

3 Véase, en este sentido, E. Cheli, “Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana”, en *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, pp. 1773 y ss.; M., Luciani, *Sui diritti sociali*, en *Scritti in onore di M. Mazzotti di Celso*, Milán, 1995, pp. 97 y ss.; L. M. Díez Picazo, *The Constitutional Protection of Social Rights: some Comparative Remarks*, Firenze, 1997; J. Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988; A. Pace, *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, en *Piero Calamandrei: ventidue saggi su di un maestro*, Milán, 1990, pp. 303 y ss.

4 Para una muestra de Constituciones europeas que introducen el principio de igualdad formal: artículo 7o. de la Constitución austríaca: (1) All federal nationals are equal before the law. Privileges based upon birth, sex, estate, class, or religion are excluded. Artículo 10 de la Constitución de Bélgica (1) There are no class distinctions in the State. (2) Belgians are equal before the law; they are the only ones eligible for civil and military service, but for the exceptions that could be made by law for special cases. Entre las Constituciones europeas que introducen el principio de igualdad sustancial, véase, artículo 3o., capítulo 2 de la ley fundamental alemana que reza: (2) Men and women are equal. The state supports the effective realization of equality of women and men and works towards abolishing present disadvantages.

El artículo 40, capítulo 1 y 45, capítulo 1 de la Constitución irlandesa: artículo 40 (1) All citizens shall, as human persons, be held equal before the law. This shall not be held to mean that the State shall not in its enactments have due regard to differences of capacity, physical and moral, and of social function; artículo 45 (1) The State shall strive to promote the welfare of the whole people by securing and protecting as effectively as it may a social order in which justice and charity shall inform all the institutions of the national life.

ración de que el principio personalístico contiene en sí mismo el elemento del pluralismo y de la diferencia, según el cual el derecho a la igualdad implica también el derecho a la tutela de la especificidad.<sup>5</sup>

Sin embargo, el principio personalístico también se ha desarrollado en numerosas Constituciones desde una perspectiva diversa, que hace referencia no tanto a los individuos singulares cuanto a los grupos en los que éstos se integran. Dicha perspectiva es distinta pero no antagónica a la tradicional del reconocimiento de los derechos individuales, ya que ambos son reconducibles al principio de tutela de la dignidad humana.<sup>6</sup> De este modo emerge la caracterización colectiva e histórica de la persona, su condición de miembro de un grupo social más amplio y dotado de una individualidad relevante, que procede de elementos comunes históricamente consolidados de naturaleza étnica, lingüística y cultural.<sup>7</sup>

El reconocimiento, junto a los derechos individuales, de derechos reconducibles a la identidad cultural de los grupos constituye un elemento que permite distinguir las cartas constitucionales elaboradas al final de la Segunda Guerra Mundial de aquellas más recientes, adoptadas a partir de los años setenta.<sup>8</sup>

5 A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milán, 1976; ID. *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, Roma, 1984; B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 30., c. 2 della Costituzione*, Padova, 1984; M. Rosenfeld, *Affirmative Action and Justice*, New Haven, 1991.

6 G. Gozzi, *Democrazia e diritti*, Bari, 1999, pp. 202 y ss.

7 Miller, D., *Citizenship and National Identity*, Cambridge, 2000; Minow, M., *Rights and Cultural Difference*, en Sarat, A., T. R. Kearns (eds.), *Identities, Politics, and Rights*, University of Michigan, 1995, pp. 349 y ss. W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A liberal theory of minority rights*, Oxford, 1995; S. Mulhall, A Swift, *Liberals and Communitarians*, Oxford, 1996; E. Pariotti, *Individuo, comunità, diritti tra liberalismo, comunitarismo ed ermeneutica*, Torino, 1997; J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996; C. Taylor, *Multiculturalismo. La política del reconocimiento*, Milá, 1993; J. Raz, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, 1994; J. J. Solozábal, *Paz, democracia y nacionalismo*, in *Cuad. Alzate*, 18, 1998, pp. 156 y ss.; A. Baumeister, *Liberalism and the Politics of Difference*, Edinburgh, 2000; N. Torbisco, *Il dibattito sui diritti collettivi delle minoranze culturali. Un adeguamento delle premesse teoriche*, en *Dir. pub. comp. eur.*, 2001, pp. 117 y ss.; J. Baker (ed.), *Group rights*, Toronto, 1994.

8 Así, por ejemplo, con referencia a las nuevas Constituciones de los países surgidos tras la experiencia colonial o después de los regímenes comunistas: el artículo 50 de la Constitución de Bielorusia que dispone que “todos tienen el derecho a preservar la propia pertenencia étnica”. Además, el mismo artículo indica que cada persona tiene derecho a utilizar la propia lengua nativa y a escoger el idioma para comunicarse y, a este fin,

Esta proyección comunitaria de la persona, de su dignidad e individualidad, aún representando una indudable novedad en el panorama constitucional, plantea problemas de difícil solución desde el punto de vista de la dogmática jurídica. Se trata, en concreto, de problemas de sistematización en el marco de las clasificaciones consolidadas, en las que están distribuidos los derechos fundamentales elaborados teniendo en cuenta el individuo antes que la comunidad a la que éste pertenece;<sup>9</sup>

el Estado podrá garantizar legislativamente la libertad en la esfera lingüística por cuanto hace referencia a la educación y la enseñanza. La Constitución polaca establece en su artículo 35: (1) La República de Polonia garantizará a los ciudadanos polacos pertenecientes a minorías étnicas y nacionales la libertad de mantener y desarrollar su propia lengua, de mantener sus costumbres y tradiciones, y de desarrollar su propia cultura. (2) Las minorías étnicas y nacionales tendrán el derecho de establecer instituciones culturales y educativas, instituciones diseñadas para proteger la identidad religiosa, así como participar en la resolución de cuestiones relacionadas con su identidad cultural. El artículo 20 de este mismo texto constitucional dispone: 1. Las personas que pertenecen a minorías nacionales ejerceran en plena igualdad jurídica sus derechos y libertades humanos 2. Estas personas tendrán el derecho a expresarse libremente, sin prohibiciones o presiones, su pertenencia étnica, cultural, religiosa o lingüística; a preservarla y desarrollarla, a estudiar y ser educados en su lengua materna, así como a asociarse en organizaciones y sociedades para la protección de sus intereses e identidad. Y la Constitución de Hungría, en su artículo 68, establece que: (1) Las minorías étnicas y nacionales que viven en la República de Hungría participan en el poder soberano del pueblo: ellos representan una parte constitutiva del Estado. (2) La República de Hungría velará por la protección de las minorías étnicas y nacionales y asegurará su participación colectiva en los asuntos públicos, la promoción de sus culturas, el uso de sus lenguas nativas, la educación en sus lenguas nativas y el uso de nombres en estas lenguas. (3) Las leyes de la República de Hungría garantizarán la representación de las minorías nacionales y étnicas que viven en el país. (4) Las minorías nacionales y étnicas tendrán derecho a formar cuerpos nacionales y locales para el autogobierno. (5) Se requiere una mayoría de dos tercios de los votos de los miembros del Parlamento presentes para aprobar legislación en materia de derechos de las minorías étnicas y nacionales.

Piénsese también, a modo de ejemplo, en la Constitución de Nicaragua, que atribuye a la comunidad de la Costa Atlántica el derecho a conservar y desarrollar la propia identidad cultural dentro de la unidad nacional y a dotarse de formas propias de organización social, administrativa y económica (artículo 89); en la Constitución de Paraguay, que afirma que los pueblos indígenas son grupos culturales anteriores a la formación del Estado y reconoce, en caso de conflicto, la preeminencia del derecho consuetudinario indígena. De modo análogo, el artículo 216 de la Constitución de Brasil obliga al Estado a promover y proteger la *cultural heritage* brasileña constituida por todos los grupos presentes en el territorio. E incluso cabe mencionar el artículo 3o. de la Constitución de Nigeria (1996) que garantiza el derecho de los grupos minoritarios al respeto de la propia lengua, cultura y religión.

<sup>9</sup> A. Pérez Luño, "Las generaciones de derechos fundamentales", *Revista Centro Est. Const.*, 1991, pp. 203 y ss.; C. Ruiz, Miguel, *La tercera generación de los derechos*

como también parece delicado la atemperación entre derechos de la persona y tradiciones de la colectividad local, desde el momento en que emerge con fuerza una doble, concomitante, contraposición: de un lado, la que confronta a Estado y comunidad territorial; de otro lado, la que se desarrolla entre posiciones subjetivas de validez universal y derechos territorialmente localizados.<sup>10</sup>

## II. EL CARÁCTER MULTICULTURAL DE LA SOCIEDAD Y LA DIVERSIDAD ESTRUCTURAL DEL FENÓMENO

El desarrollo de la atención al tema de la identidad cultural —aún reconociendo la unicidad del fenómeno— ha requerido, además, tener en cuenta la presencia de situaciones diferenciadas, que, en cuanto tales, requieren de formas de tutela, instrumentos, regulación y políticas activas diversificadas.

Puede distinguirse, por ejemplo, entre:

a) *Minorities by will* y *minorities by force*. Con el primer concepto se identifica a los grupos que perciben su diversidad cultural como un patrimonio que debe salvaguardarse, una diferencia digna mantenerse. En este caso, el ordenamiento intenta otorgar un reconocimiento y una tutela a la especificidad del grupo considerándola la expresión más elevada de su individualidad.

Al contrario, la categoría *minorities by force* sirve para identificar aquellos grupos cuyas características distintivas le son atribuidas por una mayoría que obstaculiza el proceso de integración. Es evidente que, en el primer caso, la diferencia asume un valor positivo y se concibe como una riqueza que mantener, mientras que, en el segundo caso, la diversidad es percibida como alteridad-oposición-exclusión: por tanto, los miembros del grupo tenderán a que se remuevan los elementos diferenciadores,

fundamentales, *Rev. Est. Pol.*, 1991, pp. 303 y ss.; F. Riccobono, *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milán, 1989. Para una reconstrucción de los problemas constitucionales conectados con la tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento italiano, véase, por todos: *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995.

<sup>10</sup> G. Rolla, "Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali", *Quad. cost.*, 1997, pp. 417 y ss.

que se perciben como instrumentos de segregación de parte del grupo dominante.<sup>11</sup>

Esta distinción representa un elemento tradicional en las sociedades modernas, que puede interesar contextualmente a otros grupos. El ejemplo clásico que puede mencionarse en tal sentido es el relativo a la situación de la mujer en los países occidentales. Durante mucho tiempo, las mujeres han sido objeto de discriminaciones —y por ello este colectivo puede adscribirse a las *minorities by force*— y, por consiguiente, su lucha y reivindicaciones, en un primer momento, se limitaban a la remoción de los obstáculos a la progresiva afirmación del principio de igualdad. Sin embargo, algunos exponentes del pensamiento feminista han evidenciado los límites de esta estrategia, reivindicando el reconocimiento y la visibilidad de la especificidad femenina, con el propósito de perpetuar su mantenimiento.<sup>12</sup>

Gambino, Fabbrini, G. (ed.), *Regione e governo locale fra decentramento istituzionale e riforme*, Rimini, 1997, pp. 519 y ss.; Hampton, J., *The Case for Feminism*, en Leahy, M., D. Cohn-Sherbock (ed.), *The Liberation Debate: Rights and Issue*, London, 1996; A. Phillips, *Democracy and Difference: Some Problems for Feminist Theory*, en W. Kymlicka (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, 1995.

b) *Identidad cultural autóctona*. Esto es, un grupo constituido por un conjunto de individuos que residen tradicional y permanentemente en un determinado territorio que se halla inserto en el área de un Estado nacional y que, en virtud de esta pertenencia, se resisten a ser asimilados por parte de la colectividad mayoritaria.<sup>13</sup> Puede tarse de grupos étnicos

11 E. Pariotti, “Riconoscimento delle identità culturali ed assetti costituzionali”, *Diret. Soc.*, 1997, p. 82; L. Gianformaggio, “Politica della differenza e principio di eguaglianza sono veramente incompatibili?”, *Lav. dir.*, 1992, p. 193; J. Woehrling, *Minority Cultural and Linguistic Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, en *McGill L. Journ.*, 1985, pp. 52 y ss.; Carbonell, M., *La Constitución en serio*, México, 2001, pp. 94 y ss.

12 A. Lajoie, *I valori delle “minoranze sociali” nella giurisprudenza costituzionale della Corte Suprema del Canada*, en G. Rolla (ed.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milán, 2000, pp. 197 y ss.; L. A. Jacobs, *Equal Opportunity and Gender Disadvantage*, en *Can. Journ. L. Jur.*, 7, 1994, pp. 61 y ss.; Volterra, S., *I diritti delle minoranze delle donne e dei “gruppi deboli” in Canada*, en S.

13 Toniatti, R., *Minoranze e minoranze protette: modelli costituzionali comparati*, en T. Bonazzi, M. Dunne (ed.), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994, p. 280; N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law*, Dordrecht-Boston-Londra, 1991, p. 101. En este sentido, también el artículo 27 del Pacto

localizados o difusos, es decir, de una comunidad establecida en un área geográfica bien determinada, o bien esparcida por el territorio. Tendencialmente, la residencia estable y prolongada en el tiempo en un territorio determinado representa un elemento presente en la mayor parte de los ejemplos, que facilita la adopción de medidas ad hoc para esta comunidad.<sup>14</sup> Se trata de la mencionada “territorialización del derecho”, que

de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. En relación a los problemas de las minorías en Europa, G. JAUREGUI, *Los nacionalismos minoritarios y la U. E. ¿Utopía o ucronía?*, Barcelona, 1997. En el caso de grupos que forman parte de la misma etnia, pero se hallan divididos en estados distintos se habla de minorías transfronterizas, véase el artículo 2o. de la *Declaración de Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías de 1992*; Ortino, S., *La tutela delle minoranze nel diritto internazionale: evoluzione o mutamento di prospettiva*, in *Studi in onore di Elia*, Milán, 1999, p. 1119.

<sup>14</sup> Kymlicka, W., *Theorizing Indigenous Rights*, *Journ, Universidad Toronto L.*, 59, 1999, pp. 286. También para la doctrina australiana el vínculo de las poblaciones con el territorio y la supervivencia de la cultura son elementos necesarios para hablar de derechos de los pueblos autóctonos, véase Brenmann, F., *The Indigenous People*, in P. D. Finn (ed.), *Essays on Law and Government*, vol. I, *Principles and Values*, Sydney, 1995, p. 37. El vínculo estrecho que debe subsistir entre un grupo minoritario y un determinado territorio puede ejemplificarse con las tribus indígenas en los Estados Unidos. De hecho, la legislación y la jurisprudencia de la Corte Suprema han acuñado la noción de un *Indian country*, a la que se conectan indisolublemente algunos derechos, como la imposición y la recaudación de impuestos, la exención fiscal para impuestos estatales, la jurisdicción civil y penal (también en respecto a sujetos que no pertenecen a la tribu, o no indígenas). La jurisprudencia ha enunciado diversos criterios necesarios para la identificación de un *Indian country*. En particular, la Corte Suprema se ha centrado en el hecho que el territorio en el que vive la comunidad pertenece válidamente a los Indígenas y en la subsistencia de órganos de autogobierno (*Worcester vs. Georgia*, 6 Pet. USSC, 515, pp. 18-32).

La jurisprudencia ofrece ulteriores elementos para la definición del territorio indígena, por ejemplo, in *United States v. Martine* (665 F. 2d 837 8th cir. 1981) se estableció que deben concurrir tres factores para la determinación de un *Indian country*: la naturaleza del área, la relación de los habitantes con la tribu y el gobierno federal, y la práctica generalizada de la agencia gubernamental con referencia a los habitantes del área. De modo parecido, en *United States v. South Dakota* (636 F. 2d 211 8th cir. 1980), retomando los principios sentados en *Martine*, la Corte amplía los criterios, argumentando que debe ser objeto de indagación bajo qué título los indígenas viven en ese espacio y cuáles son las instituciones que funcionan en dicho territorio; a qué uso se destina la tierra, y si ha estado reservada para el uso, la ocupación o la protección del pueblo indígena; una íntima relación con el territorio sancionada de la finalidad económica del área, intereses comunes o necesidades de los habitantes, que encuentren espacio en aquella área. Biggs, G. G., *Is there Indian country in Alaska? Forty-four million acres in legal limbo*, en *Univ. Colorado L. Rev.*, 64, 1993, pp. 854 y ss.; C. Bell, M. Asch, *Challenging Assumptions: The Impact of Precedent in Aboriginal Rights Litigation*, en M. ASCH (a cura di), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*, Vancouver,

enfatisa el lazo indisoluble e indispensable entre la comunidad y su territorio.<sup>15</sup>

c) *Las denominadas “nuevas minorías”*. Constituidas por grupos de inmigrantes predominantemente por motivos laborales, de refugiados o de quienes reclaman asilo político; en definitiva, de individuos privados de una conexión estable con el territorio y que, en general, reclaman un reconocimiento de sus tradiciones culturales de origen.

Parece evidente que las acciones de naturaleza institucional deben ser diversas para cada una de estas clases de minorías.<sup>16</sup> Por ejemplo, el principio de autonomía puede ser fructíferamente aducido en el caso de la identidad nacional autóctona o de los grupos étnicos localizados, mientras que la actuación sustancial del pluralismo cultural y del principio de igualdad se adapta mejor a las situaciones caracterizadas por la presencia de grupos étnicos difusos o de nuevas minorías. En particular, en el caso de los grupos étnicos localizados en términos espaciales y geográficos, se han hecho políticas inspiradas por el principio del denominado federalismo corporativo o non territorial autonomy (en contraposición al tradicional concepto de federalismo como articulación territorial del Estado).<sup>17</sup> En tal caso, en general, el ordenamiento constitucional reconoce —aunque con intensidad distinta— una posición de autonomía a

1997, pp. 45 y ss.

Además del vínculo particular con el propio territorio, el segundo elemento necesario para el reconocimiento de la identidad nacional autóctona está constituido por la historicidad de tal establecimiento. Esto último se toma en consideración en el plano internacional en el artículo 11 de la Convención número 107 de la ILO que sostiene que: “The Right of Ownership, Collective or Individual, of the Members of the Populations Concerned Over the Lands which these Populations Traditionally Occupy Shall be Recognized”; Dussias, A. M., *Geographically-based and membership based views of Indian Tribal Sovereignty: The Supreme Court’s Changing Vision*, en *Univ. Pittsburgh L. Rev.*, 55, 1993, pp. 1 y ss.; Frickey, P. P., *Domesticating Federal Indian Law*, en *Minnesota L. Rev.*, 81, 1996, pp. 31 y ss.

15 G. Otis, A. Emond, *L’identité autochtone dans les traités contemporains: de l’extinction à l’affirmation du titre ancestral*, en *McGill L. Jour.*, 41, 1996, nota 64.

16 En general, véase Ceccherini, E., *Meccanismi istituzionali a garanzia delle identità territoriali nelle recenti Costituzioni*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001.

17 E. Mc Whinney, *Corporative Federalism, States’ Rights and National Powers*, Toronto, 1965; J. Coakley, “Approaches to the Resolution of Ethnic Conflict: The Strategy of Non Territorial Autonomy”, en *Intern. Pol. Sc. Rev.*, 15, 3, 1994; Mancini, S., *Autonomia differenziata e tutela delle minoranze linguistiche: il caso finlandese*, in Gambino, S. (ed.), *Stati nazionali e poteri locali*, Rimini, 1998, pp. 1148 y ss.

los grupos constituidos sobre la base de una declaración de pertenencia por parte de los individuos.

Por otra parte, el reconocimiento de la diversa tipología de grupos también incide en la identificación del sistema de fuentes que mejor puede realizar estrategias institucionales eficaces. Por ejemplo, los derechos de las demás minorías, en particular de las consideradas nuevas minorías, parece encontrar una posibilidad de garantía sustancial en la actividad legislativa de especificación de las disposiciones constitucionales y, de modo particular, en la función garantista desarrollada por la jurisdicción, ya sea ordinaria o constitucional.<sup>18</sup> A su vez, los acuerdos entre el Estado y la representación institucional de la identidad cultural autóctona parecen más idóneos para reconocer los derechos de estas últimas. Mejor dicho, cabe afirmar que el llamamiento a una confrontación entre *nation to nation* representa la aspiración tradicional de la comunidad autóctona con la autoridad gubernamental.<sup>19</sup>

### III. EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS COMUNITARIOS

#### 1. *En el ordenamiento internacional*

El derecho a la identidad cultural se compone de diversos elementos —tales como la preservación de aquellas instituciones a través de las

<sup>18</sup> Rubio Martin, R., “La protección constitucional de los extranjeros ilegales en Estados Unidos”, *Revista Esp. Der. Const.*, 1996, p. 107; Melica, L., *Lo straniero extracomunitario*, Torino, 1996; G. D’Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992. En particular sobre la experiencia canadiense Heath, J., “Immigration, Multiculturalism and the Social Contract”, *Can. Journ. L. Jur.*, núm. 2, 1997, pp. 343 y ss.; Glenn, P. H., “L’étranger et les groupements d’Etats”, *Mc Gill L. Journ.*, 1998, pp. 165 y ss.; V. Loungnarath, *L’étranger et la vie économique: le cas quebécois*, *ibidem*, pp. 143 y ss.; Rivet, M., *Le travailleur étranger au Canada: à l’avant-poste de la précarité*, *ibidem*, pp. 181 y ss.

<sup>19</sup> Esta aspiración ha sido difusa, sobre todo en los países del área *Commonwealth*, como Australia, Nueva Zelanda y Canadá, A. Fleras, *Politicising Indigeneity. Ethno-Politics in White Settler Dominions*, en P. Havemann (ed.), *Indigenous Peoples’ Rights in Australia, Canada & New Zealand*, Auckland, 1999, p. 188. También sobre este punto, la Corte Suprema canadiense ha afirmado que los tratados con las comunidades aborígenes no pueden ser determinados de acuerdo con las normas de derecho internacional, estos últimos pueden ser utilizados sólo para interpretaciones analógicas. *R. vs. Simon* (1985) 2 S. C. R. 387, 24 D. L. R. (4th) 390, J. Borrows, *With or Without You: First Nations Law (in Canada)*, en *McGill L. Journ.*, 41, 1996, p. 640.

cuales el gupo mantiene la propia identidad, la atribución de un cierto grado de autonomía para evitar las interferencias del Estado central, el refuerzo de la posición de la minoría en el proceso político— que son objeto de especificación ya sea por parte del derecho internacional o por el derecho interno.

A la luz de numerosos tratados y convenciones sobre la materia, el derecho a la identidad puede articularse con el perfil siguiente.<sup>20</sup>

Derecho a la supervivencia física. En particular, la Convención contra el Genocidio dispone en su artículo 11, que por genocidio se entiende la eliminación física de los miembros del grupo, causarles un daño, sea físico o mental, la imposición de condiciones de vida tales que conduzcan a la extinción del grupo, la imposición de medidas dirigidas a la no reproducción de los componentes de la comunidad, la trasferecia forzosa de la minoría de un grupo a otro.

Derecho a la identidad cultural, tal y como viene especificado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se interpreta en el sentido de conectar al individuo al territorio en el que vive.<sup>21</sup> El derecho a la identidad cultural comprende también la tutela de la propiedad cultural de las poblaciones indígenas y el derecho a que sean repatriados todos los objetos que sean expresión de la herencia cultural (cultural *heritage*) considerados necesarios para el mantenimiento de

<sup>20</sup> A título solamente ejemplificativo, puede citarse, entre la normativa internacional más significativa: en 1957, la ILO emana la Convención núm. 107, sobre la protección de la población indígena en los estados independientes; la misma organización adopta, el 29 de junio de 1989, la Convención número 169 sobre el mismo tema; la ONU, en 1965, adopta una Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; en 1966, esta organización aprueba el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; la OSCE ha adoptado una declaración de los derechos de las minorías nacionales en 1991 creando un alto comisionado para las minorías nacionales en 1993; el Consejo de Europa aprobó la carta europea de las lenguas regionales y minoritarias en 1992. En general, sobre la actividad de la ONU en temas de minorías, Pritchard, S., *Indigenous Peoples, the United Nations and Human Rights*, Leichhardt, 1998; Bartole, S., Olivetti Rason, N. *et al.*, (eds.), *La tutela giuridica delle minoranze*, Padova, 1998.

<sup>21</sup> “Indigenous peoples have a unique, spiritual relationship to their land... In general, indigenous peoples have organized their communities so that they hold their land in common, not as individuals. They do not view their land as a commodity, but as an intimate part of their life, culture, personality, religion, self-determination, and governmental structure” (Weissbrodt), Netheim, G., “Peoples” and “Populations”. *Indigenous Peoples and the Rights of Peoples, The Rights of Peoples*, Nueva York, 1988, p. 117.

una cultura en concreto.<sup>22</sup> En esta dirección se ha movido la UNESCO, que con la Convención sobre la prohibición del comercio de propiedades culturales de 1970 intenta limitar el empobrecimiento del patrimonio cultural de las naciones que causa la exportación ilegal. Y de nuevo, en 1978, la UNESCO promovió un comité intergubernamental para promover el retorno de las propiedades culturales a su país de origen o su restitución en casos de adquisición ilícita.<sup>23</sup>

Derecho a la autodeterminación, que puede conllevar soluciones institucionales de intensidad variable, en función de los diversos contextos históricos y estatal: desde el reconocimiento del derecho a constituir una nación independiente, pasando por la adopción de un sistema federal, la autonomía regional, el autogobierno en una porción de territorio, hasta la secesión.<sup>24</sup> Aludiendo a la gradación diversa con la que este derecho

22 Prot, L. V. y O'Keefe, P. J., *Law and the Cultural Heritage Movement*, Londres, 1989.

23 Simpson, T., "Claims of Indigenous Peoples to Cultural Property in Canada, Australia, and New Zealand", *Hastings intern. comp. L. Rev.*, 18, 1994, pp. 195 y ss. En particular, sobre la experiencia canadiense, Christie, G., "Aboriginal Rights, Aboriginal Culture and Protection", *Osgoode Hall L. Journ.*, 36, 1998, pp. 447 y ss. Por cuanto concierne a la tutela del patrimonio cultural, en Canadá, se promulgó en 1975 la *Cultural Property Export and Import Act* que protege los objetos de los indios y de los *Inuit*, y también tutela los pertenecientes a la cultura de los inmigrantes europeos, estableciendo una lista de objetos que no pueden ser exportados sin una autorización gubernamental previa, que reconozca la importancia no significativa del objeto. La misma disposición legislativa aprueba financiación y préstamos para las instituciones canadienses y administraciones públicas, para que sean adquiridos objetos retenidos como significativos que podrían ser exportados y que los grupos étnicos a los que pertenecen no están en disposición de adquirir autónomamente. Sin embargo, esto parece contrastar con lo que disponía la *Indian Act* de 1970 que imponía múltiples restricciones en relación con el desplazamiento de objetos indígenas descubiertos en lugares históricos o sagrados. Por ejemplo, era necesario un compromiso por escrito por parte del gobierno para transferir tumbas, totems, pinturas, etcétera. También en este caso será siempre el gobierno el que se encargará de tutelar el patrimonio cultural y no la propia tribu. Las provincias tienen otra legislación específica en esta materia. Por ejemplo, la Provincia de Alberta prevé que los restos arqueológicos descubiertos devendrán propiedad provincial ya sea si el descubrimiento se halla en suelo público como si se produce en suelo privado. De esto se sigue que estos objetos serán cedidos a un museo estatal o provincial y no pueden ser requeridos por la comunidad autóctona. En 1971, el gobierno canadiense aprobó un programa de asistencia a los museos para repatriar objetos del patrimonio cultural del extranjero. En este ámbito, cabe mencionar una interesante controversia entre la tribu *Mohawk* y el *Glenow Alberta Institute* que pretendía exhibir una máscara falsa. Una intimación lo impidió por cuanto se entendió que su exposición hubiera provocado un daño a la cultura *Mohawk*.

24 Sobre el problema de la autodeterminación, en general, así como las experiencias

se expresa, algunos autores han introducido una distinción entre derechos de autonomía y *national rights*. Sólo estos últimos legitimarían la autodeterminación, mientras que los primeros se afirmarían mediante el uso de la lengua, la previsión de formas e instrumentos de *self-government* y la posibilidad de disfrutar de la propia cultura.<sup>25</sup>

Derecho al resarcimiento, por medio de una indemnización, en el caso en que el vínculo de la minoría con el propio territorio fuera irrecuperable de forma absoluta, por lo que resulta imposible el retorno de los miembros al espacio que ocuparon tradicionalmente.

## 2. Y en los ordenamientos estatales

En los estados que contienen en su interior minorías identificadas étnica y territorialmente, los derechos individuales de los documentos internacionales son ulteriormente especificados por las fuentes del ordenamiento interno: ya sea en sede constitucional, o legislativa y jurisprudencial.

En las Constituciones más recientes se observa una tendencia favorable a un reconocimiento formal de los derechos comunitarios y de los derechos étnicos tradicionales.<sup>26</sup> Los ejemplos en este sentido son nu-

a nivel comparado, Ruiz Rodríguez, S., *La teoría del derecho de autodeterminación de los pueblos*, Madrid, 1998; Groppi, T., *Il Canada tra riforma della Costituzione e secessione*, in G. Rolla (ed.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, cit., pp. 19 y ss.; Suksi, M. (ed.), *Autonomy: Applications and Implications*, The Hague-London-Boston, 1998; T. D. Musgrave, *Self Determination and National Minorities*, Oxford, 1997; Mancini, S., *Minoranze autoctone e stato*, Milán, 1996, pp. 91 y ss.; A. Margalit, J. Raz, *National Self-Determination*, en Kimlicka, W. (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, cit.; Rolla, G., *Il referendum sulla sovranità del Québec ed il futuro del Canada. Alcuni paradossi costituzionali*, en *Giur. Cost.*, 1996, pp. 3283 y ss.

<sup>25</sup> Sobre esta distinción, Maksoud, C., "Autonomy and Minorities: The Status of the Kurds and the Palestinians", *Loyola Los Angeles int. comp. L. Journ*, 16, 1994, pp. 291 y ss.

<sup>26</sup> Este reconocimiento puede cumplirse mediante una pluralidad de instrumentos, los cuales pueden ofrecer una tutela cualitativamente diversificada a los grupos presentes en el territorio. También hay tratados internacionales que imponen obligaciones y deberes a las naciones firmantes y, a menudo, proponen el reconocimiento y la salvaguarda de los derechos tradicionales de una etnia. Es el caso del Tratado de *Torres Strait*, entre Australia y Papua Nueva Guinea, que además de establecer los confines de una zona protegida de pesca, impone la protección del estilo de vida de los habitantes de la región y la distribución de los recursos pesqueros. Véase Kaye, S. B., *The Torres Strait Islands*:

merosísimos. Entre ellos, destaca la Constitución de Ecuador (artículos 83-85) que menciona expresamente los derechos colectivos reconocidos a los pueblos indígenas que se autodefinen como nacionalidad de raza ancestral. Además, el mismo documento procede a una nutrida ejemplificación de los derechos colectivos reconocidos y garantizados, entre los cuales se encuentran el derecho a mantener, desarrollar y reforzar la propia identidad y tradiciones en el terreno espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico, el derecho al disfrute de los recursos naturales del territorio ocupado, el derecho a conservar, desarrollar y administrar el propio patrimonio cultural e histórico, el derecho a mantener los sistemas de conocimiento y la práctica de la medicina tradicional, incluso el derecho a la protección de los lugares sagrados, de las plantas, de los animales, de los minerales y del ecosistema de intereses vitales para los sistemas de medicina tradicional.

A su vez, el artículo 4o. de la Constitución mexicana, reconociendo la composición pluricultural de la sociedad, atribuye a la ley la competencia para proteger y promover el desarrollo de las lenguas, usos, costumbres, recursos y formas de organización social específicas de los pueblos indígenas.<sup>27</sup>

En este contexto general cabe mencionar la Constitución de Estonia (artículo 50) que prevé la creación de instituciones de autogobierno para las minorías étnicas y también la Constitución *ad interim* de Sudáfrica que reconoce “la noción del derecho a la autodeterminación de cualquier grupo que posea una lengua y un patrimonio cultural comunes”.<sup>28</sup>

Constitutional and Sovereignty Questions Post-Mabo, in *Univ. Queensland L. Journ.*, 1994, p. 18.

<sup>27</sup> Sobre las comunidades indígenas de América Latina, Léger, M. (ed.), “Aboriginal Peoples. Toward Self-Government”, Montréal, 1994.

<sup>28</sup> Ford, C. A., “Challenges and Dilemmas of Racial and Ethnic Identity in American and Post-Apartheid South African Affirmative Action”, *UCLA L. Rev.*, 43, 1996, p. 1994; Booyesen, H., *South Africa: In Need of a Federal Constitution for its Minority Peoples*, en *Loyola Los Angeles int. comp. L. Journ.*, 19, 1997, pp. 789 y ss. Por lo que se refiere al continente africano, un específico, aunque demasiado genérico, reconocimiento constitucional de derechos de los grupos se encuentra en muchos textos, entre los cuales: Congo (1992) artículos 35-50; Benin (1990) artículo 11; Níger (1996) artículo 3o.; Burundi (1992) artículo 8o.; Gabón (1994) artículo 2o.; Mauritania (1991) artículo 6o.; Senegal (1992) artículo 1o.; Guinea Ecuatorial (1991) artículo 4o.; Guinea (1990) artículo 1o. y Ghana (1992) artículo 39.

Particularmente, significativos son los ejemplos ofrecidos por el ordenamiento canadiense con la Carta de Derechos y Libertades (CDL) de 1982<sup>29</sup> y la *Constitution Act* del mismo año. En particular, la primera, introducida con el intento de crear una base de derechos comunes para todos los ciudadanos canadienses de costa a costa, puso especial atención en evitar que la exigencia de la afirmación de derechos generales ensombreciese el carácter multicultural del país y la existencia de pueblos indígenas titulares de *indigenous rights*, es decir, de los derechos de los que los aborígenes eran titulares antes de la invasión europea y que continúan poseyendo a menos que no se extingan expresamente por un tratado con estos pueblos, o por una disposición parlamentaria.<sup>30</sup> El artículo 25 de la CDL prevé, además, que no pueden “ser abrogados o derogados los tratados con los aborígenes ni otros derechos o libertades que pertenezcan a los aborígenes de Canadá, en los que se comprende: cualquier derecho o libertad reconocido por la Royal Proclamation del 7 de octubre de 1763 y cualquier derecho o libertad que actualmente exista en virtud de un acuerdo...”<sup>31</sup>

Más allá de la CDL, la propia *Constitution Act* de 1982, ha positivizado algunas normas relativas a los pueblos indígenas con finalidad garantista. El artículo 35, en efecto, reintroduce la fórmula ya indicada en el artículo 25 de la CDL, según la cual el ordenamiento canadiense re-

<sup>29</sup> Sobre este punto, permítaseme reenviar a Ceccherini, E., *La Carta dei diritti e delle libertà del 1982: un difficile equilibrio fra il riconoscimento di diritti universali e la salvaguardia delle competenze provinciali*, en Rolla, G. (ed.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali*, cit. pp. 41 y ss.

<sup>30</sup> Análogamente, la Alta Corte australiana ha reconocido que Australia —antes de la colonización británica— no era *terra nullius* y, por tanto, los derechos tradicionales de los indígenas pueden en algunas circunstancias ser acogidos en la *common law*. *Mabo & Ors v. State of Queensland* (1992) p. 107, Alr 1 (HC) (*Mabo*, núm. 2). Más específicamente si los habitantes tradicionales de un territorio continúan respetando y dando efectividad a sus leyes y costumbres, pueden hacer alarde de título respecto de la propia tierra. S. B. Kaye, *The Torres Strait Islands*, cit.; Fleras, A., *Politicising Indigeneity*, cit., pp. 213 y ss.; Iorns, C. J., *International Human Rights and their Impact on Domestic Law on Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada and New Zealand*, en Havemann, P., *Indigenous Peoples' Rights*, cit., pp. 248 y ss. Más recientemente, la Alta Corte australiana ha tenido ocasión de confirmar su propia jurisprudencia en *Wik Peoples vs. State of Queensland & Ors*, *Thayorre People vs. State of Queensland and Ors* (1996), 141 ALR 129 (HC).

<sup>31</sup> Hogg, P. W. y Turpel, M. E., “Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues”, *Can. Bar Rev.*, núm. 74, 1995, pp. 215 y ss.; Fleras, A., *Politicising Indigeneity*, cit. pp. 197 y ss.

conoce y afirma los derechos de los pueblos indígenas, sean aquellos existentes o los extraídos de los tratados. Asimismo, este mismo artículo indica cuáles son las poblaciones indígenas, esto es, los indios, los *inuit* y los *metis*.<sup>32</sup>

Las precisiones contenidas en la disposición del artículo 35 son de gran importancia, por cuanto los tratados estipulados entre la autoridad federal y provincial y la comunidad indígena no tienen el rango de fuentes primarias sino cobertura constitucional,<sup>33</sup> acreditando de este modo la hipótesis de que existe una tendencia a configurar los acuerdos negociados entre los órganos gubernamentales estatales y las poblaciones autóctonas como verdaderos tratados internacionales.<sup>34</sup>

De hecho, la legislación sobre el derecho de las identidades culturales autóctonas se caracteriza, en general, por la especificidad del procedimiento legislativo, consistente en el hecho que la introducción en el ordenamiento de tales derechos es precedida de apropiados acuerdos entre la autoridad estatal y los representantes de las diversas comunidades autóctonas, según un procedimiento decisorio que se asemeja al característico del ordenamiento internacional, basado más en el principio de la unanimidad que en el principio de mayoría, propio de las asambleas legislativas.<sup>35</sup> El objetivo es formalizar los acuerdos con un procedimiento similar al de la realización de los tratados internacionales que pretende consagrar —a nivel simbólico— un principio semejante al de “soberanía condivisa” sobre el territorio. La traducción legislativa de las relaciones entre el nivel institucional y la autoridad indígena, por tanto, siempre viene precedida de negociaciones y esto parece ser un dato constante y consolidado de la historia entre las comunidades autóctonas y la auto-

<sup>32</sup> Sobre el tema de los derechos de la identidad territorial en Canadá, permítaseme remitir a Ceccherini, E., *Diritti individuali vs. Diritti comunitari*, en G. Rolla (ed.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali*, cit. pp. 163 y ss.

<sup>33</sup> Se trata de una tendencia emergente en los países del área *Commonwealth*; a título de ejemplo, puede citarse el hecho de que en 1987 la *High Court* de Nueva Zelanda atribuyera al Trattato *Waitangi* un *status* quasi constitucional, sosteniendo el principio de *partnership* entre dos pueblos constituyentes de la nación, A. Fleras, *Politicising Indigeneity*, cit. pp. 187 y ss.

<sup>34</sup> I. Schulte-Tenckhoff, *Reassessing the Paradigm of Domestication: The Problematic of Indigenous Treaties*, en *Rev. const. st.*, 4, 1998, pp. 239 y ss.

<sup>35</sup> R. E. Goodin, *Designing Constitutions: The Political Constitution of a Mixed Commonwealth*, en R. Bellamy y Castiglione, D. (eds.), *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Oxford, 1996, pp. 228 y ss.

riedad estatal en muchos países. Por ejemplo, en Canadá, los jueces, desde la primera Reference sobre la patriation<sup>36</sup> de la Constitución habían admitido la legitimidad de tales procedimientos, aludiendo expresamente al principio de *un degré appréciable de consentement provincial*; además, en la más reciente *reference* sobre la secesión de Quebec,<sup>37</sup> la Corte indentifica cuatro principios cardinales del ordenamiento canadiense, entre los cuales estan el respeto a las minorías y a la democracia (más allá del federalismo y del constitucionalismo, entendido como principio de legalidad). Estos dos principios, interpretados como una endiádis, confirman como el tejido del mosaico del sistema canadiense debe encontrar un *modus vivendi* cuya determinación no puede ser el fruto de la mera afirmación del principio de mayoría, sino que debe configurarse como el producto de un proceso consensuado de negociación.

Sobre la base de estos elementos, parece posible, pues, admitir la existencia de un principio general en el ordenamiento que reconoce en sí mismo el pluralismo social que obliga a los diversos sujetos (institucionales y sociales) a realizar intentos para alcanzar alguna solución.

El objetivo de la autoridad federal individualizable en la voluntad de definir, a través de un procedimiento consensual, con mayor certeza los derechos y obligaciones de la comunidad aborígen, en interés público de todos los ciudadanos, mientras que el de la comunidad autóctona parece consistir en la posibilidad de disponer de derechos concretos e incontestables sobre el territorio, de tal modo que no sea necesario afrontar largos y costosos contenciosos judiciales.<sup>38</sup> La firma de estos tratados, por tanto, pueden tal vez contraponerse a los denominados Aboriginal titles, conduciendo a la extinción consensual de éstos con la finalidad de disciplinar otros aspectos de la vida de la comunidad autóctona de manera más moderna y teniendo en cuenta las necesidades actuales.

36 *Resolution to Amend Constitution*, 1981, 1 S.C. R., p. 753.

37 *Reference re Secession of Québec* del 10 agosto de 1998.

38 Otis, G. y Emond, A., *L'identité autochtone dans les traités contemporains*, cit. p. 554.

#### IV. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS COMUNITARIOS

El tema del reconocimiento de derechos comunitarios evidencia la tensión emergente entre la especificidad territorial y cultural de algunos grupos y el impulso hacia la universalización de los derechos que, en cambio, tiende a considerar a cada individuo igual.

La experiencia comparada evidencia la precariedad —en especial en el ámbito de los derechos fundamentales— del equilibrio entre exigencias unitarias y la valoración de la especificidad territorial, y como ello debería ser institucionalmente fortalecido en virtud de particulares institutos o fórmulas constitucionales; la misma evidencia se produce en casos en los cuales las instancias sociales han prevalecido sobre las territoriales, sea bien cuando el derecho a la identidad territorial se afirma en forma derogatoria respecto a los derechos universales de la persona.

El péndulo está en continuo movimiento por lo cual el equilibrio entre los derechos de la comunidad y de la persona, entre la identidad personal o comunitaria solamente puede ser asegurado por las Constituciones, mediante la codificación de principios y procedimientos específicos pueden dictarse normas idóneas y evitar el surgimiento de conflictos paralizantes.

La contradicción entre el respeto de las tradiciones y la vocación universal de los derechos de la persona puede ser sólo aparente, en la medida en que se considere que entre ambos términos existe una relación de necesaria complementariedad: la salvaguarda de las tradiciones y de las diversas identidades culturales constituye un criterio útil para especificar, implementar y disciplinar los derechos de la persona internacionalmente codificados pero no puede ser reclamada para justificar su no consideración en el contexto de un determinado sistema jurídico.<sup>39</sup>

El texto de algunas Constituciones más recientes que contienen normas dirigidas a la introducción de formas de reconocimiento de los derechos propios de la colectividad parece, por tanto, superar la afirmación de que el carácter unitario del Estado y la tutela de los derechos específicos pertenecientes a grupos territorialmente localizados resultan inconciliables. Para confirmar dicha compatibilidad, puede citarse el ordenamiento constitucional italiano, que, por una parte, afirma la unidad e indivisi-

39 Rodríguez Abascal, L., *Las fronteras del nacionalismo*, Madrid, 2000.

bilidad de la República (artículo 5o.) y por otra, reconoce la tutela de las minorías lingüísticas (artículo 6o.).

En ordenamientos marcados por un fuerte pluralismo racial, étnico, religioso o lingüístico, la fractura entre los diversos grupos presentes en un territorio se recompone muy a menudo con la afirmación de la superioridad de un grupo (sea de la mayoría o de una minoría) sobre los demás. Baste aludir al ejemplo de los Anglosajones en Estados Unidos, de la población blanca en Sudáfrica, de las comunidades anglófona y francófona en Canadá. Por tanto, la evolución constitucional de estos países ha estado orientada, en un primer momento, al principio de igualdad de los individuos prescindiendo de sus diferencias.

Por el contrario, las tendencias más recientes parecen decantarse por la valoración de las diferentes culturas presentes en un territorio, en consideración a su conservación: pueden promover la corrección de algunos aspectos críticos de cada una de las comunidades; autorizar el desafío a la ideología dominante; reducir el espacio para eventuales opresiones por parte del grupo mayoritario.

Sin embargo, el mero reconocimiento de los derechos de estos grupos y los consiguientes instrumentos de garantía implican que el Estado debe encontrar un punto medio entre las prerrogativas de estas minorías y el tejido unitario del Estado, a fin de que el empuje hacia su reconocimiento no conduzca a la disolución de la organización estatal. Este momento de recomposición se realiza ya sea definiendo las reglas para alcanzar la coexistencia de los varios grupos, ya sea construyendo un sistema unitario de valores de referencia. La ausencia de estos instrumentos determina el riesgo de conflictos entre los grupos que puede conducir a la disgregación del Estado al que pertenecen.

Se trata de combinar conjuntamente el principio de una democracia plural y la existencia de valores compartidos de modo tal que pueda cumplirse aquella función de integración que, según el pensamiento de algunos teóricos, debe constituir el fin primario de una Constitución en sentido material.<sup>40</sup>

<sup>40</sup> Smend, R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, Monaco-Lipsia, Duncker & Humblot, 1928. Según otra línea de pensamiento, en un contexto multicultural se debe buscar, no tanto una división sobre valores, sino sobre todo un consenso sobre los procedimientos a través de los cuales se ejerce el gobierno. Así, Habermas, J., "Lotte per il riconoscimento nello Stato democratico di diritto", *Ragion Pratica*, II, 1993, núm. 3, pp. 157 y ss.

En el fondo de la introducción de especificidades de base étnica, lingüística o religiosa, hay el reconocimiento de la subjetividad institucional de las diversas comunidades; sin embargo, es evidente que en los ordenamientos plasmados en el moderno constitucionalismo la garantía de la especificidad no puede traducirse en el desconocimiento de la igualdad de todos los ciudadanos, del disfrute de los derechos fundamentales, sean civiles o sociales. La experiencia comparada demuestra —sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales— el equilibrio entre los derechos individuales y la valoración de la especificidad territorial; la misma evidencia se da tanto en los casos en los que las instancias sociales han prevalecido sobre las territoriales, como cuando el derecho a la identidad territorial se ha afirmado en forma derogatoria respecto de los derechos universales de la persona. “El péndulo, pues, está en continuo movimiento por lo que el equilibrio entre los derechos de la comunidad y de la persona, entre la identidad personal o comunitaria, es inestable y únicamente la Constitución, mediante la codificación de principios y procedimientos puede dictar normas idóneas para evitar el surgimiento de conflictos paralizantes”.<sup>41</sup>

Estados Unidos ha conocido este impasse en lo que respecta a los derechos de las mujeres indígenas. En un caso planteado ante la Corte Suprema (Santa Clara Pueblo vs. Martínez), una mujer indígena afirmaba ser objeto de una discriminación derivada de una disposición de la normativa federal, la *Indian Civil Rights Act*, que impedía a su hijo disfrutar del estatus de miembro de la tribu porque su padre no pertenecía a la misma. En cambio, en el caso opuesto, esto es, si el progenitor de sexo masculino hubiese pertenecido a la tribu a diferencia de la madre, los hijos hubieran podido incluirse entre los miembros de la tribu.

Era evidente que la mujer sufría una discriminación por razón de sexo en el seno de su propio grupo étnico. En su sentencia, la Corte Suprema, basándose en el hecho histórico de que la soberanía de los pueblos indígenas había sido despreciada más que respetada, sostiene que la tribu tiene autonomía para evaluar y verificar los criterios de pertenencia a la misma, aunque esta autonomía pueda implicar el sacrificio del derecho individual a la igualdad. El contraste entre el derecho de la identidad

<sup>41</sup> Rolla, G., *L'autonomia costituzionale delle comunità territoriali. Tendenze e problemi*, en Groppi T. (ed.), *Principio di autonomia e forma dello Stato*, Torino, 1998, pp. 3 y ss.

nacional autóctona y las reivindicaciones de las mujeres indígenas en relación con el principio de igualdad entre hombre y mujer es un aspecto que emerge muy frecuentemente en aquellos países que contienen comunidades de autóctonos. De hecho, incluso en el ordenamiento canadiense, se ha perfilado un desalineamiento entre las normas específicas previstas en la *Indian Act* y la CDP, al menos hasta 1985, año en el que la normativa federal fue modificada de tal manera que se abrogaron todas las normas contrarias al artículo 15 (prohibición de discriminación) y 28 (principio de igualdad entre el hombre y la mujer).

Sobre la compatibilidad entre los derechos individuales y territoriales han tenido que intervenir también órganos internacionales dedicados a la protección de los derechos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, encargado de verificar el respeto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, se ha involucrado en muchos casos en los cuales se producía un conflicto entre derechos individuales y colectivos. En *Lovelace vs. Canadá*, una mujer indígena, tras el divorcio de un no indígena, reivindicaba la readmisión en la tribu para ella y para su hijo.

Sin embargo, la comunidad le denegó esta petición, basándose en lo que las normas de la *Indian Act* disponían en este sentido y en que dicha readmisión hubiera comprometido la integridad cultural de la tribu, violando el artículo 27 del Pacto. En su pronunciamiento, el Comité sostiene que la restricción legal no es justificable en la medida en que impide a la mujer acceder de nuevo a la tribu, porque esto no parece poner en peligro la identidad cultural de la tribu, mientras que lo contrario podía objeto de discriminación, violando de esta forma otros artículos del documento internacional.

En *Kitok vs. Sweden*, el Comité de nuevo operó una ponderación entre los derechos individuales y los derechos de las minorías, subrayando cómo la limitación de un derecho individual a favor de los derechos del grupo es legítima sólo cuando existe una justificación racional y objetiva y si es absolutamente necesaria.

En otros términos, la acogida por parte de muchas Constituciones recientes de los derechos de las colectividades no puede descuidar que las cartas de derechos, por su origen histórico se inspiran en la libertad individual y en una idea universal de ciudadanía, según la cual los de-

rechos fundamentales expresan un lugar de composición de la diversidad con el propósito de conseguir una identidad constitucional común.

Se está en presencia, pues, de una cuestión de equilibrio y de ponderación, no de una absoluta prevalencia de un principio sobre el otro. Bajo esta perspectiva adquiere enorme significación la previsión contenida en el artículo 30 de la Constitución de Sudáfrica, que se propone garantizar un equilibrio entre la *Bill of Rights* y las específicas tradiciones locales (“cada cual tiene el derecho a usar su lengua y de participar en la vida cultural según la propia elección, pero debe hacerlo de un modo coherente con las previsiones de la *Bill of Rights*”).

## V. RESUMEN

En el constitucionalismo contemporáneo, el hombre y la mujer son considerados en su calidad de personas históricamente determinadas, inmersas en la sociedad; los sujetos tutelados por las Constituciones no son individuos abstractos, sino personas concretas, reconocidas en su existencia histórica y material. Se asiste, en otros términos, al paso de una visión atomística a una visión social de la persona humana. Por consiguiente, el principio personalístico se ha desarrollado en numerosas Constituciones desde una perspectiva diversa, que hace referencia no tanto a los individuos singulares cuanto a los grupos en los que éstos se integran. De este modo emerge la caracterización colectiva e histórica de la persona, su condición de miembro de un grupo social más amplio y dotado de una individualidad relevante, que procede de elementos comunes históricamente consolidados de naturaleza étnica, lingüística y cultural. Dicha proyección comunitaria de la persona, de su dignidad e individualidad plantea problemas de difícil solución desde el punto de vista de la dogmática jurídica. Se trata, en concreto, de problemas de sistematización en el marco de las clasificaciones consolidadas, en las que están distribuidos los derechos fundamentales elaborados teniendo en cuenta el individuo antes que la comunidad a la que éste pertenece; como también parece delicado la atemperación entre derechos de la persona y tradiciones de la colectividad local.

El derecho a la identidad cultural se compone de diversos elementos —tales como la preservación de aquellas instituciones a través de las cuales el grupo mantiene la propia identidad, la atribución de un cierto

grado de autonomía para evitar las interferencias del Estado central, el refuerzo de la posición de la minoría en el proceso político— que son objeto de especificación ya sea por parte del derecho internacional o por el derecho interno. En los estados que contienen en su interior minorías identificadas étnica y territorialmente, los derechos individuales de los documentos internacionales son ulteriormente especificados por las fuentes del ordenamiento interno: ya sea en sede constitucional, o legislativa y jurisprudencial.

El tema del reconocimiento de derechos comunitarios evidencia la tensión emergente entre la especificidad territorial y cultural de algunos grupos y el impulso hacia la universalización de los derechos que, en cambio, tiende a considerar a cada individuo igual. La experiencia comparada evidencia la precariedad —en especial en el ámbito de los derechos fundamentales— del equilibrio entre exigencias unitarias y la valoración de la especificidad territorial, y como ello debería ser institucionalmente fortalecido en virtud de particulares institutos o fórmulas constitucionales; la misma evidencia se produce en casos en los cuales las instancias sociales han prevalecido sobre las territoriales, sea bien cuando el derecho a la identidad territorial se afirma en forma derogatoria respecto a los derechos universales de la persona.

El péndulo está en continuo movimiento por lo cual el equilibrio entre los derechos de la comunidad y de la persona, entre la identidad personal o comunitaria solamente puede ser asegurado por las Constituciones, mediante la codificación de principios y procedimientos específicos pueden dictarse normas idóneas y evitar el surgimiento de conflictos paralizantes. La contradicción entre el respeto de las tradiciones y la vocación universal de los derechos de la persona puede ser sólo aparente, en la medida en que se considere que entre ambos términos existe una relación de necesaria complementariedad: la salvaguarda de las tradiciones y de las diversas identidades culturales constituye un criterio útil para especificar, implementar y disciplinar los derechos de la persona internacionalmente codificados pero no puede ser reclamada para justificar su no consideración en el contexto de un determinado sistema jurídico.

El texto de algunas Constituciones más recientes que contienen normas dirigidas a la introducción de formas de reconocimiento de los derechos propios de la colectividad parece, por tanto, superar la afirmación de que el carácter unitario del Estado y la tutela de los derechos específicos

pertenecientes a grupos territorialmente localizados resultan inconciliables. Para confirmar dicha compatibilidad, puede citarse el ordenamiento constitucional italiano, que, por una parte, afirma la unidad e indivisibilidad de la República (artículo 5o.) y por otra, reconoce la tutela de las minorías lingüísticas (artículo 6o.).