

EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL: CRITERIOS DE FUNDAMENTACIÓN

THE RIGHT TO CULTURAL IDENTITY: CRITERIA PROVIDING A FOUNDATION

J. ALBERTO DEL REAL ALCALÁ
Universidad de Jaén

Fecha de recepción: 11-11-12

Fecha de aceptación: 6-2-13

Resumen: *El derecho a la identidad cultural es un derecho controvertido en nuestras sociedades contemporáneas. La afirmación de este derecho supone replantear algunas de las nociones del Estado de Derecho y de la teoría de los derechos, para poder dar cabida a las cuestiones de la identidad. En relación a lo cual, actualmente, autores como P. Häberle hablan de la "cultura" como cuarto elemento del Estado Constitucional. Esta visión contradice la perspectiva que pregona la teoría clásica del Estado, basada en la Staatsnation, que reduce los elementos configuradores del Estado a los tradicionales de territorio, población y poder. Con esas premisas, desde este texto, se abordan un conjunto de criterios que son susceptibles de fundamentar el derecho a la identidad cultural, tanto desde el punto de vista moral (fundamentación moral: vinculada a la dignidad humana) como desde la perspectiva estrictamente normativa (justificación jurídica: como derecho normativo de libertad y derecho normativo de igualdad).*

Abstract: *The right to cultural identity is a controversial right within modern-day societies. Affirming this right entails rethinking a number of concepts concerning the Constitutional State and the theory of rights in order to find a place for questions of identity. In this regard, current authors such as P. Häberle speak of "culture" as the fourth element of the Constitutional State. This view opposes the perspective that espouses the classical theory of State, based on the Staatsnation, which reduces the elements that make up the State to the traditional aspects of territory, population and power. With these premises, this paper addresses a series of criteria that may provide the foundation of the right*

to cultural identity, both from a moral point of view (moral foundation: linked to human dignity) and from a strictly legal perspective (legal justification: as a legal right to freedom and a legal right to equality).

Palabras clave: identidad cultural, Estado constitucional, dignidad humana, libertad, igualdad

Keywords: cultural identity, constitutional State, human dignity, liberty, equality

1. INTRODUCCIÓN

Este texto aborda el tema de la libertad de *pertenencia* (y *desarrollo*) de la persona a una cultura y su *identificación* con (y su *expresión* a través de) ella como un hecho *significativo* en el ámbito de los derechos (*derecho a la identidad cultural*). El surgimiento del derecho a la identidad cultural está relacionado, por una parte, con el hecho de que la comprensión de los derechos en el siglo XX –sobre todo desde las últimas décadas– asume (e integra) la *diversidad cultural* que singulariza a nuestras sociedades contemporáneas. Hecho que ha significado tener que *replantear* algunas de las nociones relevantes del Estado de Derecho¹ y de la teoría de los derechos², dando cabida a las cuestiones de identidad³. Y, por otra parte, se trata de un derecho que germina a partir de resultar en mayor medida vencedora la visión “culturalista” del Estado de Derecho frente a la visión estrictamente “formal”⁴. Al menos en Europa Occidental, el Estado de Derecho ha derivado a lo largo del siglo XX, con más intensidad que menos, hacia el Estado de Derecho de impronta cultural⁵. P. Häberle incluso habla de la “cultura” como cuarto elemento

¹ P. HABERLE, *El Estado Constitucional*, estudio introductorio de Diego Valadés, trad. e índice de H. Fix-Fierro, UNAM, México DF, 2003, pp. 21 y ss.

² W. KYMLICKA, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós, Barcelona, 2003, pp. 99-128.

³ A. GARCÍA INDA, “Identidades y derechos colectivos”, en R. SUSÍN BETRÁN y D. SAN MARTÍN SEGURA (coords.), *De identidades. Reconocimiento y diferencia en la modernidad líquida*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 80.

⁴ J.A. DEL REAL ALCALÁ, *Nacionalismo e identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 422-424.

⁵ J.A. DEL REAL ALCALÁ, “La teoría del Estado de F. Meinecke: modelos de Estado moderno según las doctrinas ‘Staatsnation’ y ‘Kulturnation’”, *Revista de Estudios Políticos*, núm 154, Octubre-Diciembre 2011, pp. 177-210. Una versión más reducida de este texto puede verse en R. AGUILERA PORTALES (coord.), *Teoría del Estado Contemporáneo*, Porrúa, México DF, 2011, pp. 203-220.

del Estado Constitucional⁶. Cuarto elemento del Estado que, sin embargo, la teoría del Estado basada en la *Staatsnation* no incluye, sino que, como es conocido, reduce los elementos configuradores del Estado a los clásicos de *territorio, población y poder*.

El punto de partida del derecho que nos ocupa es el hecho de que “resulta incuestionable que la homogeneidad cultural o la unidad religiosa han desaparecido como componente identitario esencial en que se basó el nacimiento del Estado moderno” y que tal suceso ha conducido al *reconocimiento* de las “diferencias culturales” existentes entre la población del Estado Constitucional⁷ y ha promovido su tratamiento por la teoría de los derechos. Dentro de la teoría de los derechos, adquiere ahora especial importancia, como indica F.J. Ansuátegui, “la reflexión sobre la universalidad y su relación (pacífica o no) con la diversidad”, cobrando ahí especial sentido “el marco de los problemas de fundamentación de los derechos”⁸. Pues bien, es precisamente en esta tarea de fundamentación donde ubico la reflexión que desarrollo sobre el derecho a la identidad cultural.

En opinión de E.J. Ruiz Vieytez, la tarea principal en el ámbito de los derechos se centra en “cómo proceder a una relectura eficaz de los derechos humanos como discurso universal” en un contexto caracterizado por el pluralismo cultural. Estando claro que “combatir la diversidad cultural o identitaria u obviarla” resulta “política y socialmente inviable”⁹. Y yo añadiría, que también *jurídicamente*, dado que los conflictos que pueden surgir en este sentido han de ser resueltos necesariamente por el Derecho objetivo –como

⁶ P. HABÈRLE, *El Estado Constitucional*, cit., pp. 21-28.

⁷ G. RUIZ-RICO RUIZ, “Identidad cultural y derechos constitucionales de la personalidad. El problema de la integración jurídica de la multiculturalidad”, en G. RUIZ-RICO, M^a L. MORENO-TORRES y N. PÉREZ SOLA, *Principios y derechos constitucionales de la personalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 385.

⁸ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Derechos humanos; entre la universalidad y la diversidad”, en E.J. RUIZ VIEYTEZ y G. URRUTIA ASUA (eds.), *Derechos Humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo?*, Instituto de derechos humanos Pedro Arrupe, Diputación Foral de Gipuzkoa, Donostia-San Sebastián, 2010, p. 24.

⁹ E.J. RUIZ VIEYTEZ: “Sobre multiculturalidad, derechos y acomodos”, en E.J. RUIZ VIEYTEZ, y G. URRUTIA ASUA (eds.), *Derechos Humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo?*, cit., p. 21: “El debate girará a partir de este punto, sobre las estrategias mejor situadas para garantizar esta profundización pluralizadora de la democracia. Se abren así varias posibles opciones, desde una conceptualización más sólida de los derechos culturales como sustantivos, hasta espacios de pluralismo normativo, pasando por las fórmulas de acomodo de los derechos.”

Ordenamiento jurídico- y con la intervención frecuente de los derechos subjetivos.

Si la diversidad cultural se agrega a la teoría de los derechos, lo que sí parece es que, a través de configurar –entre otros derechos culturales–, un derecho a la identidad cultural, los derechos se desvincularán, y de un modo definitivo, del tipo de *igualdad homogénea* arropada por la universalidad abstracta. Y, a continuación, se ligarán a la vida *concreta* de la gente, mediante la valorización de la cultura –en su expresión de diversidad– incorporada a la categoría de los derechos. Lo que, consecuentemente, hará incompatible al derecho que aquí tratamos con cualquier tipo de visión *holista*, integral, de la sociedad y del Estado. El derecho a la identidad cultural sólo puede compatibilizarse con un contexto heterogéneo capaz de amparar las diferencias culturales propias de una sociedad civil que es *empíricamente* multicultural, siempre y cuando dichas diferencias se aborden no como diferencias *discriminatorias* ni como diferencias que supongan *desigualdad*. Siendo pertinente que el derecho a la identidad cultural incorpore este compromiso de igualdad. Y así vendría a hacerlo según los criterios de fundamentación que aquí se aportan.

El derecho a la identidad cultural *valoriza* la cultura en el campo de los derechos, dándole el trato significativo que ya le asignan las personas en su desarrollo vital, y solventando en este sentido cualquier situación discriminatoria que sea susceptible de surgir. Puede decirse que su fin general no es otro que el de preservar el contexto cultural que habitualmente acompaña el desarrollo de la vida de la gente. Lo que aquí se encuentra la teoría de los derechos es la situación que describe M. Walzer: “los grupos [culturales] minoritarios son desiguales en virtud de su número, y [por eso] se verán democráticamente superados en la mayoría de las cuestiones relacionadas con la cultura pública”¹⁰, razón por la que son estos escenarios a los que presta mayor atención el derecho a la identidad cultural. Sin excluir otros que sean asimismo relevantes desde el punto de vista de este derecho, tal como aquellas situaciones de discriminación que son susceptibles de surgir desde los grupos minoritarios que, en un espacio determinado, adquieren una posición dominante.

Por eso, en general, no es desacertado afirmar, tal como se hace en este texto, que el derecho a la identidad cultural se traduce en gran medida en un

¹⁰ M. WALZER, “La política de la diferencia. La estatalidad y la tolerancia en un mundo multicultural”, en R. MCKIM y J. MCMAHAN (comp.), *La moral del nacionalismo*, Volumen II, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 94.

“derecho a la libertad cultural de la persona”, pero de *cualquier* persona y no únicamente de las de una determinada cultura o de una particular nacionalidad o etnia y no otra. Se trata de un tema, es verdad, de enorme actualidad y así lo ha entendido Habèrle “tanto en el plano nacional, europeo, como en el plano mundial”. Según este autor, la *globalización*, el *mercado* mundial sin límites ni barreras y la *descentralización* interna de los Estados Constitucionales han dado lugar a “una nueva toma de conciencia acerca de la cultura como fuerza forjadora de identidad, [y, por ende,] acerca de la libertad cultural como una libertad relacionada directamente con la dignidad humana”, dirigida a proteger “la diferencia cultural (desde la pluralidad hasta la protección de minorías)”, en contraste, por ejemplo, a la “libertad económica, de significación tan sólo instrumental”¹¹.

Me propongo abordar el derecho a la identidad cultural a partir de mostrar un conjunto de criterios “fundamentadores” de carácter *moral*, así como un grupo de criterios “justificatorios” de carácter *jurídico*, los cuales, en mi opinión, permiten sustentarlo (ambos) de forma suficientemente sólida. No abordo dichos criterios desde el plano estrictamente normativo internacional o singular estatal, sino desde una perspectiva previa y más amplia (moral y jurídica) de la teoría general de los derechos. La fundamentación moral y la justificación jurídica que afronto en buena medida necesariamente va a condicionar la configuración y estructura del derecho a la identidad cultural y, en definitiva, su significación jurídica, porque, como afirma R. de Asís, “la atribución de significado a los derechos va a depender claramente de la posición que se mantenga sobre su concepto y fundamentación”¹².

Para ello, me voy a guiar por un criterio general y claro que oriente coherentemente tanto la labor de fundamentación moral como de justificación jurídica que pretendo desarrollar. En mi opinión, los parámetros que vehiculan más adecuadamente este objetivo están recogidos en la obra *Sobre la Libertad* de John Stuart Mill, concretamente en la parte que aborda la relación entre la *libertad* y la *diversidad*. Muy en síntesis, Mill considera a la diversidad como un bien a conservar y no un mal a evitar¹³, así como que es de utilidad

¹¹ P. HABÈRLE, “Aspectos constitucionales de la identidad cultural”, trad. de J.J. Palá, *Derechos y Libertades*, núm 14, Época II, Enero 2006, pp. 89-90.

¹² R. de ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Instituto de Derecho Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 5 y 10.

¹³ J.S. MILL, *Sobre la libertad* [1859], pról. de I. Berlin y P. Schwartz, trad. de P. de Azcárate y N. Rodríguez Salmones, Alianza Editorial, Madrid, 1997, p. 164.

el que existan diferentes formas de vida con tal de que no perjudiquen a los demás (*principio del daño*)¹⁴, a partir de la idea de que “el libre desenvolvimiento de la individualidad de cada uno” constituye un pilar fundamental tanto del bienestar individual como del bienestar social¹⁵. Este debe ser, a mi entender, el criterio-guía (tolerante y liberal) bajo el que el derecho a la identidad cultural de la persona se configure como uno de los principales mecanismos que posibilitan integrar el pluralismo cultural de la sociedad civil en la teoría de los derechos.

No hay duda de que una de las cuestiones más polémicas a la hora de afrontar este derecho es determinar qué es lo que se protege y qué es lo que se asegura en él mediante la categoría jurídica de “derecho subjetivo”. Posiblemente, para esto ayudaría poder “delimitar el concepto de cultura como paso previo al establecimiento de un eventual catálogo o declaración de derechos subjetivos y prestacionales vinculados a esa identidad cultural”¹⁶. A este respecto, tratando de concretar los anteriores términos, Habërle llega a la conclusión de que “la identidad sólo es posible a través de la cultura” y no, por ejemplo, a través de la economía. La identidad está *fundamentada* en la “cultura” y *vinculada* a “lo concreto”, a la vida real de las personas, cuyo marco general resultante da lugar a un mosaico definido de “pluralismo”¹⁷. Deduciendo de aquí la opinión –que compartimos con este autor– de que el punto de partida de la noción de identidad cultural no puede ser sino un “concepto abierto” y “pluralista” de cultura, que incluye las tres “siguientes categorías –permeables entres sí–”. En primer lugar, la “alta cultura”, acerca de lo auténtico, lo bueno, lo bello; en segundo lugar, la “cultura popular”, por ejemplo, especialmente viva en Latinoamérica en relación a los pueblos indígenas; y en tercer lugar, la “subcultura” o cultura *alternativa*, “desde los Beatles hasta el fútbol”; siendo todos ellos ámbitos de expresión de la identidad cultural de las personas¹⁸.

Por supuesto, un punto de partida *abierto* sobre la identidad cultural incluye acertadamente la idea de que los “elementos singulares” que fundan la identidad cultural “están de hecho abiertos” y se encuentran “vinculados a los cambios históricos”, cuya consecuencia es que “también la

¹⁴ J.S. MILL, *Sobre la libertad* [1859], cit., p. 164.

¹⁵ J.S. MILL, *Sobre la libertad* [1859], cit., p. 165.

¹⁶ G. RUIZ-RICO RUIZ, “Identidad cultural y derechos constitucionales de la personalidad. El problema de la integración jurídica de la multiculturalidad”, cit., p. 386.

¹⁷ P. HABÈRLE, “Aspectos constitucionales de la identidad cultural”, cit., p. 98.

¹⁸ P. HABÈRLE, “Aspectos constitucionales de la identidad cultural”, cit., p. 95.

identidad se transforme”, se la estime, en consecuencia, subjetiva, y no objetiva, y que permanezcan “abiertos los círculos de participantes y los procedimientos formales e informales” que los acuñan¹⁹. Surgiendo en esta cuestión una diferencia significativa –aunque no esencial– entre Habërle y Habermas. Mientras Habermas aboga por reconducir la identidad colectiva a la Constitución como valor (formal/procedimental) en sí mismo²⁰, sin embargo, Habërle, manteniéndose en la misma tradición no-sustancialista, añadirá que la Constitución, además de *forma*, es también *materia cultural* y hablará de la “cultura de la Constitución” y de la “cultura [material] de los derechos humanos” en la Constitución²¹.

En cualquier caso, aun cuando lo dicho puede aclarar algo y servir de orientación, sin duda este tema ni ha sido ni es un asunto preciso ni pacífico, sino más bien confuso, borroso y controvertido. Por eso, mi intención es que los criterios de fundamentación que pretendo afrontar, en tanto que –como se ha comentado– necesariamente condicionarán el significado del derecho, tengan la suficiente entidad como para posibilitar una mayor concreción de este importante derecho.

2. FUNDAMENTO ‘MORAL’ DEL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL COMO DERECHO DE LA PERSONA

Teniendo en cuenta la teoría general de los derechos y las distintas dimensiones que son susceptibles de mostrar los derechos subjetivos²², abordaré algunos criterios significativos que posibilitan fundamentar en el plano *moral* y justificar en el *Derecho* objetivo el derecho subjetivo a la identidad cultural como derecho de la persona. Estos criterios están a menudo presentes cuando argumentamos un derecho de esta clase. Veamos cuáles son y en qué consisten.

¹⁹ P. HABÈRLE, “Aspectos constitucionales de la identidad cultural”, cit., p. 99.

²⁰ Véase J. HABERMAS, *Más allá del Estado nacional*, introd. y trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 3ª ed., 2001.

²¹ Noción de identidad *formal* de J. HABERMAS y noción de identidad *cultural* (material) de P. HABÈRLE.

²² Cfr. G. PECES-BARBA, *Ética, poder y derecho: reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995; asimismo, cfr. J.A. LÓPEZ GARCÍA y J.A. DEL REAL ALCALÁ, *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000.

2.1. Las dimensiones de la dignidad humana y el derecho a la identidad cultural de la persona

Al analizar cómo afecta la diversidad a los derechos, señala con razón Ansuátegui “que el discurso de los derechos no puede renunciar a su naturaleza moral”, a un “proyecto moral determinado”, que “supone una determinada (la que sea) concepción del bien y del mal, de lo que debe ser hecho y de lo que no debe ser hecho, en definitiva de lo correcto y de lo incorrecto”, un proyecto “con contenidos a través de los cuales se expresan opciones y preferencias”²³. Pues bien, el derecho a la identidad cultural de la persona también incluye un proyecto moral: la realización de determinadas dimensiones de la dignidad humana. El derecho a la identidad cultural de la persona arranca de ese valor moral, al que este derecho se encuentra estrechamente vinculado, tanto a los rasgos “formales” como a los “contenidos” materiales de la dignidad humana.

Así, por una parte, la vinculación del derecho a la identidad cultural de la persona con los “rasgos formales” de la dignidad humana lo es con la idea moral universal de *autonomía o independencia moral* de la persona. Y se traduce en la “capacidad de elegir” que tienen las personas, así como en la “realización” por las mismas de un *resultado* que sea consecuencia de su libre elección. Y por otra parte, la vinculación de este derecho –ahora– con los rasgos o “contenidos materiales” de la dignidad humana –entendiendo por tales aquellas condiciones materiales que nos diferencian del mundo animal–, no es sino la vinculación a: la capacidad para construir conceptos racionales y razonar sobre lo propio; la capacidad para la reproducción de sentimientos, afectos y emociones propias; la capacidad de diálogo y comunicación con nuestros semejantes a través del lenguaje propio; la capacidad para el reconocimiento del *otro* como sujeto también con identidad cultural²⁴ a partir de asumir la imposibilidad de alcanzar en solitario el desarrollo de la persona (libre desarrollo de la personalidad) y de aceptar la *igual dignidad* de todas las personas.

Desarrollaré en este epígrafe que el derecho de cada persona a su identidad cultural se sustenta en el *sustrato moral* que he mencionado, de modo

²³ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Derechos humanos; entre la universalidad y la diversidad”, cit., pp. 27-28.

²⁴ Cfr. J. HABERMAS, “La lucha por el reconocimiento en el Estado”, en Id., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. de J.C. Velasco Arroyo y G. Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1999.

que la *dignidad humana* aparece como el primer (o último) fundamento de este derecho. Lo que posibilitará proclamar que no existen problemas significativos a la hora de que el contenido que reivindica este derecho cumpla la condición de “pretensión moral justificada” en relación a su consideración en el ámbito de los derechos fundamentales. Veamos con más detenimiento lo que aquí se afirma.

El autor que mejor ha definido la “dignidad humana” en relación al Derecho ha sido G. Peces-Barba. Coincidimos con él en la idea de que la dignidad humana expresa “el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo”. Constituyendo por ello “un deber ser fundante que explica los fines de la ética pública política y jurídica, al servicio de ese deber ser”²⁵. Para Eusebio Fernández, la “dignidad humana o dignidad de la persona” es “el valor de cada persona, el respeto mínimo a su condición de ser humano, respeto que impide que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social”²⁶. No es, por tanto, la dignidad sólo “un rasgo o una cualidad de la persona” sino que es mucho más, constituye todo un proyecto de la humanidad que debe realizarse y conquistarse. Proyecto que “genera a lo largo de la Historia, sobre todo a partir del tránsito a la modernidad, una reflexión sobre los medios para ser alcanzada, y de esa reflexión surgirán los contenidos de la ética pública”, en la que la dignidad humana tiene un rol nuclear, la de ser su mismo presupuesto²⁷.

La raíz moral del derecho a la identidad cultural de la persona participa de las seis grandes *capacidades* humanas vinculadas a la dignidad, según las ha recogido Peces-Barba, como rasgos formales o materiales de la misma.

En este sentido, el derecho que examinamos participa de las dos dimensiones formales del valor de la dignidad humana, ambas de raíz kantiana, que corresponden a la doble vertiente que presenta la dignidad como autonomía o independencia moral de la persona, así:

²⁵ G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Instituto de Derecho Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2002, p. 65.

²⁶ E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Instituto de Derecho Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2001, p. 20.

²⁷ G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., p. 65.

(1) El derecho a la identidad cultural se apoya en el rasgo de la dignidad humana que consiste en la *libertad (o independencia) moral* de la persona, considerada como “capacidad de elección, la libertad psicológica, el poder de decidir libremente, pese a los condicionamientos y limitaciones de nuestra condición”²⁸.

(2) Este derecho también tiene como base el rasgo de la dignidad humana que consiste en la *libertad (o independencia) moral* de la persona ahora estimada en relación al *resultado* de su libertad de elección²⁹. Capacidad de elección y de resultado, ligada a la búsqueda del bien, de la virtud, de la felicidad o de la trascendencia, que es también signo de distinción de los seres humanos³⁰ como *libre desarrollo* de la persona moral³¹.

En mi opinión, puede haber pocas dudas de que el derecho a la identidad cultural se sustenta en estas dos dimensiones formales de la dignidad humana, en tanto que significa el derecho de la persona a poder elegir libremente aquellos bienes culturales como bienes sociales que genera una cultura, esto es, aquellos valores y contextos culturales que acompañarán su vida y su desarrollo moral/vital, aun cuando sean bienes sociales minoritarios y pese a las restricciones que pueda imponer el contexto de la cultura dominante de la mayoría, o a los obstáculos propios personales, familiares o colectivos a los que tenga que sobreponerse el individuo para poder elegir y actuar con libertad o independencia moral. En el derecho a la identidad cultural, la independencia moral para elegir y para generar un resultado consecuencia de aquella libre elección se traduce necesariamente en la “libertad de auto-identificación cultural”, que significa que la persona elige los contextos y valores culturales con los que desea identificarse (auto-identificación) y con los que no desea hacerlo, y que dicha auto-identificación es el resultado de la libre elección consecuencia de su independencia moral y no se trate de una iden-

²⁸ G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 65-66. La cursiva es nuestra.

²⁹ G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., p. 66. La cursiva es nuestra.

³⁰ G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., p.66.

³¹ El libre desarrollo de la persona moral ha tenido concreción jurídica, sea el caso, en la Constitución española en el concepto constitucional de “el libre desarrollo de la personalidad” (Artículo 10.1. CE); véase en este sentido G. RUIZ-RICO RUIZ, “Derechos de la personalidad como elementos de articulación de la Constitución Política y la Constitución Civil”, en G. RUIZ-RICO, M^a.L. MORENO-TORRES y N. PÉREZ SOLA, *Principios y derechos constitucionales de la personalidad*, cit., pp. 17-18.

tificación que en última instancia condicionan otras personas, los grupos o la institucionalidad (poderes públicos).

Pero, además de las anteriores dimensiones formales de la dignidad humana, el derecho a la identidad cultural también participa de un conjunto de dimensiones materiales (o de *contenido*) de ese valor moral, que hacen alusión directa a la *condición intrínsecamente humana* que nos diferencia del mundo animal (la persona como fin en sí mismo) y que de faltar supone igualar al ser humano con el animal. A este respecto:

(3) El derecho a la identidad cultural descansa en la dimensión de la dignidad que consiste en la *capacidad para construir conceptos racionales y razonar*, con el fin de superar los conocimientos que recibimos de los sentidos, dando lugar al pensamiento y a los distintos saberes³². Este derecho se basa en la mencionada característica moral, pues significa la libertad de la persona de poder racionalizar y razonar el mundo que le rodea, la vida propia y la vida con los demás, en virtud de su propia categorización racional y a través de conceptos y razonamientos que no le sean culturalmente extraños o impuestos.

(4) El derecho a la identidad cultural se sustenta asimismo en la dimensión de la dignidad que consiste en la *capacidad para reproducir sentimientos, afectos y emociones propias* a través de valores estéticos, con la libre acción de la imaginación, dando lugar a la creación artística y, en general, a la cultura³³. También participa el derecho que observamos en el referido elemento moral, pues se traduce en la libertad de la persona de poder expresar sus propios sentimientos y afectos personales, familiares y colectivos a través de valores, eventos y símbolos de creación y racionalización propios, y que los mismos tengan, en definitiva, la posibilidad de generar una cultura propia y diferenciada (contexto cultural) correspondiente a la capacidad de elección y de resultado por el que opta libremente la persona.

(5) El derecho a la identidad cultural se apoya igualmente en la dimensión de la dignidad que consiste en la *capacidad de dialogar y de comunicarnos, que potencia la creación de razones y la creación cultural o estética*. Aquí hay que tener en cuenta que “el lenguaje es una condición necesaria de la comunicación y también del razonamiento y que se expresa a través de algunas expresiones artísticas como la literatura y la poesía. Combina racionalidad, expresi-

³² G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 66-76.

³³ G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 67.

sividad, abstracción y capacidad descriptiva³⁴. Es claro que el derecho que nos ocupa ancla su raíz moral en este elemento, dado que necesariamente incluye la libertad primordial de la persona de poder expresarse con normalidad en la lengua materna propia de su ámbito personal/familiar, y hacerlo tanto en relación a los demás como en relación a la institucionalidad (poderes públicos), así como la libertad de poder transmitir dicha lengua propia a las generaciones futuras y mantener su existencia en el tiempo.

(6) Finalmente, el derecho a la identidad cultural también incluye en su raíz (moral) el rasgo de la dignidad que consiste en la *sociabilidad humana* cuando ésta se manifiesta en el *reconocimiento del otro como tal otro*, a partir de asumir la imposibilidad de alcanzar en solitario el desarrollo moral de la persona y también de aceptar la “igual dignidad” de *todas las personas*³⁵. Y aunque la sociabilidad no nos diferencia en sí del mundo animal, lo que sí nos distingue “son las formas racionales que adquiere nuestra sociabilidad, y las formas de comunicación que llevan a la cultura, que es el ámbito racional de nuestros conocimientos y de nuestras expresiones estéticas”. Este elemento moral que incluye el contenido del derecho a la identidad cultural es, en definitiva, “la dignidad que deriva de nuestra condición relacional”, y de su expresión a través de una sociabilidad respetuosa con la persona a través de una racionalización adecuada, que posibilite el “libre desarrollo de la personalidad” de todos y para todos³⁶. Sin el cual, el derecho a la identidad cultural no tendría base para predicarse –en términos de igualdad– de la persona como tal.

El derecho que observamos es partícipe de esta dimensión moral material, pues, por una parte, el libre desarrollo de la persona moral no puede tener lugar en solitario, dada la naturaleza *social* del ser humano³⁷ y exige el reconocimiento del *otro como tal otro*, esto es, en toda su diferencia y semejanza con nosotros, lo que lleva a traducir este contenido del derecho a la identidad cultural en el *mutuo reconocimiento y respeto* a la auto-identificación cultural de *todas las personas*, en base a la idea de “igual dignidad” de todos los seres humanos³⁸. Claro está, la dignidad *relacional* como *sociabilidad*

³⁴ G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., pp.64-68.

³⁵ G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., p. 68.

³⁶ G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984; asimismo, G. PECES-BARBA, “Los valores superiores”, en Id., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 239-260.

³⁷ ARISTÓTELES: *Política*, trad. de J. Marías y M. Araujo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, Libro I, 2, p. 3: “el hombre es por naturaleza un animal social [*zoon politikon*]”.

³⁸ G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 69 y ss.

para el libre desarrollo de la persona moral (*ética privada*), a partir de la igual dignidad de todos los seres humanos para auto-identificarse, expresarse y desarrollarse en los contextos y valores culturales que libremente elijan, es lo que hace que el contenido de ese derecho sea un contenido *generalizable*³⁹. Y, por otra parte, el derecho a la identidad cultural de la persona también es partícipe de este rasgo moral material de la dignidad humana, en razón de que el contenido igualitario ha sido determinado en el *surgimiento* de dicho derecho: supone respetar, como “contenido de igualdad”, los contextos y valores culturales con los que *cada* persona se auto-identifica, así como que dicha auto-identificación sea resultado de la libre elección consecuencia de su independencia moral, y no se trate de una identificación que en última instancia deciden *otros* en lugar de nosotros.

2.2. La libertad y la igualdad moral de las personas como fundamento del derecho a la identidad cultural

Se ha tratado de argumentar en el epígrafe anterior que la *raíz moral* del derecho a la identidad cultural de la persona se corresponde con un conjunto de *capacidades* humanas vinculadas a la dignidad. Capacidades, que responden a *necesidades* humanas en el sentido definido por J. de Lucas y M^a.J. Añón⁴⁰, y que precisamente son las que van a condicionar la configuración material de este derecho⁴¹. En este tema, según R. de Asís, “una teoría integral de los dere-

³⁹ Cfr. G. PECES-BARBA, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, con la colaboración de R. de Asís y M.C. Barranco, Dykinson, Madrid, 2005, p. 44 y ss.

⁴⁰ Asumo aquí la noción de “necesidades humanas” en el sentido de J. de LUCAS MARTIN y M^a.J. AÑÓN ROIG, “Necesidades, razones, derechos”, *Doxa*, núm 7, 1990, pp. 56-58, que definen de manera *negativa* el concepto de “necesidad” ante la pluralidad de significados que sobre esta noción pueden plantearse: “Uno de los criterios básicos y más generales para definir las necesidades es considerar que estas consisten en una ‘falta de’ o en una ‘carencia’. [...] Desde luego una de las ideas básicas que se pone de relieve en la noción de necesidad es la de privación de aquello que puede ser básico e imprescindible. En este sentido Galtung señala que existiría una necesidad humana en aquellas situaciones en las que su no satisfacción puede ocasionar una ‘destrucción, desintegración o no existencia de un ser humano’. Esta consideración de las necesidades nos poner directamente en relación con la noción de daño. A través de esta idea se quiere expresar que la carencia de aquello que se necesita repercute directamente en la calidad de vida humana y que tal perjuicio respecto a algún aspecto de la vida se mantiene al menos que se satisfaga la necesidad en cuestión [...] [dando lugar a] una ‘degeneración’ permanente de la calidad de vida humana que se mantiene en tanto no se obtiene la satisfacción adecuada.”

⁴¹ M^a.J. AÑÓN ROIG, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 274-275, describe la vinculación en-

chos [sólo] justifica[rá] la diferenciación que pretenda satisfacer necesidades básicas de los individuos”⁴². Lo cual exigirá, según A.E. Pérez-Luño, justificar *objetivamente* la existencia de la necesidad⁴³. A este respecto, J. de Lucas y M^a.J. Añón, desde el punto de vista de que las necesidades constituyen “razones para la acción” pero también su relación directa con la exigencia de satisfacción –pues una vez establecida la necesidad ésta es por sí misma buena razón para que sea satisfecha–⁴⁴, sitúan “el planteamiento de las necesidades en el ámbito de la racionalidad discursiva, esto es, en aquel ámbito que permite dar razón de por qué se realizan determinadas acciones o por qué se toman ciertas decisiones. Lo que significa que, en definitiva, el discurso sobre las necesidades nos conduce a criterios de razonabilidad y racionalidad”, aunque, claro está, parece razonable que la necesidad “no puede quedar limitada a la capacidad de cada persona para dar razones de sus propias necesidades, sino que éstas tienen algún aspecto de carácter objetivo”⁴⁵.

Pues bien, teniendo en cuenta la relación entre necesidades y derechos, y también la de necesidad y valores, y que el derecho a la identidad cultural ancla su raíz moral en determinadas dimensiones de la dignidad humana de las que participa y trata de realizar (según hemos visto), esto nos permitirá concretar algo más cuál es el “contenido moral” de este derecho en relación a los ámbitos de libertad y de igualdad que dicho derecho afecta. En este sentido, el contenido moral del derecho a la identidad cultural está conformado por:

- a) La *libertad* de auto-identificación cultural de la persona, en base a su *autonomía o independencia moral* como *libertad* de elección cultural, en su

tre necesidades y valores: “Las necesidades tienen sentido porque están referidas a valores y éstos son immanentes a la realidades de las necesidades. En la medida en que las necesidades constituyen las raíces de la realidad práctica y contienen implícitamente a los valores sirven fundamentalmente como criterio de interpretación y valoración de la praxis. Este tipo de argumentos supone partir de la consideración de que en realidad las necesidades son a la vez datos empíricos de la experiencia humana y criterios de valor o prescriptivos para la acción humana. De ahí que se entienda que no se incurre en el salto lógico entre ser y deber ser, porque el propio concepto de necesidades expresa las dos realidades.”

⁴² R. de ASÍS ROIG, “La igualdad en el discurso de los derechos”, en J.A. LÓPEZ GARCÍA y J.A. DEL REAL ALCALÁ, *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, cit., p. 165.

⁴³ A.E. PÉREZ-LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 182.

⁴⁴ J. de LUCAS MARTIN y M^a.J. AÑÓN ROIG, “Necesidades, razones, derechos”, cit., p. 74

⁴⁵ J. de LUCAS MARTIN y M^a.J. AÑÓN ROIG, “Necesidades, razones, derechos”, cit., pp. 73-74.

- doble vertiente de: la libertad para acceder a, y elegir, los bienes culturales que se estimen propios, así como la *libertad* para realizar o *hacer efectiva* dicha elección. Tal como se ha adelantado, significa la libertad de la persona para auto-identificarse con un determinado contexto y valores culturales, y no con otros/s, y que dicha auto-identificación sea resultado de la libre elección consecuencia de su independencia moral y se trate de una identificación cultural que, en última instancia, no se encuentre condicionada por otras personas, grupos o instituciones.
- b) La *libertad* para racionalizar y razonar la vida propia y la vida con los demás a través de conceptos y razonamientos que no sean culturalmente extraños o impuestos.
 - c) La *libertad* para expresar los sentimientos y afectos personales, familiares y colectivos a través de valores, eventos y símbolos de creación y racionalización que la persona estime como propios, sin que se niegue la posibilidad de que ellos generen una cultura (contexto cultural) propia y diferenciada.
 - d) La *libertad* para utilizar con normalidad la propia lengua materna en su relación con los demás y en su relación con la institucionalidad, así como la posibilidad efectiva de transmitirla a las generaciones futuras y mantenerla en el tiempo.
 - e) La *igualdad* de todas las personas (en virtud de su *igual dignidad*) para realizar, y en las mismas condiciones, las libertades culturales que se han descrito, lo que conduce a un contenido de igualdad como *equiparación* del derecho a la identidad cultural como derecho de *todas* las personas.

En definitiva, los contenidos de libertad y de igualdad descritos vienen a condensar los principales criterios de fundamentación moral que sostienen al derecho a la identidad cultural de la persona⁴⁶ y que constituyen su propio contenido moral. En función de ellos, lo que este derecho persigue es, pues, facilitar la autonomía y la independencia personal tal como se ha visto en sus características morales, y con ello me refiero, en concreto, a la realización de determinadas dimensiones de “la dignidad humana, enraizadas en las ideas de libertad e igualdad”⁴⁷, de donde se deducen sus contenidos básicos. A

⁴⁶ Cfr. E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Valores constitucionales y derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Instituto de Derecho Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2009, especialmente Capítulo III acerca de la pertinencia y tensiones de la autonomía, la libertad y la igualdad como fundamentos de los derechos económicos y sociales.

⁴⁷ G. PECES-BARBA, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit., p. 44.

partir de lo cual, puede afirmarse que, según los criterios morales de libertad y también de igualdad que fundamentan el derecho, se trata de un derecho susceptible de *generalización*: “de ser elevado a Ley general: que tenga un contenido igualitario atribuible a todos los destinatarios”⁴⁸. El sustrato o raíz moral en la que se apoya el derecho a la identidad cultural como derecho de la *persona* hace de este derecho un derecho extensible a todos.

Lo anterior –el contenido moral que aquí se le atribuye al derecho a la identidad cultural– viene a confirmar la idea que defiende W. Kymlicka, y que es conexas y complementaria del criterio de Mill al que aludimos al inicio del texto, según la cual la libertad está íntimamente vinculada con la cultura y depende de ella⁴⁹. Y, en verdad, el derecho a la identidad cultural de la persona incluye esa relación entre cultura y libertad, esto es, un “contenido de libertad” en forma de “libertades culturales”, así como un “contenido de igualdad”, consistente en predicar para *todos* las anteriores libertades culturales. Es más, el derecho a la identidad cultural incluye dos tipos de relaciones –y es expresión conjunta de ellas–: la relación entre libertad y diversidad y la relación entre libertad y cultura. Como contenido de libertad, el derecho a la identidad cultural consiste en un haz de “libertades culturales” sustentadas en la dignidad humana como autonomía moral de la persona y en las capacidades mínimas que este elemento moral exige. Como contenido de igualdad, el derecho a la identidad cultural patrocina sobre todo la igualdad como equiparación cultural, apoyada ahora en la dignidad humana como

⁴⁸ G. PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, con la colaboración de R. de Asís Roig, C.R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Gascón, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1995, p. 109.

⁴⁹ W. KYMLICKA, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, cit., p. 229, defiende que la participación en la cultura “es lo que da pleno significado a la libertad individual. Desde este punto de vista, la libertad implica elegir entre varias opciones y la cultura societal propia no sólo proporciona estas opciones sino que también las hace plenamente significativas para uno mismo. [...] Creo que esta perspectiva de la conexión entre la libertad individual y la pertenencia cultural es esencialmente correcta [...]. Las personas realizan elecciones relacionadas con las prácticas sociales de su entorno, basándose en sus creencias sobre el valor de esas prácticas. Y tener una creencia sobre el valor de una práctica es [...] una cuestión relacionada con la comprensión de los significados que nuestra cultura le atribuye.”; y p. 230: “Para que sea posible una elección individual significativa, los individuos no sólo necesitan tener acceso a la información, disponer de capacidad para valorarla de forma reflexiva y disfrutar de la libertad de expresión y asociación. También necesitan tener acceso a una cultura societal. Por esta razón, el fundacional compromiso liberal con la libertad individual puede ampliarse para generar un compromiso con la ininterrumpida viabilidad y florecimiento de las culturas societales”.

igual dignidad de todos, que exige reconocer y respetar por todos las libertades culturales de cada uno.

3. SOBRE LA JUSTIFICACIÓN 'JURÍDICA' DEL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL COMO DERECHO DE LA PERSONA

Como se ha mencionado más arriba, la posición que se asuma sobre la *fundamentación* del derecho a la identidad cultural de la persona no sólo va a determinar la atribución de *significado* a este derecho, sino también la forma de *garantizarlo*, que no es sino su "configuración jurídica". Con esto hacemos referencia a la justificación jurídica del derecho que tratamos y que afronto en la perspectiva de cómo ha de *armarse* su configuración jurídica desde la teoría general de los derechos, pero no desde una posición normativa o jurisprudencial concreta internacional o estatal, pues, dada la amplitud del tema, excedería ampliamente el propósito del artículo y su extensión limitada.

Lo primero que hay que afirmar es que la justificación jurídica del derecho a la identidad cultural de la persona tiene que ver con su configuración *normativa*, dato absolutamente trascendente para resultar un derecho eficaz. Téngase en cuenta que su única estimación como *derecho moral*⁵⁰ sin virtualidad jurídica alguna (según terminología de Eusebio Fernández⁵¹), o como "derecho moral universal" tal como lo definiría A. Gewirth⁵², irremediablemente limitan el derecho a una mera *pretensión moral justificada* y *generalizable*, pero nada más, o si se quiere, a un *derecho humano* que constituye una pretensión (*claim*) no juridificada, pero juridificable, como moralidad de nuestro tiempo, tal como admitiría Peces-Barba⁵³. Pero que, en todo caso, estaría careciendo de las garantías necesarias que definen a los derechos subjetivos como tal "categoría jurídica", y por ende, ausente la posibilidad de

⁵⁰ A. GARCÍA INDA, "Identidades y derechos colectivos", cit., p. 92 habla de que el término de *derecho moral* no es correcto, porque confunde "el derecho (legal) con las razones (morales) que justifican su imposición."

⁵¹ Autores como E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, cit., pp. 95-96 han defendido asignar a supuestos como éste la denominación de "derecho moral". Yo utilizo aquí dicha expresión como sinónimo de "pretensión moral justificada" y "generalizable" desde el punto de vista de la dignidad humana, pero que sin embargo no alcanza trascendencia jurídica.

⁵² A. GEWIRTH, "La base y el contenido de los derechos humanos", en VV.AA, *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, trad. de A. Ruiz Miguel, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 125-146.

⁵³ G. PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, cit., p. 108.

“exigencia” jurídica en sede judicial por parte de sus titulares⁵⁴; que es, sin duda, una de las condiciones primordiales para constatar que nos encontramos ante el “reconocimiento completo” de un derecho *legal*. De cualquier manera, conviene enfatizar de nuevo que la configuración jurídico-normativa de este derecho viene muy condicionada por la fundamentación de su “elemento moral”, tal como nos recalca con acierto R. de Asís en la teoría general de los derechos⁵⁵.

Analizaré la justificación jurídica del derecho que examinamos concretando algunas de las cuestiones más relevantes de su configuración normativa desde la perspectiva general (que he mencionado) de la teoría jurídica de los derechos. En este sentido, dada la imposibilidad de agotar toda la temática jurídica de este derecho en un artículo, he seleccionado algunas de las cuestiones que tienen más incidencia en su configuración normativa general, tales como cuál es su *naturaleza* jurídica, cuáles son los problemas que plantea su *titularidad* y con qué *contenidos* se configura como *derecho subjetivo*.

3.1. Configuración jurídica, naturaleza y titularidad del derecho

A la hora de hablar de su configuración jurídica, lo que se protege y se asegura en el derecho que analizamos, y a modo de “bien jurídico”⁵⁶, es la “identidad cultural”, y la identidad cultural de la “persona”. Pero eso no es decir mucho porque esta noción no posee un significado unívoco sino *controvertido*, el cual, además, debe ser reinterpretado en nuestro tiempo contemporáneo desde la aceptación de la diversidad cultural. La identidad cultural de la persona como *bien jurídico protegido*⁵⁷ incluiría al conjunto de “bienes

⁵⁴ H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R.J. Vernengo, Porrúa, México DF, 1993, p. 147 insistió enormemente en esta idea de *exigencia* como característica de la categoría de *derecho subjetivo*, hasta el punto de concebir a esta categoría jurídica desde la perspectiva del *Derecho objetivo*: “el tener un derecho –situación que sólo es un reflejo de la obligación jurídica– provee al titular de una potestad jurídica con respecto de ese derecho reflejo; lo que significa que la falta de cumplimiento de la obligación, cuyo reflejo ese derecho es, puede ser hecha valer mediante la acción o querrela.”

⁵⁵ R. de ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, cit., pp. 5 y ss.

⁵⁶ C. SANTIAGO NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México DF, 1974, pp. 55-77; especialmente, p. 63 sobre el “bien jurídico” de la libertad.

⁵⁷ C. SANTIAGO NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., p. 66: “Para algunos... ‘bien jurídico’ se identifica con ‘norma’... con lo cual decir que se ha lesionado un bien jurídico es lo mismo que afirmar que se ha infringido una norma que prescribe determi-

culturales” que una persona hace *suyos* y estima como *propios*, a los que, como tales, pretende libremente acceder, y desarrollarse a través de ellos, *sin obstáculos* ni de los poderes públicos, ni de los grupos, ni de los particulares. A este respecto, los bienes culturales que protege el derecho a la identidad cultural estarían definidos por un *haz* de “libertades culturales” de la persona, vinculadas directamente a la realización del valor moral universal de la *dignidad humana*, y a su dimensión de la *igual dignidad* de todos que hace de la libertad cultural una “libertad igualitaria” y, por consiguiente, sin restricciones en la *titularidad* de la misma (*generalidad*).

Por supuesto, los contenidos morales de libertad y de igualdad en el ámbito de la cultura que incluye el derecho a la identidad cultural de la persona han de ser configurados “normativamente” por cada sociedad para poder hablar de que verdaderamente existe en una determinado legislación un derecho tal. Y, sin duda, en dicha configuración normativa tendrán un papel muy destacado las *garantías* que constituyen el armazón del derecho, que “con carácter general suelen ser de dos tipos: legislativas y judiciales”, siendo normalmente “al legislador a quien corresponde, en principio, el desarrollo” de las mismas⁵⁸. Tarea que habitualmente presenta, como dice R. Alexy, un “máximo grado de indeterminación”, tal como es característico de los derechos fundamentales⁵⁹, necesitando de la interpretación a través de las decisiones de los tribunales⁶⁰, especialmente del Tribunal Constitucional de cada

nado comportamiento”. Otras definiciones de *bien jurídico* son “equivalente[s] a ‘interés’ [a garantizar], ‘expectativa’ [a proteger], ‘derecho subjetivo’, etcétera”, para “sostener que un acto será antijurídico si, y solo si, lesiona un bien jurídico.” Aunque el autor propone, p. 67: “la hipótesis de que ‘bien jurídico’ es un término teórico” y, como tal, “los términos teóricos no pueden ser entendidos en forma aislada de una *teoría* que los define implícitamente.”

⁵⁸ R. de ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, cit., pp. 7-10; añade en p. 10: “El intérprete emplea criterios para la atribución de significado, pero muchos de éstos en realidad no están expuestos ni reflejados en el Ordenamiento jurídico siendo su adopción una clara toma de postura en relación con una forma de entender los derechos, con un concepto o un fundamento.”

⁵⁹ R. ALEXY, “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático”, trad. de A. García Figueroa, en M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 32-37.

⁶⁰ Cfr. J.A. DEL REAL ALCALÁ, *Interpretación jurídica y neoconstitucionalismo*, Cuadernos de Filosofía del Derecho Contemporáneo núm 3, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Autónoma de Occidente de Cali, Bogotá, 2011, pp. 26-43 y 74-93 acerca de las singularidades de las decisiones judiciales en el sistema jurídico del Estado Constitucional de Derecho frente al Estado de Derecho legalista.

Estado singular, para determinar cuál es el significado concreto que en una particular sociedad asume ese desarrollo normativo.

En este sentido, no hay que olvidar que el derecho a la identidad cultural como “derecho de la personalidad” participa de la doble naturaleza jurídica que G. Rolla atribuye a esta clase de derechos: a) la de constituir un conjunto de garantías y de situaciones jurídicas subjetivas de los individuos garantizadas al máximo nivel; y b) la de su conexión con los valores superiores que caracterizan al Ordenamiento⁶¹. A partir de lo cual, el derecho a la identidad cultural de la persona se configura normativamente en mayor medida:

- a) A través de la categoría de “derecho subjetivo” en sentido estricto: el derecho a la identidad cultural se presentará como un *derecho subjetivo* “cuando frente al titular del derecho –sujeto activo– aparece un sujeto identificado con una obligación jurídica consecuencia de ese derecho –sujeto pasivo–”. Se dice que A es titular de un derecho subjetivo a la identidad cultural cuando puede exigir X de B, o cuando B tiene obligación X ante A. Como puede verse, “el derecho tiene como correlativo un deber o una obligación” concreta de B⁶².
- b) También, el derecho a la identidad cultural se configura normativamente a través de la categoría de “libertad jurídica”: el derecho a la identidad cultural es una *libertad* “si su titular A es libre frente a B de hacer o no hacer X. Ello equivale a decir que... nadie tiene derecho a interferirnos. En este caso, la otra parte [B] no es titular [pasivo] concreto e identificable sino genérico”, dado que las libertades son derechos “*erga omnes*”⁶³.

La diferencia entre una y otra configuración jurídica del derecho a la identidad cultural reside en el sujeto pasivo de la obligación jurídica que genera: sujetos *individual* o *grupal* (derecho a la identidad cultural como derecho subjetivo en sentido estricto) o sujeto *genérico* (derecho a la identidad cultural como libertad jurídica *erga omnes*).

De lo anterior puede deducirse que desde el punto de vista *jurídico-normativo*, el derecho a la identidad cultural de la persona viene a constituir un *mecanismo* que pretende asegurar y hacer efectivas un conjunto de *libertades*

⁶¹ G. ROLLA, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México DF, 2002, pp. 116-124.

⁶² G. PECES-BARBA, *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 1999, p. 144.

⁶³ G. PECES-BARBA, *Derechos sociales y positivismo jurídico*, cit., p. 144.

culturales significativas, y que además pretende hacerlas efectivas para *todos*, concretando con ello exigencias de los valores jurídicos de libertad e igualdad. De esto resulta, que el ejercicio eficaz de dicho derecho deberá conducir a un contexto de “tolerancia cultural”⁶⁴ y, consiguientemente, de “paz cultural”⁶⁵, a modo de un valor social e institucional⁶⁶ que se realiza por medio de la normación –y en mayor medida si es normación constitucional–⁶⁷. Si ocurre así, estaremos en la mejor disposición para evitar el *conflicto cultural* entre la institucionalidad y la sociedad civil o la colisión en el interior de la misma sociedad

⁶⁴ M. WALZER, “La política de la diferencia. La estatalidad y la tolerancia en un mundo multicultural”, cit., pp. 84-85: “Con frecuencia, los grupos [culturales] serán competitivos entre sí, buscando conversos o partidarios entre los individuos no comprometidos o comprometidos sólo de forma somera, pero su principal objetivo será conservar un modo de vida entre sus propios miembros, reproduciendo su cultura o su fe en las sucesivas generaciones [...]. Ahora bien, ¿qué significa tolerar a grupos de este tipo? Si se la comprende como una actitud o como un estado de ánimo (de la que se siguen unas prácticas características), la tolerancia hace referencia a un cierto número de posibilidades. La primera de ellas, que refleja los orígenes de la tolerancia religiosa en los siglos XVI y XVII, consiste simplemente en una resignada aceptación de la diferencia por el bien de la paz [1. *resignación*]. [...] Una segunda actitud posible es la actitud pasiva, relajada, benignamente indiferente [2. *indiferencia*]. [...] Una tercera expresa apertura hacia los demás, curiosidad, respeto y disposición de escuchar y aprender [3. *curiosidad*]. [...] Y, por último, “yendo un poco más allá, un respaldo entusiasta [4. *entusiasmo*] a la diferencia: un *respaldo estético*, si se considera que la diferencia representa, en forma cultural, la magnitud y la diversidad de la creación –ya sea de autoría divina o ya emane del mundo natural–, o un *respaldo funcional*, si se considera que la diferencia es una condición necesaria del florecimiento humano, al que brinda a los individuos [...] las opciones que hacen que su autonomía tenga pleno significado.”

⁶⁵ Acerca de la comunidad obligatoria como obstáculo para la realización del derecho a la paz, véase J.A. DEL REAL ALCALÁ, “Derecho a la paz frente a la nación obligatoria”, en M^a.I. GARRIDO GÓMEZ (ed.), *El derecho a la paz como derecho emergente*, Editorial Atelier, Colección Atelier Internacional, Barcelona, 2011, pp. 87-104.

⁶⁶ M. WALZER, “La política de la diferencia. La estatalidad y la tolerancia en un mundo multicultural”, cit., p. 85, en relación a la *tolerancia* como “valor social” opina que: “Yo diría que todo el mundo que acepte la diferencia [...] con independencia de su posición [ante ella] [...] de resignación, indiferencia, curiosidad y entusiasmo, posee la virtud de la tolerancia”; y en relación a la *tolerancia* como “valor institucional” afirma: “Todas las disposiciones sociales mediante las cuales incorporamos la diferencia, coexistimos con ella o le asignamos una parte del espacio social, son las formas institucionalizadas de esa misma virtud”.

⁶⁷ Cfr. E. DÍAZ, “Legitimidad y justicia: la Constitución como zona de mediación”, *Doxa*, núm 4, 1987, p. 350: “la Constitución, el gran pacto social constitucional, sintetiza así, puede decirse [...] ese espacio de convergencia entre legitimidad democrática y justicia material (una cierta justicia material)”; y p. 352: “Tanto la regla procedimental [principio de la soberanía popular y regla de la mayoría] como la justicia material [los valores superiores de ella] son, pues, expresión de la libertad; y ambas, a su vez, están incorporadas en la Constitución como norma básica o principio determinante de ella.”

civil. En este sentido, además de su conexión con la realización de determinados aspectos de la dignidad humana, el derecho a la identidad cultural es un derecho de gran *utilidad* en tanto que generador de importantes “beneficios” sociales como vehículo de tolerancia y de paz colectivas⁶⁸.

Ahora bien, no hay más remedio que asumir que el reconocimiento y desarrollo del derecho a la identidad cultural es escaso, aunque en los últimos tiempos ha evolucionado a mejor. Por ejemplo, recientemente a nivel mundial ha tenido lugar la Declaración de las Naciones Unidas de 2007 sobre el derecho a la diferencia y a la identidad cultural de los derechos de los pueblos indígenas. O también puede citarse en este sentido al Comentario General (nº 21) sobre el derecho a tomar parte en la vida cultural, adoptado en 2009 por el Comité de Naciones Unidas sobre los derechos económicos, sociales y culturales. O, por ejemplo, en el ámbito regional latinoamericano, el pronunciamiento de Junio de 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Sarayaku vs. Ecuador*, reconocedor del derecho a la identidad cultural del pueblo indígena de la comunidad de Sarayaku.

Sin embargo, es verdad que, en general, la configuración normativa del derecho a la identidad cultural está mayormente ausente de los textos constitucionales. Pero, también es cierto que sí ha existido un reconocimiento *parcial e implícito* de un “derecho a la diferencia cultural”, y que este reconocimiento parcial ha tenido lugar, como afirma G. Ruiz-Rico, sobre todo a través de “regulaciones sectoriales” acerca de “aquellas materias sensibles en las que conviene ofrecer un trato desigual a aquellos individuos y grupos sociales colectivos con marcadas diferencias culturales respecto de la mayoría social: leyes en materia lingüística y de enseñanza, derecho civil, leyes sobre libertad religiosa, etc.”. En este reconocimiento parcial/sectorial, “todo este tipo de *regularizaciones* de la diversidad cultural obedecen a una serie de mandamientos constitucionales, sin los cuales carece de legitimidad el reconocimiento de determinadas exenciones, privilegios, modulaciones interpretativas de derechos o derechos específicos que se otorgan a grupos colectivos delimitados por razones territoriales, nacionales, étnicas o religiosas que se otorgan a una minoría de ciudadanos”. Siendo “a partir de estas especialidades jurídicas [cuando] se configura una categoría nueva de

⁶⁸ M. WALZER, “La política de la diferencia. La estatalidad y la tolerancia en un mundo multicultural”, cit., p. 99, siendo la conclusión a la que llega el autor: “La diferencia ha de ser doblemente tolerada [por los grupos y por los individuos disidentes de los grupos], mediante una mezcla cualquiera -no tiene por qué ser la misma mezcla en ambos casos- de resignación, indiferencia, curiosidad y entusiasmo.”

derecho a la diferencia cultural”, que es “un derecho por lo general no positivizado como tal derecho autónomo, pero que surge y deriva de la aplicación del parámetro del pluralismo cultural o religioso sobre otros derechos fundamentales”; cuyo “soporte último de este derecho fundamental a ser diferente se encontraría en el valor mismo de la dignidad”⁶⁹. En todo caso, lo que muestra lo descrito son las “lagunas y carencias que evidencian los textos constitucionales nacionales” en relación al reconocimiento expreso de este derecho⁷⁰.

Precisamente, el reconocimiento en mayor medida sólo *sectorial* del derecho a la identidad cultural permite hablar, por un lado, de la configuración normativa de este derecho sólo en sentido “parcial”, a modo de un “derecho específico” para minorías (*derecho a la diferencia cultural*) y, por tanto, armado como un derecho restringido a la *legislación sectorial* sobre las mismas. Desde esta perspectiva, la lógica de una normación así es que de este derecho queden privados los miembros de la mayoría cultural. Esta forma de abordar el derecho es útil únicamente como criterio con el que gestionar sociedades multiculturales no en el sentido amplio de la palabra, sino sociedades conformadas por una cultura central/mayoritaria y por dos, tres o cuatro –a lo sumo– culturas minoritarias bien delimitadas territorialmente (*multiculturalismo restringido*). Aquí nos encontraríamos con la concepción más primitiva o inicial en la génesis de este derecho, cuya titularidad se impregnaría de la concepción más *colectivista* que dicho derecho es susceptible de presentar⁷¹, configuradora de

⁶⁹ G. RUIZ-RICO RUIZ, “Derechos de la personalidad como elementos de articulación de la Constitución Política y la Constitución Civil”, cit., pp. 22-23. Añade en p. 22: “un análisis comparativo de las legislaciones nacionales demuestra que resulta excepcional la utilización de un sistema de *codificación* donde se regulen todas las particularidades jurídicas que exige el pluralismo cultural. Por el contrario, la técnica habitual con la que se da respuesta al problema del multiculturalismo consiste en regulaciones ‘sectoriales’ sobre aquellas materias sensibles”.

⁷⁰ G. RUIZ-RICO RUIZ, “Identidad cultural y derechos constitucionales de la personalidad. El problema de la integración jurídica de la multiculturalidad”, cit., p. 395, añade: “En contraste... el derecho internacional ofrece unos indicadores normativos mucho más específicos con los que abordar el fenómeno del multiculturalismo. Un examen básico de las principales declaraciones que pertenecen al orden jurídico convencional suministra ya algunos de los parámetros y –límites– más relevantes a los cuales deberían ajustarse luego los legisladores estatales en el momento de regular las condiciones en que se ejercitan los derechos culturales.”

⁷¹ Sobre la problemática de los derechos colectivos, véase F.J. ANSUÁTEGUI ROIG (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001; y asimismo, N.M. LÓPEZ CALERA, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000; y A. GARCÍA INDA, *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001.

un derecho a la identidad cultural como derecho de los *pueblos* (y no como derecho de la *persona* individual). En este sentido, se trataría de un derecho destinado únicamente a un número reducido de colectividades culturales⁷².

Y, por otro lado, frente a la titularidad restringida antepuesta, también es posible distinguir la concepción de este derecho como un derecho “genérico” (*derecho a la identidad cultural de la persona*). A diferencia de la *noción colectivista*, se habla ahora de un derecho *completo* en relación a la titularidad de ejercicio, esto es, que *extiende* la titularidad a *todas* las personas, ya pertenezcan a minorías o ya pertenezcan a la mayoría, predicando el derecho de *cada persona* a su identidad cultural, cuya base es la *igual dignidad* atribuible a todos. Esta última concepción puede estimarse más sofisticada o más elaborada, y en todo caso se trata de una noción “individualista” de las *libertades culturales*, cuya protección *a todos* está garantizada a través del contenido de “igualdad” que incluye este derecho⁷³, consistente precisamente en no negar a ninguna persona el derecho a su (auto) identificación cultural.

En mi opinión, esta noción es *más* compatible con un *multiculturalismo amplio*, referido a las personas; y no con un multiculturalismo *restringido* a ciertas colectividades. Como puede fácilmente deducirse, la concepción amplia es la que se hila en estas páginas. Y aunque las dos nociones han convivido en el siglo XX, sin embargo, la noción *restringida* del derecho es cronológicamente anterior, pues la *completa* o *más amplia* arranca con posterioridad, a partir de las últimas décadas del siglo XX.

En todo caso, *generalidad* como “igual titularidad” significa que son titulares del derecho a la identidad cultural *todas* las personas, derivándose dicha generalidad de la *común dignidad*, cuya traducción consiste en poner este derecho a disposición de todos⁷⁴. Confirma L. Ferrajoli que “la igualdad jurídica no será otra cosa que la idéntica titularidad” para todos, por lo que considerando estas palabras del autor italiano, eso mismo es lo que ha de

⁷² En buena medida, la concepción *restringida* de este derecho es la que se ha desarrollado preferentemente en España a partir de la Constitución de 1978, aunque no como derecho codificado de las minorías culturales sino como reconocimiento de particularismos culturales de base territorial, garantizados a través del *derecho a la autonomía política*.

⁷³ Sobre la problemática que supone el concepto de igualdad y su concreción, véase A.E. PÉREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Instituto de Derecho Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2007, especialmente Capítulos I y II.

⁷⁴ Cfr. M.C. BARRANCO AVILÉS, *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Instituto de Derecho Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 31-40.

significar la igualdad jurídica en el derecho a la identidad cultural de la persona: la *extensión* de la *titularidad* de este derecho a todas las personas (*titularidad generalizada*) en virtud de la igual dignidad predicable de todos y para todos, y eso “independiente del hecho, e incluso precisamente por el hecho de que los titulares entre sí son diferentes”⁷⁵.

Hay dos razones de peso para apoyar, en mi opinión, esta última noción del derecho (noción *amplia*). Se trata de dos razones *morales*, que, a mi entender, son las que vuelcan la titularidad *jurídica* del derecho a la identidad cultural hacia la *generalidad*. La primera razón es, como indica Ansuátegui, que “el individuo es el protagonista del discurso moral” en virtud de su “valor moral en sí mismo”⁷⁶ y, como tal, lo es también del discurso de los derechos y, en consecuencia, lo ha de ser del derecho a la identidad cultural que aquí examinamos. Y la segunda razón es que el hecho de que la identidad cultural de la persona tenga su raíz moral en el valor universal de la dignidad humana no es ni mucho menos baladí desde el punto de vista jurídico, y esto lo ha puesto de manifestó muy acertadamente Peces-Barba. Al contrario, tiene *significativas* consecuencias de carácter “jurídico-normativo” e “interpretativo”. Una de estas consecuencias jurídicas afecta precisamente a la *titularidad* del derecho que observamos. Significa que anclar el derecho a la identidad cultural en la dignidad humana va determinar, en su configuración jurídica, que si este derecho está incluido dentro del grupo de “derechos pertenecientes a las personas en cuanto tal”, dicha *titularidad* no puede restringirse a la ciudadanía nacional de un país, por ejemplo frente a los inmigrantes⁷⁷, o restringirse a las minorías culturales, por ejemplo, frente a los miembros de la mayoría; porque a todos a los que no se les atribuye se les supone entonces jurídicamente *aculturales*. Lo cual constituye un *sin sentido*. Téngase en cuenta que como derecho perteneciente al grupo de *derechos de la persona*, dicha fundamentación “obliga a reconocerlo a cualquier persona” en el Estado

⁷⁵ L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2004, p. 82.

⁷⁶ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Derechos humanos; entre la universalidad y la diversidad”, *cit.*, pp. 28 y 35, cuyo criterio forma parte de una “estrategia de mínimos” para seguir hablando de derechos universales.

⁷⁷ Cfr. J.A. DEL REAL ALCALÁ, “Del Estado-nación de Derecho al Estado de Derecho postnacional. Análisis de la tesis de L. Ferrajoli sobre la desnacionalización de la teoría de los derechos”, *Derechos y Libertades*, núm 13, 2004, pp. 361-381.; asimismo, J.A. DEL REAL ALCALÁ, “Del Estado-nación de Derecho al Estado de Derecho postnacional”, en M.A. LÓPEZ OLVERA y L.G. RODRÍGUEZ LOZANO (coords.), *Tendencias actuales del Derecho Público en Iberoamérica*, Editorial Porrúa, México DF, 2006, pp. 153-171.

Constitucional de Derecho⁷⁸, de lo que resultará (e integrará) una noción de “ciudadanía compleja” acorde con nuestro tiempo⁷⁹. Lo opuesto, supone admitir que existen aquellas personas *aculturales*, respecto de las que se niega que posean libertades culturales y, en consecuencia, que no tiene sentido que sean titulares de un derecho a la identidad cultural. Todo lo cual conduce no sólo a un *absurdo jurídico*, y también *social* y *político* sino, a lo que es más grave, también a un *absurdo antropológico*.

En el caso del Tribunal Constitucional español, a partir de que la doctrina constitucional asume que “la dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general”⁸⁰, éste ha ido estableciendo un marco de derechos vinculados a la dignidad humana, a la que se considera “valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la propensión al respeto por parte de los demás”⁸¹. Se trata de un marco de derechos de la persona “que no constituyen una lista cerrada y exhaustiva”⁸², y por ejemplo ahí se incluyen contenidos de los que participa el derecho a la identidad cultural, tales como, sea el caso, “el derecho a no ser discriminado por ninguna condición o circunstancia personal o social”⁸³. Y en relación a otros nuevos derechos, el Tribunal Constitucional ha dejado, en general, libertad de configuración normativa al legislador democrático a la hora de concretar el contenido de este tipo de derechos de la persona, aunque establece la condición de que su titularidad no sea restringida⁸⁴.

Pues bien, en tanto que puede afirmarse de manera sólida que el derecho a la identidad cultural pertenece al ámbito de los derechos de la personalidad⁸⁵ y

⁷⁸ Esta posición jurídica sobre la titularidad de los derechos anclados en la dignidad de la persona es doctrina del Tribunal Constitucional español, véase, entre otras, STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3 y STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3.

⁷⁹ Cfr. O. SALAZAR BENÍTEZ, “El derecho a la identidad cultural como elemento esencial de una ciudadanía compleja”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 127, enero-marzo 2005, pp. 297-322; asimismo, cfr. F. LLANO ALONSO, *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Instituto de Derecho Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, 2002, especialmente Capítulo II.

⁸⁰ STC 53/1985, de 11 de abril, F.3.

⁸¹ STC 53/1985, de 11 de abril, F.3.

⁸² STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3.

⁸³ STC 137/2000, de 29 de mayo FJ 1.

⁸⁴ Por ejemplo, STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 17.

⁸⁵ R. SORIANO, *Compendio de teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 172 en la que afirma que los derechos de la personalidad “tienen por objeto los elementos constitu-

que es un derecho encuadrable dentro de los “derechos ‘culturales’ de la personalidad” por afectar a dimensiones relevantes y significativas de la persona moral en su dignidad como tal, no podemos sino concluir que sus titulares legítimos son las personas individuales⁸⁶, *todas* las personas individuales, en razón de que por la *igual dignidad* de todos no tendría sentido reconocer este derecho a algunas personas y negarlo a otras. Sin embargo, estos datos de *individualidad* y *generalidad* son combatidos sobre todo por las concepciones más *colectivistas* del derecho a la identidad cultural, que se encuentran más ancladas en la praxis y fundamentación característica del siglo XIX que en la de final del XX o en el XXI, concibiéndolo como un “derecho de los pueblos” *versus* de la persona individual⁸⁷.

La individualidad y generalidad en la titularidad del derecho que examinamos en virtud de su naturaleza jurídica como derecho de la personalidad significa que este derecho pueda ejercerse de *dos* modos generales. *Uno*, de un “modo autónomo”, cuando la persona *no* encuentra obstáculos para realizar sus libertades culturales y, por tanto, puede satisfacer las necesidades humanas que este derecho afecta. *Dos*, de un “modo asistido”, cuando, por el contrario, la persona *sí* encuentra obstáculos para realizar alguna de (o todas) sus libertades culturales por sí misma, generándose una situación de “discriminación negativa” a modo de “discriminación cultural”, que sitúa a la persona en cuestión en una “posición de desigualdad” en relación a los demás titulares y que, tal como explica I.M. Young, “deriva en exclusión”⁸⁸. Como en estos supuestos, alguna de (o todas) las necesidades humanas que este derecho afecta resultan insatisfechas, el Ordenamiento jurídico deberá aquí proporcionar *asistencia* a la persona, facilitándole los mecanismos y las

tivos de la personalidad del sujeto en sus múltiples aspectos de desarrollo, concretamente las facultades y las cualidades de la persona.”

⁸⁶ G. RUIZ-RICO RUIZ, “Derechos de la personalidad como elementos de articulación de la Constitución Política y la Constitución Civil”, cit., p. 23: No estamos convencidos de que sea viable, desde el punto de vista constitucional [Constitución española], aceptar una *titularidad* de naturaleza colectiva del derecho a la diversidad cultural.”

⁸⁷ La cuestión de su naturaleza como derecho de la personalidad y titularidad individual muy posiblemente generará en la praxis y con frecuencia “casos difíciles” en sede judicial. Para la distinción entre casos *difíciles* y casos *trágicos*, véase, M. ATIENZA, *Interpretación constitucional*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 126-153; asimismo, J.A. DEL REAL ALCALÁ, “Deber judicial de resolución y casos difíciles”, *Panóptica-Revista Acadêmica de Direito*, núm 18, março-junho 2010, pp. 40-60.

⁸⁸ I.M. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de S. Álvarez, Cátedra, Madrid, 2000, p. 285.

garantías pertinentes que posibiliten *remover* la discriminación negativa y eliminar la desigualdad de hecho y, en definitiva, suministrándole los instrumentos que posibiliten *reponer* a la persona en el *disfrute* de sus libertades culturales a las que tiene derecho fundamental.

3.2. Derecho normativo de libertad y derecho normativo de igualdad

En la teoría jurídica de los derechos, las categorías jurídicas de los *valores*, de los *principios* y de los *derechos* vienen a constituir la concreción, a efectos de su *realización*, del deber ser de la dignidad humana como “criterio fundante” de aquellas categorías⁸⁹ y como vértice del Ordenamiento constitucional –y de todo el sistema jurídico– del país. O dicho con otras palabras, la dignidad humana genera, en relación al Derecho (objetivo), valores, principios y derechos subjetivos que concretan –a efectos de su realización– el contenido de aquella⁹⁰. La dignidad humana es, pues, “el deber ser básico del que emanan los valores y los derechos que sostienen la democracia”⁹¹. Frente a posiciones posmodernas de *pragmatismo político* que pregonan “la democracia sin fundamentos teóricos”⁹², para Peces-Barba, la dignidad humana es “fundamento de orden político y jurídico” y es “fundamento del deber ser que constituye la norma básica material que conforman los cuatro valores de la ética pública política que se convierten en valores de la ética pública jurídica: *libertad, igualdad, seguridad y solidaridad*, que a su vez se desarrollan en principios de organización del sistema institucional democrático y de los derechos fundamentales de los individuos y de los grupos formados por éstos, y que tienen como objetivo la realización de dimensiones del individuo que no se pueden realizar aisladamente”⁹³.

⁸⁹ G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., p. 63.

⁹⁰ G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 68 y 72.

⁹¹ G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 63-64.

⁹² Un excelente análisis de este tipo de planteamientos puede verse en R. AGUILERA PORTALES, *Pragmatismo político. La democracia sin fundamentos en Richard Rorty. Análisis y revisión crítica de su Teoría Política*, Fontamara, México DF, 2011, pp. 63 y ss. Y en relación a la fundamentación de los derechos humanos, añade el autor en p. 87: “Richard Rorty, desde su propuesta pragmática, observa y analiza la cultura de los derechos humanos como un nuevo acontecimiento histórico internacional acerca del mundo, que no necesita de ningún fundamento en el conocimiento moral y antropológico de la naturaleza humana.” Asimismo, p. 100 acerca de la crítica al *fundacionalismo* de los derechos humanos.

⁹³ G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., p. 74.

La dignidad humana, pues, tiene un “puesto relevante, que es prepolítico y prejurídico”⁹⁴ en el derecho a la identidad cultural, y su papel en relación al Derecho y a la sociedad justa es un “papel central, fundamental y básico”⁹⁵. Su vocación es “convertirse en moral legalizada”, o dicho con otras palabras, “en Derecho positivo justo”⁹⁶. Siendo, por eso, “el motivo de decisiones basadas en valores, principios y derechos, que alcanzan su desarrollo pleno en el derecho positivo”, así como la continua “referencia en las argumentaciones o en la interpretación jurídica”⁹⁷.

En este sentido, en virtud de que el derecho a la identidad cultural que estamos observando pretende realizar unos determinados “contenidos de libertad” de la persona, más concretamente, un haz de “libertades culturales” de la misma (que ya hemos definido en el ámbito moral⁹⁸; y que deberá conformar *normativamente* cada legislador nacional), puede afirmarse sin ningún problema que se trata de un derecho cuyo contenido configurador viene a concretar⁹⁹, en el ámbito de la cultura, a uno de los principales valores constitucionales: el “valor jurídico superior de la libertad”¹⁰⁰. Que, a su vez, descansa en el valor moral universal de la dignidad humana como cúspide del Derecho del país. Y la dignidad humana es el inicio de la teoría general de los derechos. De hecho, en numerosas ocasiones así ha sido recogido (cada vez más a raíz del neoconstitucionalismo¹⁰¹), sea el caso en Europa, entre otros, de la *Constitución española*, Artículo 10.1¹⁰²; o de la *Constitución alemana*,

⁹⁴ G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., p. 64.

⁹⁵ G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., p. 65.

⁹⁶ G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., p. 64.

⁹⁷ G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 64-65.

⁹⁸ Véanse los epígrafes 2.1. y 2.2. de este texto.

⁹⁹ Este concretar no es un concretar total y definitivo, dado el nivel de *indeterminación* que acompaña habitualmente -y sobre todo- a la normación constitucional de los derechos. Véase, J.A. DEL REAL ALCALÁ, “Ámbitos de la doctrina de la indeterminación del Derecho”, *Jueces para la Democracia*, núm 56, julio/2006, pp. 48-58; asimismo, J.A. DEL REAL ALCALÁ, “La indeterminación del Derecho”, en VV.AA., *El Derecho en perspectiva. Homenaje al Maestro José de Jesús López Monroy*, Porrúa, México DF, 2009, pp. 279-300.

¹⁰⁰ Sobre el valor jurídico superior de la libertad, véase, G. PECES-BARBA, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 215-243.

¹⁰¹ Sobre el Estado Constitucional y el derecho por principios, véase, F. LLANO ALONSO, *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 189-195.

¹⁰² Artículo 10.1. de la Constitución española: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Artículo 1.1¹⁰³; o en América Latina¹⁰⁴, de la *Constitución boliviana* de 2009, Artículo 8¹⁰⁵.

Está claro, que en la normación de este derecho “la dificultad mayor de esta operación no sólo tiene su origen en la obvia indeterminación que encierra” la noción cultura a la hora de delimitar/concretar los *contenidos* del derecho: “religión, costumbres y tradiciones colectivas, prácticas individuales y sociofamiliares, etc.”; sino que “igualmente hay que evaluar el alcance que se le pueda dar a estos elementos culturales para valorar la posibilidad de positivizar derechos y libertades dotados de una efectiva protección jurídica”¹⁰⁶.

En mi opinión, y sintetizando, el derecho a la identidad cultural de la persona es sobre todo un “derecho a la libertad cultural”, a modo de “libertad negativa”, “también llamada como libertad como no interferencia, [que] se identifica con la protección por parte del Derecho de un espacio de libertad en el que el individuo puede hacer lo que quiera o escoger lo que quiere hacer”, en nuestro caso en relación al ámbito de la cultura, porque “el individuo es soberano en esa parcela y el resto de sujetos y poderes tienen la obligación de no interferir esa soberanía”¹⁰⁷.

Visto lo cual, me inclino por utilizar la denominación de “libertad cultural”, que en el ámbito de la cultura y los derechos es aceptada por la doctrina de autores como Habërle, que vincula la libertad a la cultura, y la libertad cultural a los derechos fundamentales¹⁰⁸. En su opinión, lo que pretende la noción de libertad cultural es “enriquecer la libertad a partir del objeto”, esto es, “como libertad que, conforme a una apreciación realista, está incorporada en una red de fines educativos y valores orientadores, parámetros culturales y obligaciones materiales, en suma, que tiene literalmente a la ‘cultura’ como objeto, incluso como función”¹⁰⁹. En este aspecto, “la libertad cultural se presenta “como un objetivo importante para que las personas puedan vivir de la

¹⁰³ Artículo 1.1. de la Ley Fundamental de Bonn: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

¹⁰⁴ Véase J.A. DEL REAL ALCALÁ, “Constitución de 2009 y nuevo modelo de Estado de Derecho en Bolivia: el Estado de Derecho Plurinacional”, *Cuadernos de la Fundación Manuel Giménez Abad*, núm. 1 (número inaugural), 2011.

¹⁰⁵ Artículo 8 de la Constitución boliviana de 2009: “El Estado se sustenta en los valores de... dignidad”.

¹⁰⁶ G. RUIZ-RICO RUIZ, “Identidad cultural y derechos constitucionales de la personalidad. El problema de la integración jurídica de la multiculturalidad”, cit., p. 386.

¹⁰⁷ R. de ASÍS ROIG, “La igualdad en el discurso de los derechos”, cit., p. 151.

¹⁰⁸ P. HABÈRLE, “Aspectos constitucionales de la identidad cultural”, cit., p. 90.

¹⁰⁹ P. HABÈRLE, *El Estado Constitucional*, cit., p. 181.

manera que deseen y esto es un aspecto importante del desarrollo humano”, que no es otra cosa sino “que la gente pueda vivir y ser aquello que escoge y contar además con la posibilidad adecuada de optar también por otras alternativas” si ese es su deseo¹¹⁰. Por tanto, el derecho a la identidad cultural se concibe aquí como un derecho a la *libertad cultural* de la persona.

Pero, además de un derecho de libertad, el derecho a la identidad cultural de la persona también pretende realizar contenidos propios de un derecho de igualdad. Su normación *también* ha de concretar otro de los valores jurídicos más significativos de la Constitución y del resto del Ordenamiento jurídico: el “valor jurídico superior de la igualdad”¹¹¹. En relación al cual, parece que, “en efecto, el principio de igualdad es interpretado actualmente en perfecta sintonía con el reconocimiento de las identidades diferenciadas, como derecho a no ser discriminado en razón de ninguna circunstancia personal o social”, y esto incluye, por supuesto, “las distinciones de carácter religioso, étnico o cultural”. Lo que vendría a suponer que “se ha abandonado por tanto en el constitucionalismo occidental la concepción decimonónica que identificaba los conceptos de igualdad y de uniformidad jurídica”¹¹².

Aunque, tanto la libertad como la igualdad descansan en el mismo valor moral universal de la dignidad humana, vértice de todo el Derecho del país, la igualdad en este derecho es entendida en su dimensión de “igual dignidad” predicable de “todas” las personas. O, dicho de otra manera, aquí la libertad cultural de *todas* las personas deriva del valor jurídico de la igualdad, presentándose como una “libertad positiva”¹¹³, en palabras de R. de Asís, “llamada también libertad participación, [que] se identifica con el reconocimiento por parte del Derecho de la posibilidad de participar en la composición y actuación del Poder y también en otras parcelas de la vida social”¹¹⁴.

¹¹⁰ M^a.J. AÑÓN ROIG, “Multiculturalidad y derechos humanos en los espacios públicos: diversidad cultural y responsabilidad pública”, en E.J. RUIZ VIEYTEZ y G. URRUTIA ASUA (eds.), *Derechos Humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo?*, cit., pp. 57-58.

¹¹¹ Sobre el valor jurídico superior de la igualdad, véase, G. PECES-BARBA, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 283-293.

¹¹² G. RUIZ-RICO RUIZ, “Identidad cultural y derechos constitucionales de la personalidad. El problema de la integración jurídica de la multiculturalidad”, cit., p. 392.

¹¹³ Cfr. I. BERLIN, “Dos conceptos de libertad”, en Id., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, vers. de J. Bayón, Alianza Editorial, Madrid, 2004.

¹¹⁴ R. de ASÍS ROIG, “La igualdad en el discurso de los derechos”, cit., p. 152.

En este aspecto, coincidimos con el referente de la “igual dignidad” de todos (*igualdad*) que ha definido Peces-Barba, como elemento moral más sólido a la hora de afrontar las situaciones empíricas y jurídicas de “desigualdad”, “discriminación” y “diferencia”¹¹⁵. Lo que trata de corregir la praxis del derecho a la identidad cultural de la persona, a partir de predicar de todos el libre desarrollo de la personalidad, son los supuestos de *discriminación negativa* que generan *desigualdad*¹¹⁶. Y es susceptible de hacerlo a través de medidas o técnicas –entre otras– como la igualdad como *equiparación*¹¹⁷. Cuyo resultado determinará que la *noción* de derecho se vuelque desde un derecho a la libertad cultural a un derecho a la “libertad cultural igualitaria”.

4. CONCLUSIÓN

Como es conocido, el Estado de Derecho, en su conformación inicial como Estado *liberal* de Derecho reconoció en primer lugar como derechos fundamentales a un conjunto de derechos individuales básicos, y fue posteriormente, ya en la segunda mitad del siglo XX, como Estado *social* de Derecho, cuando tuvo lugar la incorporación constitucional de los derechos sociales, económicos y culturales. Sin embargo, aunque siempre se nombra a este grupo de derechos como un grupo compacto, un *paquete* de derechos, en realidad, aquel (segundo) reconocimiento sólo ha tenido lugar, en un sentido estricto, en relación a los derechos sociales y económicos, y muy en menor medida en relación a los derechos culturales¹¹⁸.

¹¹⁵ G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., p. 73.

¹¹⁶ J. GARCÍA CÍVICO, “Haciendo desigualdad de la diferencia. Meritocracia y derecho a la identidad cultural”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 2009, analiza la *diferencia cultural* como *demérito* de hecho y causa generadora de desigualdad; es decir, p. 2: “hacer de la diferencia una cuestión de carencia para justificar desde esa carencia la desigualdad socioeconómica de individuos, géneros o culturas. Como fórmula para legitimar la posición inferior de un sujeto o de un grupo apelando a su menor aptitud, a sus *carencias*”.

¹¹⁷ M^a.I. GARRIDO GÓMEZ, *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 165: “Con el fin de llevar a cabo la equiparación, se precisa una operación relacional que consta de requisitos necesarios referidos a una relación particular o a un criterio específico. De ahí que se haga abstracción de datos que siendo diferentes no se estiman como relevantes, pues la equiparación requiere la no consideración de algunas diferencias comprendidas como irrelevantes.”

¹¹⁸ Cfr. J. PRIETO DE PEDRO, “Diversidad y derechos culturales”, en O. PÉREZ DE LA FUENTE (ed.), *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Dykinson, Madrid, 2008.

En verdad, en el siglo XX, en el ámbito de Europa, que incluye la experiencia de ciertas sociedades y tiempos históricos que trataron de realizar hasta con sangre y crímenes contra la humanidad el “ideal de la homogeneidad”, los derechos culturales se han ido asumiendo –a lo largo de la segunda mitad de ese siglo– muy poco a poco y más bien en aspectos parciales/sectoriales y sólo en relación a algunos contenidos. No muy diferente es la realidad de América Latina, cuya diversidad cultural/étnica, más profunda que en las sociedades europeas, ha venido siendo gestionada igualmente desde el criterio político y constitucional del monismo cultural (*uniculturalismo*) disfrazado de universalismo abstracto. Pero, también es cierto que tanto Europa como América Latina avanzan desde finales del siglo XX hacia el mayor reconocimiento de los derechos culturales, sobre todo a partir de la aceptación de la diversidad cultural como dato empírico que describe objetivamente a la sociedad civil de nuestra época.

En ese contexto de reconocimiento positivo progresivo, el *derecho a la identidad cultural de la persona* se presenta como un “derecho de libertad” y al mismo tiempo como un “derecho de igualdad”.

Como “derecho de libertad” reconoce a la persona un haz de *libertades culturales* significativas como tal persona moral y, por eso, podríamos sintetizar al derecho como un “derecho a la libertad cultural”. Aquí estaríamos en presencia de un *derecho liberal individual*, que ancla su raíz moral en la dignidad humana como expresión de la independencia o libertad moral de la persona.

Y como “derecho de igualdad”, el derecho a la identidad cultural precorona la igualdad de todas las personas para expresarse, vivir y manifestarse según su identidad cultural sin que otros individuos, grupos o las instituciones les impongan renunciar a su cultura propia. Ancla su raíz moral en la dignidad humana como *igual dignidad* de todos. Se trata aquí de la igualdad de cualquier persona en el acceso a los bienes culturales que, en función de su autonomía moral, decida elegir y realizar como propios, y cuya principal función es hacer de este derecho un derecho *de todos y para todos*. Vulneraría este contenido igualitario del derecho a la identidad cultural todas aquellas disposiciones normativas, actos de la Administración central o autonómica, decisiones judiciales o actos de los particulares que amparen o den cobertura a situaciones de discriminación por razones culturales. Estamos ante un contenido de igualdad que condiciona la noción del derecho para volcarlo definitivamente hacia un *derecho a la libertad cultural igualitaria*. No es, por tanto,

sólo un derecho a la libertad cultural (derecho de libertad) sino un derecho a la libertad cultural *para todos y de todos* (como derecho de igualdad, mediante técnicas, por ejemplo, tales como la igualdad como equiparación).

Por supuesto, como derecho a la libertad cultural igualitaria de todas las personas, este derecho no puede configurarse normativamente como un mecanismo de opresión de la identidad cultural de *unas* personas contra *otras*. Si el legislador opera normativamente en esa dirección, el resultado conduciría a un *sin sentido*, un *absurdo jurídico*. Además de vulnerar otros derechos fundamentales –incluido éste mismo–, supondría violentar la raíz de tolerancia, paz e igualdad que está implícita tanto en los criterios de fundamentación moral como de justificación jurídica que lo sustentan, y que se corresponden ambos con dimensiones directas de la dignidad humana que este derecho afecta.

J. ALBERTO DEL REAL ALCALÁ
Área de Filosofía del Derecho
Despacho D3-170
Campus Las Lagunillas
Universidad de Jaén
23071 Jaén
e-mail: adelreal@ujaen.es