

Hacia la protección internacional de la identidad cultural de los inmigrantes

Roxana Yzuski

Máster en Migraciones y Mediación Social

ryzusqui@gmail.com

Resumen: En el marco de los debates sobre las políticas de integración cultural de los inmigrantes sostenidos durante la primera década del siglo XXI en los países receptores, principalmente en el contexto europeo, el presente artículo explora si la protección a la identidad cultural reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos puede establecer límites a la discreción de los Estados en el manejo de las diferencias culturales de estos sujetos. Para ello, propone una aproximación de lo que implicaría tal protección tomando como referencia los estándares internacionales desarrollados para tres grupos vulnerables: las minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas; los pueblos indígenas, que gozan en el derecho internacional de un estatuto jurídico autónomo; y los “trabajadores migrantes”.

Palabras clave: identidad cultural, derechos humanos, minorías, migrantes.

Abstract: During the first decade of the 21st century, there has been an evolving political debate over the cultural integration of immigrants in many western societies. In this context, this article explores whether the protection of cultural identity recognized in the International Human Rights Law can set limits over States in their management on the cultural differences of these persons. It proposes a first approach of what the scope and content of this protection would be, taking into account the international standards developed to guard three vulnerable groups: national or ethnic, religious and linguistic minorities; indigenous peoples and “migrant workers”.

Keywords: cultural identity, human rights, minorities, migrants.

I. Introducción

Los diferentes conflictos étnicos ocurridos a lo largo de la historia muestran que el encuentro y la convivencia entre culturas son, por lo general, difíciles de gestionar. Pueblos y naciones han sido extinguidos como consecuencia de la imposición de los grupos dominantes, ya sea a través de medidas violentas (que en muchos casos terminaron en genocidios) o como consecuencia de medidas de asimilación e integración forzada.

Hoy en día el genocidio —entendido generalmente como la destrucción física de los miembros de un grupo nacional, étnico, racial o religioso—¹ es un crimen proscrito en la mayoría de sistemas penales y a nivel internacional. Sin embargo, la propuesta de prohibir el “genocidio cultural” —la destrucción de la cultura sin la destrucción física de sus miembros, incluso a través de medidas de asimilación o integración forzada— no llegó a generar un consenso para ser sancionado como crimen internacional.²

El derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado cierta protección a la identidad cultural diferenciada de los grupos no dominantes, así como los derechos a existir y a conservar la propia cultura, principalmente a favor de dos colectivos vulnerables: i) las minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas; y ii) los pueblos indígenas, que por sus características y necesidades particulares han demandado un estatuto jurídico autónomo.

En el año 2005 la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la Unesco consagró la diversidad cultural como patrimonio de la humanidad, estableciendo sobre los Estados

1 Según el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se entiende por genocidio “[...] cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo” (artículo 6).

2 El “genocidio cultural” fue propuesto por Raphael Lemkin, conocido como padre de la Convención sobre el genocidio, en el capítulo 9 de *Axis Rule in Occupied Europe*, publicado por la Fundación Carnegie para la Paz Internacional en noviembre de 1944. Esta propuesta fue discutida en el marco de la elaboración de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, pero no fue incluida. En 1994, el borrador de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas definió al “genocidio cultural”, entre otros supuestos, como “toda forma de asimilación a otras culturas o modos de vida impuestos por las medidas legislativas, administrativas o de otro tipo” ONU.Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/56.

la obligación de preservar las diversas identidades y expresiones culturales que existan en sus sociedades.³

Actualmente, muchos Estados cuentan con un marco mínimo de protección para garantizar la diversidad cultural de sus minorías históricas y la de los pueblos indígenas, incluso en algunos casos a nivel constitucional. Sin embargo, se advierte que la diversidad cultural generada por los colectivos inmigrantes —que en algunos contextos incluso conforman minorías étnicas— parece carecer de tal protección, pues en los procesos de integración en las sociedades de acogida los Estados adoptan políticas que pueden tender a la asimilación y consecuente eliminación de las culturas de estas personas. Un hecho que, como señala ya parte de la literatura jurídica, resulta incompatible con el sentido de la protección a la diversidad cultural y con la propia idea de la dignidad de la persona.

La falta de claridad que envuelve el derecho a la identidad cultural formulado desde el ámbito internacional, así como sobre la existencia de una vía que haga vinculante y exigible tal derecho a favor de los inmigrantes, son algunos de los principales obstáculos en la búsqueda del respeto a sus diferencias culturales. Junto con ello, el permanente temor a que el reconocimiento de la identidad cultural de las minorías implique la promoción de posteriores demandas de autodeterminación, así como el rechazo que han generado en Occidente las diferencias de las comunidades inmigrantes (principalmente de origen musulmán), hacen que el tema tenga poca acogida en la comunidad internacional.

En el presente artículo abordaremos algunas de estas cuestiones con el objetivo de aportar al debate jurídico y político una primera aproximación del contenido del derecho a la identidad cultural y cómo este podría ser exigible en el caso de los inmigrantes, centrándonos principalmente en las herramientas que brinda el derecho internacional para la protección de las minorías, los pueblos indígenas y los “trabajadores migrantes”. Previamente formularemos una breve reflexión acerca de cómo se aborda el respeto de las diferencias culturales de los grupos inmigrantes desde el ámbito de las políticas de integración, que es desde donde se ha tratado principalmente la problemática, centrándonos en el contexto europeo.

3 Segundo párrafo del preámbulo: “Consciente de que la diversidad cultural constituye un patrimonio común de la humanidad que debe valorarse y preservarse en provecho de todos”.

II. Las políticas de integración de los inmigrantes: los límites del debate

Los debates acerca de qué hacer y cómo manejar las identidades culturales de los inmigrantes nos sitúan principalmente en el ámbito de la ciencia y la filosofía política.⁴ Un extenso listado de estudios elaborados desde estas ramas académicas reflexionan desde hace varios años sobre cómo lograr la integración de estos nuevos colectivos en las sociedades de acogida y cómo mantener la cohesión social de una comunidad política (cf. Kymlicka, 1996; Sartori, 2001; Parekh, 2000; De Lucas, 2001).

Diversas fórmulas y modelos de integración se han propuesto e implementado a lo largo de la historia para gestionar la inmigración. Desde medidas asimilacionistas que buscan que los inmigrantes se despojen de su cultura de origen para adquirir la cultura dominante en un intento de homogeneizar las sociedades, hasta medidas pluralistas o multiculturales,⁵ de tradición liberal, que permiten a los inmigrantes mantener sus distintivos culturales a cambio de tolerar a las otras comunidades etnoculturales existentes en el seno de la sociedad.

A partir de la década de 1990, el incremento de la migración internacional y el asentamiento de un significativo número de inmigrantes de procedencias y culturas diferentes llevan a los países de acogida —que en algunos casos contaban ya con una amplia experiencia en inmigración— a replantear las formas en que se venía tratando el tema migratorio. En el marco de la Unión Europea

4 Si bien la mayoría de estudios son formulados desde estas ramas académicas, también se aborda la problemática desde otras ciencias sociales. Algunas aproximaciones al tema las hemos encontrado en estudios comparados de modelos de políticas de integración publicados por el Barcelona Centre for International Affairs (CIDOB) y en las publicaciones de los grupos de investigación académica de universidades españolas, entre ellos: el Grupo de Estudios sobre Ciudadanía, Inmigración y Minorías (GECIM), de la Universidad de Valencia; el Grupo de Estudio sobre Derechos de los Inmigrantes (GESDI), de la Universidad de Barcelona; el Grupo de Investigación Interdisciplinaria en Inmigración (GRITIM), de la Universidad Pompeu Fabra; el Grup de Recerca sobre Migracions (GRM) y el Grup d'Estudis d'Immigració i Minorities Ètniques (GEDIME), ambos de la Universidad Autónoma de Barcelona; el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto; el Grupo de Estudio sobre Migraciones Internacionales (GEMI), de la Universidad Complutense de Madrid; el Instituto de Filosofía – CSIC, de la Universidad Autónoma de Madrid; y el Programa Migración y Multiculturalidad, Observatorio de las Migraciones y de la Convivencia Intercultural de la Universidad Autónoma de Madrid, por mencionar algunos de los más importantes.

5 El multiculturalismo supone la primera expresión del pluralismo cultural, surge como un modelo de política pública y como una filosofía o pensamiento social de reacción frente a la uniformización cultural en tiempos de la globalización (Malguez y Giménez, 2000: 291).

(UE), los primeros cambios se advierten en la adopción de una política común sobre las condiciones de admisión y residencia de los nacionales de terceros países. Las políticas de integración durante estos años siguieron siendo decisión de los propios Estados, quienes optaban por uno u otro modelo en función de sus particularidades históricas, políticas, en cómo se ha concebido históricamente la comunidad nacional y la pertenencia (Rodríguez, 2007: 8), y, en general, en función del mejor provecho que podía obtenerse de esta nueva migración.⁶

Generalizando la gran variedad de políticas de integración aplicadas en los países europeos, encontramos, entre los más propensos a favorecer políticas cercanas al multiculturalismo, al Reino Unido, Holanda y Suecia. Otros como Francia y Austria han optado por las políticas de asimilación, mientras que Alemania se ha caracterizado por concebir a los trabajadores inmigrantes como “huéspedes temporales”, un régimen en el que se ha favorecido la repatriación voluntaria y la asistencia para la reintegración en el país de origen, toda vez que se consideraba la inmigración como una cuestión transitoria (Borges, 2013: 37).

Se ha afirmado que el modelo más acorde con el sentido de los derechos humanos —en particular, con los derechos de las minorías— es el modelo multicultural a través del cual se reconoce la igual dignidad de todas las culturas (De Asís, 2009: 40-41). Los inmigrantes bajo este modelo cuentan con los mismos derechos y libertades que los ciudadanos del país de acogida y, además, con derechos especiales para mantener su identidad diferenciada. La propia Declaración sobre la diversidad cultural de la Unesco (2001) señala que el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural (artículo 2.º).⁷

6 En comparación con el desarrollo de una política común europea en materia de admisión y residencia de los nacionales de terceros países, a la fecha, el desarrollo de una política común en el marco de la UE en materia de integración de inmigrantes no se ha dado de una manera tan clara. Aunque existen documentos en los que se advierten los ejes en torno a los cuales debe enmarcarse y desarrollarse tal política, en atención al principio de subsidiariedad, las decisiones principales siguen siendo adoptadas por los Estados (Thitshi, 2011: 17).

7 Artículo 2: “En nuestras sociedades cada vez más diversificadas, resulta indispensable garantizar una interacción armoniosa y una voluntad de convivir de personas y grupos con identidades culturales a un tiempo plurales, variadas y dinámicas. Las políticas que favorecen la integración y la participación de todos los ciudadanos garantizan la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz. Definido de esta manera, el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural. Inseparable de un contexto democrático, el pluralismo cultural es propicio para los intercambios culturales y el desarrollo de las capacidades creadoras que alimentan la vida pública”.

Sin embargo, este modelo ha sido criticado por producir el aislamiento de comunidades culturales y la separación, siendo calificado de contraproducente para la cohesión social (cf. Sartori, 2001, citado por Velasco, 2012). Un discurso que se vio fortalecido en la década del 2000 como consecuencia de los conflictos ocurridos en diferentes países europeos que involucraron a comunidades musulmanas de origen inmigrante⁸ y que, sumados a los actos terroristas realizados por grupos islámicos —en los Estados Unidos (2001), España (2004), Inglaterra (2005)—, provocaron inevitablemente un alejamiento general de las políticas multiculturales en la incorporación de los inmigrantes (Triandafyllidou y Zapata-Barreto, 2012: 8).

Tanto desde el ámbito político como desde el círculo académico se habló de un fracaso del multiculturalismo y de las políticas de integración aplicadas durante los años anteriores, contexto en el que, según Vertovec y Wessendorf (2006: 165), proliferaron las posturas sobre la “demasiada diversidad” (Reino Unido), el miedo a “sociedades paralelas” (Alemania) o el “desmembramiento” de la sociedad (Italia). Incluso en los países con políticas multiculturales institucionalizadas oficialmente, como Holanda o el Reino Unido, se advirtió un alejamiento de la protección de la diversidad cultural y un énfasis en la adopción de medidas más cercanas a la asimilación de los inmigrantes como una forma de contrarrestar lo que juzgaron como un relativo fracaso de sus anteriores políticas multiculturales (Michalowski, 2007: 68). Por su parte, en los llamados nuevos países de inmigración, como España, Italia o Portugal, la crisis del multiculturalismo reforzó la idea de que la inmigración resulta económicamente más provechosa cuando se asimila a los inmigrantes a la cultura nacional dominante (Triandafyllidou y Zapata-Barreto, 2012: 8).

Esta visión adquirida durante los primeros años de la década del 2000 marcó la dirección que han tomado las políticas de integración de los inmigrantes en diferentes países europeos hasta nuestros días. Dentro de la UE, el debate sobre los denominados contratos de integración, alentado principalmente por el pensamiento conservador, sería una significativa expresión política de ello (Velasco, 2012: 40). Once países europeos fueron adoptando progresivamente

8 Por mencionar algunos, en Inglaterra se produjeron en el año 2001 conflictos violentos entre autóctonos y jóvenes musulmanes de origen asiático; en 2005, en Francia los disturbios originados por algunas comunidades musulmanas del Magreb se expandieron por todo el país; en 2006, en Dinamarca la publicación de las imágenes del profeta Mahoma generó la llamada “crisis de las caricaturas”; en 2004, en Holanda el asesinato del cineasta Theo van Gogh por un islamista holandés de origen marroquí desató la alarma mediática.

los referidos contratos de integración para los inmigrantes recién llegados, así como exámenes de civismo y ciudadanía, que enfocan la integración como una condición previa para la admisión de los nuevos inmigrantes Thitshi, 2011: 13).⁹

En este contexto, se van implementando otras medidas que prohíben la expresión pública de la propia identidad cultural y religiosa. Una política que, iniciada en Francia —en donde el principio de laicidad es una de las bases de la fundación de la República—, fue extendiéndose por el resto de países europeos. En este sentido, en el año 2004 se aprueba en Francia por abrumadora mayoría una ley que prohíbe el uso personal de símbolos religiosos ostensibles en las escuelas públicas. Una medida que afecta principalmente a las niñas musulmanas, a quienes se les prohíbe llevar el *hijab* (velo no integral) en las escuelas, y que posteriormente fue adoptada en otros países europeos. Asimismo, entraron en vigencia normas para sancionar con pena de multa el uso del *niqba* y el *burka* (velo integral) en las sedes de la Administración pública y también en las calles y los comercios en Francia (2010) y luego en Bélgica (2011), mientras que se anunciaron proyectos similares en Dinamarca, Alemania, Holanda, España e Italia.¹⁰

El tema del velo islámico generó un gran debate político y también jurídico en el que se cuestionó si las mujeres inmigrantes de origen musulmán tenían el derecho al uso personal del velo en los lugares públicos a la luz del derecho a la libertad religiosa o si, por el contrario, este podía ser prohibido por razones de seguridad, orden público u otros motivos aducidos para justificar estas normas como el hecho de que en la “cultura occidental el ocultamiento del rostro en la realización de actividades cotidianas produce perturbación en la tranquilidad” (Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña)¹¹ o que incluso ello podría difi-

9 Si bien se argumenta que este tipo de contratos y exámenes forman parte de una nueva filosofía de gestión de la diversidad cultural, no debe obviarse que se enfocan desde una perspectiva unilateral por la cual —aunque se hable de una integración bidireccional— son ellos, los inmigrantes, y no la sociedad general los que son examinados sobre los valores, la cultura y el idioma del país de acogida. La unilateralidad en el proceso de cambio forma parte de los cuatro supuestos ideológicos del enfoque asimilacionista (Malgesini, G. y Giménez, C., 2000: 55).

10 *La Razón*, “Así es el mapa del velo islámico en Europa”, 25 de julio de 2010, <http://www.larazon.es/detalle_hemeroteca/noticias/LA_RAZON_279801/172-asi-es-el-mapa-del-velo-islamico-en-espana#.Ttt1KFTTrNmWY0vo> [revisado el 15/02/2014].

11 Sentencia núm. 489, de 7 de junio de 2011, del Tribunal Superior de Cataluña. Sentencia revisada por el Tribunal Supremo en recurso de casación resuelto con la Sentencia de fecha 14 de febrero del 2013, que deja sin efecto la norma que prohíbe el uso del velo islámico en el distrito de Lérida.

cultar la convivencia, como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la reciente sentencia del caso SAS c. Francia.¹²

Sin embargo, el tema del velo es solo uno de los ejemplos de los diversos obstáculos que en el espacio europeo impiden la expresión y preservación de las culturas de los inmigrantes. Así, otras situaciones se manifiestan en: las dificultades para conseguir las autorizaciones para la construcción y puesta en funcionamiento de los lugares de oración; la imposibilidad para trabajadores y estudiantes de guardar los días festivos según su religión; las limitaciones de contar con menús en instituciones escolares, hospitales y prisiones que respeten las prohibiciones religiosas y culturales; la prohibición de reagrupar familias poligámicas cuando estas ya estén conformadas en el país de origen; las dificultades para el uso del derecho civil de origen para regular cuestiones privadas (en el caso particular del derecho musulmán: el reconocimiento de los pactos sobre obligaciones personales, la dote, la obligación de mantenimiento, el divorcio, etc.), entre otras situaciones.

Los diversos conflictos ocasionados por las demandas de los inmigrantes para ejercer el derecho a manifestar sus diferencias culturales llevaron a la creación de un discurso sobre el “inintegrable cultural” (cf. Álvarez, 2002), discurso que se ve reforzado por una suerte de “etnización” de la doctrina y de la opinión pública que tiende a relacionar los conflictos de integración con el origen cultural de los inmigrantes (Kleiner-Liebau, 2008: 135). Se desvía así la atención del verdadero problema: la desigualdad y la exclusión en que viven una parte apreciable de inmigrantes y sus descendientes —las llamadas segundas y terceras generaciones, quienes, a pesar de contar con la nacionalidad de los países receptores, siguen siendo sujetos de discriminación sobre la base de su origen— y las responsabilidades que al respecto tienen la sociedad receptora y sus instituciones (Velasco, 2012: 40).

Algunas nuevas perspectivas surgen en este debate. Son las críticas de un sector de la doctrina que afirma que se está sobredimensionando la identidad cultural de los inmigrantes como un aspecto negativo que impide alcanzar la integración y la cohesión social, y ello debido a que se mantiene la equivalencia entre Estado y nación monocultural (Velasco, 2006: 734). O se enfatiza que

12 En el voto parcialmente discordante de los jueces Nusserger y Jaderblom se analiza de forma crítica uno de los argumentos de la Gran Cámara referido a priorizar un principio abstracto como la convivencia sobre el derecho fundamental a la libertad religiosa e identidad cultural. Caso SAS c. Francia, Sentencia del 1 de julio del 2014.

la cohesión social solo puede ser traducida en la necesidad de compartir elementos culturales (idioma, símbolos, sentido de pertenencia), en vez de buscar elementos de civismo (cf. Ruiz, 2011).

En este sentido, una parte de la doctrina propone como alternativa la creación de una ciudadanía transnacional no basada en aspectos culturales comunes sino en la residencia (De Lucas, 2001: 68) o valores cívicos (Velasco, 2006: 735) en la que, tal como sugiere Medda-Windischer (2010: 75):

[...] la protección de la identidad de las minorías, y en particular de las nuevas minorías [refiriéndose a los inmigrantes], sería una de las bases de un verdadero proceso de integración en el que los grupos minoritarios pueden desarrollar un genuino sentido de lealtad y pertenencia común con el resto de la población sin estar amenazados de ser asimilados, lo que ocasionaría resistencia y alienación.

Si bien estas propuestas son más afines al respeto de la identidad cultural de los inmigrantes —junto con las propuestas de retomar el pluralismo cultural con políticas interculturales—, lo cierto es que en la implementación práctica de estas políticas la identidad cultural de estos sujetos queda reducida a un elemento que puede ser garantizado o anulado a la total discreción de los Estados. Se omite, así, toda referencia al marco jurídico (nacional e internacional) que obliga a los países en general a respetar las identidades de los grupos culturalmente diferenciados que habitan dentro de sus fronteras, tal como ocurre con las minorías y los pueblos indígenas.

Es precisamente en el contexto europeo en el que existen diversas políticas dirigidas a preservar las diferencias culturales, lingüísticas y religiosas de los grupos minoritarios que conviven dentro de los Estados. Desde el Consejo de Europa se han aprobado normas que prohíben las medidas de asimilación sobre estos grupos y promueven derechos específicos para garantizar sus identidades diferenciadas.¹³ En esta línea, la UE —a través de los criterios de Copenhague— establece como una condición para la incorporación de nuevos Estados el respeto de los derechos de las minorías y la implementación en sus ordenamientos internos de políticas específicas para proteger los derechos de estas personas.

13 A través del Convenio Marco europeo para la protección de las minorías nacionales (1995), que será tratado en el próximo apartado.

Encontramos así en el marco europeo una clara división entre la protección de la diversidad que se considera interna en términos históricos y la diversidad generada por la inmigración (Triandafyllidou y Zapata-Barreto, 2012: 9). Una división que se mantiene a pesar de que en términos jurídicos estos grupos inmigrantes pueden llegar a conformar y, de hecho, conforman en algunos contextos “nuevas minorías” (Medda-Windischer, 2010: 68-69).

Desde nuestra perspectiva, creemos que contribuye a esta situación la falta de claridad de los estándares internacionales acerca de la existencia de una obligación de respetar la identidad cultural de los inmigrantes y sobre qué implicaría tal protección, tema que abordaremos a continuación.

III. Una aproximación a la protección de la identidad cultural en el derecho internacional de los derechos humanos

1. La protección de la identidad cultural de las minorías y los pueblos indígenas

Como se ha señalado anteriormente, el derecho internacional ha desarrollado un marco de protección a la identidad cultural diferenciada principalmente a favor de dos colectivos vulnerables: i) las minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, que en el contexto europeo suelen relacionarse con las poblaciones históricas que han participado en la formación del Estado (nacional o multinacional) en el que viven; y ii) los pueblos indígenas, que por sus características y necesidades particulares han demandado un estatuto jurídico autónomo que los diferencie de las minorías.¹⁴

A la fecha, no existe una definición internacionalmente acordada de *minorías* o de *pueblos indígenas*. Diversos motivos responden a esta situación, pero

14 Por razones estratégicas estos pueblos han juzgado preferible destacar sus diferencias respecto de las minorías y pedir un estatuto diferente en el derecho internacional. En este sentido, los pueblos indígenas han destacado que han sido víctimas de violaciones históricas, materializadas en el despojo de sus territorios ancestrales primero por los imperios coloniales, posteriormente por los Estados poscoloniales y, más recientemente, por actores no estatales como las grandes empresas transnacionales. Una de sus principales demandas consiste en la protección de sus territorios y el reconocimiento de autonomía o autogobierno sobre estos a fin de que puedan preservar su legado cultural y espiritual y transmitirlo a las generaciones futuras. Aparicio Wilhemi, M., “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación”, en Mikel Berraondo (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Serie Derechos Humanos, vol. 14, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, Bilbao.

principalmente se debe a la diversidad de circunstancias en que se encuentran los grupos minoritarios y a la voluntad de no querer dejar fuera del ámbito de protección a muchos de ellos con un concepto rígido (ONU, 2010: 3-4). No obstante, a la luz de los numerosos proyectos presentados en el ámbito internacional podríamos afirmar que tanto las minorías como los pueblos indígenas tienen elementos comunes. En este sentido, son grupos que: *i*) son numéricamente inferiores al resto de la población; *ii*) poseen características culturales (nacionales o étnicas, religiosas, lingüísticas) comunes que los diferencian de la cultura mayoritaria; *iii*) se encuentran en una situación no dominante; y *iv*) mantienen una voluntad, aunque sea implícita, de conservar su diferencia cultural en la sociedad en la que habitan.¹⁵

En el caso de los pueblos indígenas, quienes por razones estratégicas han preferido destacar sus diferencias respecto de las minorías, importa, además, la “continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios”¹⁶

Asimismo, en el contexto europeo, en el que se mantiene la terminología de “minorías nacionales”, se exige, además, que estas sean nacionales de los Estados en que habitan o que cuenten con lazos históricos firmes con dichos Estados, requisitos establecidos con la finalidad de excluir de su ámbito de protección a las minorías conformadas por flujos migratorios recientes (Ruiz, 2010: 39).

A pesar de estas diferencias conceptuales, la totalidad de los instrumentos internacionales aprobados a favor de estos grupos coinciden en reconocer — con mayor o menor sentido de obligatoriedad según la naturaleza del instrumento jurídico de que se trate—¹⁷ que el respeto de la identidad cultural (nacional, étnica, lingüística y religiosa) es un elemento esencial de su protección.

15 Algunas de las definiciones propuestas en el marco de la ONU se encuentran en el documento elaborado por el relator especial Chernichenko bajo el título “Definición de las minorías”, ONU Doc.E/CN.4/Sub.2/AC.5/1996/WP.1

16 Según la definición aportada por José R. Martínez Cobo, ex relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.3, párr. 379 y ss.

17 En el caso de los tratados y las convenciones, cuando son firmados y ratificados por los Estados su cumplimiento tendrá carácter obligatorio. Las declaraciones no cuentan con el carácter vinculante de los tratados, pero establecen principios o normas mínimos que sirven para la interpretación de los documentos obligatorios. Su cumplimiento deberá darse conforme al principio de buena fe, sobre todo cuando estas son firmadas por los Estados.

En este sentido lo señalan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) (en adelante, el Pacto) (artículo 27);¹⁸ la Declaración de la ONU sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (1992) (en adelante, la Declaración sobre Minorías) (art. 1);¹⁹ el Convenio Marco del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales (1995)²⁰ (en adelante, el Convenio Marco europeo); el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo núm. 169 (1989),²¹ sobre pueblos indígenas y tribales (en adelante, el Convenio OIT 169); y la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007)²² (en adelante, la Declaración sobre Pueblos Indígenas).

La forma como debe protegerse esta identidad cultural (étnica, nacional, religiosa y lingüística) no suele estar establecida en un solo artículo ni tener el mismo contenido para todos los grupos culturales. Por el contrario, los citados instrumentos, según el ámbito en el que nos encontremos, pueden incluir mayores derechos o ser más enfáticos en algunos elementos culturales; este es el caso del contexto europeo, que pone mayor énfasis en la protección de las minorías lingüísticas, o el caso de los pueblos indígenas, para quienes se incluyen disposiciones que reconocen la relación con sus territorios ancestrales para “preservar su legado cultural y espiritual y transmitirlo a las generaciones futuras”.²³

18 El artículo 27.º, según la interpretación dada por la Observación General núm. 23 (1994), “tiene por objeto garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural, religiosa y social de las minorías interesadas” (párr. 9). La Observación General núm. 23 (1994) es interpretación autorizada formulada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

19 El artículo 1.º dispone lo siguiente: “Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad”.

20 El cual reconoce “que una sociedad pluralista y genuinamente democrática no sólo debe respetar la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de cada persona perteneciente a una minoría nacional, sino también crear las condiciones apropiadas que permitan expresar, preservar y desarrollar esa identidad” (preámbulo, párr. 7).

21 Que reconoce “las aspiraciones de esos pueblos [...] a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven” (preámbulo, párr. 5).

22 Que afirma “el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”, así como el derecho de estos a determinar su propia identidad (preámbulo, párr. 5 y art. 33).

23 El derecho internacional reconoce la relación espiritual de estos pueblos con sus tierras, territorios y recursos tradicionales para la preservación de su identidad cultural. Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Sentencia del Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay, del 29 de marzo de 2006.

Por ello, creemos pertinente, antes de continuar con nuestro análisis, aclarar —tal como lo señaló el ex Grupo de Trabajo sobre Minorías basándose en la experiencia de las comunidades minoritarias de todo el mundo y en los diferentes instrumentos internacionales aprobados a favor de ellas— que la protección de los derechos de estos grupos se basa en cuatro pilares principales, todos vinculados con la garantía del derecho a su identidad cultural diferenciada (ONU, 2010: 8). Estos son:

- i) La protección de su existencia y supervivencia, referida a su existencia física e integridad y, en particular, a no ser sometidos a actos de genocidio y crímenes de lesa humanidad.
- ii) La garantía del disfrute en igualdad de condiciones que el resto de la población de todos los derechos y libertades fundamentales, así como no ser sujeto a discriminación (directa o indirecta) basada principalmente en la pertenencia a una minoría.
- iii) La protección de su identidad cultural diferenciada (que es en lo que nos centraremos en el presente artículo).
- iv) La garantía de su participación efectiva y útil en los asuntos públicos y en todos los aspectos de la vida política, económica, social y cultural del país en que viven, esencial para la preservación de su identidad y la lucha contra su exclusión de las sociedades. En su versión más amplia nos llevaría al reconocimiento de su derecho al autogobierno o a la autodeterminación.²⁴

Respecto a la protección de la identidad cultural, el referido ex Grupo de Trabajo sobre Minorías señala, además, que implica dos aspectos esenciales. Por una parte, una absoluta prohibición de toda política o medida destinada a la asimilación o integración forzosa de estos colectivos en las sociedades mayoritarias. Si bien se reconoce que toda sociedad requiere cierto grado de integración —o de cohesión social, como destaca el Convenio Marco europeo—, “la protección de las minorías tiene por objeto velar por que [tal] integración no se

24 El derecho a la autodeterminación, entendido como derecho a determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural, se reconoce en el caso de los pueblos indígenas (Declaración sobre Pueblos Indígenas, art. 3), aunque siempre dentro de los límites del principio de integridad territorial del Estado, tal como lo señalan los propios instrumentos internacionales analizados.

convierta en una asimilación no deseada o socave la identidad colectiva de las personas que viven en el territorio del Estado.”²⁵

La base jurídica de tal prohibición se encuentra establecida con carácter universal en la Declaración sobre Minorías, “la que se funda en la consideración que la asimilación forzosa es inaceptable”,²⁶ y, en el ámbito regional europeo, en el Convenio Marco europeo, el cual dispone que “las Partes se abstendrán de toda política o práctica encaminada a la asimilación contra [la] voluntad de [las] personas pertenecientes a minorías nacionales” (art. 5.2). Asimismo, en el caso de los instrumentos sobre pueblos indígenas, el Convenio OIT 169 (1989) fue el primer tratado internacional que cambió la visión asimilacionista sostenida sobre estos pueblos en años anteriores; junto con él, la Declaración sobre Pueblos Indígenas establece de manera específica el derecho de estos pueblos e individuos “a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura” (art. 8.1).

Por otra, el segundo elemento comprendido en la protección de la identidad cultural se refiere a garantizar las condiciones necesarias para que estos grupos puedan expresar, preservar y transmitir su propia cultura (idioma, religión, tradiciones, etc.). Se reconoce que la protección de la identidad de los grupos minoritarios no solo implica mantener un margen de tolerancia sobre ellos, sino también una actitud positiva del Estado y el respeto de las características distintivas de estos grupos.²⁷ Por ello, la mayoría de instrumentos antes citados incluyen la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas con este fin, las cuales pueden ser de diversa índole (legislativas, judiciales, administrativas) e ir en función de las características particulares de los grupos culturales a los que se pretende proteger. Se reconoce, además, que la adopción de dichas medidas no implicará una vulneración del principio de igualdad establecido en la mayoría de tratados internacionales de derechos humanos, por lo que se faculta a los Estados a adoptar cuando sea necesario medidas de discriminación posi-

25 ONU, “Comentario del Grupo de Trabajo sobre las minorías acerca de la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas”, Doc.E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, 4 de abril de 2005, párr. 27 y 28.

26 *Ibid.*, párr. 21.

27 *Ibid.*, párr. 28.

tiva para garantizar este derecho, las cuales incluso podrían ser, según el caso, de carácter permanente.²⁸

La base jurídica de este segundo elemento se encuentra en varias disposiciones de los citados instrumentos, los cuales varían en su contenido y alcance, yendo desde lo más general como lo plantea el artículo 27.º del Pacto hasta lo más específico como en el caso de los instrumentos sobre pueblos indígenas. Así, tenemos que el referido artículo 27.º —a la luz de la interpretación de la Observación General núm. 23 (OG23)— autoriza a los Estados a adoptar “medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma [...] y a practicar su religión, en común con otros miembros del grupo”, medidas que pueden constituir una diferenciación legítima o discriminación positiva, siempre que “estén destinadas a corregir una situación que impide o dificulta el goce de los derechos garantizados por el artículo 27 [...]” (párr. 6.1 y 6.2 de la OG23). En el mismo sentido y con mayor detalle se encuentran la Declaración sobre Minorías (artículos 1.º, 4.º y 8.3)²⁹ y el Convenio Marco europeo (artículos 5.1, 7, 8, 10, 11, 12, 13).³⁰

28 *Ibid.*, párr. 29-33 y 56 y ss.

29 Artículo 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 la promoción de esa identidad”.

Artículo 4: “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”.

Artículo 8.3: “Las medidas adoptadas por los Estados a fin de garantizar el disfrute efectivo de los derechos enunciados en la presente Declaración no deberán ser consideradas *prima facie* contrarias al principio de igualdad enunciado en la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

30 Artículo 5.1: “Las Partes se comprometen a promover las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidad, a saber, su religión, lengua, tradiciones y patrimonio cultural”.

Artículo 7: “[...] toda persona perteneciente a una minoría nacional el respeto de los derechos de libertad de reunión pacífica, de libertad de asociación, de libertad de expresión y de libertad de pensamiento, de conciencia o de religión”.

Artículo 8: “[...] toda persona perteneciente a una minoría nacional tiene el derecho a manifestar su religión o creencias, así como el derecho a crear instituciones religiosas, organizaciones y asociaciones”.

Artículo 10: “[...] toda persona perteneciente a una minoría nacional tiene derecho a utilizar libremente y sin trabas su lengua minoritaria tanto en privado como en público, oralmente y por escrito”.

Artículo 11: “[...] toda persona perteneciente a una minoría el derecho a utilizar su apellido y sus nombres de pila en la lengua minoritaria, así como el derecho al reconocimiento oficial de aquéllos, según las modalidades previstas en su ordenamiento jurídico”.

Artículo 12: “1. En caso necesario, las Partes tomarán medidas en los campos de la educación y de la investigación para fomentar el conocimiento de la cultura, la historia, la lengua y la religión de sus minorías nacionales así como de la mayoría”.

Asimismo, en el caso de los pueblos indígenas se advierte que el Convenio OIT 169 —al igual que la Declaración— contempla una larga relación de artículos que instan a los Estados a proteger, a través de medidas especiales, sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales (art. 5.º);³¹ sus modos de vida, costumbres y tradiciones e instituciones (art. 4.º);³² sus leyes consuetudinarias y métodos tradicionales para la represión de delitos, siempre que sean compatibles con el respeto de los derechos humanos (art. 8.º y 9.º);³³ sus modos de uso y relación con la tierra (art. 13.º);³⁴ sus actividades tradicionales relacionadas con su desarrollo económico y subsistencia como la caza, la pesca, la caza con trampas, la recolección (art. 23.º);³⁵ etc.

Actualmente, en atención a estas normas internacionales, así como ante la presión de la comunidad internacional,³⁶ la mayoría de Estados cuentan con un marco mínimo de protección para garantizar la diversidad cultural de sus minorías históricas y la de los pueblos indígenas, incluso otorgando en algunos casos derechos de autogobierno a estas minorías para la gestión de sus asuntos

Artículo 13: “[...] las Partes reconocerán a las personas pertenecientes a una minoría nacional el derecho a crear y dirigir sus propios centros privados de enseñanza y de formación”.

31 Artículo 5: “a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”.

32 Artículo 4: “1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”.

33 Artículo 8: “2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales”.

Artículo 9: “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

34 Artículo 13: “[...] los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

35 Artículo 23: “La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos”.

36 Como se ha mencionado anteriormente, la Unión Europea exige a los nuevos Estados que deseen incorporarse el respeto de los derechos de sus minorías autóctonas, así como la adaptación de su legislación interna para garantizar tales derechos.

internos y locales, y para la mejor conservación de sus elementos culturales más distintivos.

No obstante, tuvieron que pasar muchos años para que la comunidad internacional organizada desde 1945 en el marco de las Naciones Unidas llegara a concretar el reconocimiento de derechos específicos a favor de los grupos minoritarios antes referidos.

Así, se advierte que las minorías europeas —a favor de quienes en el año 1919 se estableció un sistema de protección internacional en el régimen de la Sociedad de Naciones, que fue dejado sin efecto tras la Segunda Guerra Mundial— tuvieron que esperar en el marco de la ONU casi cincuenta años para volver a contar con las garantías necesarias para mantener su derecho a la diferencia. Tal como señalan los estudios sobre el reconocimiento de los derechos de las minorías, el derrumbe del bloque comunista en la Europa del Este y el surgimiento de diversos conflictos interétnicos en la década de 1990, como los que se reflejaron en el desmembramiento de la ex Yugoslavia, fueron los detonantes que llevaron a la comunidad internacional a aprobar instrumentos jurídicos internacionales —desde las Naciones Unidas y también desde el Consejo de Europa— con los que se retoma la protección de la identidad cultural diferenciada de estos grupos (Ruiz, 2010: 57-58).

Paradójicamente, al igual que sucedió en el contexto de la Sociedad de Naciones, lo que impulsó el establecimiento de un sistema de protección a favor de estos colectivos fue el temor a que la falta de reconocimiento de derechos a estas minorías pusiera en peligro la estabilidad internacional, sistema que se impuso sobre las posturas asimilacionistas que se habían mantenido a lo largo de los años.³⁷

En este sentido, la oposición a la generalización de los derechos de las minorías ejercida por parte de Estados que defendían las posturas asimilacionistas se dio tanto en el contexto de la Sociedad de Naciones³⁸ como en los primeros

³⁷ El objetivo de establecer un sistema de protección de las minorías en el marco de la Sociedad de Naciones surge como un medio para garantizar la estabilidad de la región, evitar posibles conflictos entre los Estados o intervenciones unilaterales motivadas por la opresión de las minorías nacionales, así como separar la cuestión de las minorías de la esfera de las diferencias directas entre los Estados. Cf. Feinberg, 1937, citado por S. Castellà Surrribas en *La protección internacional de las minorías: el estatuto jurídico internacional de las minorías: una aproximación histórica al desarrollo normativo y la acción institucional*, Tarragona, Silva Editorial, 2000, pág. 38.

³⁸ En el marco de la Sociedad de Naciones, las posturas asimilacionistas fueron “defendidas por quienes entendían [este] sistema de protección [...] como un régimen transitorio que tendería a desaparecer por la disolución progresiva de los hechos diferenciales que conformaban la identidad minoritaria”. *Ibíd.*, pág. 44.

años de la ONU. Así, Fernández (2001: 220) señala que la exclusión de los derechos de las minorías de la Declaración Universal de Derechos Humanos se debió, entre otros motivos, a la presión de los Estados latinoamericanos, Australia y los Estados Unidos, que defendían las tesis asimilacionistas al temer que estos derechos pudieran ser posteriormente exigidos por los pueblos indígenas e inmigrantes.

En el caso de los pueblos indígenas, las posturas asimilacionistas se mantuvieron vigentes en el orden internacional hasta finales de la década de 1980. El reflejo de esta posición se evidencia en el Convenio núm. 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobada en 1957, primera norma de carácter internacional sobre los derechos de los “trabajadores indígenas”, la cual estaba enfocada a integrar y asimilar a estas personas, en vez de a proteger sus estilos de vida únicos (Gómez, 2006: 135). Este convenio fue reemplazado posteriormente en 1989 por el antes comentado Convenio OIT 169, cuyo preámbulo señala:

[...] la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores.

Aunque, como señala la doctrina, el reconocimiento del derecho a la diferencia es solo el principio y su cumplimiento e implementación abren una amplia agenda de trabajo tanto en el interior de las estructuras de cada Estado como en las organizaciones internacionales.

La historia de la protección internacional de los grupos minoritarios muestra la dificultad que envuelve garantizar el derecho a la diferencia de estos colectivos. Una dificultad que se encontraría influenciada por el temor de que el reconocimiento de la identidad cultural de estos grupos implique la promoción de posteriores demandas de autodeterminación y de separación de los Estados en que habitan, poniendo con ello en riesgo la estabilidad de una región que se ha mantenido durante siglos bajo el modelo westfaliano de los Estados-nación.³⁹

³⁹ En este sentido, tal como señala Díaz Barrado, se advierte que todos los instrumentos jurídicos que se ocupan del asunto de las minorías nacionales insisten en que el ejercicio de los derechos de estos grupos no podrá poner en tela de juicio la “integridad territorial” de los Estados en los que habitan. Díaz Barrado, C.

Actualmente, los instrumentos internacionales que protegen a los grupos minoritarios intentan conciliar el enfoque individualista contenido en el concepto “dignidad humana” adoptado en el actual orden internacional y la garantía de derechos de carácter colectivo necesarios para la protección de su identidad cultural. En respuesta a ello, la mayoría de estos instrumentos reconocen derechos individuales a las personas pertenecientes a estos grupos, enfatizando una titularidad individual y destacando que ello no impide el ejercicio colectivo o goce de tales derechos en comunidad con otros. Muchas minorías europeas cuentan, desde esta perspectiva, con un pleno ejercicio de su derecho a la diferencia. Entre ellos, encontramos los ejemplos de Bélgica y España, donde se garantizan derechos a las minorías nacionales y lingüísticas, incluso con un reconocimiento constitucional de autonomía y autogestión.

Sin embargo, las contradicciones en el reconocimiento de derechos a los grupos culturales minoritarios siguen manifestándose y las tendencias asimilacionistas continúan persiguiendo a otros colectivos en la búsqueda del respeto a su diferencia, como lo fueron los pueblos indígenas hasta hace muy poco y como aún lo constituyen las minorías conformadas por inmigrantes.

2. ¿Hacia la protección internacional de la identidad cultural de los inmigrantes?

En comparación con los estudios que debaten sobre las políticas de integración de los inmigrantes y qué hacer con sus diferencias culturales, a nivel jurídico son pocas las propuestas que buscan vías para garantizar el respeto de la identidad cultural de estos sujetos o que destaquen su importancia y relación con otros derechos fundamentales y con el concepto de dignidad humana.⁴⁰

En el ámbito del derecho internacional existen —además de las normas sobre minorías y pueblos indígenas— dos tratados que hacen referencia a la protección de la identidad cultural de otro de los grupos identificados como vulnerables por la ONU, los “trabajadores migrantes”. Así, está, por una parte, el Convenio OIT núm. 143 “sobre trabajadores migrantes” (1975) y, por otra, la

(2001), “La protección de las minorías nacionales en Europa: la labor del Consejo de Europa”, en F. Mariño Menéndez, C. Fernández Liesa y C. M. Díaz Barrado, *La protección internacional de las minorías*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, pág. 336.

40 Algunas propuestas se formulan desde una interpretación del derecho a la igualdad a través de su extensión al derecho a la diferencia (De Asís Roig, 2009) o a través de las prácticas de armonización, en una adaptación del modelo de “acomodos razonables” implantado en Canadá (Ruiz, 2012).

“Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” (1990) (en adelante, la Convención).

Dos tratados aprobados en el marco de la ONU con el objetivo general de atender la problemática generada por la migración internacional de carácter económico e intentar garantizar los derechos más básicos de estas personas y sus familias —al margen de su condición administrativa—, quienes, al dejar sus países de origen, se sitúan en una situación de especial vulnerabilidad, pues carecen de un Estado protector y del vínculo de ciudadanía con el nuevo Estado para obtener el amparo de todos sus derechos y libertades fundamentales.

La Convención, que representa el tratado más importante adoptado hasta la fecha a favor de los “trabajadores migrantes”, señala en su artículo 31.º lo siguiente: “Los Estados Partes velarán porque se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares [...]”, y con este objetivo indica que los Estados “podrán tomar las medidas apropiadas para ayudar y alentar los esfuerzos a este respecto”. Asimismo, el artículo 45.º establece que “los Estados de empleo procurarán facilitar a los hijos de los trabajadores migratorios la enseñanza de su lengua y cultura maternas”, y que, además, procurarán “establecer planes especiales de enseñanza en la lengua materna [...] en colaboración con los Estados de origen si ello fuese necesario”.

Por su parte, el Convenio OIT núm. 143 señala en el artículo 12.f que los Estados deberán:

tomar las medidas necesarias a fin de ayudar y estimular los esfuerzos que realicen los trabajadores migrantes y sus familias para preservar su identidad nacional y étnica, así como sus vínculos culturales con su país de origen, incluyendo la posibilidad de que sus hijos reciban enseñanza de su lengua materna.

Se trata de disposiciones que han recibido poca atención en la doctrina jurídica y en las reflexiones llevadas a cabo sobre políticas de integración de inmigrantes, contextos en los que, por lo general, no se hace referencia a ellas. Y es que la falta de ratificación de estos tratados por parte de los principales Estados receptores de migración internacional —la mayoría de ellos Estados europeos— ha conllevado que estos preceptos no puedan ser exigibles, lo que plantea diversos cuestionamientos sobre su alcance y sobre todo respecto a qué debe entenderse por identidad cultural de los “trabajadores migrantes”.

Por ejemplo, a la luz del desarrollo dado a la protección de la identidad cultural en el caso de las minorías y los pueblos indígenas antes visto, ¿podríamos afirmar que existe una prohibición absoluta de aplicar medidas dirigidas a su asimilación o integración forzada en las sociedades de acogida? O, acaso, ¿podríamos afirmar que, por el contrario, los Estados receptores tienen la obligación de adoptar medidas positivas a efectos de preservar las características culturales de estos sujetos?

Las respuestas a estas cuestiones deben ser entendidas de manera positiva, pues, a la luz de las normas aprobadas en el marco de la ONU a favor de la diversidad cultural en los últimos años, encontramos que existe la formación de una *opinio iuris* hacia la preservación de la diversidad cultural que llevaría a la consecuente prohibición de cualquier política o medida de asimilación que conlleve la eliminación de las culturas. En esta línea se encuentran la Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural (2001) y la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2007), firmada y ratificada por la mayoría de Estados europeos.⁴¹

Sin embargo, encontramos que desde el propio sistema de la ONU existen pocos pronunciamientos sobre la protección de la identidad cultural de los “trabajadores migrantes” y sobre cómo puede conciliarse dicha protección en los procesos de integración en los Estados de acogida. Así, se advierte que la referida Convención, cuando se refiere a cuestiones de integración, se limita a establecer disposiciones principalmente respecto a la integración de los niños inmigrantes en el sistema escolar (art. 45.2-4.º)⁴² y a la reintegración de los trabajadores migrantes en sus Estados de origen (art. 67.º),⁴³ como si el retorno fuera algo esperado en todos los casos (Pentikäinen, 2008: 74).

La OIT hizo referencia en 1999 a la existencia de una doble obligación de los Estados en la integración de los “trabajadores migrantes”, con una visión

41 Para el detalle del estado de ratificación de la Convención de la Unesco citada, véase: <www.unesco.org/eri/la/convention.asp?order=alpha&language=S&KO=31038 [revisada el 2.02.2014]>.

42 Artículo 45: “3. Los Estados de empleo procurarán facilitar a los hijos de los trabajadores migratorios la enseñanza de su lengua y cultura maternas y, cuando proceda, los Estados de origen colaborarán a esos efectos.

4. Los Estados de empleo podrán establecer planes especiales de enseñanza en la lengua materna de los hijos de los trabajadores migratorios, en colaboración con los Estados de origen si ello fuese necesario”.

43 Artículo 67: “[...] los Estados Partes interesados cooperarán de la manera que resulte apropiada, en las condiciones convenidas por esos Estados, con miras a fomentar condiciones económicas adecuadas para su reasentamiento y para facilitar su reintegración social y cultural duradera en el Estado de origen”.

más cercana a la protección de los derechos de las minorías. Así, al interpretar el artículo 12.º.f del Convenio OIT 87 señala lo siguiente:

El elemento dualista de estas disposiciones se caracteriza, por un lado, en reconocer que los migrantes y los miembros de sus familias deben ser animados a integrarse en el país de empleo y participar en la sociedad en pie de igualdad con los nacionales, mientras que, por otro lado, deben adoptarse medidas específicas para asegurar la preservación de su identidad nacional y cultural.⁴⁴

No obstante, aparte de esta breve mención de la OIT no encontramos mayores referencias al tema. Y creemos que ello se debe principalmente a que los tratados internacionales —así como el trabajo de los organismos supranacionales sobre derechos de los inmigrantes (entre ellos, la ONU y la OIT)— están dirigidos a atender la situación desde el enfoque del “trabajador migrante”, un sujeto cuya migración es tomada como una cuestión transitoria⁴⁵ y cuyas necesidades prioritarias son alcanzar la garantía de los derechos individuales más básicos al margen de su situación de “regular” o “irregular”, así como obtener sus derechos laborales y recibir protección para no caer en las redes de trata de personas y explotación laboral, entre otros riesgos que implica la travesía migratoria.

Asimismo, advertimos que el concepto de “trabajador migrante”, si bien comprende una gran mayoría de situaciones, excluye —tal como advirtió la ex relatora especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Gabriela Pizarro— a un considerable número de personas que han terminado estableciéndose en países de acogida por diferentes motivos distintos del laboral (entre ellos, por persecución política, conflictos armados, problemas económicos o degradación del medio ambiente, o los que lo hacen en busca de condiciones de supervivencia o de bienestar que no existen en su lugar de origen) y que, ante los ojos de los países de acogida, serán todos tratados como inmigrantes extranjeros.⁴⁶

44 OIT (1999), *Migrant Workers*. International Labour Conference 87th Session 1999. Report III (Part IB), párr. 457.

45 La Convención señala que será aplicable durante el proceso migratorio, que se inicia con la preparación de la partida, la partida, la estancia y el retorno (artículo 1.2).

46 En su primer informe, la ex relatora especial señaló el desafío que representa formular una noción de población migrante que incluya situaciones nuevas y traducirla en instrumentos internacionales. UN.Doc. E/CN.4/2000/82, párr. 30.

Por ello, creemos que son pocas las herramientas que estos dos tratados pueden dar a la situación de inmigrantes que acaban estableciéndose en los países de acogida por diversos motivos y que, al crear vínculos con otros inmigrantes del mismo origen nacional o cultural (de una religión, lengua o etnia comunes), terminan convirtiéndose en grupos numéricamente inferiores y culturalmente diferenciados en los estados en que habitan. Quienes, a pesar de adquirir la nacionalidad del país de acogida —si es que la obtienen—, se sitúan en la mayoría de las ocasiones en una situación marginal, de vulnerabilidad o de grupos no dominantes, y quienes transmiten su cultura a través de las generaciones y, en muchos casos —como consecuencia de su situación marginal—, las llamadas segundas y terceras generaciones de inmigrantes prefieren reivindicar la cultura de sus padres y abuelos, preservando así sus distintivos culturales a lo largo de los años.

Algunos ejemplos de estos grupos los representan los inmigrantes musulmanes en Europa, los inmigrantes hispanos en los Estados Unidos y las comunidades de inmigrantes asiáticos establecidas en diversos países (europeos, de Norteamérica y Latinoamérica). Grupos que, a pesar de las medidas asimilacionistas que se han aplicado sobre ellos, han logrado mantener y transmitir a sus generaciones su religión, su lengua y su cultura, mostrando más que un sentimiento de solidaridad en la preservación de su identidad diferenciada, similar al demostrado por las minorías y los pueblos indígenas a lo largo de la historia.⁴⁷

Estos grupos de origen inmigrante y sus descendientes, a quienes una parte de la doctrina denomina “nuevas minorías”, deberían ser beneficiarios de los derechos reconocidos a las minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas por los distintos órganos supranacionales y dentro de los Estados (Medda-Windischer, 2010: 75-75).

No obstante, es justamente en el ámbito europeo en el que se les niega tal posibilidad, toda vez que los principales instrumentos internacionales reconocen derechos solo a las “minorías nacionales”, una terminología que (como se-

47 En 1979, el “Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas”, del ex relator especial Capotorti, hacía mención al esfuerzo de algunos grupos de origen inmigrante en diferentes Estados por mantener y preservar sus distintivos culturales, como el caso de los grupos de origen japonés en Latinoamérica, quienes, pese a la activa política de asimilación, constituyen el colectivo “étnico más numeroso y consolidado [...], cuyos miembros prefieren perpetuar su propia cultura y practican la endogamia”. ONU.Doc.E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, (1979), pág. 44.

ñalamos supra) excluye de la protección a las minorías constituidas por flujos migratorios recientes (Ruiz, 2004: 514).

Observamos, así, que la protección de la identidad cultural establecida a favor de los grupos inmigrantes encuentra una doble negación en el contexto europeo. Por una parte, los “trabajadores migrantes”, a pesar de contar con un tratado internacional que protege su identidad cultural, no pueden ejercer tal derecho alegando la referida Convención debido a que no ha sido ratificada por los principales Estados receptores. Por otra, las “nuevas minorías” tampoco pueden exigir su derecho a la diferencia a través de los mecanismos establecidos en el Consejo de Europa debido a los límites que implica el concepto de “minoría nacional”, terminología que beneficia solo a las minorías históricas europeas.

Esta situación nos lleva a preguntarnos por qué los organismos internacionales, que proclaman la diversidad cultural como un patrimonio de la humanidad, a la fecha no se han pronunciado sobre la situación de vulnerabilidad por la que pasan los inmigrantes (ya sean “trabajadores migratorios” o “nuevas minorías”) en los procesos de integración, que en muchos casos anulan sus componentes culturales. Un silencio que nos recuerda al sostenido durante casi 50 años para negar el reconocimiento del derecho a la identidad cultural diferenciada a las minorías históricas europeas.

Por ello, creemos que desde la doctrina jurídica deben reforzarse las posturas que argumenten la necesidad de garantizar la identidad cultural de estos sujetos (ya sea como “trabajadores migrantes” o “nuevas minorías”), que destaquen las inconsistencias sobre su falta de protección y que busquen mecanismos internos o internacionales con los que se pueda salvaguardar este derecho.

La vía existe, a nuestro criterio, pues en el ámbito del sistema universal de derechos humanos no se exige a las minorías el requisito de nacionalidad o vínculo histórico con el Estado en que habitan. En este sentido, pueden ser beneficiarias de tal protección las “nuevas minorías”.⁴⁸ Así lo señala la OG23 antes citada, la cual representa una interpretación auténtica del artículo 27 del Pacto antes analizado, a través del cual se reconoce el derecho a la identidad cultural de las minorías. Un derecho que consiste, según vimos anteriormente, en: i) la prohibición de las medidas de asimilación o que anulen la expresión y preserva-

48 Y también extiende su protección a los migrantes trabajadores, aunque en tal caso “les corresponde, al igual que cualquier otra persona que se encuentre en el territorio de ese Estado parte, los derechos generales de libertad de asociación y de expresión”. Observación General núm. 23 (párr. 5.2). *Op. cit.*

ción de las características culturales; y ii) la obligación de adoptar medidas para permitir mantener dichas características culturales.

El Pacto ha sido ratificado por la mayoría de Estados europeos.⁴⁹ La vulneración de cualquiera de los artículos de dicho Pacto (entre ellos, el artículo 27.º) habilita a las eventuales víctimas a presentar sus reclamaciones ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, el cual, a pesar de no tener el carácter jurisdiccional de un tribunal, cuenta con la facultad de emitir dictámenes con los que puede sentar un precedente y reivindicar el derecho a la identidad cultural de los inmigrantes.

Respalda este criterio el hecho de que desde la ONU la anterior experta independiente sobre cuestiones de las minorías se haya pronunciado en el caso francés denunciando que las minorías “visibles” de origen inmigrante en este país padecen discriminación directa y “una enorme presión para modificar sus identidades culturales y religiosas”.⁵⁰

Conclusiones

La protección de la identidad cultural a favor de las minorías históricas representa uno de los derechos cuya formulación y garantía en el ámbito del derecho internacional han conllevado una gran dificultad. Su tardía consagración a través de instrumentos internacionales aprobados durante la década de 1990 lo incluyen con fórmulas poco claras. Con todo, actualmente se reconoce que la protección de la identidad cultural implica, al menos en sus elementos más básicos, una absoluta prohibición de aplicar políticas de asimilación sobre estos grupos y, además, asegurar la posibilidad de que estos puedan expresar, preservar y transmitir sus culturas, siendo necesario para ello una actitud positiva de los Estados, no solo de tolerancia, sino también de adopción de medidas que en algunos casos pueden constituir una verdadera excepción del principio de igualdad.

El crecimiento de la migración internacional y el asentamiento de un gran número de migrantes de orígenes y culturas diversos, dado también a partir

49 Francia hizo una reserva al artículo 27.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase estado de ratificación y reservas del referido Pacto en: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en> [revisado el 12.11.2014].

50 Informe de la experta independiente sobre cuestiones de las minorías. Misión Francia ONU.Doc.A/HRC/7/23/Add.2 del 4 de marzo de 2008, pág. 2.

de la década de 1990, conlleva mayores desafíos a la garantía de la diversidad cultural. Cada vez son más las posturas que exigen que la protección a la identidad cultural aprobada a favor de las minorías históricas debe hacerse extensiva también a estos grupos de origen inmigrante, que en muchos casos constituyen “nuevas minorías”. Desde el derecho internacional existen algunos obstáculos para ello, principalmente en el marco europeo, contexto en el que se niega tal posibilidad. A pesar de ello, existen vías jurídicas poco exploradas. El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Humanos podría convertirse en una herramienta a utilizar, tal como lo usó la anterior experta independiente para las minorías, que denunció la vulneración del derecho a la identidad cultural de las minorías de origen inmigrante en países europeos.⁵¹ No obstante, para ello será necesario reforzar también desde el ámbito jurídico —y no solo desde el ámbito de la ciencia política— la idea de que los colectivos inmigrantes son sujetos cuya identidad cultural merece protección.

Bibliografía

- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, ONU (2010), *Derechos de las minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación*, Nueva York y Ginebra, ONU.Doc.HR/PUB/10/3
- ÁLVAREZ, I. (2002), “La construcción del inintegrable cultural”, en J. DE LUCAS y F. TORRES (eds.), *Inmigrantes: ¿Cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Madrid: Talasa, pp. 168–195.
- BORGES, L. (2007), “Inmigración y políticas públicas de integración: la evolución de un proceso inacabado”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (28), 36–57.
- DE ASÍS, F. (2009), “Derechos Humanos. Integración y diferenciación”, en A. MARCOS DEL CANO (ed.), *Inmigración, Multiculturalismo y Derechos Humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE LUCAS, J. (2001), “Ciudadanía Europea e inmigración. Hacia una ciudadanía europea inclusiva. Su extensión a los inmigrantes”, *CIDOB Afers Internacionals*, núm. 53, 63–75.

51 Ibid.

- FERNÁNDEZ, C. (2001), "Protección de las minorías en el Derecho internacional contemporáneo, con especial referencia a las minorías lingüísticas", en F. MARIÑO, C. FERNÁNDEZ y C. DÍAZ, *La protección internacional de las minorías*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 219–309.
- GÓMEZ, M. (2006), "El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Pueblos indígenas y derechos humanos", en M. BERRAONDO (coord.), *Serie Derechos Humanos*, vol. 14, Bilbao: Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto.
- KLEINER-LIEBAU, D. y BERGSTRAESSER, A. (2008), "¿Integración o marginación? Conflicto Social en Alemania", en L. CACHÓN (dir.), *Conflictos e inmigración: experiencias en Europa*, Madrid: Observatorio de la Seguridad del Ayuntamiento de Madrid.
- KYMLICKA, W. (1996), *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona: Paidós.
- MALGESINI, G. y GIMÉNEZ, C. (2000), *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, Madrid: La cueva del oso.
- MEDDA-WINDISCHER, R. (2010), "Fundamentos para la protección de las antiguas y nuevas minorías", en E. RUIZ y G. URRUTIA (eds.), *Gestión de la diversidad en sociedades tradicionalmente divididas. Derechos humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo?*, Bilbao: Instituto de Derechos Humanos, pp. 67–98.
- MICHALOWSKY, I. (2007), "Modelos de acogida en Alemania, Francia y los Países Bajos: diseño y efectividad de los programas de acogida e integración", *Documentos CIDOB. Migraciones* (12), 67–92.
- PAREKH, B. (2000), *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, Harvard University Press.
- PENTIKAINEN, M. (2008), "Creating an Integrated Society and Recognising Differences. The Role and Limits of Human Rights, with Special Reference to Europe", Academic Dissertation, Lapland: Faculty of Law of the University of Lapland.
- RODRÍGUEZ, D. (2007), "Inmigración y modelos de incorporación: contextos claves del debate y tendencias de futuro", en J. BILES, I. MICHALOWSKI y L. WINNEMORE (eds.), "Políticas y modelos de acogida. Una mirada transatlántica: Canadá y Alemania, Francia y los Países Bajos", *Documentos CIDOB. Migraciones*, 12.

- RUIZ, E. (2004), "El Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales", en F. GÓMEZ (dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, pp. 513–526.
- (2010), "Derechos humanos y minorías nacionales en el siglo xx", *Derechos y Libertades* (23-II), 35–72.
- (2011), "Nuevas minorías y diversidad cultural", en M. AÑÓN y A. SOLANES (eds.), *Construyendo sociedades multiculturales. Espacio público y derechos*, Valencia: Tirant lo Blanch, Serie Derechos Humanos, 19.
- (2012), "Las prácticas de armonización como instrumento de gestión pública de la diversidad religiosa", Observatorio del Pluralismo Religioso en España, Madrid.
- SARTOR, G. (2001), *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid: Taurus.
- TRIANDAFYLLIDOU, A. y ZAPATA-BARRERO, B. (2012), "Diversity challenges in Europe. Aims and overview of the book", en R. ZAPATA-BARRERO y A. TRIANDAFYLLIDOU (eds.), *Addressing tolerance and diversity discourses in Europe. A Comparative Overview of 16 European Countries*, Barcelona: CI-DOB Centre for International Affairs.
- TSHITSHI NDOUBA, K. (2011), "La Unión Europea ante la cuestión migratoria: ¿hacia una política común de integración de los inmigrantes?", Simposio Internacional: Inmigración y Globalización, Madrid: Fundación Ciudadanía y Valores.
- VELASCO, J. (2006), "Pluralidad de identidades e integración cívica", *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXI, 722, noviembre-diciembre.
- (2012), "Migraciones y diversidad cultural. Una cuestión de derechos", en J. PEÑA (coord.), *Inmigración y Derechos Humanos*, Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Valladolid.
- VERTOVEC, S. y WESSENDORF, S. (2006), "Migration and Cultural, Religious and Linguistic Diversity in Europe: An overview of issues and trends", *IMISCOE*, Amsterdam University Press.