

cuenca del río Columbia.⁷² Al no haber logrado servirse de la ley sobre especies amenazadas para reconocer la causa principal de mortalidad del salmón, esto es, el políticamente poderoso sistema de presas hidroeléctricas, de modo que las migraciones de salmón pudiesen aumentar hasta alcanzar cotas cercanas a los niveles históricos, el Servicio Nacional de Pesca Marina optó por limitar la pesca tribal con el fin de impedir la desaparición de ciertas subespecies. Las tribus interpusieron una demanda y el gobierno federal negoció un arreglo.⁷³

La polémica continúa. Las tribus han sustentado su caso fundándose en los derechos reconocidos por el tratado y en la doctrina de la responsabilidad fiduciaria. Entre otras cosas, las tribus están convencidas de que la aplicación de la ley sobre especies amenazadas en este caso, asociada al ejercicio de la responsabilidad fiduciaria federal, debería apuntar a devolver a las migraciones de salmón salvaje niveles que permitan su pesca por parte de las tribus de forma duradera, de conformidad con el tratado.

Medidas emprendidas por las tribus a propósito de la ley sobre especies amenazadas

En 1995, los representantes de varias tribus que habían afrontado problemas en relación con la ley sobre especies amenazadas similares a los de las tribus del río Columbia con el salmón salvaje, constituyeron un grupo especial con el fin de estudiar las distintas posibilidades frente a esta ley.⁷⁴ Esto condujo a principios de 1996 a la organización de un seminario, convocado por los representantes de las tribus, que publicó un informe donde recogía las conclusiones y autorizaba al grupo de trabajo a emprender actividades de seguimiento.⁷⁵ Entre las conclusiones de este seminario figuraban las siguientes: que la ley sobre especies amenazadas “no se aplica y no debe aplicarse a las tribus indias”; que “se deben proteger los derechos de las tribus a administrar sus recursos con arreglo a sus propias creencias y valores”, y que no se debe pedir a las tribus que carguen con una responsabilidad de conservación desmedida “para compensar la degradación pasada y presente del medio ambiente resultante del desarrollo de comunidades no indias”.⁷⁶ El grupo de trabajo tribal consideró diversas posibilidades, entre ellas el pleito y una solución legislativa. Finalmente optó por tratar de obtener un decreto administrativo, un decreto ministerial conjunto de los ministerios de Interior y de Comercio que pudiera establecer un marco para las rela-

72. Véase “Wood Trust III”, nota 68 *supra*, págs. 771-3.

73. *Ibidem*, pág. 775.

74. Wilkinson, nota 66 *supra*.

75. *Ibidem*, págs. 1066-74.

76. *Ibidem*, pág. 1072.

ciones entre las tribus y los dos organismos federales (el Servicio de Fauna, Flora y Pesca y el Servicio Nacional de Pesca Marina) sobre la base del respeto de la soberanía tribal y de la responsabilidad fiduciaria federal. Las negociaciones llegaron a su fin en junio de 1997 con el decreto ministerial titulado “Derechos de las tribus indias norteamericanas, responsabilidades fiduciarias federales y tribales y la ley sobre especies amenazadas.”⁷⁷

El proceso seguido para negociar el decreto ministerial fue de carácter bilateral, lo que lo convierte en un buen ejemplo de la aplicación del principio de relaciones de igual a igual entre las autoridades federales y las tribus. Básicamente el decreto pretende armonizar las disposiciones de la ley sobre especies amenazadas con el derecho federal indio. Este decreto se mantiene neutral en lo tocante a si la ley sobre especies amenazadas se aplica a las tribus; antes bien, recalca la autoridad soberana de las tribus con respecto a sus territorios y obliga a ambos ministerios federales a trabajar en cooperación con ellas para fomentar ecosistemas saludables. Los aspectos esenciales del decreto se recogen en cinco principios, a cada uno de los cuales acompaña un comentario explicativo. Son los siguientes:

Principio 1. Los ministerios deberán trabajar directamente con las tribus indias en condiciones de igualdad para fomentar ecosistemas saludables.

Principio 2. Los ministerios deberán reconocer que los territorios indios no están sujetos a los mismos controles que los territorios federales públicos.

Principio 3. Los ministerios deberán ayudar a las tribus indias a preparar y desarrollar programas tribales de modo que se promuevan ecosistemas saludables y no sean necesarias las medidas de restricción para la preservación de las especies.

Principio 4. Los ministerios deberán ser sensibles a la cultura, la religión y la espiritualidad indias.

Principio 5. Los ministerios deberán facilitar a las tribus indias información sobre los recursos tribales en fideicomiso y los territorios indios, así como favorecer el intercambio de información mutuo; deberán esforzarse por evitar la divulgación de información tribal confidencial.

A pesar de que el decreto ministerial insiste en los territorios bajo jurisdicción de las tribus, sus repercusiones rebasan las fronteras de las reservas. Por ejemplo, la aplicación del tercer principio brindará a las tribus la oportunidad de influir en las decisiones de los ministerios en lo tocante a las especies amenazadas o en peligro que existen dentro y fuera de las fronteras de la reserva. Además, en un apéndice al decreto

77. Decreto ministerial 3206, publicado en apéndice en Wilkinson, véase la nota 66 *supra*, págs. 1089-1107.

ministerial se ofrece orientación detallada al Servicio de Fauna, Flora y Pesca y al Servicio Nacional de Pesca Marina con respecto a la debida concertación con las tribus para cuando estudien las especies que deban ser protegidas en virtud de la ley sobre especies amenazadas, cuando dicha protección pueda afectar al ejercicio de los derechos de las tribus o a la utilización de los recursos en fideicomiso. Aunque es demasiado pronto para evaluar la aplicación de este decreto ministerial, constituye un buen ejemplo de los resultados a que pueden llegar las negociaciones bilaterales entre las tribus y el gobierno federal. Éstas pueden conducir a una política nacional que concilie los derechos e intereses de las tribus con las políticas de la legislación nacional. Si se aplica de buena fe, se puede confiar en que este decreto ministerial permita resolver numerosos conflictos sobre la preservación de especies amenazadas porque las decisiones federales tomarán en cuenta los conocimientos y los valores culturales de las tribus. Asimismo, debería mostrar que la gestión de los ecosistemas por las tribus evitará la necesidad de recurrir al Servicio de Fauna, Flora y Pesca o al Servicio Nacional de Pesca Marina para adoptar decisiones en materia de política.

LEY DE PRESERVACIÓN DE LA HISTORIA NACIONAL

Probablemente el mejor ejemplo de legislación nacional en los Estados Unidos que tiende por sí mismo a la preservación de los conocimientos culturales tradicionales y su aplicación a la conservación de la diversidad biológica es la ley de preservación de la historia nacional modificada.⁷⁸

Dicha ley estableció un marco reglamentario bastante complejo para proteger los lugares que revisten importancia para la historia o la prehistoria de los Estados Unidos. La aplicación recae principalmente en dos organismos federales, el Servicio de Parques Nacionales (en representación del ministerio del Interior) y el Consejo Asesor para la Preservación de la Historia (o Consejo Asesor). Asimismo, la ley asigna responsabilidades a todos los organismos federales, que deben velar por que sus actividades no tengan un efecto perjudicial sobre los bienes históricos, o al menos prevean la forma de evitar o paliar dichos efectos. Concede además un papel importante a los funcionarios del Estado denominados “funcionarios estatales encargados de la preservación de la historia”. Las enmiendas de 1992 fijaron funciones estatutarias para las tribus indias y las organizaciones de nativos de Hawai.

En virtud de la ley, el Servicio de Parques Nacionales ha creado el Registro Nacional de Sitios Históricos. Este servicio supervisa además el procedimiento según

78. *National Historic Preservation Act*, 16 U.S.C. párrs. 470 a 470x-6. Véase, en general, “Tribal voices”, nota 6 *supra*, págs. 167-196.

el cual se determinan los criterios de elegibilidad de los lugares propuestos y su aplicación práctica. En la sección 106 de la ley⁷⁹ se exige a todo organismo federal que estudie las probables repercusiones de sus actividades en los lugares que figuran en el Registro Nacional o que pueden ser elegidos para figurar en el mismo. Prevé además que todo organismo federal dé al Consejo Asesor la posibilidad de hacer un comentario sobre cualquier medida propuesta que pueda tener repercusiones en los bienes (inscritos o que se pueden inscribir) en el Registro Nacional. El Consejo Asesor lleva a cabo este trabajo de consulta mediante reglamentaciones que, básicamente, delegan gran parte de su autoridad en los funcionarios estatales encargados de la preservación de la historia.⁸⁰

Bienes culturales tradicionales

Los lugares con valor religioso y cultural para las tribus y las organizaciones de nativos de Hawai pueden figurar en el Registro Nacional. Puede que las tribus prefieran referirse a esos lugares como “sitios sagrados” o “lugares sagrados”, pero es la importancia histórica de los mismos lo que puede hacer que se incluyan en el Registro Nacional. El Servicio de Parques Nacionales ha publicado una guía para su utilización a la hora de documentar la existencia de dichos lugares y evaluar si reúnen las condiciones para ser inscritos en el Registro Nacional.⁸¹ El Servicio acuñó la expresión “bienes culturales tradicionales”, que es ahora de uso corriente entre las autoridades de las tribus y el personal que trabaja en la preservación histórica y los programas de recursos culturales.

Numerosos bienes culturales tradicionales son lugares naturales relativamente no dañados por las actividades humanas. Estos lugares pueden tener un valor religioso o cultural para las tribus o las organizaciones de nativos de Hawai en razón de los tipos de plantas y animales que allí viven y el uso que de ellos hacen las culturas tribales. En algunos casos en los que la práctica de las tradiciones culturales no es tan respetada hoy en día como hace algunas generaciones, ciertas personas suelen ser depositarias de conocimientos importantes, los cuales pueden bastar para determinar si un lugar

79. 16 U.S.C. párr. 470f.

80. 36 C.F.R. parte 800.

81. P. L. Parker y T. F. King, *National Park Service, National Register Bulletin 38, Guidelines for evaluating and documenting traditional cultural properties* (Servicio de Parques Nacionales, Washington, D.C., sin fecha pero publicado en 1990, en lo sucesivo “Bulletin 38”). Un tribunal de apelación federal ha juzgado que el hecho de no seguir las directrices recogidas en *Bulletin 38* supuso una violación del reglamento del Consejo Asesor. *Pueblo of Sandia contra United States*, 50 F.3d 856, 869-62 (10ª Cir. 1995).

merece figurar en el Registro Nacional. De este modo, la ley de preservación de la historia nacional puede contribuir a preservar lugares naturales importantes para la recuperación de las tradiciones culturales.

En la mayoría de las culturas tribales, la información sobre las prácticas religiosas y culturales puede haberse mantenido en secreto tanto por motivos religiosos como con el fin de protegerlas contra el vandalismo y las intromisiones en el terreno privado. Como se ha señalado anteriormente, el decreto ministerial sobre especies amenazadas reconoce el carácter confidencial de determinados tipos de información. En la ley de preservación de la historia nacional se recoge el requisito de conservar la confidencialidad de la información sobre los bienes culturales tradicionales si su divulgación puede dar lugar a una intromisión en el ámbito privado, perjudicar los bienes históricos o impedir la utilización de un sitio religioso tradicional.⁸² Por ello, cuando los organismos federales consultan a las tribus a propósito de especies amenazadas, si la información que éstas facilitan guarda relación con los bienes culturales tradicionales, la ley de preservación de la historia nacional constituye la base jurídica sobre la cual las tribus pueden apoyarse para lograr que se respete el carácter confidencial de esa información.

Las enmiendas de 1992 a la ley de preservación de la historia nacional

Las enmiendas de 1992 a la ley de preservación de la historia nacional dieron fuerza de ley a cambios sustanciales en todo el reglamento.⁸³ En lo que respecta a las tribus indias, esos cambios se pueden resumir en dos puntos esenciales: en primer lugar, las tribus tienen ahora la posibilidad de ejercer la función que antes desempeñaba el funcionario estatal encargado de la preservación histórica en los “territorios indios”, expresión que según la definición del reglamento engloba todos los territorios situados dentro de los límites de cualquier reserva india y todas las comunidades indias a su cargo;⁸⁴ en segundo lugar, ahora las tribus (y las organizaciones de nativos de Hawai) disfrutan del derecho estatutario a ser oídas por los organismos federales en el marco de un proceso de consulta cuando un proyecto federal puede tener repercusiones sobre un bien histórico (un lugar que puede figurar o figura en el Registro Nacional) que posee un valor religioso y cultural para una tribu (es decir, un bien cultural tradi-

82. 16 U.S.C. párr. 470w-3.

83. Pub. L. n.º 102-575, 106 Stat. 4753 (codificado como enmienda a 16 U.S.C. párr. 470 a 470x-6).

84. Enmiendas a la ley de preservación de la historia nacional párr. 101(d)(2); 16 U.S.C. párr. 470 a(d)(2).

cional), independientemente del lugar donde se sitúe ese sitio, esto es, incluso fuera de las fronteras de la reserva.⁸⁵

La modificación relativa a los territorios de las tribus era necesaria para que la ley de preservación de la historia nacional fuese compatible con los principios básicos de la soberanía tribal y de la relación de igualdad, en cuanto a administración se refiere, entre las tribus y los Estados Unidos. En general, esta modificación es consecuente con las enmiendas introducidas en otras leyes federales en materia de medio ambiente en los últimos años y que autorizan a las tribus a asumir funciones comparables a las de los gobiernos de los estados.

Con la modificación del reglamento relativo a los bienes culturales tradicionales situados fuera de las reservas se ha reconocido que las tribus tienen intereses religiosos y culturales importantes en lugares que, por diversas razones, ya no pertenecen a su jurisdicción territorial y que las medidas federales con repercusiones en esos lugares han de tener en cuenta la opinión de las tribus. En cuanto a la potencial clasificación de esos lugares, esta modificación confirma la práctica en vigor en el Servicio de Parques Nacionales. El derecho oficial de las tribus a ser informadas y a participar en la consulta cuando las medidas federales puedan tener repercusiones en esos lugares refuerza considerablemente la capacidad de las tribus de influir en las decisiones federales. Ello no obstante, este derecho sólo autoriza a las tribus a sentarse a la mesa de negociación. Una vez iniciado el proceso, el resultado puede depender de la solidez de los argumentos que los portavoces de las tribus puedan aducir.

Por lo que atañe a las disposiciones en que se autoriza a las tribus a asumir las funciones de los funcionarios estatales encargados de la preservación histórica en los territorios tribales, el Servicio de Parques Nacionales es el organismo coordinador; hasta ahora, unas dieciséis tribus se han hecho cargo de estas funciones. En lo tocante al nuevo derecho estatutario (a partir de 1992) de ser consultadas en el marco del procedimiento de la sección 106, se aplicará por medio de revisiones al reglamento del Consejo Asesor.

El reglamento revisado del Consejo Asesor

En el momento de la redacción de este texto, el Consejo Asesor aún no había publicado el reglamento definitivo para el cumplimiento de sus obligaciones a tenor de las enmiendas de 1992; se trata en particular del derecho de las tribus a ser informadas y a participar en la consulta cuando las medidas federales puedan tener repercusiones en los bienes culturales tradicionales, independientemente del lugar donde estén situados

85. Enmiendas a la ley de preservación de la historia nacional párr. 101(d)(6); 16 U.S.C. párr. 470 a(d)(6).

dichos bienes. El Consejo Asesor publicó las normas propuestas para cumplir las enmiendas de 1992 en dos ocasiones: en octubre de 1994 y en septiembre de 1996.⁸⁶

En junio de 1997, el Consejo Asesor estipuló que su personal no había consultado suficientemente con las tribus la formulación del reglamento revisado y le encomendó que procediera a una consulta cabal e inmediata con ellas. Entonces el personal del Consejo envió la documentación a todas las tribus y celebró cuatro reuniones de consulta. A continuación se distribuyó entre los representantes de las tribus un proyecto de reglamento revisado.

CONSERVACIÓN DEL PAISAJE

En un artículo reciente sobre la legislación en materia de diversidad biológica y gestión de los ecosistemas, el profesor O. Houck hizo notar que la ley sobre especies amenazadas había funcionado bastante bien en determinados casos para proteger algunos de los hábitats de especies que están a punto de extinguirse, pero que los círculos que delimitan las zonas protegidas establecidas por la ley en realidad no bastan. Señaló que lo que se necesita ahora es movilizar la voluntad necesaria para establecer “zonas concéntricas más amplias en torno a especies cuya existencia es la piedra angular, la enseña, el indicador del funcionamiento de los sistemas naturales de la tierra, y atenernos a ellos. No quedarnos fuera, sino adaptar nuestra conducta dentro de sus límites a tenor de las necesidades previstas de las especies y de sus sistemas de apoyo”.⁸⁷ Houck nos invita a “trabajar juntos por la conservación del paisaje a la mayor escala posible”.⁸⁸

Las disposiciones de la ley de preservación de la historia nacional (sección 106) pueden ser una parte fundamental del proceso de concertación destinado a delimitar las zonas donde no se permitan determinados tipos de “desarrollo”. Esos límites reflejarán las preocupaciones de índole religiosa y cultural de las tribus indias y de las organizaciones de nativos de Hawai, pero además corresponderán en gran medida a las necesidades de especies esenciales desde el punto de vista biológico. Las normas de utilización de las especies dentro de esas zonas se prepararán en función de las normas religiosas y culturales –los conocimientos ecológicos tradicionales– de las tribus para las cuales los lugares protegidos tienen un valor religioso y cultural.

86. 59 Leyes Federales 50,396 (3 de octubre de 1994); 61 Leyes Federales 48,580 (13 de septiembre de 1996).

87. Houck, nota 65 *supra*.

88. *Ibidem*.

1. CONCLUSIÓN

En este trabajo se han tratado algunos de los vínculos que existen entre derechos humanos, patrimonio cultural, diversidad biológica y preservación de los sitios históricos. Es posible que estos vínculos no resulten evidentes a primera vista, pero merecen que se les preste atención. A las culturas indígenas les hace falta diversidad biológica. Si bien todas las sociedades humanas necesitan la diversidad biológica, para las culturas indígenas esta necesidad suele ser mayor. Los indios en cuanto individuos podrían haber sobrevivido si las águilas hubieran terminado por extinguirse, pero se habría perdido un aspecto fundamental de las culturas tribales si no hubieran existido los plumajes de águila para las ceremonias religiosas. Para las tribus del noroeste del Pacífico, la reconstitución de las subespecies de salmón salvaje es necesaria no sólo para salvar a éste de la extinción sino también en cantidades suficientes para que siga siendo una parte fundamental de su vida tribal. En cuanto a las tribus de las Grandes Llanuras, necesitan grandes manadas de búfalos.

Para los pueblos indígenas, la identidad cultural conlleva vínculos entre el patrimonio cultural, la diversidad biológica y la preservación de los sitios históricos. Si bien algunos de estos temas son tratados en el marco de la teoría tradicional de los derechos humanos, la supervivencia de una cultura amenazada no está protegida convenientemente a no ser que se garantice su derecho colectivo a la existencia. Los nuevos esfuerzos en pro del fomento de los derechos culturales intentan llenar este vacío. Es importante que un país como los Estados Unidos ejerza un liderazgo real en este ámbito y comprenda este punto decisivo.

Cabe preguntarse si los derechos culturales pueden contribuir a mejorar la situación de las tribus indias de los Estados Unidos. El reconocimiento de los derechos culturales puede resultar provechoso al menos de tres maneras fundamentales: 1) sentando en la sociedad dominante las bases de un compromiso a largo plazo en favor del principio de autonomía tribal que, como deberíamos haber aprendido de la experiencia norteamericana, resulta esencial para la supervivencia cultural; 2) proporcionando un marco para definir los límites del poder del gobierno federal sobre las tribus, límites que deberán ser consecuentes con los principios de la libre determinación tribal y de la integridad cultural;⁸⁹ y 3) echando los cimientos de una definición de los límites de los poderes soberanos de los gobiernos tribales en su trato con las personas, incluidas las que no son miembros de la tribu, límites que sean aceptables para las

89. Dean B. Suagee, "Clean water and human rights in Indian country", *National Resources and Environment*, otoño 1996, págs. 46, 48-49.

autoridades tribales porque se basan más en la legislación internacional sobre derechos humanos que en la legislación nacional estadounidense.

En los Estados Unidos, debido a políticas rechazadas desde hace tiempo cuyo objetivo era destruir los gobiernos tribales, muchas personas no indias viven ahora en las reservas indias y poseen tierras allí. Muchas de esas personas no tienen ningún sentimiento de lealtad para con las autoridades de la tribu porque no pueden participar en sus actividades. La mayoría de las tribus consideran sagrados determinados lugares situados fuera de las fronteras de sus reservas y numerosos miembros de las tribus dependen de la flora y la fauna que se hallan también fuera de sus reservas para atender a sus necesidades de subsistencia y para distintas prácticas culturales. Muchos indios ven con consternación las agresiones de las personas de la sociedad mayoritaria contra el medio ambiente en aras del desarrollo económico, así como la actitud de quienes sostienen que los derechos de la persona prácticamente nunca deben ser limitados por el sentido del bien común. Se trata de una situación en la que dos culturas distintas intentan convivir en el mismo territorio, una situación que puede observarse en muchos otros lugares del mundo. Un análisis de los derechos culturales podría ayudar a ambas partes a comprenderse mejor, a resolver los conflictos gracias a un discurso razonado y no a una ventaja política o a la fuerza bruta. En los Estados Unidos sería especialmente útil poder llevar el análisis de los derechos culturales hasta el Congreso cuando se debata la legislación que afectará a las tribus indias.

En otros muchos países los pueblos indígenas no gozan de derechos como los reconocidos por la legislación estadounidense. En esos países, la supervivencia de los pueblos indígenas es una lucha diaria y el genocidio no es un concepto abstracto. Los Estados Unidos pueden contribuir a hacer evolucionar esta situación renunciando a tratar de debilitar el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas y trabajando en pro de su aprobación. En el marco de los intentos de definición de los derechos humanos de los pueblos indígenas, la ética exige, en especial, aprobar la idea fundamental de derechos humanos colectivos, reconocer que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación y a la integridad cultural y utilizar el término “pueblos” sin titubeos ni restricciones.

EL DERECHO A UN PASADO CULTURAL: PUNTOS DE VISTA AFRICANOS

Folarin Shyllon

1. DE LA NEGACIÓN AL RECONOCIMIENTO

Antiguamente, la idea que se tenía de los negros suponía la negación de su humanidad. Se hablaba de la inferioridad natural e inherente a los africanos, que prácticamente nada habían aportado a la civilización del mundo. Todo lo africano era menospreciado.

Durante muchos años después de la implantación en África de la potencias coloniales, las expresiones del talento artístico africano se describían con calificativos que iban desde “infantil” o “grotesco” hasta “salvaje” o “bestial”. Las reacciones de los funcionarios europeos que entraban en contacto con el estilo de vida de los africanos hicieron que quedase grabada en la mente de éstos la idea de que su arte era vulgar, sus historias ingenuas, su música cacofónica y sus danzas lascivas. Para los africanos que viajaban fuera de sus tierras, esta imagen se veía confirmada al ver que sus esculturas en madera y otras formas de arte sólo se exponían en colecciones etnográficas como ilustración de su cultura material, y no en museos de arte.¹ Aunque el africanista alemán Félix von Luschan reconoció inmediatamente la importancia de los objetos pillados en Benin en 1897 y consideró las esculturas “de la más alta calidad técnica posible,”² éstas fueron albergadas en el Museum für Völkerkunde de Berlín.

Desde el fin de la Primera Guerra Mundial, el grupo de jóvenes artistas de París que se estaba rebelando contra el arte europeo tradicional valoró la calidad estética de las tallas africanas. En 1908 la colección de Henri Matisse incluía numerosas estatuas

1. M. J. Herskovits, *The human factor in changing Africa*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1962, pág. 429.

2. M. Kan en el prefacio a E. Eyo y F. Willet, *Treasures of ancient Nigeria*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1980, pág. xi.

“negras”; Derain, Braque y Picasso³ poseían máscaras africanas. La influencia del arte africano fue inmediata en estos artistas. Es posible percibirla en los cuadros de los post-impresionistas. El “descubrimiento” de las esculturas en madera africanas y el reconocimiento de que constituyen una de las artes importantes de la humanidad influyeron en el pensamiento de los propios africanos. Entre los miembros de grupos que, según la opinión general, no habían realizado logros de interés y cuyas culturas habían sido despreciadas sistemáticamente, este hecho produjo una profunda conmoción. Esta faceta de la cultura africana, no sólo aceptada sino aclamada, se convirtió en un símbolo de identificación y de orgullo. El valor artístico de los bronce de Benin fue reconocido casi en el momento de ser adquiridos por los museos europeos y, cuando en 1938 se descubrieron las cabezas de bronce de Ife, fueron saludadas como obras maestras. Fue entonces cuando los africanos pudieron recuperar el sentido de su propia realización cultural.⁴

La cultura africana es esencial para los africanos y por su vibrante fuerza artística constituye también una contribución fundamental para las culturas no africanas. La pérdida de las tradiciones creativas vivas de África sería una catástrofe. ¿Qué podría hacerse para garantizar su supervivencia y reparar los daños del pasado? ¿Y de qué manera los derechos culturales podrían contribuir a estos fines?

En el presente capítulo nuestro objetivo es demostrar que existen aspectos clave de las culturas africanas indispensables para su supervivencia, que deben tenerse en cuenta en cualquier debate sobre los derechos culturales de este continente. Se trata de la relación religiosa existente entre la comunidad y la tierra (punto 2), el carácter comunitario y sagrado del patrimonio artístico (punto 3), y la creencia en la unidad entre las generaciones pasadas, presentes y futuras. Estos elementos clave de la cultura africana la diferencian netamente de las culturas occidentales, en las que la norma cultural es la apropiación individualista del arte, dominada por el presente, secularizada y comercial. Aun en los casos en que las sociedades africanas han adoptado aspectos de la cultura occidental, la larga tradición de la creación artística africana hunde sus raíces en el antiguo contexto cultural.

No debería sorprender, por consiguiente, que el punto de vista africano en materia de derechos culturales difiera del occidental (punto 4) y que se considere que

3. François Hauter, “L’État s’offre des trésors du Nigeria”, *Le Figaro* (París), 1.º de febrero de 1996. En este artículo se observa que Picasso compró una cabeza de Oba de Benin al marchante Louis Carré. Esta obra de arte, que en la actualidad se expone en el Museo Picasso, es uno de los pocos ejemplares de este tipo de escultura en Francia. El artículo de *Le Figaro* relata la compra por Francia de 276 obras maestras nigerianas a la familia del coleccionista suizo Barbier-Mueller.

4. Herskovits, *op. cit.*, págs. 429-431, 433.

la reivindicación de que se restituyan bienes culturales “significativos” que han representado y representan la esencia misma de las vidas de sus propietarios debería ser un derecho cultural (punto 5). Ahora bien, la polémica sobre si dicha reivindicación debería admitirse como derecho universal podría evitarse si los países en que se hallan los objetos se mostraran receptivos a la importancia que reviste para los africanos este patrimonio cultural –receptividad de la que se han dado algunos ejemplos excepcionales (punto 6). El patrimonio mueble no puede considerarse independientemente de la tierra, y ni el uno ni la otra pueden separarse de la religión y la comunidad (punto 7). Si, en general, se acepta que la libertad de religión es un derecho humano y un elemento fundamental para la preservación de la diversidad cultural, deberá entonces respetarse el carácter sagrado y cultural de los tesoros culturales de África e incluirlos entre los derechos culturales.

2. LA CONCEPCIÓN AFRICANA DE LOS DERECHOS SOBRE LA TIERRA

Algunas de las pautas culturales más extendidas en el África al sur del Sahara y, quizá por tanto, algunas de las tradiciones más antiguas de sus actuales habitantes tienen su fundamento en el conjunto de creencias y comportamientos que giran en torno a la relación entre el hombre y la tierra que lo alimenta.⁵ Según Danquah, el extraordinario respeto y la altísima estima en que se tiene a la tierra obedecen simplemente al hecho de que la tierra tribal se considera sagrada y bajo la protección de los espíritus de los antepasados. La concepción de la propiedad de la tierra formaba parte del esquema religioso general, ya que las muchas ramificaciones del culto ancestral difícilmente podrían haber dejado la tierra –la más valiosa de todas las posesiones materiales– libre y sin la protección de que gozan los bienes y objetos santificados por la religión. “La venta de tierras por un akan no era por tanto una simple cuestión de enajenación de realidades materiales; es evidente que constituía una venta de patrimonio espiritual [...] una auténtica traición a la confianza de los antepasados, una pérdida de la esperanza de posteridad.”⁶ Como en 1912 declarara un jefe de Lagos al Comité de la Tierra del África Occidental: “Considero que la tierra pertenece a una inmensa familia en la que muchos están muertos, pocos viven e innumerables no han nacido aún.” Elias, que cita estas palabras, añade que la universalidad de este

5. *Ibidem*, pág. 143.

6. J. B. Danquah, *Gold Coast: Akan laws and customs*, Londres, George Routledge, 1928, pág. 212.

concepto en toda el África sudanesa y bantú se ha confirmado una y otra vez.⁷ Encontramos aquí principios generales que trascienden los límites de la clasificación dual de las sociedades africanas en aquellas que viven de la agricultura y aquellas en las que el pastoreo y la recolección de alimentos revisten una importancia primordial.⁸ Así, el entonces primer ministro de Toro, en Uganda, tras leer las páginas del *Nigerian land law and custom* de Elias, escribió al autor en estos términos: “Estos principios sobre la tierra son los mismos que los nuestros en Uganda. Podríamos utilizar su libro con sólo introducir pequeñas modificaciones en los nombres y, quizás, cambiar algunos detalles.”⁹

En todas partes se establece una clara distinción entre propiedad y posesión y, en particular, entre propiedad y posesión de la tierra, por una parte, y todas las demás formas de propiedad, por otra. En relación con la propiedad de tierras, el derecho consuetudinario africano carece de un concepto de tenencia de la tierra comparable a la noción inglesa de posesión en plena propiedad o a la teoría en virtud de la cual todas las tierras de Inglaterra pertenecen a la Corona y el poseedor de esa tierra es mero arrendatario del rey. El jefe o rey africano no posee ese derecho legal, ni siquiera en teoría; sólo disfruta de un derecho administrativo de supervisión de la tierra en beneficio de toda la comunidad. El término “colectivo” describiría adecuadamente el régimen de tenencia de tierras, ya que la relación entre el grupo y la tierra es invariablemente compleja, en el sentido de que los derechos de los distintos miembros a menudo coexisten con los del grupo sobre la misma parcela. Eso no implica que los distintos miembros no posean derechos definidos sobre el bien común del grupo. La *propiedad* corresponde al grupo, mientras que los distintos miembros gozan de una mera *posesión*. En todas partes se considera al jefe como el símbolo de la propiedad del legatario universal, de la propiedad alienable y de la propiedad última de todas las tierras pertenecientes a una comunidad territorial. Posee la tierra en nombre de toda la comunidad en calidad de depositario.¹⁰ Lord Haldane expuso acertadamente esta situación en el discurso de la Comisión Jurídica del Consejo Privado en el caso *Amodu Tijani contra el Ministro, Nigeria del Sur* (caso de la tierra yoruba).

7. T. O Elias, *The nature of African customary law*, Manchester, Manchester University Press, 1956, pág. 162.

8. Herskovits, *op. cit.*, pág. 143.

9. Elias, *op. cit.*, pág. 162 n.

10. *Ibidem*, págs. 162-165. Véase asimismo C. Hayford, *Gold Coast native institutions*, Londres, Sweet and Maxwell, 1903, pág. 45; E. W. Blyden, *African life and customs*, Londres, C. M. Phillips, 1908, págs 32-33; Danquah, *op. cit.*, pág. 197; J. M. Sarbah, *Fanti customary law*, 3ª edición, Londres, Frank Cass, 1968, págs. 65-66; primera publicación en 1897.

Otro factor que conviene tener en cuenta para entender el derecho tribal sobre la tierra es que el concepto de propiedad individual es completamente ajeno a la mentalidad africana. La tierra pertenece a la comunidad, la aldea o la familia, nunca al individuo. Todos los miembros de esas colectividades tienen los mismos derechos sobre la tierra, pero el responsable de ésta es el jefe o jerarca de la comunidad o aldea o el cabeza de familia, por lo que en ocasiones se le llama impropriadamente propietario. En cierta medida, su condición es la de depositario y, en calidad de tal, pone la tierra a disposición de la comunidad o familia. Posee control sobre ella, y todo miembro de la comunidad que desee una parcela para cultivarla o construir debe dirigirse a él. Pero la tierra así concedida sigue siendo propiedad de la comunidad o de la familia. El jefe o jerarca no puede tomar disposiciones importantes sobre la tierra sin consultar a los ancianos de la comunidad o a la familia, cuyo consentimiento es indispensable antes de cualquier cesión a un extranjero.¹¹

En este caso, el gobierno colonial había adquirido en 1913 para uso público una parcela en Apapa, Lagos. El demandante, Amodu Tijani, conocido como jefe Oluwa, sostenía que la tierra era propiedad de él y su familia, por lo que solicitaba plena compensación al amparo de lo dispuesto en la ordenanza relativa a las tierras públicas de 1903. El Consejo Privado decretó el derecho del demandante a obtener plena compensación, pero dado que no era sino el depositario de la tierra, la cuantía de

11. [1921] AC 399/404. Criterios similares se sostienen en los casos *Sunmonu contra Disu Raphael* [1927] AC 881/883-884 (otro caso nigeriano); *Sobhuza II contra Miller* [1926] AC 518/525 (caso del protectorado de Swazilandia). La idea de alienación fue surgiendo a raíz del contacto con los europeos. Webber J. sugirió en *Balogun contra Oshodi* (1931) 10 NLR 44/51 que este hecho podría haberse producido en 1872. No obstante, en la actualidad es habitual en derecho que el cabeza de familia no pueda vender la propiedad familiar, entendiéndose por ésta los bienes raíces, sin el consentimiento de los principales miembros de la familia y que éstos no puedan venderla sin el consentimiento del cabeza de familia, con lo que, si bien de forma atenuada, se mantiene el régimen africano de propiedad colectiva de la tierra. Entre los casos antiguos cabe citar *Esan contra Faro* (1947) 12 WACA 135; *Oshodi contra Aremu* (1952) 12 WACA 83; *Cole contra Folarin* (1956) 1 FSC 66 y *Mogaji contra Nuga* (1960) 5 FSC 107. Entre las decisiones recientes figuran *Atunrase contra Sunmola* (1985) 1 NWLR 105; *Bamgbose y Oshoko* (1988) 2 NWLR 509/511; *Akinfolarin contra Akinola* (1988) 3 NWLR (1994) 2 NWLR 92/97 y *Bello contra Fayose* (1994) 2 NWLR 404/407. Véase también A. W. James y A. B. Kasunmu, *Alienation of family property in Southern Nigeria*, Ibadán, Ibadan University Press, 1966. En 1978 se produjo un cambio radical en el concepto de tenencia de tierras cuando el gobierno militar promulgó la ley de explotación de tierras. Esta ley atribuía toda la tierra de cada estado de la Federación a su gobernador, y en la actualidad la cesión *inter vivos* sólo puede realizarse con el consentimiento de éste cuando se trata de terrenos en zonas urbanas y con el consentimiento de la autoridad del gobierno local en el caso de los terrenos situados en zonas rurales.

la indemnización debería distribuirse “entre los miembros de la comunidad representada por el demandante en su calidad de jefe supremo”.¹²

En 1894, en lo que entonces era la Costa de Oro, fracasó un intento de modificar el régimen de tenencia de tierras. Aquel año, el gobierno colonial de la región promulgó la ley sobre las tierras de la Corona para “poner bajo la autoridad de la reina las tierras de baldío, los terrenos forestales y los recursos minerales”. Los africanos de la región se rebelaron contra esta decisión que a su juicio transgredía el derecho y las costumbres autóctonas y equivalía a una apropiación ilegal del país. Así pues, interpusieron recurso ante el gobierno británico a través del Secretario de Estado para las Colonias, quien concedió a la delegación de la Costa de Oro que “en lo que se refiere a la devolución de tierras [...] se mantendrá y prevalecerá el derecho tribal”.¹³

En materia de tenencia de tierras, el derecho consuetudinario africano sobrevivió a los períodos colonial y poscolonial en lugares como Nigeria. En diversas decisiones, la Corte Suprema de este país ha resuelto que, en Benin, la tierra pertenece al oba y al pueblo.¹⁴ En términos que recuerdan los de lord Haldane, el juez Idigbe, juez principal del entonces estado de Bendel, declaró que “en Benin toda la tierra pertenece a la comunidad y el oba de Benin es su depositario”.¹⁵ En *Aranse contra Aranse* (1981) el juez Idigbe, que en aquel entonces formaba parte de la Corte Suprema, amplió esta idea:

En el derecho consuetudinario bini, el título de propiedad... no es un feudo franco, en la medida en que el derecho del propietario de transferir sus intereses está limitado por la obligación de obtener el consentimiento del oba. No se trata, sin embargo, de un contrato de arrendamiento. En mi respetuosa opinión, la tenencia de tierras o el título de propiedad en el derecho consuetudinario bini tienen un carácter *sui géneris*.¹⁶

En *Sparrow contra la Reina*.¹⁷ la Corte Suprema del Canadá coincidió, sin saberlo, con la de Nigeria. La primera dictaminó:

Los derechos de pesca no son derechos de propiedad tradicionales. Corresponden a una colectividad y son inherentes a la cultura y existencia de ese

12. [1921] AC 399/411.

13. H. R. Lynch, “Introduction to third edition of J. M. Sarbah”, *Fanti customary law*, págs. x-xii.

14. *Okeaya contra Aguebor* (1970) 1 A11 NLR 1; *Atti Gold contra Osaseren* (1970) 1 A11 NLR 125.

15. Aprobado por el Tribunal Supremo en el caso *Atiti Gold contra Osaresen* (1970) 1 A11 NLR 125/30.

16. *Aranse contra Aranse* (1981) NSCC 101/117.

17. (1990) 1 SCR 1075.

grupo. Los tribunales procurarán por tanto evitar la aplicación de los conceptos de propiedad del *common law* mientras se familiarizan con el carácter *sui géneris* de los derechos de los aborígenes.¹⁸

Sin embargo, en los diferentes tratados suscritos por los británicos en el África occidental, no se reconocían los derechos soberanos de los africanos sobre sus bienes culturales.¹⁹ Diferente fue el caso de los maoríes de Nueva Zelandia a los que, en virtud del artículo 2 del Tratado de Waitangi de 1840, se les garantizó “la posesión plena y entera” de, entre otras cosas, todos sus “bienes culturales”, incluidos los llamados taonga (sus tesoros culturales), en las versiones lingüísticas que firmaron la mayoría de los maoríes.²⁰ La omisión de una cláusula de este tipo en los tratados africanos resultó ser el talón de Aquiles del reconocimiento por los británicos del régimen de tenencia de tierras del África occidental.

Coincidimos con Walker y Ostrove en considerar que *sui géneris* significa en este caso que los derechos poseen características únicas que no se explican totalmente según el análisis jurisprudencial occidental o los conceptos del *common law*.²¹ Un año antes del caso Sparrow en el Canadá, la Corte Suprema de Australia reconoció en el caso *Mabo y otros contra el Estado de Queensland* [n.º 2]²² el “título de propiedad aborigen”.

En este caso, calificado por un comentarista como probablemente uno de los más importantes sobre el que jamás haya dictaminado la Corte Suprema australiana, se estableció que el *common law* en vigor en Australia reconocía una forma de título de propiedad autóctono que, en los casos en que no se hubiese suprimido, reflejaba los derechos de los pueblos indígenas, de acuerdo con sus leyes o costumbres particulares, a sus tierras tradicionales; asimismo se determinó que, a reserva de ciertos arrendamientos de la Corona en virtud de la legislación de Queensland, se preservaban los

18. *Ibidem*, pág. 112. En el derecho consuetudinario africano, los derechos de pesca son similares a los derechos sobre la tierra. Así pues, Blyden (*op. cit.*, pág. 32) escribe sobre “la propiedad colectiva de la tribu de toda la tierra y el agua”. Y continúa diciendo: “los individuos tienen en todo momento libre acceso a la tierra y al agua, para cultivar el suelo a fin de alimentarse y vestirse, para cazar y para pescar”.

19. Véase el Tratado con Lagos de 1852, el Tratado con Lagos de 1861, el Tratado con Asaba de 1884, el Tratado con Opopo de 1884, el Tratado con Sokoto de 1885, el Tratado con Sokoto de 1890, y el Tratado con Abeokuta de 1893. Se hallan reproducidos en la *History of Nigeria*, de A. Burns, octava edición, Londres, George Allen & Unwin, 1972, págs. 316-339.

20. P. McCabe; B. Porter, “Of Lore, law and intellectual property”, *Copyright World*, n.º 56, 1995/1996, págs. 37-39.

21. P. Walker; C. Ostrove, “The aboriginal right to cultural property”, *U.B.C.L. Rev.*, número especial, 1995, págs. 13-28.

22. (1992) 175 CLR 1.

derechos a la tierra de los habitantes de la isla Murray dimanantes de sus leyes o costumbres como título de propiedad autóctona.²³

Según los valores africanos más extendidos y arraigados, la tierra no sólo proporciona sustento, sino que también es un componente de las creencias religiosas. Los rituales relacionados con la tierra están presentes en muchos aspectos de la cultura africana. Las observaciones formuladas por Jomo Kenyatta en 1938 sobre el papel de la tierra en la cultura kikuyu cobran mayor significado con la revuelta de los mau mau de 1952-1954, que estalló debido a la creciente demanda de la población en este ámbito.²⁴

Los kikuyu, pueblo de agricultores, dependen enteramente de la tierra, que les permite atender a las necesidades materiales vitales y con ello lograr el equilibrio espiritual y mental. La comunión con los espíritus ancestrales se perpetúa mediante el contacto con el suelo en que se hallan enterrados sus antepasados. Los kikuyu consideran que la tierra es la “madre” de la tribu, es el suelo el que alimenta al niño durante toda su vida y, después de la muerte, es el suelo el que alberga a los espíritus de los muertos por la eternidad.²⁵

Así pues, los derechos sobre la tierra forman parte de los derechos humanos. Kenyatta añadió que entre los kikuyu, como de hecho entre otros africanos, “el suelo es especialmente reverenciado, y el juramento por la tierra es un juramento eterno”. Los yoruba tienen un proverbio que dice: “Ha de ser la tierra sobre la que hemos pactado la que juzgue”.²⁶

La concepción del derecho que subyace a los regímenes jurídicos occidentales, según la cual un individuo puede heredar la tierra en plena propiedad sin condiciones, limitaciones o restricciones para los herederos potenciales (como feudo franco), y que encontramos en el derecho inglés, es totalmente ajena a la tenencia de tierras del derecho consuetudinario africano. La tierra es propiedad colectiva y normalmente inalienable. La comunidad en su conjunto ejerce el control sobre ella dentro de los límites de su territorio. No obstante, esta propiedad comunitaria se traduce en una serie de derechos específicos de que gozan los grupos y los individuos sobre una parcela de tierra, su explotación y sus productos.²⁷

23. S. E. Wright, “Aboriginal cultural heritage in Australia”, *U.B.C.L. Rev.*, número especial, 1995, págs. 45-61, Blyden, *op. cit.*, pág. 33; S. Johnson, *The history of the Yorubas from the earliest times to the beginning of the British Protectorate*, Londres, Routledge, 1921, pág. 96.

24. Herskovits, *op. cit.*, pág. 141.

25. J. Kenyatta, *Facing Mount Kenya: the tribal life of the Gikuyu*, Londres, Glosario, 1938, pág. 21.

26. E. B. Idowu, *Olodumare: God in Yoruba belief*, Londres, Longmans, 1962, pág. 163.

27. Elias, *op. cit.*, págs. 164-165 n.

3. LA PROPIEDAD COLECTIVA DEL PATRIMONIO Y DE LOS BIENES CULTURALES

Puri ha sugerido que la decisión adoptada en el caso Mabo podría extenderse al reconocimiento de los intereses o derechos no relacionados con la tierra y, quizá, con los objetos sagrados.²⁸ En el derecho consuetudinario africano, los objetos sagrados, los altares, los santuarios, los bosques sagrados ancestrales y otras expresiones materiales de la cultura que hoy día llamamos patrimonio cultural o bienes culturales se han considerado siempre propiedad colectiva. Existe una relación directa entre la tierra y numerosos objetos culturales. Los bienes culturales que se encuentran en los bosques sagrados están colocados directamente sobre la tierra, así como los objetos de culto o de ceremonia que éstos albergan. En Benin, los altares reales son plataformas semicirculares de barro (o sea, de tierra). En cada altar reposan varias cabezas de bronce, cada una de las cuales sustenta un colmillo de marfil tallado. Los altares ancestrales reales son el sitio de uno de los dos ritos más importantes de la realeza divina de Benin, Ugie Erha Oba, en que el oba honra al espíritu de su difunto padre y realiza sacrificios en honor de los antepasados reales y de la tierra en la que se hallan enterrados.²⁹

Ser dueño de la tierra también supone ser dueño del patrimonio. Erica Irene Daes, en su informe sobre la protección del patrimonio de las poblaciones indígenas,³⁰ señala que la forma mejor y más eficaz de aplicar esta protección es que estos pueblos puedan controlar el turismo, las investigaciones y el desarrollo en sus territorios.

El arte africano es un arte religioso, no existe en el vacío. Un gran número de objetos culturales fueron fabricados con fines rituales específicos y esto mismo hace que no puedan ser propiedad individual. Como señaló Herskovits, las obras eran tradicionalmente encargadas y compradas por quienes necesitaban una estatuilla en el santuario de un dios, o por una sociedad secreta que precisaba máscaras para practicar un rito; también, las figuras de cobre o bronce eran encargadas y compradas por personas de alto rango para ponerlas en los altares de sus antepasados. Como el artista trabajaba para gentes de los alrededores, pocas veces sus obras salían de la comunidad a la que pertenecía.³¹ Estas obras constituían la esencia y la vida mismas de la tribu o del

28. Wright, *op. cit.*

29. K. Ezra, "Royal art of Benin: the Perls Collection", *Exhibition catalogue*, Nueva York, Museo Metropolitano, 1992, pág. 30.

30. E. I. Daes, *Protection of the heritage of indigenous peoples*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 1997, III, 4, págs. 21-22.

31. Herskovits, *op. cit.*, págs. 434-435.

grupo. La concepción africana de la tierra se extendió a estos objetos. Así como la tierra es sagrada, también lo son los objetos culturales por su significación ritual. Son patrimonio espiritual. Por consiguiente, al igual que la tierra, son de propiedad colectiva. Es el caso, por ejemplo, de las 160 cabezas de bronce robadas junto con otros objetos durante la expedición punitiva enviada a Benin en 1897. Son el equivalente en este país de inscripciones cronológicas: al representar cada cabeza un oba, constituyen una relación de las dinastías desde el siglo XII. Cuando fallecía un oba, se forjaba una cabeza de bronce, su retrato oficial, para disponerla en el altar erigido en su memoria.³²

Frobenius nos ha dejado ejemplos gráficos de cómo estos objetos culturales con significación religiosa, ritual y ceremonial se consideraban plenamente propiedad colectiva aunque estuvieran en posesión de individuos. En 1910 se encontraba en Ibadán, en el suroeste de Nigeria. Allí descubrió que “lo normal es que un individuo que venda lo que es sagrado para otros, pero que sólo le pertenezca a él, corra el riesgo de ser objeto de burla en todas partes”.³³ En un lugar había visto, en los templos, “un hermoso conjunto de objetos ceremoniales que, no obstante, a nadie se le ocurría vender”.³⁴ También observó que cuando un pobre hombre aceptaba vender “un objeto antiguo de calidad [...] y sus parientes acomodados tomaban conocimiento de ello, los más pudientes [le ofrecían] sustanciosas sumas a fin de conservar el bien en la familia”.³⁵ Por eso Frobenius agrega que, cuando lograba objetos selectos para su colección “recurriendo a los servicios de los marginados de la sociedad, tenía que correr el riesgo de que los parientes de más alto rango reclamaran el bien de la familia y persiguieran a sus pobres propietarios para salvar su bien común”.³⁶

Frobenius desconocía la naturaleza exacta de los conceptos de “propiedad” y “posesión” de las categorías jurídicas africanas. Habida cuenta de que los objetos culturales eran y son de propiedad colectiva, resulta engañoso calificar a las personas que los custodian de “propietarios” ya que, en realidad no son más que meros depositarios, y la propiedad corresponde al grupo. Evidentemente, Frobenius adoptaba una óptica occidental del derecho. Cuando informa de sus descubrimientos sin proceder a interpretaciones desde la óptica europea, acierta. “En muchos lugares”, escribe, “no cabe duda de que ciertos objetos, como por ejemplo las máscaras [...] son, por su significado

32. J. Greenfield, *The return of cultural treasures*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pág. 121.

33. L. Frobenius (traducido por R. Blind), *The voice of Africa: being an account of the travels of the German inner African exploration expedition in the years 1910-1912*, Londres, Hutchinson, 1913, pág. 52.

34. *Ibidem*, pág. 50.

35. *Ibidem*, pág. 51.

36. *Ibidem*, pág. 52.

intrínseco y los privilegios oficiales o los intereses creados asociados a su posesión, considerados propiedad de los ‘ancianos’, que ejercen la autoridad judicial”.³⁷ En otras palabras, la ley es que la persona que tiene en custodia el objeto cultural es mero depositario, aunque sea él quien originalmente lo haya encargado y comprado, y se distingue del grupo, que es el propietario. Contrariamente a la afirmación de Frobenius de que “la prohibición de la venta por un particular de los *lares y penates* de su familia es puramente yoruba y, en general, no africana”,³⁸ se encuentran reglas similares entre otros pueblos del África al sur del Sahara. Así pues, Hayford, en sus escritos sobre la población de lo que actualmente es Ghana, afirma que “en el derecho consuetudinario, la familia es la unidad de referencia en materia de propiedad” ya que “no se encuentra rastro en él de la propiedad individual. Lo que el cabeza de familia adquiere hoy por propio derecho individual será, en la próxima generación, completamente indisociable de los bienes ancestrales generales de los que era depositario”.³⁹ Y las 160 cabezas de bronce de Benin sustraídas de los altares reales en 1897 son *lares y penates* por excelencia.

Las autoridades de los países que se aferran a estos tesoros expropiados en la época colonial se niegan a ver que, como señaló Shaw, en muchos casos “estos objetos poseen valores espirituales, culturales, afectivos y estéticos para la población del país de donde proceden”.⁴⁰ Simbolizan la esencia misma de la vida de las gentes. Conviene por tanto en estos debates mostrar cierta sensibilidad. Los argumentos retóricos sobre “el nacionalismo cultural” o “el nacionalismo proteccionista”⁴¹ no tienen en cuenta las categorías jurídicas del derecho consuetudinario y equivalen a insistir en que estos debates deben llevarse a cabo exclusivamente sobre la base de conceptos jurídicos occidentales, lo cual podría constituir una grave falta de respeto a los derechos humanos de los pueblos no occidentales que desean que sus derechos e intereses sean regidos por sus costumbres inmemoriales. Este es, de hecho, el fundamento de la Declaración de Mataatua. El anterior análisis de los conceptos del derecho consuetudinario africano en relación con la propiedad de los objetos culturales tiene mucho en común con los principios enunciados en los últimos años por escritores de las primeras naciones de Australia, el Canadá y Nueva Zelandia. Así, Gii-dahl-guud-sliiaay (T. Williams) sostiene que:

Los objetos culturales no existen en el vacío. Están inextricablemente ligados a la ceremonia [...] Son nuestro vínculo con el mundo de los espíritus, con

37. *Ibidem.*

38. *Ibidem.*

39. Hayford, *op. cit.*, págs. 46-47.

40. T. Shaw, “Whose heritage”, *Museum*, n.º 149, 1986, págs. 46-48.

41. J. H. Merryman, “Two ways of thinking about cultural property”, *A.J.I.L.*, vol. 80, 931; “The retention of cultural property”, *University of California Davis Law Review*, vol. 21, 1988, 477.

el reconocimiento de nuestros antepasados y con el futuro. Los objetos culturales son dones del mundo de los espíritus que no pueden ser propiedad de museos, instituciones o particulares. Estos dones se nos han hecho para que podamos perpetuar nuestras ceremonias, nuestra identidad y nuestra cultura.⁴²

En su informe, Daes observa también con acierto que, entre los pueblos indígenas, el patrimonio es corrientemente un derecho comunitario que está asociado a la familia, el clan, la tribu u otros tipos de agrupación. Para las poblaciones indígenas, “el patrimonio es un haz de relaciones más que de derechos económicos”. Sólo el grupo en su conjunto puede dar consentimiento para que se comparta el patrimonio, según procedimientos específicos de decisión que pueden diferir en función de la naturaleza del patrimonio de que se trate. Con independencia de cómo se dé ese consentimiento, siempre tendrá carácter temporal y revocable. “El patrimonio nunca puede ser enajenado, cedido o vendido, excepto para usos condicionales”. En opinión de Daes, los pueblos indígenas son los auténticos propietarios colectivos de sus obras, arte e ideas, y la enajenación de estos elementos de su patrimonio nunca podrá ser reconocida por la legislación nacional o internacional, a menos que se haga de conformidad con las leyes y costumbres tradicionales de los propios pueblos indígenas. Daes hace un llamamiento a que se respeten los derechos de los pueblos indígenas a la intimidad y la integridad cultural.⁴³ Los paralelismos entre los sistemas tribales indígenas de todo el mundo y el modelo africano son muy claros.

Así pues, existe consenso entre los pueblos de las primeras naciones y los africanos sobre la idea de que los derechos e intereses relativos al patrimonio cultural que no son reconocidos por los regímenes jurídicos occidentales no son por ese simple hecho inadmisibles por las naciones. Hoy en día, el derecho es bastante flexible para que sean suficientemente aceptados los puntos de vista de las primeras naciones y de los africanos.

4. CONTRIBUCIÓN DE ÁFRICA AL FOMENTO DE LOS DERECHOS CULTURALES COMO DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Econó-

42. Gii-dahl-guud-sliiaay (T. Williams), “Cultural perpetuation: repatriation of first nations cultural heritage”, *U.B.C.L. Rev.*, número especial, 1995, págs. 183-201.

43. Véase nota 30, *supra*, págs. 21-22.

micos, Sociales y Culturales de 1966 son los principales documentos internacionales sobre derechos humanos. Las disposiciones relativas a los derechos culturales en estos textos internacionales son los artículos 22 y 27 de la Declaración, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el artículo 22 de la Declaración Universal se establece que “toda persona tiene derecho a [...] la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Mientras que el artículo 27 estipula que “toda persona tiene derecho a participar libremente en la vida cultural de la comunidad”, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina que: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”

Por último, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se establece que los Estados partes en el Pacto reconocen el derecho de todos a “participar en la vida cultural” de su comunidad.

Uno de los hilos conductores del conjunto de estas disposiciones es que todos los seres humanos poseen en principio derechos humanos, incluido el derecho a la cultura.⁴⁴ No obstante, Beuke observa que “estas disposiciones son extremadamente restrictivas por cuanto consideran la cultura sólo en un sentido muy estricto”⁴⁵ como consecuencia de la aceptación de la noción de “generaciones” de derechos que sitúa el derecho a la cultura entre los derechos de la “segunda generación”. Los derechos de la “primera generación” abarcan los derechos civiles y políticos, que en la actualidad constituyen el núcleo de la mayoría de los tratados relativos a los derechos humanos. Incluyen, entre otros, el derecho a la vida, la abolición de la esclavitud, el derecho a un juicio justo, la prohibición de la tortura y el derecho al reconocimiento ante la ley. Los denominados derechos humanos de la “segunda generación” son los derechos enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tales como el derecho al trabajo, el derecho a la seguridad social, el derecho a un nivel de vida adecuado y el derecho a la educación, que son considerados derechos de carácter menos determi-

44. M. Beuke, “The international [law] dimension of culture and cultural rights: relevance for and application in the ‘new’ South Africa”, *South African Year Book of International Law*, n.º 20, 1995, págs. 126-143.

45. *Ibidem*, pág. 133.

nado.⁴⁶ Se parte del principio de que los derechos civiles y políticos son absolutos e inmediatos y que pueden por tanto ser objeto de decisiones judiciales, ya que los tribunales y otros órganos de justicia pueden aplicarlos sin dificultad. En cambio, siguiendo el mismo razonamiento, los derechos económicos, sociales y culturales son fundamentalmente de consecución gradual, por consiguiente, no son realmente derechos y tienen un carácter más político.⁴⁷ Además, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales son onerosos y obligan a los Estados a adoptar medidas concretas (proporcionar una protección social al individuo), los derechos civiles y políticos no tienen incidencias financieras –no son muy costosos. La única obligación del Estado es la de no menoscabar la integridad y la libertad del individuo. La diferencia entre unos derechos y otros radica pues en las obligaciones que tienen los Estados respecto a ellos.⁴⁸

La con frecuencia denigrada Carta de Banjul, conocida también como Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada en 1981 y en vigor desde el 21 de octubre de 1986, ofrece una perspectiva más amplia sobre los derechos humanos que la Declaración Universal y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Reproduce casi literalmente el concepto de derecho a participar en la vida cultural de la comunidad recogido en dichos textos. Sin embargo como señala Schmidt, el tercer párrafo del artículo 17 aporta a la noción de derechos culturales un elemento africano distintivo que aumenta la responsabilidad del Estado con respecto a su protección. “La promoción y la protección de la moral y de los valores tradicionales reconocidos por la comunidad constituyen un deber del Estado.” Se trata de una de las definiciones de derechos culturales en que más explícitamente se ponen de relieve los valores tradicionales, noción que incorpora naturalmente el patrimonio cultural. Mientras que en el artículo 17(3) se hace recaer la responsabilidad de la protección de los derechos culturales en el Estado, en el artículo 29(7) se destaca la obligación concomitante del individuo de “preservar y potenciar los valores culturales africanos positivos en sus relaciones con los demás miembros de la sociedad, en un espíritu de tolerancia, diálogo y consulta y, en general, contribuir al fomento del bienestar moral de la sociedad”.

El artículo 22(1) de la Carta vincula asimismo explícitamente la identidad cultural al patrimonio cuando establece que “todos los pueblos tienen derecho a un desarrollo económico, social y cultural, en el estricto respeto de su libertad y de su iden-

46. M. Dixon, *Textbook on international law*, segunda edición, Londres, Blackstone Press, 1993, pág. 279.

47. Beuke, *op. cit.*, pág. 131, y referencias citadas en ésta.

48. *Ibidem*, pág. 132.

tividad y con igual disfrute del patrimonio común de la humanidad”. En estas disposiciones, los Estados africanos han ampliado el alcance formal de los derechos reconocidos para abarcar el patrimonio cultural.⁴⁹ En el artículo 22(1) se confirma la dimensión colectiva de los derechos culturales. Beuke ha observado a este respecto que la Carta de Banjul es el primer instrumento de derechos humanos que asigna obligaciones concomitantes a los beneficiarios de los derechos humanos, tanto individualmente como en el contexto del grupo. La Carta es asimismo el primer instrumento que hace referencia a la vez a la cultura y a las culturas, es decir, a la naturaleza dual de la cultura: a sus dimensiones individual y colectiva.⁵⁰ La mención de “derechos humanos y de los pueblos” del título de la Carta lo indica claramente.

La naturaleza dual de la cultura como manifestación (individual) de la creación artística y científica y como articulación (colectiva) de los símbolos de una comunidad se ha reflejado siempre en los debates sobre el patrimonio cultural africano. Los creadores de los bienes culturales en el África tradicional trabajaban en un medio comunitario. Los individuos creaban objetos en el seno de su colectividad. Ojo ha señalado que para los yorubas, el palacio era el taller de artistas y artesanos, y el hogar de curanderos, adivinos, historiadores, filósofos y otros. Invitar a éstos a residir en el palacio para realizar su obra creativa era reconocer su contribución a la vida y a la humanidad, como personas de talento del reino. “Estas características del palacio creaban el ambiente propicio a la producción de bellas obras de arte.”⁵¹ El palacio era “la fuente cultural del reino”.⁵²

Se ha dicho acertadamente que el arte de Benin es un “arte de corte”. En Benin, el oba es el principal mecenas de las artes y, antes de 1897, ejercía prácticamente el monopolio sobre la obra de muchos de los gremios de artistas. Estos se incorporaban a la organización de la corte como parte de la Iwebo, la asociación del palacio responsable de las insignias y las vestimentas del rey. Los gremios tenían sus talleres en el palacio, en la zona de la Iwebo, donde realizaban sus obras. Entre los gremios había fundidores de bronce, escultores de madera y marfil, ensartadores de cuentas y curtidores. Los fundidores, en particular, trabajaban casi exclusivamente para el rey, y

49. P. R. Schmidt, “The human right to cultural heritage: African applications”, en P. R. Schmidt y R. J. McIntosh (comps.) *Plundering Africa's past*, Bloomington, Indiana University Press, 1996, págs. 18-28.

50. Beuke, *op. cit.*, pág. 138.

51. G. J. A. Ojo, “Yoruba Palace as an embodiment of antiquities”, en E. J. Alagoa y B. Awe (comps.), *Nigerian antiquities – Report of Symposium: African Notes* (número especial), 1972, págs. 63-66.

52. G. J. A. Ojo, *Yoruba Palaces*, Londres, University of London, 1966, pág. 13.

tenían prohibido ofrecer sus servicios a nadie ajeno a la corte.⁵³ Así pues, en el pasado el interés del Estado estaba asociado al patrimonio cultural, y el interés del Estado y el del patrimonio cultural eran uno y el mismo.

5. LOS DERECHOS CULTURALES COMO DERECHOS HUMANOS

Beuke ha expuesto abiertamente el principio hasta entonces sólo articulado a medias en los debates en torno a la restitución y la devolución. Por ejemplo, Gella, miembro de la Comisión de Museos y Monumentos de Nigeria, se lamenta de que “las antiguas potencias coloniales [...] alberguen en sus museos los mejores y más significativos bienes culturales de la nación colonizada”. Por ello, ha hecho un llamamiento para que “se vuelva a abordar el problema de los bienes culturales robados durante la época colonial. Las antiguas colonias no podrán ser independientes mientras sigan colonizados los fundamentos mismos de su existencia”.⁵⁴ Shaw, en su contribución al debate, observó que según la corriente de opinión reinante entonces, los territorios y las poblaciones, así como los objetos, quedaban en posesión del más fuerte. Esto es lo que hoy se denuncia como colonialismo. Que se adhieran o no a él, todos reconocen en teoría el principio de la libre determinación.

No obstante, aunque se haya otorgado el derecho a la libre determinación política, su consecuencia lógica en el ámbito de la propiedad cultural sigue siendo firmemente rechazada por los antiguos colonizadores. Nos jactamos de haber concedido a estos países su independencia y de haber prestado ayuda financiera a muchos de ellos, y sin embargo nos aferramos a sus bienes culturales como si la época del colonialismo no hubiese aún terminado. Esos países quieren que sus bienes culturales contribuyan a su crecimiento y madurez como naciones. Los territorios han sido devueltos a sus habitantes, pero no muchos de sus tesoros.⁵⁵

De lo que se trata aquí, como Beuke ha demostrado, es de la interconexión o del vínculo estrecho que existe entre la cultura y otros derechos fundamentales. En efecto, lo que tanto Gella como Shaw están diciendo en sus comentarios es que, al retener “los

53. Ezra, *op. cit.*, págs. 22-23; E. Eyo, *Two thousand years of Nigerian art*, Lagos, Departamento Federal de Antigüedades, 1977, pág. 132.

54. Y. Gella, “The protección of artistic and cultural property”. Documento del taller celebrado en Courmayeur Mount Blanc, valle de Aosta, Italia, del 25 al 27 de junio de 1992, a fin de examinar un modelo de tratado de las Naciones Unidas para prevenir delitos que atenten contra el patrimonio cultural de los pueblos.

55. Shaw, *op. cit.*, pág. 46.

fundamentos mismos de su existencia”, los antiguos colonizadores están negando a esos países su humanidad. En todas las constituciones de las ex colonias independizadas que se redactaron durante el decenio de 1960 figuraban capítulos sobre los derechos humanos fundamentales. Ahora bien, como Beuke ha mostrado, existen puntos de contacto entre la cultura y otros derechos fundamentales. “La cuestión aquí es el entrecruzamiento de la cultura con otros derechos.” Según Beuke, el más obvio es el derecho a la educación, “uno de los derechos humanos más fundamentales”.

Otros incluyen el derecho a la libertad de religión, de creencia y de opinión; el derecho a la libertad de expresión y el derecho concomitante a la información; el derecho a la libertad de reunión y a la libertad de asociación. La Declaración de Derechos de Sudáfrica reconoce sin ambages que los derechos culturales son derechos humanos cuando cataloga el derecho a “la libertad de creación artística e investigación científica” dentro del derecho a la libertad de expresión y no, muy acertadamente, dentro del derecho a la cultura.⁵⁶ También va mucho más lejos que las disposiciones existentes cuando vincula el derecho a la cultura con la lengua, especificando que “toda persona tendrá el derecho de usar su lengua y de participar en la vida cultural de su pueblo”.⁵⁷ Considerando que en toda África cientos de lenguas están en peligro de extinción, otros países del África al sur del Sahara deberían emular el precedente sudafricano.

Para que tengan algún sentido, los derechos humanos deben comprender el derecho a esos objetos culturales cargados de significación que, según Gella, “representan y son la esencia misma de la vida de sus propietarios”. Cuando se acusa a los africanos de “nacionalismo cultural” o de “retencionismo”, conviene recordar, como destacó Herskovits, que fue en las artes donde “los africanos pudieron primeramente recuperar el sentido de su propio logro cultural”⁵⁸, y yo añadiría que esas artes forman parte de la civilización humana. Cuando se descubrieron los bronce de Ife en 1938, Kenneth Clark declaró entusiasmado que “debían ser conservados como parte del patrimonio artístico mundial”.⁵⁹ Es importante señalar, empero, que “si bien los tesoros culturales pueden generar inspiración y aprecio universales, no son producto de una creación universal ni puede haber posesión internacional”.⁶⁰ Las antigüedades africanas representan la suma total y la explicación de la realidad del pasado.⁶¹ Y sin el pasado, el presente no es nada.

56. Beuke, *op. cit.*, pág. 140.

57. *Ibidem*, pág. 127.

58. Herskovits, *op. cit.*, pág. 429.

59. *Nigeria Magazine*, n.º 2, 1940, págs. 269-270.

60. Greenfield, *op. cit.*, pág. 309.

61. *Ibidem*, págs. 309-310.

6. ENTENDIMIENTO ENTRE NACIONES Y PATRIMONIO CULTURAL

La imposición de las leyes y los sistemas jurídicos de las potencias coloniales en los países que dominaron ha alentado la suposición de que las leyes y los sistemas jurídicos de las antiguas potencias tienen prioridad, aun en nuestra situación poscolonial, con respecto a las culturas y las costumbres de las sociedades antiguamente dominadas. El propósito de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos, declaración no gubernamental formulada en una conferencia celebrada en Argelia en 1976, es invertir ese supuesto. En ella se defiende el derecho al respeto de la identidad cultural; el derecho de los pueblos minoritarios al respeto de su identidad, sus tradiciones, su lengua y su patrimonio cultural; el derecho de un pueblo a su propio acervo artístico, histórico y cultural y a que no se le imponga una cultura extranjera.⁶² La Declaración de Mataatua insiste también en que corresponde a los pueblos autóctonos aplicar sus propias definiciones a su cultura. En el preámbulo se reafirma el derecho de los pueblos indígenas a poseer, administrar, mantener y fomentar sus culturas, así como a determinar su política cultural de la manera que mejor responda a sus intereses. Los derechos afirmados en la Declaración de Argel y en la Declaración de Mataatua no han sido aceptados con gran entusiasmo por las antiguas potencias imperiales; éstas son, empero, miembros de las Naciones Unidas, cuya Carta reconoce en su artículo primero el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos.

Que el reconocimiento del principio de libre determinación es puramente teórico queda de manifiesto en el debate sobre la devolución de los tesoros culturales. Por ejemplo, el Museo Británico sigue aferrándose a objetos culturales de otras naciones apropiados durante las conquistas o en la época colonial. Los motivos aducidos son que, jurídicamente, el Museo no está autorizado a enajenar objetos en virtud de una ley votada por el Parlamento.⁶³ Pero a los africanos tampoco les permite su ley enajenar los objetos culturales que les pertenecen y de los cuales los colonizadores los despojaron. ¿Por qué deben aplicarse sistemáticamente las leyes o normas occidentales? ¿Es porque, como dice Kipling –el bardo del imperialismo británico– los africanos son seres inferiores sin ley? Seguir ateniéndose a la noción occidental de propiedad es insistir en la idea de que los africanos carecen de leyes que los occidentales deban respetar. Y sin embargo, como vimos, en los tiempos coloniales bajo el régimen del “gobierno indi-

62. L. V. Prott, “Saving the heritage: UNESCO’s action against illicit traffic in Africa”, en Schmidt y McIntosh, *op. cit.*, págs. 29-44.

63. Greenfield, *op. cit.*, pág. 123.

recto”, la noción africana de propiedad era reconocida. En esta cuestión es preciso dar muestra de cierta sensibilidad cultural. Como la de los africanos, “la noción de propiedad de los pueblos de las primeras naciones difiere de la de los otros pueblos en que, si bien un objeto puede salir de nuestras comunidades, su historia y el derecho a ese objeto siguen perteneciendo a la persona que lo heredó”.⁶⁴ ¿Por qué motivo? “Según nuestras creencias, los objetos culturales están habitados por sus propios espíritus y el creador de esos objetos no es más que el medio de que se sirven nuestros antepasados para expresarse.”⁶⁵ Sobre esta importante cuestión, Daes también formula una recomendación respecto a la devolución de los bienes culturales a los pueblos indígenas: recomienda la creación de un mecanismo de mediación semejante al establecido por la UNESCO para la restitución de bienes culturales entre los Estados.⁶⁶

Resulta, pues, necesario fomentar una sensibilidad transcultural en la materia. El punto de partida sería el reconocimiento de que la restitución o devolución de los tesoros culturales es una cuestión de derechos humanos. Según Gella, cuando un objeto cultural es robado, pillado, destruido o es objeto de tráfico, es como si “se robara el alma, el espíritu y la propia vida del pueblo”.⁶⁷ Afortunadamente, algunas decisiones recientemente adoptadas por los tribunales británicos parecen indicar que hay cada vez más conciencia de la necesidad de dar prueba de sensibilidad a este respecto. La piedra de toque es el entendimiento entre naciones, definida como comprensión cortés y amistosa gracias a la cual cada nación respeta las leyes y usos de las demás, en la medida en que no perjudiquen sus propios derechos e intereses.⁶⁸

En el caso *Attorney-General of New Zealand contra Ortiz y otros*,⁶⁹ el juez Staughton declaró, en una sentencia muy ponderada: “El entendimiento entre naciones requiere que respetemos el patrimonio nacional de los demás países, reconociendo y aplicando sus leyes relativas al título de propiedad dentro de su territorio. La esperanza de reciprocidad es un motivo más para adoptar una política pública que lleve a esta misma conclusión.”⁷⁰

Aunque la decisión del juez Staughton de que fueran devueltas a Nueva Zelanda las tallas maoríes ilegalmente exportadas de ese país fue anulada en apelación,

64. G. C. Webster, “The Potlatch collection repatriation”, *U.B.C.L. Rev.*, número especial, 1995, págs. 137-141.

65. Gii-dahl-guud-sliiaay, *op. cit.*, pág. 185.

66. Véase nota 30, *supra*, pág. 22.

67. Gella, *op. cit.*

68. *Shorter Oxford English Dictionary*, 3.^a edición, Oxford, 1944.

69. [1982] 2 WLR 10.

70. *Ibidem*, pág. 31.

tanto el Tribunal de Apelación como la Cámara de los Lores manifestaron que podían comprender dicha sentencia. Así, aunque no compartía el punto de vista del juez, lord Denning manifestó: “Deseo expresarle mi agradecimiento por su inestimable aportación al examen de esta importante cuestión.”⁷¹ Lord Brightman declaró en la Cámara de los Lores “comprender perfectamente la postura del demandante”. La comunidad maorí había sido “privada de un objeto de valor de su patrimonio artístico”.⁷² En sus observaciones ulteriores, lord Denning reveló un sorprendente desconocimiento de la existencia de la Convención de la UNESCO sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales de 1970 cuando hizo un llamamiento para que “la cuestión fuese objeto de una convención internacional en que los distintos países pudieran acordar y aprobar la legislación necesaria”.⁷³ Pero hasta la fecha, el Reino Unido no se ha adherido a la Convención de 1970, como tampoco al Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o ilícitamente exportados de 1995.

En el caso *Bumper Development Corporation Limited contra el Comisario de la Policía Metropolitana y otros*,⁷⁴ un indio llamado Ramamoorthi, descrito unas veces como “coolie”, otras como “trabajador sin tierra”, vivía en una choza cerca de un templo hindú en ruinas en Pathur, en el estado de Tamil Nadu. Mientras escarbaba en la arena o en material similar en 1976, la pala golpeó un objeto metálico. Este formaba parte de una serie de ídolos hindúes en bronce, más tarde identificados como miembros de una “familia”; se trataba de un importante ídolo conocido como Siva Nataraja. Pese a su baja condición social, Ramamoorthi comprendió que había descubierto objetos de gran valor. De los objetos religiosos hallados, el Nataraja atrajo particularmente la atención de los marchantes y fue vendido rápidamente. En junio de 1982, Bumper compró el Nataraja de buena fe a un marchante llamado Sherrier que presentó un certificado de origen falso para la venta. Cuando el objeto fue enviado al Museo Británico para su valoración y conservación, el Nataraja fue confiscado por la policía metropolitana. Bumper interpuso una demanda contra el Comisario de la Policía Metropolitana y dos de sus agentes en la que reclamaba la devolución del Nataraja y una indemnización. Las autoridades indias entablaron juicio: incluían no sólo la Unión India y el estado de Tamil Nadu, sino también el templo hindú. El Tribunal de Apelación tenía que dirimir la cuestión inédita de si una personalidad jurídica extranjera no física que el derecho británico no reconocería como personalidad jurídica

71. *Attorney-General of New Zealand contra Ortiz* [1982] 3 WLR 571-585.

72. [1983] 3 WLR 809-818.

73. [1982] 3 WLR 571-585.

74. [1991] 4 All ER 638.

podía interponer una demanda ante los tribunales británicos. La peculiaridad del problema radica en que el derecho británico restringe la personalidad jurídica a las sociedades o grupos similares, es decir a grupos o a conjuntos de individuos personificados. En opinión del juez lord Purchas, el hecho de insistir en que la persona jurídica debe estar compuesta por individuos, “plantea una dificultad conceptual extraordinaria, puesto que es difícil reconocer como parte con derecho a interponer una demanda en nuestros tribunales algo que es poco más que un montón de piedras”.⁷⁵ No obstante, el tribunal dictaminó que al ser el templo hindú una entidad jurídica en el derecho indio, podía entablar acciones judiciales en el Reino Unido a través de un agente debidamente habilitado por el derecho extranjero para proteger y recuperar objetos que le perteneciesen. La política pública favorece esta conclusión. Según el juez lord Purchas:

Si tomamos como ejemplo el caso de una catedral católica romana y creemos que hoy día no sería aceptable hacer distinciones entre las instituciones de la Iglesia cristiana y las de otras grandes religiones, dadas las circunstancias del caso que nos ocupa, no consideramos que exista transgresión del ordenamiento jurídico británico si autorizamos a una institución religiosa hindú a interponer una demanda ante nuestros tribunales para recuperar unos bienes que de conformidad con la legislación de su propio país tiene derecho a recuperar. De hecho, creemos que el ordenamiento jurídico saldría beneficiado.⁷⁶

El único elemento discutible en esta declaración es que limita la *ratio decidendi* a “las grandes religiones”. Se trata de una actitud discriminatoria e inaceptable en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, que en su artículo 13 estipula que uno de los fines de las Naciones Unidas es “el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción de raza, sexo, idioma o religión”. Cabe concluir sin temor a equivocarse que la discriminación por motivos religiosos está prohibida en virtud de la cortesía entre naciones. En un mundo plural en que debe tolerarse la diversidad cultural, no puede ni debe permitirse a ningún grupo de religiones aplastar a las demás. Es ésta una cuestión fundamental. En el caso *Bumper* quedó de manifiesto que el bien cultural llamado *Nataraja*, objeto del proceso, había sido confiscado por la Policía Metropolitana en el marco de una política de devolución a sus propietarios en la India de artículos religiosos que se sospechaba habían sido robados.⁷⁷ Sería cuando menos denigrante que esta práctica se circunscribiera a los objetos religiosos de las llamadas grandes religiones. El derecho a un pasado cultural no puede restringirse a los adeptos de determinadas religiones.

75. *Ibidem*, pág. 647.

76. *Ibidem*, pág. 648.

77. *Ibidem*, pág. 642.

Sea como fuere, la decisión debería ser motivo de enhorabuena para los países africanos, cuyos santuarios públicos y privados, palacios y museos han sido objeto de innumerables pillajes en los últimos decenios. Los sacerdotes y fieles pueden ahora interponer demandas en los tribunales británicos en calidad de personas habilitadas para la protección de esos objetos. En la sentencia pronunciada en el caso Bumper se reveló que, aparte del Nataraja, objeto de la acción en justicia, otras dos obras a las que se había seguido la pista tras haber sido robadas de templos indios en actividad habían sido secuestradas por la Policía Metropolitana y devueltas a sus propietarios reconocidos. Sabiendo que muchos objetos culturales africanos poseen un valor ritual y religioso, no se puede evitar imaginar las posibilidades que abre la decisión adoptada en el caso Bumper. Aunque todas las partes aceptaron que el templo estaba en ruinas y no se había utilizado en siglos y que el Nataraja había estado enterrado durante cientos de años, el Tribunal de Apelación ratificó la decisión del juez de que el templo (restaurado durante el proceso) tenía derechos sobre el Nataraja más válidos que los de Bumper.

7. LO SAGRADO Y LO BENDITO

Debido a la estrecha relación que los une a la tierra, los objetos culturales de África no pueden considerarse separadamente de ella. El concepto de propiedad de bienes culturales refleja también el régimen de tenencia de la tierra en el derecho consuetudinario africano. El derecho o la propiedad sobre ambos es *sui generis*. Los derechos legales sobre los objetos culturales no pueden ser determinados únicamente por los principios del *common law* o del derecho civil. Existen, en efecto, derechos morales que cuentan tanto como los derechos legales establecidos.

La interconexión existente entre los derechos culturales y otros derechos humanos fundamentales parece indicar que el derecho a un pasado cultural es un derecho humano. El camino iniciado mediante la Declaración de Argel, que va mucho más allá de las disposiciones un tanto vagas de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y que reconoce la Carta de Banjul, se ha continuado en la nueva Declaración de Derechos de Sudáfrica, donde se vincula la protección del pasado cultural a la elevación de la sociedad contemporánea. La demanda de restitución de objetos culturales robados durante la época colonial o apropiados mediante subterfugios durante ese mismo período o posteriormente no puede calificarse de nacionalismo cultural ni de proteccionismo. Es una afirmación del derecho de los países a disponer de representaciones adecuadas y concretas de su pasado material dentro de sus fronteras. Nigeria, por ejemplo, posee menos obras de

Benin que Berlín, Londres, Nueva York u Oxford. El derecho de los pueblos de poseer las creaciones de sus antepasados con significados religiosos y rituales es un llamamiento al reconocimiento de su humanidad. Son las personas de los países donde se encuentren estos objetos –los mismos que insisten en que, en virtud de sus propias leyes, esos pueblos no tienen ningún derecho sobre estos objetos– quienes enmascaran su nacionalismo cultural y favorecen el “fascismo cultural”.⁷⁸ En términos virulentos, Coggins puso al descubierto las argucias que encubren el “internacionalismo cultural” de Occidente:

Coleccionar arte de otras culturas es una práctica únicamente occidental –quizá un vestigio del imperialismo–, desconocida en la mayoría de los países de origen y ajena a ellos, que no codician nuestros bienes culturales. Sus museos rara vez albergan arte occidental, quizá nunca hayan visto muestras del mismo y no lo echan de menos. Aunque mal administrados, los museos de esos países son celebraciones de sus propias culturas –no inmensos almacenes del arte de todo el mundo como lo son nuestros compendiosos tesoros públicos y privados.⁷⁹

En 1983, Abranches observó que en toda el África negra era imposible encontrar un solo museo de arte asiático, una buena galería de impresionismo moderno o colecciones de escultura griega, cerámica azteca o platería eslava.⁸⁰ Los valores de los africanos difieren completamente de los occidentales en esta materia. Esto no significa necesariamente que sean inaceptables. No puede ser así en un mundo plural donde la diversidad cultural es inevitable. Los continuos pillajes de los bienes culturales en África constituyen un agravio al pasado cultural del continente y, por consiguiente, a su humanidad. Esos objetos son nuestros documentos de identidad que autentifican jurídicamente nuestro pasado.

El despertar africano de los años sesenta a raíz de la independencia favoreció las visitas a lugares donde había museos. La gente se identificaba con los objetos expuestos y se enorgullecía de ellos. Herskovits señala que en Abidján, Accra y Kumasi, en Lagos y en Ife, en Benin y en Jos, en Douala y Kampala, en Leopoldville, en Nairobi y en

78. Invierto aquí los términos de la declaración de David Wilson, director del Museo Británico, para quien la restitución de objetos, en particular los mármoles de Elgin, equivaldría a la destrucción de la Gran Biblioteca de Alejandría. A su juicio, se trata de “fascismo cultural”. Véase Greenfield, *op. cit.*, pág. 307.

79. C. C. Coggins, “A licit international traffic in ancient art: let there be light”, *International Journal of Cultural Property*, n.º 4, 1995, págs. 61-79.

80. H. Abranches, “Report on the situation in Africa”, *Report to the Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or Its Restitution in Case of Illicit Appropriation*, doc. UNESCO CLT 83/CONF.216/3, 1983, pág. 10.

Livingstone, los africanos iban afluyendo de forma constante, explicando a sus hijos el significado de las obras expuestas, o ponderando el valor de una talla o de una figura de metal respecto a otra.⁸¹

Este interés se manifestó a todos los niveles. Entre 1955 y 1960, el gobierno nigeriano, fundamentalmente compuesto por africanos, dedicó unas 70.000 libras esterlinas a la adquisición de importantes obras nigerianas que se estaban subastando en Londres. El interés de la población llegó a su apogeo durante la celebración de la independencia nigeriana en octubre de 1960: el Museo Nacional de Lagos era visitado diariamente por unas 15.000 a 30.000 personas.⁸² En 1980, el gobierno de Nigeria compró en Sotheby Parke Bernet cinco obras de arte nigeriano (de las cuales, tres de Benin) por una cuantía total de 800.000 libras esterlinas “en aras del honor y el interés nacional”.⁸³

Para los africanos, los objetos culturales no son minerales u otros recursos que puedan ser explotados. Constituyen la esencia misma de la vida de los antepasados que los crearon. Son la expresión de su identidad y su humanidad. Las conclusiones de Griffin sobre la cultura son igualmente aplicables a la percepción africana de la propiedad cultural. “Da a las personas un sentido de identidad y contribuye a definir su lugar en el mundo. Aporta cierta seguridad psicológica al situar a cada individuo dentro de unos límites culturales simbólicamente visibles.”⁸⁴ El deseo de conservar o recuperar los tesoros culturales debe entenderse desde esta óptica. Pensar que estos bienes culturales pueden distribuirse y repartirse equivale a “considerar la cultura como una mercancía”.⁸⁵ El “pasado”, como señala con insistencia Greenfield “ejerce una profunda fascinación que nos hipnotiza [...] El carisma de los objetos [es] testimonio de ello. Los tesoros culturales forman parte de nuestros sueños, recuerdos y paisaje espiritual”.⁸⁶

Al igual que la tierra, a la cual los liga un estrecho vínculo, los tesoros culturales de África pertenecen a una gran familia de la cual muchos miembros han muerto, pocos viven e innumerables no han nacido todavía. Son sagrados. Y son benditos.

81. Herskovits, *op. cit.*, pág. 440.

82. *Ibidem*, pág. 441.

83. E. N. Arinze, “The punitive expedition 1897”, en *The lost treasures of Ancient Benin: exhibition catalogue*, Ibadán, Museum of African Studies, Universidad de Ibadán, 1984, pág. 12.

84. K. Griffin, “Culture, human development and economic growth”, *UNRISD-UNESCO Occasional Paper*, n.º 3, UNRISD, Ginebra y UNESCO, París, 1997, pág. 16.

85. Greenfield, *op. cit.*, pág. 309.

86. *Ibidem*, págs. 309-310.

DERECHOS LINGÜÍSTICOS EN LA INDIA

Vrajendra Raj Mehta

1. INTRODUCCIÓN

La cultura rige la evolución de la civilización de la humanidad. El ser humano es único por su capacidad de apropiarse del mundo exterior, de crearlo y de recrearlo. La cultura es el medio a través del cual se percibe el mundo y se interactúa con él. Mientras que Karl Marx consideraba que la economía era el factor más importante que influye en todas las demás relaciones dentro de la sociedad, e incluso las determina, el sociólogo alemán Max Weber subrayó que el fenómeno económico en sí mismo se apoya en la cultura, y en particular en la religión. Sea como fuere, la cultura encarna el proceso mediante el cual el ser humano asimila el mundo exterior y se relaciona con él. En cierto modo, la cultura incluye tanto las raíces como los límites de la conciencia. Las organizaciones y las sociedades, así como sus dimensiones políticas y económicas, se interpretan desde el punto de vista de los individuos socializados dentro de una cultura. Los valores arraigados y ampliamente compartidos se consideran necesarios tanto para dar significado a la vida de cada ser individuo como para mantener la cualidad esencial de los mecanismos institucionales de la sociedad.

La dimensión cultural de la sociedad está unida por un vínculo vital a su dimensión política, ya que la comunidad política se modela dentro de un entorno cultural específico que desempeña un papel fundamental en el comportamiento y la forma de pensar de las personas y en la evolución y el desarrollo de las instituciones. La cultura adquiere mayor relevancia en la medida en que los pueblos la utilizan para definir sus propias identidades distintivas. Así pues, los valores y las prácticas culturales se consideran componentes de la afirmación del yo y de la proyección colectiva, particularmente en una sociedad multiétnica y multirreligiosa. La cuestión de los derechos culturales se torna más importante para la supervivencia de aquellas comunidades que tienen una identidad diferente. En tales sociedades, las personas están profunda-

mente convencidas de que su comportamiento y su forma de pensar tradicionales son los correctos y tratan celosamente de defenderlos y preservarlos. Puesto que la cultura incluye el comportamiento, las creencias y la actitud frente a la vida, la comunidad tiende no sólo a considerarlas adecuadas desde el punto de vista moral sino también jurídico y político. Por ello, la comunidad y sus miembros tratan de obtener del Estado el reconocimiento de derechos culturales.

Una cultura mixta suele ser el rasgo característico de una sociedad heterogénea que reposa en un delicado equilibrio entre el reconocimiento de las distintas identidades y el proceso de universalización. En esa sociedad, las diversas culturas y comunidades representan una amenaza unas para otras, lo que a su vez hace que se torne necesaria la protección jurídica de las culturas minoritarias. Se trata de derechos colectivos que desempeñan un papel importante para perpetuar la índole o la identidad de una minoría. Los miembros del grupo consideran que esos derechos son parte integrante de su propia existencia. Mientras que los derechos individuales constituyen reivindicaciones de unos individuos frente a otros o frente al Estado, los derechos colectivos tienen que ver con las dimensiones sociales de la vida. Las políticas que tienden a favorecer a un grupo pueden suscitar temores en los demás. La afirmación de los derechos del grupo constituye una protección moral contra esa discriminación. De hecho, la cultura de la mayoría, por su asociación misma con el Estado, ocupa una posición cultural dominante. En ese caso, las otras culturas pueden quedar marginadas.

En esas circunstancias, la protección de los derechos individuales sin la protección de la identidad del grupo no puede constituir un baluarte suficiente contra el proceso de marginación o explotación. En el presente capítulo estudiaremos en qué medida se protegen en la sociedad india la identidad del grupo y los derechos individuales.

2. LA INDIA, UN MOSAICO CULTURAL

La cuestión de los derechos culturales cobra mayor importancia dadas las recientes tendencias a la integración, por un lado, y a la diversidad, por otro. En el mundo actual las relaciones entre los Estados y dentro de éstos corresponden a dos tendencias aparentemente opuestas. Por una parte, los Estados soberanos se integran en agrupaciones regionales más amplias, como la Unión Europea (UE), la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN) y la Asociación de Cooperación Regional de Asia Meridional (SAARC). Por otra, dentro de los límites territoriales de cada Estado, grupos más pequeños basados en la religión, el idioma o la etnia, son cada vez más conscientes de su identidad y sus derechos. En tanto que las grandes organizaciones regionales crean estructuras de cooperación que en ocasiones vulneran la soberanía de

los Estados naciones, la defensa de sus intereses por parte de minorías, grupos étnicos distintos o subnacionalidades hace que afloren aspectos conflictivos hasta ahora ocultos, reprimidos o simplemente dejados de lado. Los conflictos interiores e interétnicos han planteado recientemente una grave amenaza para la estructura de los Estados naciones en Europa oriental y central. En Yugoslavia se plantea una situación compleja donde un Estado nación se forjó a partir de diversos elementos nacionales y étnicos, croatas, serbios, eslovenos y otros, gracias a una ideología particular y a la personalidad carismática de Tito. Una vez quebrada dicha unión, los intentos de la Unión Europea para salvar la situación y encontrar una solución de avenencia viable tropezaron con grandes dificultades. La región de Asia meridional está expuesta a conflictos no menos peligrosos, dada la extrema diversidad y heterogeneidad étnicas, lingüísticas y religiosas; allí el verdadero reto reside en garantizar que los diversos grupos no se sientan alienados o marginados.

Desde un punto de vista histórico, la India es un ejemplo clásico de coexistencia de diferentes culturas que, con el tiempo, han dado origen a una cultura panindia. El país es una unidad política federal y continental, constituida dentro de una soberanía territorial única. Su carácter federal se pone de manifiesto en prácticamente todos los grandes aspectos de la vida colectiva, ya se trate de sistemas sociales, estructuras económicas y modelos culturales, como de grupos lingüísticos o dialectales, comunidades religiosas, castas, subcastas y sectas; o incluso de variaciones locales de mitologías comunes, identidades étnicas, agrupaciones regionales y pertenencia subregional, o de diversas historias marcadas por momentos de triunfo y de tragedia, por héroes y traidores. El conjunto multifacético de esa diversidad, persistente a lo largo de los siglos en distintas formas, contribuyó a la existencia y a la supervivencia en la India de lo que se ha llamado un “régimen federal continental”.

Dentro de su soberanía territorial, la República de la India comprende actualmente 25 estados federados y 7 territorios, divididos en 439 distritos administrativos.¹ En términos generales, al hablar del pluralismo en la India y de su alcance, vale la pena recordar que, casi la mitad (o sea doce) de los estados del país tienen más población y más superficie que un centenar de Estados soberanos del mundo. Ocho de los grandes sistemas religiosos, incluidos cuatro originarios de Asia meridional y cuatro de Asia occidental, coexisten en la India. Además, el país tiene una de las poblaciones tribales mayores del planeta: en 1981 contaba 52 millones de personas, o sea el 7,8% de la población india. A lo largo y a lo ancho del territorio se hablan unos 1.652 dialectos. La propia Constitución de la India reconoce dieciocho grandes grupos lingüísticos.

1. B. Hunter (comp.), *Statesman's Year Book*, 1997-1998, 134ª edición, Londres, Macmillan, 1997.

Según el censo de 1981, la magnitud de algunos de ellos es la siguiente: asamés, 9 millones; bengalí, 51,5 millones; canarés, 26,8 millones; cachemir, 3,1 millones; gujaratis, 33,1 millones; hindi, 264,1 millones; malayam, 25,9 millones; marathi, 49,6 millones; oriya, 22,8 millones; punjabí, 18,5 millones; sánscrito, 2,949; sindhi, 1,9 millones; tamil, 44,7 millones; telugu, 54,2 millones y urdu, 35,3 millones. Existen unas sesenta subregiones socioculturales caracterizadas por cierta homogeneidad interna y una identidad subnacional propia dentro de las diversas regiones geográficas naturales de la India. De hecho, el país es verdaderamente el mayor laboratorio de relaciones humanas del mundo.

Estos factores de diversidad, basados en la religión y la casta, la lengua y los dialectos, los modelos culturales y las identidades regionales, son tan considerables por lo que atañe a su distribución y a sus dimensiones físicas como a su diferenciación. Así pues, el mosaico del federalismo indio está compuesto de elementos y estratos múltiples, y la interacción, la mezcla, la adaptación y el ajuste entre esos elementos y estratos a lo largo de la historia nacional han sido fuente de enriquecimiento y fuerza, la verdadera marca distintiva de una auténtica sociedad pluralista clásica.

3. DERECHOS LINGÜÍSTICOS

En la India, la cuestión de los derechos lingüísticos ha sido siempre de suma importancia. La lengua no sólo está ligada a emociones profundas sino que es el vehículo fundamental de transmisión de la cultura. Diferentes grupos han reivindicado el derecho a expresarse según su identidad lingüística tradicional, pues la lengua se considera esencial para el mantenimiento de la identidad del grupo.

Uno de los principales factores de la evolución de la política india durante los últimos cien años ha sido el desarrollo de sus lenguas regionales. Durante este período se han convertido en ricos y poderosos vehículos de expresión, creando un sentido de unidad entre la población que las habla y, sobre todo, contribuyendo al crecimiento de grupos culturales diferenciados. Dado que se hablan en zonas bien definidas, con frecuencia dotadas de una historia propia, la demanda de unificación de dichas zonas en estados autónomos cobró un enorme impulso después de la independencia y, en algunos casos, se convirtió en un programa político inmediato. Se suele equiparar esta exigencia de reorganización de los estados con la demanda de delimitación de provincias lingüísticas. Ello se debe a que el movimiento de redistribución de las provincias indias británicas fue, en gran medida, el resultado directo de un desarrollo extraordinario de las lenguas regionales en el siglo XIX, lo que produjo una integración afectiva de diferentes grupos lingüísticos que cobraron conciencia de constituir unidades culturales distintas.

Cuando la opinión política progresista de la India se pronunció en favor de la racionalización de las unidades administrativas, dicho objetivo se concibió y se persiguió en términos de unidades lingüísticamente homogéneas. Los defensores de la aplicación rígida y uniforme del principio lingüístico en la determinación de las fronteras de los estados esgrimieron argumentos de peso en apoyo de dicha reivindicación. En su opinión, una unión federal como la India presupone que cada una de las entidades sea algo más que el mero fruto de una distribución administrativa. Los estados constitutivos de una república federal deben poseer un nivel mínimo de homogeneidad a fin de garantizar la reacción afectiva necesaria para el funcionamiento de las instituciones democráticas. Los estados de la Unión de la India pueden lograr esta cohesión interna solamente si están constituidos sobre una base monolingüe puesto que la lengua, al ser el vehículo de una comunión de pensamiento y de sentimiento, constituye el factor más eficaz de unión de una población. La homogeneidad lingüística, por ende, constituye la única base racional para la reconstrucción de los estados, ya que refleja los modelos sociales y culturales vigentes de regiones bien definidas dentro del país.

Durante el período de la dominación británica, las modificaciones territoriales eran rígidas principalmente por los intereses imperiales y no con miras a la protección de los derechos culturales de los pueblos ni a la promoción de su cultura como tal.² El ejemplo más evidente de la subordinación del principio lingüístico a razones administrativas y políticas fue la propuesta de división de Bengala. En efecto, representaba una violación flagrante de las afinidades lingüísticas. El acuerdo de 1912 mostraba también poco respeto por el principio lingüístico ya que establecía una clara línea divisoria entre los bengalíes musulmanes y los bengalíes hindúes. Los autores del informe Montague-Chelmsford³ estudiaron la sugerencia de formar, dentro de las provincias existentes, subprovincias delimitadas en función de la lengua y la raza, principalmente con vistas a crear unidades adaptadas a la experimentación de un gobierno responsable. Aunque se rechazó la idea por no ser viable, se propugnó el objetivo de tener unidades más pequeñas y más homogéneas. Luego se creó la Comisión Reglamentaria de la India,⁴ que reconoció que las fronteras provinciales de entonces, en más de un caso, abarcaban áreas y poblaciones que no tenían afinidad natural y separaban otras que,

2. *Report of the States Reorganisation Commission*, Government of India Press, 1955. Véase además, N. C. Roy, *Federalism and linguistic states*, Calcuta, 1962; G. Srivastava, *The language controversy and the minorities*, Delhi, Atma Ram, 1970.

3. *Montague-Chelmsford Report*, Calcuta, Government of India, Central Publication Branch, 1919.

4. Indian Statutory Commission, *Indian Annual Register*, Government of India, 1927 y 1928.

con un plan diferente, deberían agruparse de manera más racional. Sólo brindó un apoyo con reservas al principio lingüístico y sostuvo que el idioma no era el único factor determinante de identidades diferentes; la raza, la religión, los intereses económicos y la proximidad geográfica podían todos ellos ser factores válidos para la formación de estados.

Ya en 1905, el Congreso Nacional de la India había prestado un apoyo indirecto al principio lingüístico cuando respaldó el pedido de anular la partición de Bengala, que había ocasionado la separación del pueblo de habla bengalí en dos grupos. Fue en su sesión de 1920 en Nagpur cuando el Congreso aceptó la redistribución lingüística de las provincias como un claro objetivo político y, al año siguiente, aprobó ese principio para su propia organización. En 1927, como consecuencia del nombramiento de la Comisión Reglamentaria de la India, el Congreso aprobó una resolución en la que declaraba que “había llegado la hora de redistribuir las provincias en función de la lengua”. Los partidarios de la resolución defendieron el derecho a la libre determinación de los pueblos que hablaban el mismo idioma y tenían la misma tradición y la misma cultura.

La cuestión de la redistribución de las provincias fue también examinada por la Comisión Nehru en la conferencia de todos los partidos⁵ de 1928. La Comisión prestó poderoso apoyo al principio lingüístico y expresó la conveniencia de reagrupar las provincias en función de la lengua ya que ésta, en general, corresponde a una variedad particular de cultura, por lo que hace a las tradiciones y la literatura. Consideró que dentro de una zona lingüística todos estos factores ayudarían al progreso general de la comunidad. En opinión de la Comisión Nehru, al reorganizar las provincias, las principales consideraciones debían ser necesariamente los deseos de la población y la unidad lingüística de las zonas en cuestión. El Congreso Nacional de la India, en su plataforma electoral de 1945-1946, reiteró la opinión de que las unidades administrativas debían estar constituidas, en la medida de lo posible, en función de la lengua y la cultura. El Congreso estaba convencido de que la homogeneidad lingüística no sólo favorecería la eficacia administrativa, sino que también garantizaría la protección y la preservación de las culturas y tradiciones particulares de las diferentes regiones del país.

Sin embargo, después de la independencia, el Congreso tuvo que reexaminar su política con respecto al principio lingüístico dado que la situación había cambiado drásticamente. Como resultado de la partición, el país se enfrentaba al peligro de fuerzas perturbadoras favorables al separatismo. La principal preocupación fue pues la

5. En “The Encyclopaedia of the Indian National Congress”, vol. 9 (1925-1929); *India demands independence*, Nueva Delhi, S. Chand and Co., 1932.

seguridad, la unidad y la prosperidad económica de la India. En ese momento se tomó conciencia de que la lengua no sólo era un factor de unificación sino que podía constituir también una fuente de división. Por tanto, la antigua política del Congreso favorable a las provincias lingüísticas sólo podía aplicarse después de reflexionar cuidadosamente sobre cada caso en particular: no se podía crear una dislocación administrativa grave ni conflictos que pudiesen poner en peligro la estabilidad política y económica del país.

La demanda en favor de estados lingüísticos no representaba simplemente un renacimiento cultural sino que perseguía un objetivo más amplio: se trataba de obtener la justicia política y económica para los distintos grupos. En los estados multilingües, el liderazgo político y la autoridad administrativa siguen siendo el monopolio de los grupos lingüísticos dominantes, mientras que a las minorías se les niega invariablemente el derecho de hacer escuchar realmente su voz en el gobierno estatal. Del mismo modo, en esos estados, los planes de bienestar social así como de desarrollo suelen aplicarse en forma desigual e injusta, haciendo que las zonas en las que viven los grupos lingüísticos dominantes progresen a expensas de las demás. Por eso mismo, la demanda de estados unilingües procura garantizar a las minorías un trato justo no sólo en la esfera social y cultural sino también en los ámbitos político y económico. Esa demanda se consideraba una posibilidad de combinar la reducción de tensiones con la justicia social. Los partidarios de la creación de estados lingüísticos sostenían argumentos de este tipo y el proceso de reorganización nacional comenzó sobre la base del principio lingüístico, bajo la acertada dirección de Sandra Vallabhbhai Patel.⁶

En general, el principio en que se basó la Comisión Estatutaria⁷ fue la necesidad de reconocer la identidad de los grupos a partir de sus características descriptivas, sus preocupaciones colectivas y su relación con el resto de la comunidad. A pesar de que los autores de la Constitución hicieron un honesto intento por garantizar la unidad y la integridad del país al brindar salvaguardias y derechos constitucionales adecuados a los diversos sectores de la sociedad, la interacción de los intereses comunitarios, sectarios y regionales puso en peligro algunas veces el loable empeño de los estados indios. Resulta paradójico que en los primeros dos decenios consecutivos a la independencia de la India la violencia haya surgido en el país como resultado de los conflictos entre grupos por motivos lingüísticos, regionales y religiosos. El pedido de creación de estados lingüísticos tuvo un efecto considerable en Andhra Pradesh, Gujarat y

6. S. Patel (1875-1950), conocido como el “hombre de hierro de la India”, fue el primer ministro del Interior de ese país después de la independencia y, en gran medida, el responsable también de la integración de los estados principescos.

7. Indian Statutory Commission, *op. cit.* pág. 3.

Maharashtra. Los adivasis (poblaciones tribales) han venido exigiendo la creación del estado de Jharkhand. Ahora surgen otras demandas similares en favor de estados independientes en Chattisgarh, Uttarakhand y otros. Todas estas reivindicaciones están vinculadas a grupos lingüísticos.

Evidentemente no puede haber divergencia de opiniones sobre la conveniencia de garantizar el desarrollo libre y armonioso de las culturas o subculturas regionales, como cabría llamarlas, cuyo ideal sería una cultura india, enriquecida tanto en cantidad como en calidad por la confluencia de las diversas corrientes culturales que, al mezclarse en aquella principal y central, preservan sus características individuales. Ni el aislamiento cultural ni el conflicto cultural son compatibles con las tradiciones de este país. Sin embargo, existe el peligro de que, por insistir demasiado en los derechos colectivos de los diferentes grupos, éstos conviertan su identidad presente y su historia en fetiches, lo que podría reavivar innecesariamente antiguas lealtades. Sus detractores sostienen que un énfasis excesivo en la identidad del grupo crearía tendencias divergentes, lo que terminaría por debilitar la unidad del país. La historia de la India es un proceso de asimilación gradual a través de un complejo juego de interacciones y mediaciones. De vez en cuando se producen desvíos pero, en general, ha habido una interacción de todas las identidades, en particular, en los últimos cien años. No es posible emitir un juicio general sobre la forma en que esta interacción se producirá en el futuro. Lo que se necesita es un debate político, con conocimiento de causa, donde cada uno procure comprender y apreciar el punto de vista de los demás.

4. LA UNIDAD A PARTIR DE LA PLURALIDAD

En el sistema federal de la India hay dos grandes tipos de separación claramente definidos: una dicotomía social que se manifiesta horizontalmente en la existencia de identidades multirregionales y multilingüísticas y, por otra parte, las demás formas de división que se perciben verticalmente en cada región, en términos de lengua, casta, clase e ingresos. Para superar estas divisiones y favorecer la integración nacional, los padres fundadores reconocieron la necesidad de dar el lugar debido a los “derechos colectivos” dentro de las reivindicaciones individuales. Aceptaron los derechos de la colectividad reconociendo la idea de los estados lingüísticos, y trataron de dar a ésta una nueva significación concediendo derechos a los miembros de la colectividad. Aceptaron el valor intrínseco de los intereses y los derechos del ser humano, así como de las libertades individuales y la justicia social que se desprendían de la aplicación de las partes III y IV de la Constitución, relativas a los derechos fundamentales y a los principios rectores de la política del Estado, respectivamente. Ambos capítulos, en opinión de la Corte Suprema de la India, encarnan la conciencia de la nación y garan-

tizan que no puedan restringirse ni estos derechos colectivos ni los individuales sin violar las condiciones impuestas por la justicia social.

En la parte III de la Constitución se determina y se garantiza un espacio de libertad individual en el que el gobierno no puede intervenir, lo que constituye un conjunto de limitaciones para el poder del Estado. Estos derechos incluyen el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de conciencia, a la libre circulación, a la libertad de reunión y de asociación, el derecho a un juicio justo y el derecho a participar en el proceso democrático. Algo significativo en la aplicación de esta parte de la Constitución es que los padres fundadores no se contentaron con limitar el poder del Estado, sino que introdujeron una innovación mediante el control de la práctica de los derechos en la sociedad civil. El artículo 17, que declara ilegal la segregación de los intocables, y el artículo 23, que prohíbe la trata de personas y toda forma de trabajo forzado, son disposiciones innovadoras que permiten a los ciudadanos defenderse contra los males de la sociedad civil. En este contexto sería pertinente debatir diversas disposiciones constitucionales que representan salvaguardias adecuadas para la protección de los derechos culturales de las minorías de la India.

Más importante aún, al reconocer que la unidad de la India reside en mantener y reforzar su pluralidad, los autores de la Constitución promulgaron los derechos colectivos de las minorías a preservar su lengua y su cultura. Se ha procurado lograr la unidad y la fraternidad de las distintas confesiones consagrando el ideal de un Estado laico. Esto significa que el Estado protege todas las religiones por igual y no considera ninguna como oficial. En la Constitución no existe ninguna disposición que establezca una religión del Estado, como ocurre en los países vecinos como Bangladesh, Myanmar, Pakistán y Sri Lanka.

Los derechos son fundamentales en la medida en que los individuos pueden reivindicarlos contra otros o contra el Estado. El carácter laico del Estado en la India facilitó que se protegieran por igual las reivindicaciones presentadas en este sentido por los diferentes grupos. Los ideales de igualdad y justicia consagrados en la Constitución eliminan toda discriminación en favor o en contra de categorías de personas por motivos de religión, raza o lugar de nacimiento. En nombre de este ideal, la Constitución no prevé ninguna representación de las comunidades ni reserva de escaños en la legislatura en función de la religión, la raza o el lugar de nacimiento. Sin embargo, habría sido un gran error por parte de los autores de la Constitución de la India el haber omitido, al aplicar lógicamente el principio anterior, disposiciones especiales destinadas a favorecer el progreso de los sectores de la sociedad relativamente menos privilegiados y numéricamente menos importantes. La Constitución establece salvaguardias permanentes para la protección de los derechos culturales, lingüísticos y afines de cualquier grupo de población que pueda ser considerado una minoría desde

el punto de vista numérico pero no comunitario, con el fin de evitar que la maquinaria democrática sea utilizada como instrumento de opresión por la mayoría numérica.

Aunque no puede decirse en sentido estricto que las disposiciones que garantizan la libertad de culto a cada individuo sean salvaguardias específicas en favor de las minorías, de hecho protegen a las minorías religiosas. Puede establecerse un contraste entre estas disposiciones y las de las sucesivas constituciones islámicas del Pakistán. La Constitución de la India no contiene ninguna disposición en favor de una religión en particular que pueda suscitar temores legítimos entre quienes no la profesan. Por otra parte, cualquier agrupación de ciudadanos indios con su propia lengua, escritura o cultura diferentes tiene el derecho fundamental de conservarlas (artículo 20, párrafo 1).⁸ Esto significa que, si hay una minoría cultural que desee preservar su lengua y su cultura, el Estado no podrá imponerle por ley ninguna otra cultura ya sea que corresponda a la mayoría o a la localidad. Una consecuencia importante del “derecho a conservar” la propia escritura es la facultad de los ciudadanos de movilizarse en favor de su lengua. La promoción del hindi como idioma nacional o la introducción de una educación primaria obligatoria no puede utilizarse como pretexto para eliminar la salvaguardia lingüística de una comunidad minoritaria, que garantizan los artículos 29 y 30.⁹ Cabe agregar aquí que la expresión “minoría” en el artículo 30 sigue careciendo de definición. La Corte Suprema precisó, sin embargo, que se aplica a toda comunidad que sea numéricamente inferior al cincuenta por ciento de la población de un estado específico, considerada en su conjunto, cuando la legislación en la cual se plantea la cuestión de los derechos de la minoría es una ley del estado considerado.

En el artículo 29, párrafo 2 de la parte III de la Constitución de la India, se estipula que no se denegará a ningún ciudadano el acceso a un establecimiento educacional público o subconvencionado por el Estado por motivos de religión, raza, casta o lengua. De esta manera se garantiza que ningún ciudadano sufra de discriminación de este tipo. Es una disposición muy amplia destinada a proteger no sólo a las minorías religiosas, sino también a las minorías locales o lingüísticas.

Los derechos culturales y educativos que se incorporan en la Constitución como parte de los derechos fundamentales permiten a los grupos minoritarios promover su cultura, su idioma y otros aspectos. Todas las minorías, sean religiosas o lingüísticas, tienen el derecho fundamental de fundar y administrar los estableci-

8. D. D. Vbasu, *Introduction to the Constitution of India*, Delhi, Prentice Hall, 1995; V. N. Shukla, *Constitution of India*, 9ª ed., págs. 221-233, Delhi, Eastern Book Co., 1994; M. Iman, *Minorities and the law*, Indian Law Institute, 1972.

9. *Kerala Education Bill 1957*, AIR (All India Reporter), 1958, SC (Supreme Court of India) 956.

mientos educacionales que deseen. Según la Constitución, el Estado no discriminará a ningún establecimiento educacional a la hora de conceder su ayuda, aduciendo que la gestión del mismo está en manos de una comunidad minoritaria, ya sea religiosa o lingüística.¹⁰

La Constitución estipula ciertas directrices especiales con respecto no sólo al idioma oficial sino también a los otros que se utilizan en distintas partes del país, con miras a proteger los intereses de las minorías lingüísticas. En lo que refiere al idioma oficial, la directriz está por supuesto en favor de la promoción y el fomento de la expresión de todos los elementos de la cultura mixta de la India. Pero al dirigirse a un funcionario o una autoridad de la Unión o de un estado, para solicitar reparación, el demandante está autorizado a usar cualquiera de los idiomas usados en la Unión o el estado, según el caso (artículo 350).

Una característica fundamental de esta autonomía es la facultad de las minorías no sólo de fundar y dirigir sus propias escuelas sino también de compartir los recursos estatales. De hecho, de los estados se espera que proporcionen apoyo financiero a las escuelas administradas por las minorías. Cada estado y, dentro de éste, cada autoridad local tiene que proveer condiciones adecuadas para la enseñanza en la lengua materna, en el ciclo primario, a los niños de grupos lingüísticos minoritarios y se autoriza al presidente a que dé a cada estado las indicaciones que considere necesarias para garantizarlas. Desde el punto de vista histórico las minorías religiosas de otros países han tenido que luchar mucho por obtener este derecho.¹¹ La Constitución prevé además que el presidente designe un funcionario especial encargado de las minorías lingüísticas para que investigue todas las cuestiones relativas a las garantías constitucionales concedidas a éstas y que informe de ello al presidente. Es deber del presidente someter todos esos informes al Parlamento y enviarlos también al gobierno del estado interesado. No obstante, se hace más hincapié en el desarrollo progresivo de las comunidades que en los derechos colectivos. Las personas son libres de adherir a una tradición cultural.

En repetidas ocasiones, la Corte Suprema de la India ha sentado precedente al pronunciar sentencias sobre cuestiones relativas a las minorías y los derechos culturales de las comunidades. Vale la pena mencionar a continuación algunas de ellas:

- a) Toda comunidad minoritaria tiene derecho no sólo a fundar sus propios establecimientos de enseñanza sino también a impartir instrucción a los

10. *Estado de Bombay contra Bombay Education Society*, AIR 1954, SC 561-766; *St. Stephen's College contra Universidad de Delhi*, AIR 1992, SC 1650.

11. I. A. Ansari "The new emerging model for Nation State", en T. Mahmood (comp.), *Pressing issues facing the Nation*, Nueva Delhi, 1992.

niños de la comunidad en su propio idioma. Sin embargo, las minorías no tienen derecho a disponer de establecimientos educacionales que las beneficien exclusivamente.¹²

- b) Aún cuando el hindi sea la lengua nacional de la India y el artículo 351 recomiende especialmente a los estados que promuevan su difusión, dicho objetivo, sin embargo, no puede lograrse por ningún medio que contravenga los derechos garantizados por los artículos 29 y 30, es decir, los derechos culturales y educacionales de las minorías.
- c) Al declarar la obligatoriedad de la enseñanza primaria, un estado no puede obligar a que esa enseñanza se imparta únicamente en las escuelas públicas o que gozan de su apoyo o su reconocimiento, a despecho del derecho de las personas pertenecientes a una minoría lingüística de asistir a los establecimientos administrados por su comunidad en vez de a cualquier otro.
- d) Aunque no existe el derecho constitucional a recibir ayuda estatal, si un estado la concede efectivamente a los establecimientos educacionales, no puede imponer condiciones que priven virtualmente a los miembros de una comunidad religiosa o lingüística de los derechos garantizados en el artículo 30, párrafo 1. A pesar de que los estados tienen derecho a imponer condiciones razonables, éstas no pueden privar realmente a las comunidades minoritarias de esos derechos. Esto significa que un estado no puede exigir, como precio por la ayuda, que se renuncie a los derechos fundamentales, dado que así se suprimiría por completo el derecho de la comunidad a administrar el establecimiento.
- e) Del mismo modo, en cuanto al reconocimiento de un establecimiento educacional, un estado no puede imponer ninguna condición contraria a las disposiciones relativas a los derechos fundamentales de las minorías que administran esos establecimientos.
- f) Los establecimientos de minorías protegidos por el artículo 30, párrafo 1, están sujetos, no obstante, a la reglamentación de las autoridades educacionales de los estados, a fin de evitar una mala administración y de garantizar un nivel adecuado de enseñanza. Por ejemplo, en las cuestiones de afiliación u homologación, las autoridades tienen competencia para comprobar si la demanda de homologación se presenta por motivos educacionales o por otros motivos, especialmente comerciales.¹³ Con todo, dichas regla-

12. *Ibidem.*

13. *A.P.C.M.E. Society contra Gobierno de Andhra Pradesh* (1986), 2 SCC 667, AIR 1986, SC 1490.

mentaciones no pueden llegar a anular el derecho garantizado por el artículo 30, párrafo 1.¹⁴

- g) Una comunidad minoritaria puede reservarse hasta el 50% de las vacantes para sus miembros dentro de los establecimientos educacionales que administra, aun cuando éstos reciban ayuda del estado.

El conjunto de las garantías constitucionales incorporadas en los artículos 29 y 30 como derechos fundamentales asegura una verdadera protección de los derechos culturales. Sin embargo, cabe hacer aquí una advertencia: si una comunidad minoritaria solicita, en nombre del carácter laico o de los derechos culturales, ventajas que vayan más allá de las disposiciones constitucionales o si el partido en el poder se las concede por motivos políticos, esto puede suscitar la reaparición de la organización social en forma comunal que tanto perjudicó a la India durante la dominación británica y que los padres fundadores eliminaron de la Constitución de la India libre suprimiendo, entre otras cosas, la representación comunal en las legislaturas o los contingentes reservados a una u otra comunidad en la función pública.

El Preámbulo de la Constitución de la India se fija como objetivo velar por la unidad y la integridad de la nación. En la Constitución se establecen garantías religiosas y culturales que protegen los derechos de las comunidades minoritarias en materia de educación para asegurarles justicia y libertad de pensamiento, expresión, credo y culto. Se impone a los estados una actitud neutral frente a todos los grupos religiosos o culturales. El carácter laico de la Constitución de la India se ha destacado aún más al introducir ese término en su Preámbulo mediante la 42ª ley de enmienda de 1976.

Además de los derechos culturales y educacionales de las minorías religiosas y lingüísticas, el Estado indio presta mucha atención a los derechos de las comunidades desfavorecidas que, por motivos históricos, han quedado rezagadas en algún aspecto. La Constitución establece diversas disposiciones especiales para la protección de los intereses de las castas y de las tribus enumeradas en sus anexos 5 y 6. En el artículo 46 figura una directriz general que establece que el Estado promoverá muy especialmente los intereses educacionales y económicos de los grupos más débiles de la población y, en particular, de las castas y tribus oficialmente reconocidas y las protegerá de la injusticia social y de toda forma de explotación. El Estado debe también esforzarse verdaderamente por preservar y proteger la cultura, la lengua, la escritura y demás características propias de estas comunidades.

Hacer una referencia aquí al hindi, que se reconoce como idioma oficial en la Constitución de la India, no estaría fuera de lugar (artículo 345).¹⁵ Después de la inde-

14. *St Xavier College contra Estado de Gujarat*, AIR 1974, SC 1389.

15. *Report of the Official Language Commission*, 1956.

pendencia, estaba previsto que el hindi reemplazara al inglés como idioma oficial dentro de un plazo de quince años desde la promulgación de la Constitución. Pero no fue necesario esperar mucho para que se convirtiera en el símbolo del genocidio lingüístico indio. En vísperas de producirse el cambio, los ánimos se exaltaron en Madrás ante la perspectiva de la próxima imposición del hindi. Desde hacía tiempo los tamiles consideraban que sus intereses se verían amenazados por el uso exclusivo del hindi como *lingua franca*. El grupo de presión opuesto al hindi había acusado a los partidarios de dicha lengua de una supuesta conspiración tanto dentro como fuera del Parlamento. Muchas veces se ha sostenido que en la India, con sus numerosas lenguas, tradiciones y culturas, convertir a una sola lengua regional en idioma oficial equivalía a destruir la unidad y la integridad nacionales y permitir que la región que la hablaba sometiera a la esclavitud a las demás regiones lingüísticas. Sin embargo, la Constitución exige que hasta que la legislatura de un estado determine lo contrario, el inglés debe seguir siendo el idioma oficial. Recientemente, la coalición del partido Bharatiya Janata (BJP) aceptó el pedido del partido All India Anna Dravida Munnetra Kazhagam (AIADMK) de que se incluyera el tamil como un idioma nacional. La inestabilidad política crónica, el estancamiento económico, el elevado índice de desempleo y el deterioro de los servicios públicos son elementos que probablemente fomenten aún más la intolerancia. Algunos sostienen que un excesivo énfasis en los derechos colectivos conduce al particularismo, en el que cada interés tiende a convertirse en un derecho adquirido. En el contexto de la competencia o rivalidad entre grupos, el Estado federal también corre el riesgo de que se piense que favorece a un grupo en detrimento de otro. Los que defienden ese argumento dicen que la meta no debería ser promover las diferencias entre los grupos, basadas en antiguas lealtades, sino crear una sociedad auténticamente pluralista fundada en la noción clásica del imperio del derecho.

5. CONCLUSIÓN

En cualquier caso, la India se enorgullece de su diversidad y ha creado un marco institucional que brinda suficiente protección tanto a los derechos colectivos como a los individuales. Los avances de la ciencia y la tecnología han permitido cobrar mayor conciencia de que la diversidad cultural puede preservarse y fomentarse. Sin embargo, es necesario promover en el plano cultural el diálogo y la reflexión que han enriquecido a todas las sociedades humanas y que actualmente son los únicos que pueden convertir en realidad la sociedad mundial. Con respecto a la política lingüística de la Unión, la única solución justa y razonable, dada la compleja situación actual, es poner realmente en práctica un auténtico sistema trilingüe. La idea es que todos los alumnos

de las escuelas aprendan hindi e inglés además de su lengua materna. Ciertos estados, en particular los que se encuentran en zonas contiguas a las que hablan hindi, no han hecho todo lo posible por aplicar este plan, lo que ha suscitado serios temores en otros estados. La Corte Suprema estimó, no obstante, que los establecimientos a los que asistían las minorías no pueden verse obligados a enseñar el hindi ni otros idiomas.

La Corte Suprema defendió el derecho de las minorías a educar a sus hijos en sus propias comunidades, en sus propios establecimientos y en su propia lengua. No puede permitirse que la facultad del estado de determinar la lengua de enseñanza contravenga ese derecho.¹⁶

La experiencia de la India muestra que hay dos elementos fundamentales para la preservación de las culturas minoritarias: un enfoque liberal, basado en la convicción de que nadie es dueño de la verdad, y un Estado laico, que no interfiera con las prácticas religiosas de las comunidades minoritarias. En el ámbito práctico, es igualmente importante que la enseñanza se imparta en la lengua materna durante la infancia. No se puede interferir con el derecho de las comunidades minoritarias imponiendo condiciones para el reconocimiento o la financiación de sus escuelas. Estas disposiciones crean las condiciones necesarias para que las culturas minoritarias perduren y florezcan. Así pues, de todos los derechos culturales por los que debe luchar la comunidad internacionales, éstos deben considerarse esenciales.

16. *Estado de Bombay contra Bombay Education Society*, AIR 1954, SC 561.

CONCEPCIONES DE LOS DERECHOS CULTURALES EN LA REPÚBLICA POPULAR DE CHINA

Alice Erh-Soon Tay

1. INTRODUCCIÓN

La distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales propugnada en China durante largo tiempo en virtud de análisis filosóficos anteriores ha sido el argumento esgrimido por ese país cada vez que se le ha atacado en el terreno de lo derecho humanos. También han recurrido a él otros países del Tercer Mundo que necesitan defenderse. Pero ni China ni sus detractores “occidentales” han llegado a convencer sobre la base de esa distinción, y esta comprobación ha dado lugar a tentativas de responder más abiertamente, al menos en teoría, a los críticos de Occidente sobre los logros y fracasos en el ámbito de los derechos humanos en China. Por su parte, el mundo occidental ha procedido a un examen más detenido y sutil de la interdependencia de ambas categorías de derechos. Se puede afirmar entonces que ambos “bandos” han progresado en su reflexión debido a la necesidad de defender sus propias posiciones. Al mismo tiempo, el interés del comercio internacional en China y el interés de China en el comercio internacional, el crecimiento económico constante que permite paliar las tradicionales dificultades de la inmensa mayoría de los campesinos chinos, el aumento de las oportunidades de educación tanto en el país como en el extranjero, la mejora de los servicios educativos en el plano nacional, el reconocimiento internacional de los logros culturales en el ámbito de las artes, especialmente de las producciones cinematográficas y del deporte, junto con la confianza en una aceptación cada vez mayor por parte de la comunidad internacional, también están contribuyendo a modificar las actitudes y reacciones de los dirigentes chinos con respecto a concepciones sociales y políticas diferentes de las propias.

1. EL DISCURSO SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHINA

La investigación sobre los derechos humanos y el debate limitado sobre la cuestión comenzaron en la República Popular de China tras la instauración de la política de la “puerta abierta” y la reforma económica de 1978-1979.¹ La investigación se ha intensificado y se ha hecho cada vez más sistemática e institucionalizada a raíz de la condena internacional de la actuación de los dirigentes políticos chinos en las masacres que tuvieron lugar en la plaza de Tiananmen en junio de 1989.

Las concepciones teóricas, tanto académicas como políticas, y la práctica y la realidad pertenecen a dos universos lógicos que, sin embargo, pueden interactuar, y de hecho lo hacen. Puesto que en China las preocupaciones teóricas relacionadas con los derechos humanos tienen su origen en las críticas dirigidas a la práctica y la realidad de esos derechos en el país, y que la teoría es un factor importante que precede con frecuencia las políticas y medidas oficiales como una manera de tantear el terreno, una mejor comprensión de las concepciones teóricas chinas podría ofrecer algunas pistas sobre probables cambios de la línea oficial en este ámbito.

Hasta hace poco tiempo, la mayoría de los artículos y libros sobre este tema se venía centrando en la teoría general de los derechos humanos. El concepto y el contenido de los derechos culturales sólo se mencionaban en el marco de otros asuntos. Los “derechos culturales” debían encontrarse en los intersticios de la política y reflejarse en los debates sobre los derechos civiles y políticos y la “civilización espiritual socialista”.

2. ACTITUDES RESPECTO DE LOS DERECHOS CULTURALES EN LA CHINA CONTEMPORÁNEA

Los puntos de partida del debate sobre los derechos culturales en China tienen elementos comunes con las concepciones y teorías occidentales, a saber: los derechos culturales son derechos humanos (como estipula el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); los derechos humanos abarcan los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales; los derechos económicos son “derechos a la subsistencia y al desarrollo”; los derechos civiles y

1. Rao Fang, “Renquan yu fazhi lilun yanjiu zongshu” [Resumen de investigaciones teóricas sobre los derechos humanos y el ordenamiento jurídico], *Zhongguo Faxue* [Ciencia jurídica china], vol. 4, 1991, pág. 41.

políticos se consideran generalmente derechos “negativos”, y los económicos, sociales y culturales, derechos “positivos”, que requieren recursos considerables e implican costos, etc.² Autores chinos, que mantienen posiciones similares, han declarado lo siguiente:

El derecho a la educación es una condición previa importante para el pleno y total desarrollo de los seres humanos y es fundamental para que los ciudadanos disfruten de los derechos culturales.

La libertad de consagrarse a la investigación científica o a la creación literaria y artística es una expresión importante del ejercicio de los derechos culturales por parte de los ciudadanos [...] La protección de la propiedad intelectual constituye una garantía jurídica importante del disfrute de los derechos humanos por los ciudadanos.³

Los investigadores chinos suelen flaquear cuando se trata de conceptualización y generalización, defecto atribuible a la tradición del confucianismo que presumía y exigía el acuerdo con la posición “oficial” y sólo permitía diferencias de matiz. Por consiguiente, los autores no se han dedicado a describir de manera más precisa los derechos culturales,⁴ sino a establecer distinciones y a presentar análisis internos.

DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Los investigadores chinos adoptan y reafirman la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. El profesor Li Buyun, miembro del Instituto de Derecho, director del Centro de Investigación sobre Derechos Humanos de la Academia China de Ciencias Sociales y director del Centro de Investigación sobre Derechos Humanos de la Academia, que fue además uno de los primeros especialistas chinos que se consagró a los análisis y la defensa de los derechos humanos, escribió que “lo que caracteriza a los derechos civiles y políticos es que se garantizan cuando el Estado se abstiene de intervenir; en cambio, los derechos económicos,

2. Philip Alston y Gerard Quinn, “The nature and scope of States Parties obligations under the international covenant on economic, social and cultural rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 9, 1987, pág. 159.

3. Liu Shullin *et al.*, *Dangdai Zhongguo requan zhuangkuang baogao* [Informe sobre los derechos humanos en la China contemporánea], Shenyang Liaoning People’s Press, 1994, pág. 41.

4. Por ejemplo, tratando de distinguir los derechos culturales individuales y colectivos (cuestión estudiada en este libro por Evatt, Posey y Suagee o intentando diferenciar distintos derechos culturales o derechos humanos con repercusiones culturales, tema analizado por Niec y Prott).

sociales y culturales exigen una acción positiva por parte del Estado y la creación de las condiciones necesarias para garantizar su ejercicio”.⁵ Cabe señalar que en las publicaciones chinas sobre el tema, los derechos económicos también se denominan derechos a la subsistencia y al desarrollo.⁶

Chen Zhishang, otro estudioso, refiriéndose a esa distinción desde el punto de vista de la práctica la sitúa en un contexto histórico y político marxista:

La práctica ha demostrado que el pueblo chino sólo podrá crear las condiciones y las garantías necesarias para fomentar los derechos económicos, sociales y culturales si se logran victorias revolucionarias y se llega a dominar el país, en primer lugar, conquistando la democracia y los derechos políticos. La experiencia también ha mostrado que el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales es distinto del de los derechos políticos, que sólo requieren una reforma del sistema político. A menos que se introduzca una reforma en el sistema económico a través de las fuerzas administrativas, el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales depende en gran medida del nivel de desarrollo social, económico y cultural. Dado que la antigua China heredó fuerzas de trabajo bastante atrasadas, es imposible resolver en un día los problemas que plantea la necesidad de alimentar y vestir a 1,2 billones de personas y de atender a sus exigencias en materia de desarrollo y esparcimiento. Para llevar a cabo esta tarea hay que luchar arduamente durante varias décadas o incluso más de un siglo. En consecuencia, el Estado debe dar la prioridad al desarrollo de la fuerza de trabajo y conceder una importancia vital a la construcción económica y cultural a la hora de promover el progreso de la sociedad en sentido amplio. En materia de derechos humanos, aparte de garantizar los derechos a la libertad política ya conquistados por el pueblo, la puesta en práctica de los derechos a la subsistencia y al desarrollo debería considerarse naturalmente prioritaria a largo plazo. Se deberá hacer hincapié en la necesidad de brindar y asegurar los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales, a su vez, seguirán consolidando, promoviendo y ampliando los derechos políticos de los ciudadanos. Al desarrollarse la estructura socialista, todos los derechos de los ciudadanos se reforzarán constantemente. Por ello, en la China socialista orien-

5. Li Buyun, “Renquan de liangge lilun wenti” [Dos problemas teóricos de los derechos humanos], *Zhongguo Faxue* [Ciencia jurídica china], vol. 3, 1994, pág. 41.

6. Véase, por ejemplo, Zhu Muzhi, Director de la Sociedad China de Estudios sobre los Derechos Humanos y antiguo funcionario superior encargado de asuntos de propaganda del Partido Comunista Chino, “Ruhe kandai Zhongguo renquan” [Cómo entender los derechos humanos en China], *Guangming Ribao*, 16 de mayo de 1997, pág. 7.

tada por el marxismo, los derechos políticos, económicos y culturales, son interdependientes; su promoción está interrelacionada y han de desarrollarse plenamente.⁷

Así pues, a juicio de los investigadores chinos, los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales están interrelacionados y se refuerzan recíprocamente, aunque estos últimos deberían tener la prioridad [en la práctica] con respecto a los primeros, dado que la victoria de la revolución comunista ha resuelto básicamente la cuestión de los derechos civiles y políticos. El desarrollo ulterior de éstos puede esperar hasta que se garanticen los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales. De ello se deduce que la promoción de los derechos humanos es tanto un asunto de política como de cultura y economía.

Los autores chinos suelen comenzar por hacer una distinción entre ambos grupos de derechos (por un lado, los derechos civiles y políticos y, por otro, los económicos, sociales y culturales) para buscar a continuación una interconexión.⁸ El profesor Li Buyun establece las distinciones desde una perspectiva histórica situando distintas categorías dispersas de derechos humanos en las épocas históricas correspondientes. En primer lugar, los derechos civiles y políticos ya se han hecho realidad en la etapa socialista y, en segundo lugar, se han ubicado en un nivel inferior con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales. Por tanto, llega a la conclusión de que actualmente estos últimos deberían tener prioridad sobre aquéllos:

El contenido de los derechos humanos es bastante amplio y abarca principalmente tres aspectos básicos: los derechos a la dignidad personal y humana, los derechos y libertades políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. En la teoría socialista de los derechos humanos, todos estos derechos revisten la misma importancia. En la etapa actual del desarrollo humano, los ciudadanos deberían disfrutar de estos derechos de manera global. En la etapa precapitalista de la evolución de la historia, el pueblo reivindica esencialmente el ejercicio de los derechos de la persona y el derecho a la dignidad, comprendido el derecho a la vida, a la seguridad personal, a la libertad individual y a la dignidad humana, etc. En la etapa de la revolución capitalista, los derechos y libertades políticos son los principales derechos reclamados por la clase capitalista, por ejemplo, el derecho a votar y a presentarse a las elecciones, la libertad de expre-

7. Chen Zhishang, "Guanyu renquan de shige lilun wenti" [Diez problemas teóricos de los derechos humanos], *Makesi Zhuyi Yanjiu* [Estudios sobre el Marxismo], vol. 4, 1996, pág. 30.

8. El debate sobre ambos grupos de derechos sigue siendo animado fuera de China; véase el análisis de Nieć y un punto de vista diferente expuesto por Prott.

sión, de prensa, de reunión, de asociación, etc. En la etapa de la revolución socialista, los derechos reivindicados por la clase trabajadora bajo el liderazgo del proletariado son esencialmente los derechos económicos, sociales y culturales. Esta revolución ya no se contenta con la “liberación política” de los ciudadanos, pide “su liberación social”. No trata de sustituir un régimen de propiedad privada relativamente anticuado por uno más moderno, sino de eliminar la propiedad privada como tal, elevar la igualdad política al nivel de la igualdad económica y proveer las condiciones para que todos los seres humanos disfruten de los derechos más amplios. Esta evolución de los derechos humanos reviste la forma de una progresión a través de grados sucesivos.⁹

Estas opiniones representan a una tendencia, pero existen otras, como la de Yu Hao-cheng, que toma como punto de partida la distinción entre derechos “negativos” y “positivos” y sostiene que la palabra “derecho” indica “lo que uno puede hacer” y se refiere a los derechos políticos. Así, la libertad de expresión significa que una persona puede expresar opiniones personales y que nadie puede oponerse a ello. En cambio, los “derechos sociales” se refieren a “lo que uno debería recibir”. Por consiguiente, el derecho a la educación abarca dos aspectos, a saber, que nadie puede impedir a otra persona ir a la escuela por ningún motivo y que todo niño tiene derecho a ir a la escuela aunque no pueda pagar la matrícula o presentarse a los exámenes. La primera reivindicación atañe al significado básico de “derecho”, mientras que la segunda se refiere a la naturaleza de una petición social. El concepto de derechos humanos que dimana de las teorías de derecho natural define lo que se posee en el estado natural. En ese estado, uno puede hacer lo que desee pero no podrá conseguir todo lo que quiera. En consecuencia, Yu Haocheng sostiene lo siguiente:

De ello se puede deducir que los derechos tienen la prioridad sobre el bienestar o que los derechos políticos prevalecen sobre los derechos sociales (si se insiste en denominarlos derechos). Cuando se evalúa la labor de un gobierno, se debe examinar en primer lugar si éste ha infringido los derechos fundamentales (es decir, los derechos negativos –libertades o derechos políticos) de sus ciudadanos. A continuación, se debe determinar si les ha proporcionado un nivel suficiente de bienestar. Cuando se habla de bienestar, no se debe olvidar que, después de todo, un gobierno es más una autoridad que una institución de producción. Así pues, no es correcto decir, por ejemplo, que un gobierno debe alimentar a su población, ya que los derechos sociales son derechos de recepción

9. Li Buyun, “Shehuizuyi renquan de jiben lilun he shijian” [Teorías y prácticas básicas de los derechos humanos en un régimen socialista], *Faxue Yanjiu* [Estudios jurídicos], vol. 4, 1992, pág. 4.

que sólo se pueden instituir y ejercitar mediante determinados actos positivos del agente. Sin embargo, no se han determinado ni la forma ni el contenido de los derechos sociales. Por tanto, los distintos derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos son en realidad derechos normativos rodeados de idealismo. En cambio, los derechos políticos son derechos empíricos que se pueden ejercitar [poner en práctica] inmediatamente siempre que el gobierno no se oponga a ello. En consecuencia, la distinción es evidente.¹⁰

A pesar de la aceptación subyacente de la separación entre los derechos civiles y políticos y los sociales, económicos y culturales, el punto de vista de Yu pone de manifiesto una tendencia más liberal de ciertos intelectuales chinos respecto de la cuestión de los derechos humanos y se opone en cierta medida a la formulación política oficial de los derechos culturales o humanos. Por ese motivo, las consideraciones de este tipo se exponen más a menudo en obras publicadas en Occidente que en la propia China.

DERECHOS CULTURALES Y “CIVILIZACIÓN SOCIALISTA”

Así como en la concepción política actual de China los derechos culturales, junto con los económicos y sociales, prevalecen sobre los civiles y políticos, desde el punto de vista teórico se diferencian de estos últimos. No obstante, al ser incorporados al sistema político socialista, se inscriben en un contexto de carácter político. Ese contexto político también se refleja en la relación existente entre los derechos culturales y los avances socialistas en el ámbito ético y cultural. El progreso ético y cultural y la civilización material son parte del socialismo que propugna el Partido Comunista de China (PCC) y revisten “características chinas”. Deng Xiaoping definió el contenido del progreso ético y cultural socialista en los términos siguientes:

Estamos construyendo una civilización socialista con elevados niveles culturales e ideológicos, y ello significa esencialmente que se debe imbuir a nuestros ciudadanos de los ideales comunistas de manera que se conviertan en personas con integridad moral, educación general y autodisciplina. Tanto el internacionalismo como el patriotismo pertenecen a este ámbito.¹¹

10. Yu Haocheng, “On human rights and their guarantee by law”, en Michael C. Davies (comp.), *Human rights and Chinese values – legal, philosophical and political perspectives*, Hong Kong, Oxford University Press, 1995, págs. 100-101.

11. Deng Xiaoping, *Building socialism with Chinese characteristics*, Beijing, Foreign Languages Press, 1985, pág. 16.

En China, el ejercicio de los derechos culturales está estrechamente relacionado con el progreso ético y cultural de tipo socialista. Esta relación se considera una característica de la concepción china de los derechos humanos, como explica Zhu Muzhi:

Por lo que atañe a la salvaguardia de los derechos humanos, China se distingue de otros países porque fomenta activamente el progreso ético y cultural socialista promoviendo al mismo tiempo la edificación de la civilización material... El progreso ético y cultural socialista aspira a fomentar el nivel de la ciencia y la educación así como la sensibilización a la democracia y el ordenamiento jurídico; a lograr una vida cultural positiva, sana, plena y atractiva; a mejorar el ambiente general de la sociedad, el orden público y el medio ambiente, etc. Todos estos aspectos se relacionan directamente con la promoción de los derechos humanos. El progreso ético y cultural socialista hace hincapié especialmente en la consolidación de la moral socialista. Esta consiste esencialmente en servir al pueblo de manera incondicional; supone, en particular, el respeto de la persona, el amor al prójimo, el aprecio de la colectividad, la ayuda a los pobres, la igualdad de hombres y mujeres, el respeto de los ancianos y la solicitud hacia los jóvenes.¹²

Por consiguiente, la finalidad del progreso ético y cultural socialista es lograr que el pueblo, mediante la educación y la autodisciplina, se adhiera a los ideales y la ética comunistas. En este proceso, el Estado trata de crear las condiciones necesarias para promover las actividades del pueblo, pero con fines políticos y socialistas muy concretos y haciendo hincapié en los deberes y contribuciones más que en los derechos y las reivindicaciones.

UNIVERSALIDAD Y ESPECIFICIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los autores chinos contemporáneos recalcan unánimemente que los derechos humanos constituyen una unidad de universalidad y especificidad y que esa unidad es el principio fundamental de la metodología de sus estudios.¹³ Dado que todos los seres humanos disfrutan, valoran o exigen los derechos a la vida, a la seguridad personal, a la libertad de la persona, a la libertad de opinión, a la dignidad personal, etc., estos derechos, que cuentan entre los derechos humanos más fundamentales, poseen un carácter universal que va más allá de las fronteras geográficas y culturales. Por especificidad de los derechos humanos se entienden las manifestaciones particulares y

12. *Ibidem.*

13. Chen Zhishang, "Guanyu renquan de shige lilun wenti", *op. cit.*, pág. 30.

variadas de esos derechos en distintos períodos de la historia y en sociedades diferentes.¹⁴ En el ámbito internacional, países que poseen sistemas políticos diferentes demuestran la universalidad de los derechos humanos cuando, al firmar la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros tratados y pactos internacionales, se comprometen todos juntos a aplicar y hacer respetar los derechos humanos consagrados en esos instrumentos. La especificidad de los derechos humanos queda patente en la diversidad de posturas o planteamientos específicos sobre el tema basados en el reconocimiento de diferencias históricas o culturales y en la necesidad de respetar y salvaguardar niveles comunes de derechos humanos. Ese reconocimiento expresa el respeto de la soberanía de otro país.¹⁵

El profesor Li afirma que las bases o fundamentos de la universalidad de los derechos humanos radican en el hecho de que todas las personas son por naturaleza semejantes y que comparten intereses y preocupaciones comunes, así como los mismos ideales y principios éticos. Sobre esta base, los pueblos de distintos países adoptan actitudes similares con respecto a los derechos humanos. La especificidad de los derechos humanos reside en las diferencias existentes entre los intereses y la moral de esos pueblos y los conflictos que ello plantea, así como en el contexto, la historia, la nacionalidad, la economía, la política y la cultura propia de cada país. Por consiguiente, existen diferencias entre los países respecto de los sistemas de derechos humanos y su puesta en práctica.¹⁶ “El reconocimiento de la universalidad y especificidad de los derechos humanos y la reafirmación de la unidad de estos dos aspectos deberán ser bases importantes para la formulación de políticas en materia de derechos humanos en todos los países, comprendida China”.¹⁷ Desde este punto de vista, el profesor Li Buyun analiza las divergencias relativas a la protección de los derechos humanos que se observan actualmente entre los países desarrollados y en desarrollo del siguiente modo:

En términos generales, dado que estos dos tipos de países se encuentran en etapas de desarrollo económico, político y cultural diferentes, por ejemplo, a la hora de determinar si se ha resuelto el problema del suministro de ropa y alimentos, el contexto histórico y cultural no es el mismo. Así pues, muchos países en desarrollo que padecieron la represión y la explotación colonial durante largo tiempo se enfrentan a problemas y dificultades específicos; ciertos países

14. Véase el análisis acerca de la universalidad y el relativismo de los derechos humanos en los artículos de Nieć, Prott y Stavenhagen.

15. Li Buyun, “Requan de liangge lilun wenti”, *op. cit.*, pág. 38.

16. *Ibidem*, págs. 38-39.

17. *Ibidem*.

desarrollados prestan mayor atención y conceden más importancia a la universalidad de los derechos humanos, mientras que ciertos países en desarrollo hacen hincapié en su especificidad.¹⁸

Así y todo, señala el profesor Li, sería absurdo recalcar un aspecto en detrimento del otro y, por tanto, insta a los países desarrollados a reconocer las situaciones específicas de los países en desarrollo y a respetar de modo razonable los modelos y enfoques concretos de las políticas y los sistemas de derechos humanos adoptados por ellos. Al mismo tiempo, advierte que, al insistir excesivamente en el nivel de progreso económico y cultural, los países en desarrollo no deben dejar de esforzarse por mejorar su situación actual en materia de derechos humanos cuando deban y puedan. Si todos los países del mundo adoptaran una actitud justa, pragmática y realista en relación con el asunto de la universalidad y la especificidad de los derechos humanos, disminuirían las contradicciones y las controversias sobre el tema y mejorarían la cooperación y el diálogo entre los países sobre la situación de esos derechos en el plano nacional.

¿MEDIR POR EL MISMO RASERO?

La relativización de los derechos humanos en función del contexto cultural que deriva de la teoría en virtud de la cual, dado que esos derechos son al mismo tiempo universales y específicos, habría que aplicar normas diferentes según los países, ha preocupado tanto a los especialistas como a las naciones. El profesor Li Buyun no avala esa interpretación, afirmando que existen normas universales aplicables en el plano internacional y normas específicas aplicables en el plano nacional. Las primeras se encuentran en las diferentes declaraciones, tratados y pactos internacionales sobre los derechos humanos. Corresponde a la comunidad internacional establecer, de común acuerdo, esas normas universales, que deberán reflejar las reivindicaciones comunes de todos los seres humanos reconocidas por todos los países.

“Es erróneo y perjudicial dejar de lado, como hacen algunos países, esas normas universales y aplicar una ley para unos y otra para otros en el ámbito internacional.”¹⁹ Las especificidades históricas, políticas, económicas, religiosas, culturales, etc. justifican que un país aplique sus propias normas específicas sobre derechos humanos, que deben ser respetadas por otros países. Al hacer esta concesión, el profesor Li hace caso omiso del argumento según el cual las denominadas normas nacionales pueden ser conformes a las normas universales internacionales y del hecho de que si las primeras se apartan de las segundas, entonces un país podría adoptar una norma (nacional) en su territorio y otra (internacional) para los demás países, perpetuando así la aplicación

18. *Ibidem.*

19. *Ibidem.*

de una ley para unos y otra para otros en materia de derechos humanos. Tampoco aclara cómo podría operarse una convergencia sobre esta base.

El profesor Zhang Fengyang de la Universidad de Nankín ha expresado un punto de vista totalmente opuesto. Al advertir la dificultad de definir normas sobre los derechos humanos en la esfera política internacional, ha propuesto el concepto de normas internacionales mínimas basadas en principios morales:

Los derechos humanos mínimos deberían poseer las siguientes características: ser derechos inalienables de los seres humanos pero cuyo ejercicio está subordinado al cumplimiento de ciertos deberes; ser compatibles con la gama más amplia [posible] de tradiciones culturales y evitar, por tanto, fijar objetivos ideales de acuerdo con el nivel de los países desarrollados, sin erigir por ello la diversidad de tradiciones culturales en principio absoluto [irrevocable]; y satisfacer ciertas exigencias básicas que siguen siendo válidas en cualquier época y lugar con independencia de las diferencias que existan entre los distintos sistemas sociales, normas morales y estilos de vida de esas épocas y lugares. Por consiguiente, en lo que atañe a los valores en que se basan, esos derechos son inherentes al ser humano, es decir, los derechos morales más universales y fundamentales que pueden reivindicar personas que viven en un medio civilizado.²⁰

Sobre la base de los criterios anteriores, el profesor Zhang presenta varios tipos de derechos morales mínimos que todos los países del mundo deberían reconocer: derecho a la subsistencia, a la igualdad, a la libertad, a la ayuda y a la dignidad. Sin embargo, ninguno de estos derechos es “absoluto”: para poder reivindicarlos es preciso previamente cumplir los deberes correspondientes. En consecuencia, lo menos que se puede hacer es respetar o proteger los mismos derechos de otros seres humanos cuando se reivindican los propios.

El profesor Zhang cuenta con el firme apoyo de varios investigadores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Jilin, entre ellos Qiu Ben. Qiu sostiene que los derechos humanos universales sólo se harán realidad si se establece que son derechos inherentes a la naturaleza del ser humano.²¹ “La diferencias sociales que existen

20. Zhang Fengyang, “Renquan wenti de lunli fengxi” [Un análisis moral del tema de los derechos humanos], *Jiangnan Xuekan* [Revista de estudios Jiangnan], vol. 4, 1997, págs. 48-49. El profesor Zhang adoptó el concepto de las bases morales de los derechos humanos de los que se pueden deducir los derechos humanos mínimos elaborado por el profesor A. J. M. Milne.

21. Qiu Ben, “Wuchang renquan he fanren zhuyi” [Derechos humanos no materiales y universalización de los derechos humanos], *Zhexue Yanjiu* [Estudios filosóficos], vol. 2, 1997, pág. 45.

entre los seres humanos constituyen siempre una razón importante de privación de sus derechos. No podrán existir derechos humanos verdaderos y universales si nuestra mente se pierde en conjeturas sobre esas diferencias.”²²

Concibe las relaciones entre derechos humanos y moralidad y derechos humanos y cultura del siguiente modo: “Los derechos humanos se valoran en todo el mundo y son sumamente necesarios para todo ser humano. No son derechos morales ‘generales’, sino ‘mínimos’: a la luz de esta interpretación, toda persona puede disfrutar de ellos. Si se concibieran como derechos morales generales, muchos ciudadanos quedarían privados de ellos.”²³

Los derechos humanos no son el fruto de la cultura. En primer lugar, existen varios tipos de cultura según las sociedades y personas diferentes tienen concepciones distintas de la cultura o poseen niveles culturales diferentes. Si los derechos humanos dimanaran de la cultura, cabe preguntarse qué tipo, qué concepción o qué nivel de derechos humanos se pueden utilizar como norma aplicable al conjunto de los seres humanos. Si fueran indisociables de la cultura, su disfrute perdería todo carácter universal. En segundo lugar, si los derechos humanos emanan de la cultura, las nociones de superioridad e inferioridad de cultura se emplearán como excusa para otorgar derechos a ciertas personas o privar de ellos a otras. Ello conduciría a la reaparición de las tragedias que los seres humanos han padecido a lo largo de la historia, de la “diplomacia de los derechos humanos” y de los ataques contra esos derechos, y no faltarían las culturas que, invocando su especificidad, se negarían a mejorar la aplicación de los derechos humanos. En tercer lugar, la aceptación en el plano internacional de varios instrumentos de las Naciones Unidas en la materia ha demostrado que los derechos humanos son universales, que existen normas comunes y que las consecuencias decisivas de la cultura en este ámbito son relativas. Por último, como los derechos humanos pertenecen a la persona humana son supraculturales, esto es, pueden ser disfrutados por todos los seres humanos, con independencia de las diferencias culturales.²⁴

CARÁCTER POLÍTICO Y SUPRAPOLÍTICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El carácter político y suprapolítico de los derechos humanos es otra de las cuestiones que se plantean a raíz de su universalidad y su especificidad. El profesor Li clasifica los derechos humanos en dos categorías: una de naturaleza política, es decir, determinada por un sistema político o una ideología específicos, y otra de naturaleza suprapolítica,

22. *Ibidem*, pág. 43.

23. *Ibidem*, pág. 41.

24. *Ibidem*, pág. 45.

esto es, universal y que va más allá de los límites políticos. En el ámbito nacional, algunos derechos, como el derecho de voto, la libertad de información y de expresión, etc., son inseparables de la política o la ideología política; otros, como el derecho a la vida o a la identidad, o los derechos de las personas discapacitadas, las mujeres, los niños, etc., no están sometidos a la influencia política y pueden ser respetados en el ámbito universal. En el plano internacional, algunas cuestiones relativas a la soberanía son de carácter político y otras relacionadas con la humanidad, la paz y la seguridad, son de naturaleza suprapolítica. Según el profesor Li, si se distinguen claramente esas dos naturalezas y se enfocan de manera adecuada, se podrá despolitizar la problemática de los derechos humanos o liberarla de toda restricción ideológica. Parece obvio que el profesor Li tiene presente la contaminación “política” o “ideológica” que rodea los debates sobre los derechos humanos en China, ya que la cuestión se planteó a raíz de las reivindicaciones de esos derechos por parte de los movimientos democráticos del país y de las críticas formuladas en el ámbito internacional. Una dicotomía abstracta basada en las “naturalezas” de los derechos reconoce que algunos de ellos son específicos y otros universales, en lugar de agruparlos indiscriminadamente sobre la base de una generalización política o ideológica. Parece evidente que esta actitud, como se ha indicado anteriormente (Sección 2. 4), raya en el relativismo cultural y “resuelve” un problema sólo para suscitar otro.

CARÁCTER GENERAL

Y CARÁCTER DE CLASE DE LOS DERECHOS HUMANOS

El marxismo está luchando por mantener su liderazgo en China. En el debate actual se observa una tendencia a asignar a los derechos humanos un carácter general (por cuanto son comunes a todas las sociedades) o un carácter de clase. Así pues, Chen Zhishang señala que, dado que las personas que pertenecen a clases sociales diferentes tienen intereses distintos y antitéticos, también interpretan y reivindican los derechos humanos de maneras diferentes. Por consiguiente, el ejercicio de los derechos humanos tiene inevitablemente un carácter de clase. Sin embargo, como las clases diferentes o diametralmente opuestas de una sociedad consideran conveniente y necesario para su propia vida y su desarrollo realizar algunas concesiones y ajustes y utilizar una práctica común, surgen bases objetivas para postular el carácter común de los derechos humanos.

No obstante, el autor estima que la separación entre estos dos aspectos de los derechos humanos es similar a la que se establece entre la esencia y la forma de los mismos. Ello significa que en una sociedad de clases, en particular la sociedad capitalista, los derechos humanos, en su expresión jurídica, están por encima de la noción de clase, son universales y [en principio] pueden ser disfrutados por todos los ciudadanos.

Pero su ejercicio efectivo, su aspecto esencial, se limita a la clase social que se encuentra en posición dominante. Chen Zhishang recurre al análisis marxista de la lucha de clases para demostrar la superioridad de la concepción socialista de los derechos humanos sobre la concepción capitalista:

La forma en que cada individuo tiene derecho a la libertad, la igualdad, la propiedad, la seguridad, etc. enmascara la esencia de esos derechos, que es perpetuar los privilegios de la burguesía. Esta es la contradicción intrínseca e irresoluble que plantean los derechos humanos en la sociedad capitalista y también constituye el terreno en el que arraiga la concepción hipócrita de esos derechos propia de ese tipo de sociedad. La única manera de resolver el carácter dual de los derechos humanos existente en la contradicción entre la forma y la esencia de éstos y de ponerlos en práctica, es decir, de lograr que todos los miembros de la sociedad disfruten de ellos de manera igualitaria, consiste en eliminar las clases y en fundar su definición y ejercicio en la base económica de la propiedad social plena y la distribución de productos en función del trabajo. En este sentido, la concepción socialista de los derechos humanos es muy superior a la concepción capitalista.²⁵

Este argumento, que carece de solidez y se basa en el determinismo económico y en la distinción entre forma y esencia, cuestionable desde el punto de vista filosófico –y rechazada por muchas escuelas filosóficas– sigue presente a pesar de todo en la mayoría de las teorías sobre derechos humanos de los círculos intelectuales chinos de nuestros días.

ORÍGENES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Volviendo a un tema sobre los derechos humanos cronológicamente anterior, es decir, los derechos humanos naturales, Zhao Tingyang, del Instituto de Filosofía de la Academia China de Ciencias Sociales, escribe: “No cabe duda de que los derechos humanos son productos de la civilización y, por tanto, dimanen de la cultura y no de la naturaleza. No son hechos naturales sino exigencias culturales, por lo que es fundamental que las personas que disfrutan de los derechos respeten las normas de la ética y la civilización.”²⁶ A raíz de ello, Zhao Tingyang parece rechazar la universalidad de los derechos humanos:

Cada sociedad decide cuáles son los derechos del ser humano. Así pues, algunos de los derechos humanos reconocidos hoy en día no existían en el pasado o

25. Chen Zhishang, *op. cit.*, pág. 33.

26. Zhao Tingyang, “Youchang renquan he zuorenzhuyi” [Derechos humanos y humanización en relación de reciprocidad], *Zhexue Yanjiu* [Estudios filosóficos], vol. 9, 1996, pág. 22.

deberían volver a explicarse en el contexto de la sociedad de la esclavitud; asimismo, es evidente que algunos aspectos de los derechos humanos declarados por las Naciones Unidas expresan únicamente las reivindicaciones de las sociedades occidentales.²⁷

Estos argumentos que no son muy complicados ni elaborados (tomados de teorías que definen el carácter natural de los derechos humanos, distinciones entre derechos universales y particulares, derechos morales mínimos, etc.) nos interesan por lo que subyace a su presentación, a saber: abogan por la justificación de un mayor reconocimiento de los derechos humanos frente a las posiciones socialmarxistas ortodoxas basadas en la naturaleza de clase y el relativismo cultural.

4. PLURALISMO CULTURAL, COSTUMBRE Y DERECHO CONSUECUDINARIO

Es imposible considerar la historia de la lucha en pro de los derechos culturales en China sin analizar las actitudes de ese país con respecto a la costumbre, el derecho consuetudinario y el pluralismo jurídico y cultural y el sentimiento de identidad del pueblo chino. A continuación, se ofrece una breve reseña sobre las actitudes tradicionales del pueblo chino en relación con las leyes, costumbres y prácticas de otras etnias que viven en su territorio y la ideología actual al respecto.

LA IDENTIDAD HAN

Los chinos, o los han, como ellos mismos se denominaron durante la mayor parte de los dos últimos milenios, tienen conciencia de que no son sólo un pueblo desde el punto de vista racial, étnico o lingüístico, unido por orígenes comunes y lazos de sangre. Constituyen más bien una civilización cultural y política unida por las costumbres, los valores morales y las concepciones políticas, que se han asimilado hasta límites poco corrientes, y que han sido fortalecidos por un sistema educativo y administrativo. En consecuencia, en la tradición de China no existe una concepción oficial o central de pluralismo cultural, ético o jurídico dentro de la comunidad han. Los grupos que se diferenciaban en algo más que un aspecto secundario, como la religión (que en general se consideraba de poca importancia en China), eran considerados intrusos. Los chinos denominaban a los extranjeros de sus cuatro fronteras los yi en el este, los man en el sur, los chiang en el oeste y los ti en el norte.

27. *Ibidem*, pág. 23.

Según la historia oficial de la dinastía Han, que se escribió alrededor del año 300 d.C.:

Los bárbaros son codiciosos para las ganancias y a pesar de que tienen cara humana, su corazón es de animal. En cuanto a la vestimenta, la alimentación y el lenguaje, los bárbaros son totalmente distintos de los habitantes del Imperio del Medio. Viven en las frías zonas deshabitadas del extremo norte, deambulando en busca de tierras de pastoreo para sus rebaños y de caza para la subsistencia. Las montañas, los valles y el gran desierto los separan de nosotros. El Cielo y la Tierra crearon esta barrera entre el “interior” y nosotros. Por consiguiente, los sabios gobernantes, considerando que los extranjeros eran como animales, nunca establecieron ninguna relación con ellos ni los sojuzgaron. Resultaría muy oneroso que se concertara un acuerdo con ellos y nos sentiríamos defraudados. Si se organizara una invasión contra ellos nuestras tropas intervendrían en vano y el enemigo se rebelaría. Su tierra es imposible de cultivar y ellos son imposibles de gobernar. En consecuencia, siempre se les considerará intrusos y nunca ciudadanos. Nuestra administración y nuestro sistema educativo nunca han llegado hasta ellos y ellos nunca han conocido nuestro calendario imperial. Castiguémoslos cuando se acerquen y protejámonos contra ellos cuando se retiren. Recibámoslos cuando rinden tributo como signo de admiración por nuestra rectitud. Contengámoslos constantemente y hagámosles sentir que toda la culpa es suya. Esta es la política apropiada que los sabios gobernantes aplican a los bárbaros.²⁸

La tradición han en el ámbito de la educación perpetúa una larga tradición, y las concepciones que se adquirieron hace varios milenios se conservan y no han resultado afectadas por la modernidad ni el humanitarismo. Más de 1.500 años después, el gran emperador Ch'ien Lung, en respuesta oficial a un mensaje del rey Jorge III enviado por conducto de lord Macartney en 1793, escribía: “El respeto que le inspira nuestra dinastía celestial suscita en usted el deseo de adoptar nuestra civilización, pero nuestras ceremonias y nuestro código de leyes son tan distintos de los suyos propios que incluso si su enviado fuera capaz de adquirir los rudimentos de nuestra civilización, usted no podría transplantar nuestras maneras y costumbres a su suelo extranjero.”²⁹

28. Citado en Sechin Jagchid, “Discrimination against minorities in China”, en W. A. Veenhoven (comp.), *Case studies on human rights and fundamental freedoms*, La Haya, vol. 2, 1982, pág. 392.

29. W. W. Willoughby, *Foreign rights and interests in China*, Baltimore, Johns Hopkins Press, vol. 2, 1920, pág. 546, citado en Ernest B. Price, “Extraterritoriality in China”, *Oregon Law Review*, vol. 11, 1932, págs. 262 y 267.

En realidad, cada dinastía reconoció e incluso sacó partido de las diferencias existentes entre las minorías a la hora de gobernar a los pueblos minoritarios conquistados. Era corriente que se aplicaran dos tipos de medidas: se enviaban oficiales para que se encargaran directamente de las minorías nacionales y las controlaran, o se encomendaba a éstas su propio gobierno. En uno u otro caso, el objetivo no era reformar las costumbres de las minorías nacionales sino aprovecharlas para ejercer mejor el poder. Entre las múltiples tradiciones así preservadas figuraban la elección de los jefes de clan, el derecho penal y civil, el derecho de familia, matrimonio y sucesiones, las reglas para la solución de controversias y la gestión de los asuntos internos de los clanes y aldeas.

BAJO EL RÉGIMEN DEL KUOMINTANG

Durante el período del Partido Nacionalista, no sólo se respetaron y mantuvieron las costumbres de las minorías nacionales, sino que además las costumbres de los pueblos y comunidades han se preservaron y aplicaron amplia y constantemente en todo el sistema modernizado y occidentalizado que se estaba introduciendo. Así ocurrió especialmente en las zonas en que el gobierno del Kuomintang (KMT) tenía poca influencia, o donde las fuerzas locales actuaban en connivencia con las autoridades obteniendo así el apoyo a sus prácticas, donde el sistema de patriarcado de los clanes ofrecía algunas bases para establecer una vida social ordenada, donde se aplicaban o podían aplicarse sanciones contra las conductas delictivas u otras infracciones al orden público y normas para la indemnización civil por daños y perjuicios, la mediación y conciliación en caso de controversia e incluso el suministro de apoyo a las familias de los soldados muertos o heridos en la guerra.

Ese reconocimiento de las costumbres de las minorías por el KMT era pragmático y no ideológico, ya que su autoridad no podía llegar a todas partes y menos aún a los distritos alejados donde vivía la mayor parte de los grupos minoritarios. El KMT recurrió a las fuerzas armadas locales, que tenían que adaptarse a las prácticas de las minorías y respetar su derecho consuetudinario si querían sobrevivir y obtener asistencia. A los tribunales y funcionarios del KMT les pareció más sencillo hacer caso omiso de los intentos de los fiscales de someterles los disturbios y litigios de las minorías, y dejar a los clanes que resolvieran todos los casos, salvo los más graves. El KMT otorgó, oficialmente o tácitamente, cierto grado de autonomía a las minorías en el Tíbet, Mongolia, Xinjiang y otras regiones, como las de Manzu, Baizu y Miaozu, especialmente en lo relativo a las prácticas religiosas. En muchos lugares en que existían sociedades secretas y sectas supersticiosas, sus dirigentes y las reglas que imponían resultaban incluso más severos que la legislación nacionalista. No obstante, estas reglas no se consideraban parte del derecho consuetudinario ni podían asimilarse a éste.

EL DERECHO CONSUECUDINARIO DESDE EL ADVENIMIENTO DE LA REPÚBLICA POPULAR DE CHINA

Decenio de 1950

Durante el decenio de 1950, el derecho consuetudinario también fue tolerado en general, cuando no fomentado o respetado en algunos ámbitos. Al no existir un “ordenamiento jurídico completo” y mientras proseguía la reconstrucción, el Partido Comunista de China (PCC), al igual que el KMT, no controlaba todo el territorio, de tal modo que en las zonas ocupadas por las minorías, el derecho consuetudinario de éstas complementaban las leyes y reglamentos estatales. La consigna era aceptar las costumbres de las minorías; el Partido pedía a sus miembros que no infringieran tales costumbres y que mostraran respeto por las minorías cuando trataran sus asuntos.

De 1953 a 1954

Durante esos años, el PCC empezó a reajustar y perfeccionar su política. Las reglas del derecho consuetudinario de las minorías nacionales se clasificaron en tres categorías: las que eran útiles para la sociedad socialista, las que no tenían consecuencias y las que resultaban perjudiciales.³⁰

Las reglas útiles se podían emplear para complementar las leyes nacionales a fin de tener en cuenta las costumbres propias de las diferentes regiones étnicas o para asistir al gobierno local de las regiones multinacionales. Así pues, el artículo 36 de la ley de matrimonio de la República Popular de China (1950) dispone lo siguiente: “La Asamblea Popular de las regiones de las minorías nacionales o su Comité Permanente podrá establecer algunas disposiciones complementarias o adicionales en función de la situación de los asuntos de matrimonio y familia de esas minorías sobre la base de esta ley.” Las reglas relativas a la edad legal para contraer matrimonio, el procedimiento del mismo, los deberes de atención y apoyo para con los jóvenes y los ancianos, los derechos de sucesión, las fiestas nacionales y las normas religiosas podrán ser modificadas o reconocidas siempre que no fueran contrarias a los intereses del Estado. En el derecho de sucesiones y otras leyes del Estado central existían disposiciones similares.

Las reglas del derecho consuetudinario que no entrañaban consecuencias no se contemplaban de manera explícita pero se podían tener en cuenta y examinar a la hora de aplicar la legislación nacional si no entraban en conflicto con ésta o en la medida en que no se opusieran a ella. Por tanto, se respetaba la prohibición islámica del matrimonio entre un musulmán y un no musulmán, del matrimonio entre primos, la cos-

30. Wu Zhongjin *et al.*, *Introduction to ethnic law*, Guangxi Minority Nationalities Press, 1990, pág. 30.

tumbre de llevar ropa y adornos especiales, las ceremonias y los ritos sociales. Más recientemente, se reformaron en cierta medida algunas leyes o políticas estatales, como la política del hijo único, con miras a su aplicación a las minorías. En cambio, el derecho del Estado prohíbe el matrimonio por rapto, aunque se permite un rapto simbólico en forma de simulacro.³¹

Las reglas del derecho consuetudinario que resultaban perjudiciales para la sociedad socialista, por ejemplo, la poligamia y la poliandria, fueron estrictamente prohibidas. Cuando una costumbre no era perjudicial en sí misma pero sí lo era en el contexto, también se prohibía. En consecuencia, la costumbre de los Miao de pedir a las personas que asistían a un funeral que mataran una vaca y la llevaran al entierro se prohibió en un pueblo miao de 13.000 habitantes en el que se mataron 300 vacas en un año con ese fin. Asimismo, se anularon las facultades especiales de los jefes de clan y se prohibieron las prácticas que afectaban a la libertad de matrimonio, impedían a las mujeres disfrutar del mismo derecho de sucesión que los hombres o les negaban todo derecho de sucesión.

En términos generales, en este período las políticas y prácticas de la República Popular de China fueron relativamente progresistas. Se procuró no herir la sensibilidad de las etnias minoritarias, especialmente con respecto a los chinos de origen han, a fin de mantener una armonía relativa entre las minorías y los dirigentes y la población han.

Decenios de 1960 y 1970

Desde el principio de los años sesenta, las ideas de extrema izquierda prevalecieron y “en un estado de caos generalizado” dieron lugar a transformaciones radicales de las costumbres y del derecho consuetudinario de las minorías nacionales que culminaron en la Revolución Cultural. El PCC adoptó la política de “mezclar todas las nacionalidades” y “oponerse al nacionalismo local” negando las características de las distintas minorías e impulsando a la asimilación nacional. Se dejaron de tolerar las costumbres y las normas del derecho consuetudinario de las minorías nacionales y se prohibieron

31. Las mujeres capturadas en la guerra o en asaltos a pueblos vecinos tenían que contraer matrimonio con los hombres que formaban parte del bando vencedor o habían participado en el asalto. Antes del decenio de 1950 y de que los comunistas introdujeran las leyes que regulan el matrimonio, el matrimonio forzoso, la compra de la novia y el matrimonio por rapto eran muy corrientes en las provincias de Shansi, Shaansi, Hunán occidental, Guizhou oriental y Yunnán noroccidental. En la actualidad, el matrimonio por rapto constituye un vestigio consuetudinario “para impresionar” y las novias gimen en medio de las risas de la comunidad. En algunas zonas, especialmente en Mongolia, la costumbre sigue vigente entre los campesinos de los pueblos y las comunidades agrícolas.

todas las ceremonias conmemorativas de los antepasados y los ritos religiosos. Muchas minorías nacionales, como los tibetanos, los vigures, los rus y los uzbekos de Xinjiang, se sublevaron y la República Popular de China optó por reprimirlas con las armas.

Decenio de 1980

En el decenio de 1980 tuvo lugar un cambio radical. Tras la adopción de la política de la puerta abierta y del colapso de la Unión Soviética, el problema de las minorías nacionales se tornó apremiante. El Tíbet y las minorías nacionales de Xinjiang y Mongolia se prepararon para organizar movimientos de independencia o, por lo menos, de verdadera autonomía. En esas circunstancias, el PCC modificó su política y adoptó una postura de “apaciguamiento nacional”, tratando de sacar a las minorías de su aislamiento, haciendo hincapié en la igualdad y la unidad nacional y mostrando respeto por las minorías nacionales y sus costumbres. Se volvió a recalcar que “el que infrinja las costumbres de las minorías nacionales será castigado con sanciones penales” y se prestó especial atención al desarrollo económico y la educación de dichas minorías. La Constitución de 1982 establece claramente que no se puede aceptar el chovinismo han.³² Las costumbres y las reglas consuetudinarias de las minorías nacionales empezaron a resurgir, se comenzaron a reconstruir y reconocer linajes de clanes y se eligió a los jefes de clan para puestos de responsabilidad o se les restituyó su autoridad.

Todos estos cambios también afectaron al pueblo han. En las zonas rurales, los grupos han empezaron a reivindicar sus derechos y a restablecer sus clanes. Chinos establecidos en Hong Kong, Indonesia, Singapur, Taiwán, Tailandia y los Estados Unidos regresaron para unirse a sus clanes y organizar funerales por sus difuntos si éstos no habían sido enterrados debidamente o si no se había rezado por ellos en templos ancestrales durante los años anteriores. Es evidente que todo ello se llevó a cabo dentro de los límites de la ley.

Papel del derecho consuetudinario en nuestros días

Actualmente la República Popular de China se define como un Estado multinacional en el que todas las minorías nacionales (hoy día existen 56) son iguales y en el que se prohíbe toda discriminación u opresión contra ellas. Si bien los pueblos distintos de los han se consideran minorías en numerosas declaraciones de política y disposiciones administrativas y tienen derecho a un cierto nivel de autonomía cultural, necesitan la ayuda del gobierno y del pueblo han para mejorar su situación y lograr su progreso económico y cultural. En relación con esta política, se dice que en los años sesenta un

32. Preámbulo de la Constitución, párr. 3.4.

mongol hizo el siguiente comentario: “Nos dan tazones de arroz nuevos y nos obligan a pedir comida.”

Desde el punto de vista ideológico, la China comunista tiene tres razones principales para rechazar el pluralismo jurídico, tanto en el plano nacional como en el mundial:

1. La doctrina marxista del derecho como instrumento de las clases dirigentes conduce a una concepción sumamente positivista e instrumentalista del derecho, que podría utilizar las costumbres y el derecho consuetudinario como arma subsidiaria, y no a sus fines propios.

2. La crítica marxista socialista del feudalismo y de la historia feudal considera el pluralismo jurídico como una etapa inicial de la evolución histórica hacia el comunismo.

3. El chovinismo tradicional de la dinastía china del Gran Han lleva a rechazar los derechos y las tradiciones de las minorías pluralistas, rechazo que es reforzado por la tendencia marxista a considerar todas las prácticas minoritarias como feudalistas, carentes de rigor científico y supersticiosas.

También existen otros motivos, a saber: la centralización del poder del Estado en la República Popular de China, en la que ninguna persona o grupo dispone de un poder legislativo, con excepción de las instancias superiores del gobierno centralizado como órgano estatal, esto es, la Asamblea Popular Nacional y su Comité Permanente; la derogación de todas las leyes y del ordenamiento jurídico anteriores a 1949, lo que significa que sólo están vigentes las leyes y los reglamentos promulgados bajo el régimen comunista; y el temor de que las minorías invoquen el derecho consuetudinario para reivindicar la libre determinación.

Sin embargo, en general la situación con respecto al derecho consuetudinario y a las costumbres ha mejorado, a grandes rasgos, excepto en el Tíbet y Xinjiang. El matrimonio, los ritos funerarios, las sucesiones y otros asuntos similares se pueden regir por normas consuetudinarias siempre que éstas no contravengan los principios generales del Estado. Los jefes de clan, que siguen siendo respetados, resuelven con frecuencia las controversias que surgen en su seno. Cuando se producen conflictos entre minorías nacionales, el tribunal respeta y tiene en cuenta sus costumbres respectivas. En ese tipo de desacuerdos, el tribunal hace la vista gorda siempre que no atañan a la política y a la orientación nacional relativas a las minorías y que no se señalen especialmente a su atención. En cambio, si un asunto se relaciona con la política o con un crimen o delito grave, el tribunal se encargará del caso sin tener en cuenta las costumbres ni el derecho consuetudinario.

Situación de las minorías en el marco de la Constitución

La Constitución de 1982 comprende varias disposiciones relativas a la situación de las minorías nacionales. El Preámbulo reza lo siguiente: “En la lucha por mantener la unidad de las minorías nacionales deberemos evitar tanto el gran nacionalismo, es decir, el chovinismo han, como el nacionalismo local.” Por su parte, el artículo 4 dispone que:

Todas las minorías nacionales de la República Popular de China son iguales. El Estado protege los derechos e intereses legítimos de las minorías nacionales y apoya y fomenta un relación de igualdad, unidad y asistencia mutua entre todas ellas. Se prohíben la discriminación y la opresión contra toda minoría nacional. Se prohíbe todo acto que socave la unidad de las minorías o incite a la división [...] Todas las minorías nacionales tienen la libertad de emplear y promover su propia lengua y escritura, y de preservar o reformar su propia cultura popular y sus costumbres.

El artículo 5 estipula que “los ciudadanos de la República Popular de China tienen el deber de salvaguardar la unidad del país y de todas sus minorías nacionales”.

Estas disposiciones se podrían considerar como promesas de igualdad y reconocimiento de las minorías pero en ellas se encuentran las simientes de los malentendidos, las diferencias, las ambigüedades y las ambivalencias. Los significados de las nociones de perturbación, unidad e integración nacional tanto en estas disposiciones como en la Constitución en general y el ámbito de las libertades garantizadas por ellas, son cuestiones que las minorías nacionales o, por lo menos algunas de ellas, pueden poner en tela de juicio y, de hecho, lo hacen.

El artículo 15 precisa que los gobiernos locales de las regiones autónomas son órganos administrativos que actúan bajo la dirección del Consejo de Estado. Las asambleas populares de las regiones autónomas tendrán derecho a promulgar leyes de acuerdo con el carácter de la política, la economía y la cultura de las minorías nacionales de la localidad. Sin embargo, estas leyes se someterán a la aprobación del Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional. Además, las leyes de las localidades de las regiones autónomas deberán transmitirse al Comité Permanente de la Asamblea Popular de la región autónoma con miras a su aprobación y al Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional para su archivo.

Los órganos de las regiones autónomas tienen derecho a aplicar las leyes y políticas estatales en función de la situación local. En consecuencia, esos órganos tienen cierta flexibilidad a la hora de promulgar reglamentos adicionales para las leyes que les afectan, de conformidad con el espíritu de la ley. Existen disposiciones similares en los principios generales del derecho civil, la ley sobre el matrimonio y la ley sobre las sucesiones que garantizan esos derechos a los gobiernos regionales autónomos.

De conformidad con el artículo 52, los tribunales populares de las regiones autónomas deberán tratar los casos de derecho administrativo de acuerdo con las medidas adoptadas en esas regionales para aplicar la ley de procedimiento administrativo. Menos de un tercio de las regiones autónomas han promulgado reglamentos de aplicación.

En cuando al derecho penal, el artículo 147 del Código Penal estipula lo siguiente: “El funcionario público que prive ilegalmente a cualquier persona de la libertad de culto o infrinja las costumbres de las minorías nacionales en circunstancias graves será castigado con pena de hasta dos años de cárcel.” Según el autor de *Introduction to ethnic law*,³³ si bien se produjeron muchos casos de este tipo de infracción y privación antes de 1979, año en que se promulgó la ley penal, desde entonces no se ha castigado a ninguna persona en todo el país en aplicación de ese artículo.

PROBLEMAS QUE PLANTEA LA DEFINICIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO

No siempre es fácil distinguir la costumbre del derecho consuetudinario. Durante los períodos de represión, los funcionarios más obtusos afirman que la costumbre se distingue del derecho consuetudinario por el hecho de que este último está escrito. Los defensores de la costumbre alegan que ésta también es derecho, es decir, que se trata de derecho consuetudinario no escrito. Ninguno de estos razonamientos, tan rudimentario e inadecuado el uno como el otro, resultan convincentes ni para promover ni para descalificar la causa de la costumbre o del derecho consuetudinario. Cuando la costumbre o el derecho consuetudinario entran en conflicto con la legislación nacional, el Estado se negará simplemente a reconocerlos y, en el mejor de los casos, asimilará el derecho consuetudinario a una simple costumbre para dejarlo de lado más fácilmente.

Asimismo, resulta difícil establecer o distinguir la frontera entre la costumbre y el derecho consuetudinario por una parte, y el derecho religioso por la otra. El prestigio social y la influencia de las religiones son mucho mayores en las minorías nacionales que en el pueblo han. En algunas regiones donde viven minorías nacionales, todos los habitantes son creyentes y además todos profesan la misma religión, como ocurre en el Tíbet. En ese caso, las costumbres y leyes de esa religión suelen ser también las de la comunidad y, por tanto, la política y la religión se fusionan. El Estado chino exige que las religiones se mantengan al margen de la política, el matrimonio y la educación. Las distintas religiones de la República Popular de China deben formar “iglesias patrióticas nacionales”, registrar sus lugares de culto, rendir cuenta de los

33. Wu Zhongjin, *op. cit.*, pág. 128.

fondos que reciben e invierten y administrar sus propios asuntos (eclesiásticos) bajo la supervisión del Estado, por conducto de la Comisión y la Oficina de Asuntos Religiosos. Las que no se atengan a estas disposiciones quedan reducidas a una existencia clandestina y no tienen derecho a reunirse, a organizar servicios religiosos ni a recibir ni solicitar fondos.

A menudo, los creyentes prefieren una ceremonia religiosa para ocasiones como las bodas y los funerales, y siempre que esas ceremonias no entren en conflicto con las exigencias del Estado, las autoridades suelen hacer la vista gorda y renunciar con pragmatismo a la política anterior que pretendía combatir decididamente la “combinación de política y religión”.

Obviamente, esta historia de tolerancia u opresión con respecto a las costumbres, el derecho consuetudinario, las prácticas de origen religioso y las normas de comportamiento que observan los grupos practicantes es forzosamente incompleta. La concepción de los “derechos culturales” y su protección están escasamente desarrolladas y seguirán ocupando un lugar secundario en las consideraciones teóricas y prácticas de la China contemporánea mientras las circunstancias políticas y económicas no sean “propicias” para nuevos progresos. Existen indicios de que el horizonte de los derechos humanos se está ampliando tanto en el frente jurídico como en el social (y, por consiguiente, cabe esperar que ello ocurra también con los derechos culturales). Entretanto, la investigación teórica china sobre la cultura y los derechos culturales seguirá siendo poco sólida y casi subrepticia y no contará con un apoyo intelectual y financiero suficiente. En efecto, las percepciones históricas y culturales se cuentan entre las más tenaces.

LA UNESCO Y LOS DERECHOS CULTURALES

Kishore Singh

1. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional relativo a los derechos humanos, cuyo desarrollo fue inspirado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, contiene disposiciones sobre los derechos culturales en varios instrumentos normativos. En su artículo 27, la Declaración Universal estipula que “toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 15, reconoce a toda persona el derecho a participar en la vida cultural. De manera análoga, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula lo siguiente:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Por otra parte, la importancia de “un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel nacional, regional e internacional” fue subrayado en la Declaración y Programa de Acción aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, junio de 1993). Esta recomendó también el estudio de “otros métodos” complementarios (como un sistema de indicadores para medir los avances hacia la realización de esos derechos). Además, la Conferencia Mundial instó “a los Estados a que velen por la plena y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las

cuestiones que les interesen”.¹ De resultados de la Conferencia Mundial, la observancia, la protección y la promoción de las normas sobre derechos humanos reconocidas universalmente han pasado a ser una preocupación importante de toda la comunidad internacional y, en la actualidad, los derechos culturales son objeto de creciente atención y consideración.

La UNESCO, dados los ideales y principios consignados en su Constitución y en su calidad de “Casa de la Cultura”, tiene una vocación especial por lo que atañe a la protección y promoción de los derechos culturales. Tras enunciar “la necesidad de asegurar a todos el pleno e igual acceso a la educación” y “el libre intercambio de ideas y de conocimientos”, la Constitución de la UNESCO sostiene los ideales de “la educación de la humanidad para la justicia, la libertad y la paz”, de entendimiento mutuo y “de un conocimiento más preciso y verdadero” de las vidas respectivas de los pueblos y, de sus culturas, así como “los principios democráticos de la dignidad, la igualdad”, “el respeto a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”.

2. INSTRUMENTOS NORMATIVOS RELATIVOS A LOS DERECHOS CULTURALES: CONTRIBUCIÓN DE LA UNESCO

Guiada por su mandato constitucional y su misión ética, la UNESCO ha preparado numerosos instrumentos normativos en sus esferas de competencia. La primera publicación de la UNESCO (1950), *Freedom and culture*, reunió reflexiones sobre seis dimensiones culturales de la Declaración Universal de Derechos Humanos,² inspirando de ese modo la preparación ulterior de los instrumentos de la UNESCO relativos a los derechos culturales.

Algunas de estas normas (convenciones y acuerdos) son vinculantes, en tanto que otras (declaraciones y recomendaciones) no lo son. En su mayor parte enuncian las medidas que los Estados han de adoptar o respetar; algunas de ellas se refieren a los derechos de las personas y los pueblos. Pero todas ellas crean un contexto en el cual pueda florecer la libertad de ejercer, desarrollar y proteger una cultura.

1. Véase *Declaración y Programa de Acción de Viena*, A/CONF.157/23, Asamblea General de las Naciones Unidas, 12 de julio de 1993, párrs. 98, 31.

2. *Freedom and culture*, obra publicada bajo la dirección de la UNESCO, Londres, Wingate, 1.ª edición en 1950. Abarca: la cultura, un derecho humano; el derecho a la educación en el mundo moderno; la libertad de información; el derecho del artista creador; la libertad en la creación literaria y artística y la libertad de la ciencia.

i) La Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, 1960, es uno de los primeros instrumentos normativos de la UNESCO; afirma el derecho a la educación. Su finalidad es eliminar las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. Contiene medidas que han de adoptar los Estados a fin de favorecer la igualdad de oportunidades y de trato en la educación. La Convención se basa en dos principios fundamentales consignados tanto en la Constitución de la UNESCO como en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyos artículos 2 y 26 proscriben toda forma de discriminación y se proponen promover el derecho a la educación para todos.

ii) La Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, 1978, en su artículo primero afirma que:

Todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a [...] ser considerados como tales. Sin embargo, la diversidad de las formas de vida y el derecho a la diferencia no pueden en ningún caso servir de pretexto a los prejuicios raciales; no pueden legitimar ni en derecho ni de hecho ninguna práctica discriminatoria, ni fundar la política de apartheid que constituye la forma extrema del racismo.

Afirma además que “la identidad de origen no afecta en modo alguno la facultad que tienen los seres humanos de vivir diferentemente, ni las diferencias fundadas en la diversidad de las culturas, del medio ambiente y de la historia, ni el derecho de conservar la identidad cultural”. En su artículo 3, la Declaración reconoce “el derecho al desarrollo integral”, que implica igualdad de acceso a los medios de progreso y de realización individual y colectiva en un clima de respeto por los valores de la civilización y las culturas nacionales y universales.

iii) El derecho a la educación también está consignado en la Constitución de la UNESCO, que proclama el ideal de “la igualdad de posibilidades de educación para todos”. La Organización tiene el mandato de instituir la colaboración entre las naciones con objeto de fomentar el ideal de igualdad de oportunidades educativas “sin distinción de raza, sexo ni condición social o económica alguna”. El derecho a la educación fue fortalecido por la Declaración Mundial sobre Educación para Todos, aprobada por la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos en marzo de 1990 (Jomtien, Tailandia). En su artículo 1, la Declaración de Jomtien proclama que “cada persona –niño, joven o adulto– deberá estar en condiciones de aprovechar las oportunidades educativas ofrecidas para satisfacer sus necesidades básicas de aprendizaje”, a fin de “desarrollar plenamente sus capacidades” y “participar plenamente en el desarrollo”.

iv) Otra dimensión importante promovida por la UNESCO es el derecho a la cooperación cultural internacional. La Declaración de los Principios de la Coopera-

ción Cultural Internacional, aprobada el 4 de noviembre de 1966, se propone fomentar “mediante la cooperación de las naciones del mundo en las esferas de la educación, la ciencia y la cultura, los objetivos de paz y de bienestar enunciados en la Carta de las Naciones Unidas”.³ En ella se “pide a los Estados Miembros que hagan todo lo posible para aplicar las disposiciones de esta Declaración con el fin de que pueda contribuir a la paz y al bienestar de la humanidad.” Se reconoce que “toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos” (artículo primero), paralelamente al reconocimiento de la dignidad humana contenido en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por otra parte, reconoce también que “todo pueblo tiene el derecho y el deber de desarrollar su cultura”. En ella se afirma que la finalidad de la cooperación cultural internacional es “hacer que todos los hombres tengan acceso al saber, disfruten de las artes y de las letras de todos los pueblos, se beneficien de los progresos logrados por la ciencia en todas las regiones del mundo y de los frutos que de ellos derivan, y puedan contribuir, por su parte, al enriquecimiento de la vida cultural”.

v) La UNESCO promueve el derecho a participar en la vida cultural. La Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural, aprobada el 26 de noviembre de 1976, afirma en su preámbulo que: la participación del mayor número posible de personas y asociaciones en las actividades culturales más diversificadas y libremente escogidas es indispensable para el desenvolvimiento de los valores humanos esenciales y de la dignidad del individuo; que el acceso de amplias capas de la población a los bienes culturales sólo se puede asegurar si se reúnen las condiciones económicas que permitan a los interesados no sólo disfrutar de esos bienes, sino también participar activamente en todas las manifestaciones de la vida cultural así como en el proceso del desarrollo cultural.

vi) La Declaración de México sobre las Políticas Culturales, aprobada por la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales en agosto de 1982, expresando “esperanza en la convergencia última de los objetivos culturales y espirituales de la humanidad”, enunció los principios que rigen las políticas culturales. En su principio 1, afirma que “cada cultura representa un conjunto de valores único e irremplazable, ya que las tradiciones y formas de expresión de cada pueblo constituyen su manera más lograda de estar presente en el mundo”. Afirma también que “la identidad cultural es una riqueza que dinamiza las posibilidades de realización de la especie humana, al movilizar a cada pueblo y a cada grupo para nutrirse de su pasado y acoger

3. Al aprobar esta Declaración, la Conferencia General adoptó una resolución sobre el mismo tema.

los aportes externos compatibles con su idiosincrasia y continuar así el proceso de su propia creación”. Además, “identidad cultural y diversidad cultural son indisociables” y “el reconocimiento de múltiples identidades culturales allí donde coexisten diversas tradiciones constituye la esencia misma del pluralismo cultural”.⁴

vii) Actualmente, la UNESCO está ocupándose de otro ámbito relacionado con la promoción del respeto de los derechos lingüísticos y la identidad cultural. La Declaración Universal de Derechos Lingüísticos, aprobada por la Conferencia sobre Derechos Lingüísticos organizada por el PEN Club en Barcelona, España (1996), reconoce que todos los idiomas son “la expresión de una identidad colectiva”, así como la igualdad de derechos de todas las comunidades lingüísticas “a usar su lengua y a mantenerla y potenciarla en todas las expresiones culturales” y “el derecho a desarrollarse plenamente”.

viii) La preservación del patrimonio cultural mundial ha sido una preocupación esencial de la UNESCO. La responsabilidad de la protección de los bienes y el patrimonio cultural nacional e internacional figura en la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (Convención de La Haya), 1954, y su Protocolo. Otro instrumento relativo a este tema es la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir o Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, 1970. La Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, 1972, prevé la protección de los sitios culturales o naturales de valor universal excepcional. En virtud de estas Convenciones, los Estados se comprometen a respetar el patrimonio cultural mueble e inmueble en tiempos de conflicto internacional o civil (Convención de La Haya, 1952), a prevenir el tráfico ilícito del patrimonio mueble (1970) y a cooperar en la protección y gestión de los sitios y monumentos excepcionales. Por otra parte, la UNESCO ha trabajado en estrecha colaboración con el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) a fin de redactar el Convenio de UNIDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente, 1995, que entró en vigor el 1.º de julio de 1998 y que otorga a un propietario el derecho de entablar juicio con vistas al retorno de un objeto cultural robado en otro país en los casos en que ese derecho no existía previamente. Este Convenio complementa la Convención de la UNESCO de 1970 y está siendo difundido por la UNESCO conjuntamente con ella. Actualmente se está trabajando en un Proyecto de Convención para la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático.

ix) La Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y

4. Declaración de México sobre las Políticas Culturales, aprobada por la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales, 6 de agosto de 1982, UNESCO, 1982.

Popular, 1989, considerando que el folclore forma parte del patrimonio universal de la humanidad y es un medio poderoso de reunir a pueblos y grupos sociales diferentes y de reafirmar su identidad cultural, insta a los Estados Miembros a adoptar medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para aplicar en sus territorios los principios y medidas que en ella se definen.⁵

x) La misión constitucional de la UNESCO asigna especial consideración al aprovechamiento en común del conocimiento. El Acuerdo para la Importación de Objetos de Carácter Educativo, Científico y Cultural (“Acuerdo de Florencia”), 1950, estipula que “la libre circulación de las ideas y de los conocimientos y, en términos generales, la difusión más amplia de las diversas formas de expresión de las civilizaciones son condiciones imperiosas tanto del progreso intelectual como de la comprensión internacional, contribuyendo así al mantenimiento de la paz en el mundo”. Los Estados contratantes “se comprometen, en toda la medida de lo posible “a proseguir sus esfuerzos comunes para favorecer por todos los medios la libre circulación de los objetos de carácter educativo, científico o cultural y suprimir o reducir todas las restricciones a dicha libre circulación”. Por otra parte, la Recomendación relativa a la Situación de los Investigadores Científicos, 1974, prevé el derecho a participar en el progreso científico. La Convención sobre el Canje de Publicaciones Oficiales, 1958, también guarda relación con el derecho a la información. La Convención Universal sobre Derecho de Autor (1952, revisada en 1971) protege el derecho y los intereses morales y materiales derivados de la producción literaria o artística. La Recomendación relativa a la Condición del Artista, 1980, también es importante. Hay varios otros instrumentos de la UNESCO que crean un ambiente favorable al desarrollo de los derechos culturales.⁶

3. DESARROLLO DE LOS DERECHOS CULTURALES

La UNESCO reconoce que los derechos culturales están aún insuficientemente desarrollados y que la definición y el contenido de estos derechos deben ser aclarados. En el Programa de la UNESCO para 1994-1995 se preveía la realización de estudios sobre

5. El Consejo Ejecutivo de la UNESCO en su 142ª reunión, celebrada en octubre de 1993, invitó a los Estados Miembros a establecer un sistema de “Bienes Culturales Vivos”, y a presentar a la UNESCO la lista de “Tesoros Humanos Vivos”, una vez que se haya introducido el sistema.

6. Para más detalles, véase *Convenciones y recomendaciones de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural*, UNESCO, 1985.

el contenido de los derechos culturales, con especial hincapié en la identidad y los derechos lingüísticos, y la preparación de un sistema de indicadores para evaluar en qué medida estos derechos son respetados. Como parte de la reflexión acerca de nuevas perspectivas en el ámbito de los derechos humanos y la ética, la UNESCO decidió ampliar, durante su Estrategia a Plazo Medio (1996-2001), su función en calidad de foro para el debate sobre los derechos culturales, abarcando ciertos ámbitos nuevos.

En un coloquio organizado por el Instituto Interdisciplinario de Ética y Derechos Humanos de la Universidad de Friburgo (Suiza), en cooperación con la Comisión Nacional Suiza para la UNESCO, en noviembre de 1991, se examinaron los derechos culturales como una categoría subdesarrollada de derechos humanos, tanto en la práctica como en la doctrina.⁷ Con apoyo de la UNESCO, se creó un grupo de trabajo para la redacción de un proyecto de declaración sobre los derechos culturales. La versión de ese texto preparada en septiembre de 1997⁸ considera indispensable el reconocimiento y el ejercicio de los derechos culturales a fin de proteger y promover las identidades culturales y fomentar la expresión de las diferentes culturas y el diálogo intercultural en las sociedades democráticas.

La necesidad de favorecer la libertad de investigación y educación ha llevado a la UNESCO a instituir un programa sobre la libertad académica; el reconocimiento de esta libertad es un aspecto importante de los derechos culturales. Por consiguiente, la Organización está explorando la viabilidad de un instrumento normativo para codificar los derechos de libertad académica. La Recomendación relativa a la Condición del Personal Docente de la Enseñanza Superior aprobada en 1997⁹ da expresión al principio de respeto de “las libertades académicas y los derechos humanos”, estipulando que las instituciones de enseñanza superior deberían velar por “defender activamente la libertad académica y los derechos humanos fundamentales” y promover “la asociación, en pie de igualdad, de todas las comunidades académicas del mundo, con miras a la búsqueda y utilización del saber y a la preservación del patrimonio cultural”.¹⁰

7. Véase *Les droits culturels: une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, Friburgo, Éditions Universitaires, 1993.

8. Texto en el apéndice C.

9. *Documentos de la Conferencia General*, 29ª reunión, París, 21 de octubre - 12 de noviembre de 1997, UNESCO, París, págs. 28-39.

10. En el párrafo 27 de esta recomendación se estipula lo siguiente: “El personal docente de la enseñanza superior tiene derecho al mantenimiento de la libertad académica, es decir, la libertad de enseñar y debatir sin verse limitado por doctrinas instituidas, la libertad de llevar a cabo investigaciones y difundir y publicar los resultados de las mismas, la libertad de expresar

La importancia de la evolución de los derechos culturales fue destacada por la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo, celebrada en Estocolmo, Suecia, del 30 de marzo al 2 de abril de 1998. El Plan de Acción sobre Políticas Culturales para el Desarrollo, aprobado en la Conferencia, reconoció que el acceso a la vida cultural y la participación en ella es un derecho fundamental de las personas de todas las comunidades y que los gobiernos tienen el deber de crear las condiciones para el pleno ejercicio de este derecho, con arreglo al artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Conferencia expresó la necesidad de “hacer un inventario de derechos culturales evaluando los instrumentos existentes relacionados con los derechos humanos”.¹¹

En su labor relativa a los derechos culturales, la UNESCO coopera con el Consejo de Europa¹² y fue representada en el Octavo Coloquio Internacional sobre la Convención Europea de Derechos Humanos, celebrado por el Consejo de Europa en Budapest en septiembre de 1995. En ese Coloquio, la reflexión se centró en algunos temas importantes de los derechos culturales: los derechos individuales universales, indivisibles y que se puedan hacer cumplir jurídicamente; los derechos culturales y cómo tratar las situaciones particulares con vistas a garantizar la seguridad democrática en Europa.¹³

4. HACER CUMPLIR LOS DERECHOS CULTURALES

Además de formular normas y de impulsar el debate sobre las disposiciones en preparación, la contribución de la UNESCO, al colaborar con sus Estados Miembros, es importante para hacer cumplir los derechos culturales y los instrumentos jurídicos conexos.

La Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo creada por la UNESCO destacó la necesidad de volver a examinar los procedimientos internacionales a fin de que se sancionen las violaciones de los derechos culturales, desde la persecución de las personas hasta la “depuración étnica”. Reconociendo que las personas y las comunidades

libremente su opinión sobre la institución o el sistema en que trabaja, la libertad ante la censura institucional y la libertad de participar en órganos profesionales u organizaciones académicas representativas.”

11. Véase el Plan de Acción sobre Políticas Culturales para el Desarrollo, aprobado por la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo, Estocolmo, 2 de abril de 1998, CLT-98/CONF.210/4 Rev. 2, UNESCO, París.

12. Véase *8th International Colloquy on the European Convention on Human Rights: Proceedings*, Council of Europe Publishing, 1996, págs. 98-99.

13. *Ibidem*.

perseguidas por consideraciones de orden cultural no encuentran protección adecuada en el marco jurídico existente de salvaguardia de los derechos humanos, la Comisión subrayó la necesidad de que la comunidad internacional garantice la protección de los derechos culturales.¹⁴ Frente a las violaciones en aumento de los derechos humanos, la defensa de los derechos culturales ha pasado a ser motivo de grave preocupación. La UNESCO ha establecido varios procedimientos y mecanismos institucionales para salvaguardar los derechos humanos en sus esferas de competencia.

LA FUNCIÓN DEL COMITÉ DE CONVENCIONES Y RECOMENDACIONES

El Comité de Convenciones y Recomendaciones del Consejo Ejecutivo de la UNESCO tiene por mandato examinar los casos de violaciones de los derechos humanos en las esferas de competencia de la UNESCO (cultura, comunicación, ciencia, educación) y contribuye así directamente a la protección de los derechos humanos. El Comité examina las denuncias admisibles de violaciones de estos derechos presentadas contra cualquier Estado Miembro. Basándose en consideraciones morales y en su competencia específica, la UNESCO actúa animada de un espíritu de cooperación internacional, conciliación y entendimiento recíproco. El Director General desempeña un importante cometido al procurar permanentemente reforzar la acción de la UNESCO en el ámbito de los derechos humanos, tanto mediante la solución de casos y la eliminación de las violaciones masivas, sistemáticas y flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, como iniciando consultas, en condiciones de respeto mutuo, confianza y confidencialidad, con vistas a alcanzar soluciones para problemas particulares relativos a los derechos humanos.¹⁵

SALVAGUARDAR EN PARTICULAR LOS DERECHOS DE LOS INTELECTUALES

En la UNESCO causa profunda preocupación la negación y las violaciones flagrantes y sistemáticas de los derechos fundamentales de los intelectuales, entre otros, periodistas, educadores y artistas. El Director General condena enérgicamente los atentados contra la vida, la dignidad y la libertad de expresión de esas personas a fin de alertar a la opinión pública con respecto a la salvaguardia de estos derechos. Las declaraciones son amplia-

14. *Nuestra diversidad creativa; informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo*, Ediciones UNESCO, 1995, págs. 191-193.

15. Decisión 104 EX/3.3 del Consejo Ejecutivo de la UNESCO; M. Paszowski, "UNESCO's 'unknown' human rights procedure", *The Polish Quarterly of International Affairs*, 1996, n.º 1, págs. 1-12.

mente difundidas a través de las publicaciones de la UNESCO. En cooperación con las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes y con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la UNESCO acopia información sobre la violación de los derechos fundamentales de los intelectuales.

LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN Y LA VIOLENCIA

En años recientes, la UNESCO ha prestado particular atención a la prevención de la discriminación contra las personas pertenecientes a grupos desfavorecidos y vulnerables, especialmente en la esfera de la educación y la cultura. La Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza prevé la protección de los derechos educacionales de las minorías y de las personas y su aplicación contribuye de manera significativa a eliminar las prácticas discriminatorias. Es crucial para la realización de otros derechos culturales. La aplicación de esta Convención es supervisada por el Comité de Convenciones y Recomendaciones del Consejo Ejecutivo de la UNESCO. La cuestión de cómo poner fin a las discriminaciones en la enseñanza y favorecer el acceso y la igualdad de oportunidades está actualmente recibiendo consideración especial.

El proceso de consulta con los Estados Miembros durante la supervisión de la aplicación de la Convención y Recomendación de la UNESCO relativas a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, ofrece una perspectiva comparada sobre las leyes, políticas y medidas de educación adoptadas por cada Estado contra la discriminación en la educación facilita una mejor percepción del grado de protección otorgado a nivel nacional y local y sienta las bases para la reflexión y para actividades futuras en este campo.

La UNESCO asigna particular importancia a la eliminación de la discriminación contra la mujer. Su Programa para 1998-1999 contenía disposiciones destinadas a fomentar la adquisición de conocimientos jurídicos básicos entre las mujeres a fin de sensibilizar a la opinión pública a la legislación y las prácticas discriminatorias. La Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo, tras examinar aquellos ámbitos que causan especial preocupación, en particular la violencia contra la mujer, y la violación de sus derechos de procreación de igualdad y de justicia, declaró que “el respeto de los derechos culturales debe incluir el respeto de los derechos de la mujer”.¹⁶

La lucha contra la discriminación también se ha llevado a cabo mediante la aplicación de la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, formulada por la

16. *Nuestra diversidad creativa; informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo*, Ediciones UNESCO, 1995, pág. 192.

UNESCO en 1978. En 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas invitó a la UNESCO “a que acelere la preparación de material y medios didácticos para promover la enseñanza, la capacitación y las actividades educacionales [...] contra el racismo y la discriminación racial, haciendo especial hincapié en las actividades destinadas a la enseñanza primaria y secundaria”.¹⁷ La UNESCO preparó un informe amplio sobre la aplicación de la Declaración para la 28ª reunión de la Conferencia General, celebrada en 1995.¹⁸ En este informe se afirma que numerosos países han reforzado sus legislaciones “para el fomento de los derechos culturales de las minorías”. La UNESCO, en su lucha contra la nueva ola de racismo, xenofobia, antisemitismo y otras formas de discriminación, prosigue sus esfuerzos encaminados a localizar y analizar las fuentes de discriminación y a buscar métodos eficaces para prevenir la discriminación, haciendo particular hincapié en los derechos educacionales y culturales de las mujeres y los jóvenes, los migrantes y las personas pertenecientes a minorías. La discriminación basada en el origen racial, nacional o étnico, la religión o las creencias amenaza cada vez más el ejercicio de los derechos culturales y exige la adopción de medidas por parte de la comunidad internacional en su conjunto. La acción de la UNESCO abarca todas las fuentes, formas y expresiones de discriminación y asigna suma importancia a la promoción del entendimiento intercultural, la tolerancia, el desarrollo del pluralismo y una cultura de la democracia.

5. **PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS CULTURALES EN LAS ACTIVIDADES Y PROGRAMAS DE LA UNESCO**

La formulación de los derechos sirve de muy poco si los beneficiarios no pueden disfrutarlos. En consecuencia, la UNESCO trabaja con vistas a crear condiciones en las cuales los derechos humanos puedan florecer, mediante programas que tratan de la democratización, del diálogo entre culturas y entre religiones y de la expresión cultural de las minorías y los pueblos indígenas.

La observancia y la promoción de los derechos culturales se tratan en ciertos grandes planes y programas de acción aprobados por la comunidad internacional.

17. Resolución 48/91, 20 de diciembre de 1993.

18. Cumplimiento de la Resolución 22 C/12.2 relativa a la aplicación de la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales: Informe del Director General, 28 C/23, 3 de octubre de 1995.

GRANDES PLANES Y PROGRAMAS DE ACCIÓN

En el Plan de Acción Mundial sobre la Educación para los Derechos Humanos y la Democracia, aprobado por el Congreso Internacional sobre la Educación para los Derechos Humanos y la Democracia, celebrado por la UNESCO en cooperación con la Comisión Nacional del Canadá en Montreal, en marzo de 1993, se expresa preocupación por

la recurrencia de las violaciones más graves de los derechos humanos, causadas por el aumento del nacionalismo, la xenofobia, el sexismo y la intolerancia religiosa, que han llevado a las formas más abominables de depuración étnica, entre otras la violación sistemática de mujeres, la explotación, descuido y maltrato de niños y la violencia coordinada contra extranjeros, refugiados, personas desplazadas, minorías, pueblos indígenas y otros grupos vulnerables.

En el Plan se reconoce que un desafío clave para el futuro es poner de relieve la universalidad de los derechos humanos arraigando estos derechos en las diferentes tradiciones culturales.

Una preocupación análoga se expresó en la 44ª reunión de la Conferencia Internacional de Educación (CIE, Ginebra, octubre de 1994) sobre "Balance y perspectivas de la educación para el entendimiento internacional". Esa reunión fue sumamente importante en cuanto a la movilización y el refuerzo de los objetivos, estrategias y ejes de acción de la UNESCO en este campo. La Declaración aprobada por la CIE y refrendada por la Conferencia General de la UNESCO en 1995 subrayó la necesidad de que se adoptaran medidas apropiadas a fin de que los establecimientos escolares lleguen a ser lugares ideales para el aprendizaje de la diversidad y la riqueza de las tradiciones culturales y de que las políticas educativas contribuyan "a fomentar el entendimiento, la solidaridad y la tolerancia entre los individuos y entre los grupos étnicos, sociales, culturales y religiosos y entre las naciones soberanas". Según se concibe en el Plan de Acción Integrado sobre la Educación para la Paz, los Derechos Humanos y la Democracia, el desarrollo debería tomar en cuenta los aspectos sociales y culturales. El seguimiento de la Declaración y del Plan de Acción Integrado es una de las principales prioridades del programa de educación de la UNESCO para el fomento de la paz, los derechos humanos, la democracia, la tolerancia, la no violencia y los valores humanistas universales mediante la enseñanza.

Un documento reciente de importancia es el Plan de Acción sobre Políticas Culturales para el Desarrollo, aprobado por la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo, celebrada en Estocolmo, Suecia, del 30 de marzo al 2 de abril de 1998. En él se recomendó a los Estados Miembros que promoviesen la diversidad cultural y lingüística en la sociedad de la información y con vistas a ella, así como las culturas e idiomas locales, regionales y nacionales, y que fomentaran

la diversidad, las tradiciones y las identidades culturales nacionales. Se reconoció que la armonía entre la cultura y el desarrollo, el respeto de las identidades culturales, la tolerancia de las diferencias culturales en un marco de valores democráticos plurales, la equidad socioeconómica y el respeto de la unidad territorial y la soberanía nacional son condiciones indispensables para una paz duradera.

La UNESCO propugna la utilización compartida a nivel internacional de la investigación científica y tecnológica en beneficio de los países en desarrollo. La Conferencia Mundial sobre la Ciencia, que la UNESCO organizó en 1999, hizo hincapié en la política de compartir el conocimiento. La utilización compartida del conocimiento y de la información se planteó en un documento relativo a los desafíos de las autopistas de la información y el papel de la UNESCO,¹⁹ y el tema fue examinado en el Consejo Ejecutivo de la UNESCO en mayo de 1998. Se expresó preocupación acerca de los “ricos” y los “pobres” en materia de información, destacando la importancia de diseñar estrategias que hicieran hincapié en los aspectos ético y social del ciberespacio y en su mala utilización. Dominadas exclusivamente por las fuerzas del mercado, las autopistas de la información ejercen cada vez más influencia sobre la vida social, cultural y económica. No hay una evaluación analítica de tales preocupaciones y desafíos, ni de la manera en que las autopistas de la información están conformando colectivamente los valores culturales.

Los Estados Miembros apreciaron el hecho de que la UNESCO propiciara el debate intelectual para despertar la conciencia de la comunidad internacional acerca de la importancia de la democratización de los medios de comunicación y del acceso universal de todos a la información en el dominio público. La UNESCO puede facilitar esa evolución prestando ayuda a los países en desarrollo mediante proyectos piloto para que se pongan a la altura. El equilibrio multilingüe en el ciberespacio es importante.

CREACIÓN DE UN ENTORNO Y DE CONDICIONES PROPICIAS PARA LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS CULTURALES

Varias actividades y programas iniciados por la UNESCO contribuyen a la creación de un medio ambiente y condiciones propicias para la realización de los derechos culturales.

19. Véase el documento: Cumplimiento de la decisión 151 EX/3.4.3 relativa al papel de la UNESCO ante los problemas que plantean las autopistas de la información (doc. 151 Ex/16, 1997).

Promoción del diálogo intercultural y del pluralismo cultural y respeto de la identidad cultural

Los programas relativos al respeto de la identidad cultural y al fomento del diálogo intercultural tienen por finalidad determinar los factores que pueden crear un pluralismo cultural auténtico en las sociedades multiculturales. Entre otros, se trata de programas relativos al patrimonio inmaterial para la preservación y revitalización de los idiomas y de las culturas tradicionales y populares, especialmente de los grupos minoritarios. Ha de reconocerse plenamente la importancia de las tradiciones orales, particularmente en las culturas indígenas.

La Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo²⁰ examinó varias de estas cuestiones, refiriéndose a la preservación y la promoción de la diversidad cultural, el pluralismo como agente del desarrollo centrado en el ser humano y la elaboración de nuevos indicadores de cultura y desarrollo.

La UNESCO ayuda a los Estados Miembros a formular políticas nacionales favorables al pluralismo cultural, la diversidad, el respeto de los derechos lingüísticos y la identidad cultural. A fin de asistir a los Estados Miembros en el establecimiento de un contexto favorable a la diversidad y el pluralismo culturales, la Organización está preparando un manual sobre directrices para una política nacional multicultural.

El proyecto transdisciplinario “Hacia una cultura de paz”, que se viene realizando desde 1996, promueve actividades en favor del pluralismo cultural, el diálogo intercultural y la coexistencia en contextos de pluralismo lingüístico, étnico y cultural. El proyecto hace hincapié en la solución y la prevención de conflictos. Una perspectiva cultural es crucial ya que, para los conflictos locales, han de encontrarse soluciones locales. Prácticamente todas las sociedades cuentan con un procedimiento de solución de conflictos al que hay que referirse a fin de traducir la lengua internacional de una cultura de paz al lenguaje de cada cultura.

El diálogo intercultural se promueve de diversas formas. Los proyectos interculturales iniciados durante el Decenio Mundial para el Desarrollo Cultural (1988-1997), así como el proyecto sobre el diálogo intercultural en la vida cotidiana, se proponen construir la cohesión social dentro de las sociedades multiétnicas o multiculturales. Para sensibilizar a las regiones y países interesados a la importancia del pluralismo en la evolución de las culturas, algunos proyectos recientemente iniciados, a saber, “La Ruta del Esclavo”, “Las Rutas de Al-Andalus” (que estará vinculado a “Las

20. Véase la nota 14, *supra*.

Rutas de la Fe”) y “La Ruta del Hierro”, proseguirán en el marco del proyecto “Convergencia Espiritual y Diálogo Intercultural”.²¹

En los próximos años, la UNESCO se propone crear mediante proyectos interculturales nuevas oportunidades de diálogo e intercambio entre diferentes culturas. La Organización pone de relieve los valores que puedan consolidar el diálogo intercultural y el pluralismo cultural en las sociedades multiculturales organizando intercambios internacionales de experiencia en este ámbito y dando nuevo impulso al multilingüismo.

Promover las formas de expresión cultural de las minorías y los pueblos indígenas

La UNESCO presta gran atención a las formas de expresión cultural de las minorías y los pueblos indígenas y trabaja, en cooperación con copartícipes, en la preparación de una lista amplia de derechos culturales, incluidos los de las personas que pertenecen a minorías y a pueblos indígenas. Para numerosas poblaciones, especialmente las minorías y los pueblos indígenas, la preservación del patrimonio inmaterial es la fuente esencial de una identidad que se encuentra profundamente arraigada en la historia. Esto es vital para el desarrollo de sistemas “pluriculturales”.

La UNESCO trabaja en pro de la diversidad lingüística mediante el proyecto LINGUAPAX y en pro del “plurilingüismo” mediante la red universitaria LINGUAUNI. El proyecto LINGUAPAX fomenta la diversidad lingüística en todos los niveles de educación (enseñanza de la lengua materna y de los idiomas vernáculos y extranjeros), en tanto que la red universitaria LINGUAUNI está desarrollándose para contribuir a la diversidad lingüística y el multilingüismo en la enseñanza universitaria.

Se hará hincapié en nuevos criterios para la política lingüística en la educación, tomando en cuenta el papel de los derechos lingüísticos como derechos de la persona, y en la difusión de la enseñanza de idiomas para los grupos desfavorecidos, particularmente en los países “plurilingües” de África, Asia, América del Sur y América Central. El programa de la UNESCO sobre el patrimonio inmaterial abarca dos campos: uno dedicado a los idiomas y el otro al patrimonio oral, la música, la danza, el folclore y las técnicas artesanales tradicionales. La Organización ayuda a los Estados Miembros a preparar planes para la salvaguardia, revitalización y difusión del patrimonio inmaterial, especialmente de las minorías y de los pueblos indígenas. Facilita la transmisión de técnicas tradicionales mediante la promoción del sistema de recursos humanos

21. El gran éxito del proyecto “Rutas de la Seda” en la exploración del intercambio cultural suscitó considerable entusiasmo por los proyectos de este tipo.

vivos²² y la sensibilización, principalmente entre los jóvenes, a los valores del patrimonio inmaterial. Además, los programas se proponen fortalecer los vínculos con el patrimonio material, en particular mediante la salvaguardia de las tradiciones orales asociadas al patrimonio material y los sitios sagrados.

En noviembre de 1997, la Conferencia General de la UNESCO puso de relieve “la función desempeñada en la diversidad cultural de la humanidad por las distintas formas de expresión cultural popular, como las tradiciones orales, los ritos y costumbres, las músicas, los bailes, las artes interpretativas populares y la maestría artesanal, que por lo general se transmiten oralmente, ... [y] ... la función del patrimonio oral como fuente de inspiración para la creatividad”.²³ Actualmente se está realizando un estudio acerca de las formas de difundir, preservar y proteger este patrimonio cultural inmaterial.²⁴

Diálogo entre religiones y derechos culturales

El diálogo entre religiones iniciado por la UNESCO en 1993 a fin de movilizar la fuerza espiritual en pro de la no violencia y la paz dio por resultado la aprobación de la Declaración sobre el Papel de la Religión en la Promoción de la Cultura de Paz²⁵ en Barcelona, en diciembre de 1994. Condena la violencia dondequiera que ocurra, en particular la violencia perpetrada en nombre de la religión, y ha suscitado un gran interés público. Ha contribuido a poner de relieve los derechos culturales, en la medida en que ha creado mayor conciencia de las culturas y religiones del mundo, afirmando que a menos que reconozcamos el pluralismo y el respeto de la diversidad, la paz no será posible. La cultura es una manera de ver el mundo y de vivir en él. También significa cultivar los valores y las formas de vida que reflejan la visión del mundo de cada cultura.

Cientos de personas y organizaciones de todo el mundo se han adherido a la Declaración, cuyo mensaje de paz se está difundiendo ampliamente.²⁶ Como segui-

22. *Directrices relativas a los Tesoros Humanos Vivos*, París, UNESCO, 1996.

23. Actas de la Conferencia General: vol. 1, Resoluciones, 29ª reunión, París, 21 de octubre - 12 de noviembre de 1997, resolución 29 C/23 aprobada el 12 de noviembre de 1997.

24. Decisión 3.5.1 adoptada por el Consejo Ejecutivo en su 154ª reunión, 27 de abril - 7 de mayo de 1997, UNESCO, París.

25. La reunión sobre “La contribución de las religiones a la cultura de la paz”, celebrada por la UNESCO y el Centro UNESCO de Cataluña con apoyo de las autoridades catalanas en Barcelona, España, del 12 al 18 de diciembre de 1994, congregó a numerosas figuras religiosas, investigadores sobre la paz, educadores y personalidades políticas, y llevó a la aprobación de esta Declaración.

26. Informe sobre el seguimiento y difusión de la Declaración de Barcelona sobre el Papel de la Religión en la Promoción de la Cultura de Paz, UNESCO (SHS-98/WS/2), 1998.

miento de la Declaración de Barcelona, en un seminario sobre las tres religiones monoteístas celebrado en Marruecos en febrero de 1998, se ha proseguido el diálogo entre religiones a fin de dar mayor pujanza al mensaje de paz que encierra la Declaración de Barcelona y de que las fuerzas espirituales den nuevo impulso a los valores de no violencia y de una cultura de paz.

Cultura democrática y realización de los derechos culturales

La protección y la promoción de los derechos culturales están estrechamente vinculadas en un contexto abonado por la interrelación entre derechos humanos, democracia, desarrollo y paz. Los principios básicos de la democracia –libertad de expresión, libertad de asociación, imperio de la ley y participación en los procesos democráticos– están interrelacionados con los derechos culturales. La UNESCO los fomenta mediante la difusión de material e información sobre la democracia, sus procesos y funcionamiento, para que la experiencia resulte accesible a los países en transición hacia la democracia. La UNESCO respalda la transmisión de conocimientos prácticos acerca de la democracia mediante servicios de asesoramiento y cursos de formación, y contribuye al proceso de construcción de la democracia. En los seminarios de formación se asigna especial importancia al cometido de las mujeres y los jóvenes. Con vistas a destacar los valores democráticos y fortalecer el imperio de la ley y las instituciones democráticas, en años recientes la UNESCO ha prestado apoyo a los canales regionales de diálogo entre las autoridades públicas y los representantes de la sociedad civil. La organización de “foros de la democracia” en África ha recibido el respaldo de la Organización, que coopera con los órganos regionales en otros ámbitos.

Una novedad importante a este respecto es el proyecto DEMOS, que surgió de la idea de que la prevención de conflictos es la mejor forma de instaurar la seguridad y la estabilidad que son indispensables para la democracia. Se basa en las experiencias de cinco “laboratorios” en América Latina y el Caribe, y procurará favorecer la buena administración y la democracia en otras regiones, incluidas el África meridional y Europa oriental, mediante estructuras e iniciativas regionales apropiadas.

El Programa de Democratización del Secretario General de las Naciones Unidas ofrece un marco ejemplar para la educación para la democracia. En tanto que los principios de la democracia –dignidad humana, igualdad, libertad de expresión– constituyen un sistema común de valores, la UNESCO reconoce que las formas de democracia son específicas de cada país y que, por consiguiente, pueden diferir. Va en contra del espíritu de la democracia el imponer cualquier forma o modelo de democracia a un pueblo determinado. La educación en ese sentido debería apuntar a crear una cultura de la democracia.

Los derechos culturales para las generaciones presentes y futuras

La salvaguardia de los derechos culturales para las generaciones actuales y futuras ha sido debidamente reconocida en la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, 1997, que en su artículo 2 se refiere a la “libertad de elección”, afirmando que “es importante tomar todas las providencias necesarias para que, respetando los derechos humanos y las libertades fundamentales, las generaciones presentes y futuras puedan escoger libremente su sistema político, económico y social y preservar su diversidad cultural y religiosa”.

Además, la Declaración contiene disposiciones para la preservación del patrimonio cultural de la humanidad y su transmisión a las generaciones futuras. Refuerza de esa manera, en vísperas del siglo XXI, la acción de la Organización en favor de la promoción de los derechos culturales para las generaciones presentes y futuras.

6. PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS CULTURALES MEDIANTE LA EDUCACIÓN PARA UNA CULTURA DE PAZ

La educación para una cultura de paz aporta una contribución importante a la creación de condiciones para la realización de los derechos culturales. Este programa general incorpora los resultados ya alcanzados en la educación, la lucha contra la discriminación y el pluralismo cultural.

El proyecto transdisciplinario “Hacia una Cultura de Paz” hace hincapié en la educación para una cultura de paz, que comprende la defensa de los derechos humanos, la lucha contra la discriminación, la consolidación de un proceso democrático, el fomento del diálogo intercultural y el libre acceso a la información mediante el apoyo a los medios de comunicación no partidarios, independientes y pluralistas, la contribución a la prevención de conflictos y la construcción de la paz después de los conflictos. En la promoción de una cultura de paz, que es actualmente una iniciativa importante de la UNESCO, participa todo el sistema de las Naciones Unidas, las organizaciones internacionales y regionales y la comunidad internacional.²⁷

Los mecanismos y redes institucionales establecidos por la UNESCO para dar impulso a la enseñanza relativa a los derechos humanos también contribuyen a promover los derechos culturales. Las cátedras de la UNESCO sobre derechos humanos,

27. Resolución 52/13 sobre “cultura de paz,” Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1997.

democracia y paz incluyen una cátedra (en Argentina) sobre derechos culturales. El Plan de Escuelas Asociadas (PEA), que abarca más de 4.700 establecimientos escolares diseminados en más de 147 países, tiene el potencial de llegar a ser uno de los principales vehículos para poner en acción las nociones de paz, derechos humanos y democracia en el aula y en las actividades extracurriculares, y se ha preparado una “carpeta sobre la paz”. Un enfoque reciente e innovador es el de Alemania, que está organizando el segundo día internacional de los proyectos PEA de solidaridad en apoyo de los derechos humanos (1998).

Un Comité Consultivo sobre la Educación para la Paz, los Derechos Humanos, la Democracia, el Entendimiento Internacional y la Tolerancia,²⁸ creado en diciembre de 1994, tiene por mandato el seguimiento de la aplicación de los instrumentos de la UNESCO y de otros instrumentos de las Naciones Unidas en la esfera de la educación. La tercera reunión del Comité Consultivo, celebrada en julio de 1997, se dedicó a las actividades en favor de una cultura de paz²⁹ y recomendó que la sustancia y el contenido de los programas de educación, así como las estructuras, las prácticas y las relaciones existentes en las escuelas y en los centros educacionales, reflejen plenamente los valores de una cultura de paz. Los libros de historia deberían transmitir un mensaje claro de la lucha contra la injusticia a fin de hacer frente a la realidad humana de violencia y conflictos religiosos, culturales y políticos, así como al analfabetismo y la discriminación. El desarrollo, la democracia y la paz están interrelacionados y deben considerarse en una perspectiva holística. La educación ha de adaptarse a cada contexto cultural y social. La solución no violenta de los conflictos debe utilizar los métodos que ya existen en un determinado contexto cultural.

La UNESCO reconoce que para inculcar el respeto de la identidad cultural y el pluralismo cultural es preciso revisar los manuales para eliminar la discriminación, el odio, la intolerancia, etc. Los programas escolares deben incluir valores de educación para los derechos humanos, la solidaridad, el pluralismo cultural y la tolerancia. Estos han de vincularse a los valores tradicionales, reforzando la validez de los derechos humanos adoptados por la comunidad internacional, haciendo hincapié en la relación entre derechos y deberes, responsabilidades y obligaciones, que conjuntamente hacen

28. En su primera reunión, celebrada en abril de 1995, el Comité formuló ciertas sugerencias y recomendaciones al director general. En especial, destacó la necesidad de que la Organización aliente y respalde aún más las actividades encaminadas a promover la educación para la paz, los derechos humanos y la democracia, y estimó importante lograr la participación más activa de los responsables de la adopción de decisiones y de las autoridades públicas para dar impulso a esa educación.

29. Informe final del Comité en su tercera reunión, 7-9 de julio de 1997, París.

de los derechos humanos una realidad viva. El derecho de una persona supone la obligación de parte del otro no sólo de respetar este derecho, sino también de afirmarlo como acto de solidaridad. Varios instrumentos sobre derechos humanos establecen el vínculo entre esos derechos y los deberes, las responsabilidades y las obligaciones correspondientes. Reconocer el derecho a ser diferente y respetar al otro: esto es lo importante.

En estrecha cooperación con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la UNESCO está desarrollando programas conjuntos y actividades comunes con objeto de aplicar el Plan de Acción del Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la Esfera de los Derechos Humanos (1995-2004)³⁰ para la formulación, realización y evaluación de las políticas, programas y estrategias nacionales, la creación de puntos focales nacionales, el fortalecimiento de las redes existentes y la preparación de material didáctico. Ambas instituciones coordinarán, además, sus esfuerzos para difundir la Declaración Universal de Derechos Humanos en todos los países en tantos idiomas como sea posible; se ha dado nuevo impulso a esta actividad con ocasión del quincuagésimo aniversario de la aprobación de ese instrumento.

7. CONCLUSIÓN: DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS

Las recientes violaciones masivas de los derechos humanos han sido a menudo motivadas por consideraciones culturales. Estas violaciones han consistido, entre otras cosas, en la reclusión ilegal, la persecución o el asesinato de artistas, periodistas, docentes, eruditos y miembros de grupos religiosos y de grupos étnicos minoritarios; la destrucción deliberada del patrimonio cultural y material y el saqueo o destrucción del patrimonio cultural mueble; la restricción de la libertad de palabra o expresión cultural, y numerosos actos que menoscaban la diversidad cultural y la libertad de expresión. La xenofobia creciente, las manifestaciones de intolerancia y discriminación, la violencia, particularmente la violencia étnica y la violencia utilizada por extremistas religiosos, la violencia ejercida por los niños contra los niños y la violencia contra las mujeres, la violencia en la pantalla, la violencia organizada, así como el deterioro del sistema y los valores de la familia, son motivo de grave preocupación. De allí la necesidad de sentar las bases para una cultura de paz mediante una educación que desarrolle determinados valores, actitudes y comportamientos.

El reto que enfrenta la comunidad internacional es garantizar la protección de los derechos culturales. Para ello, es preciso reforzar las normas existentes del derecho

30. La Alta Comisionada para los Derechos Humanos y el Director General de la UNESCO firmaron, en octubre de 1995, un memorando de acuerdo que provee el marco para seguir desarrollando y fortaleciendo la cooperación.

internacional relativas a esa protección que figuran en diversos instrumentos internacionales. También es necesario volver a examinar los procedimientos internacionales para hacer cumplir la ley a fin de asegurar la sanción de las violaciones de los derechos culturales, que van desde la persecución de personas hasta la “depuración étnica”, y movilizar la solidaridad internacional en defensa de las víctimas. La preocupación por la dimensión cultural de los conflictos ha llevado a reflexiones acerca de una “Carta Cultural Europea”, basada en la idea de “la cultura como derecho humano básico”, y que define los derechos y obligaciones de todas las culturas europeas en relación unas con otras.³¹

Las tendencias que hoy están surgiendo, especialmente la mundialización, vinculan las culturas cada vez más estrechamente y enriquecen la interacción entre ellas, pero también pueden resultar perjudiciales para nuestra diversidad creativa y para el pluralismo cultural. Hacen del respeto mutuo un imperativo, según afirmó la Conferencia de Estocolmo³² en su Plan de Acción sobre Políticas Culturales para el Desarrollo. La mundialización encierra el peligro potencial de una homogeneización de la cultura. La “aldea mundial” es en realidad un círculo cerrado reservado a los ricos. La mundialización tiene una enorme significación para la noción de democracia. Se ha expresado preocupación con respecto al elevado número de Estados que se desintegran. Lo mismo es válido para la actual degeneración del sector educacional en algunos países que hacen frente a las duras realidades de una economía mundializada. Las repercusiones de las numerosas dimensiones de la mundialización deben ser examinadas a fondo en las esferas de competencia de la UNESCO, a través de su impacto cultural y sus consecuencias para la educación y la ciencia, que van mucho más allá de meras consideraciones económicas.

Frente a estos desafíos, e inspirada por una nueva visión de una cultura de paz, la UNESCO procura contribuir a la promoción del entendimiento mutuo y el respeto de los valores universales de justicia, derechos humanos, democracia, desarrollo cultural y no violencia. Es indispensable hacer de la Declaración Universal de Derechos Humanos una fuerza viva en el contexto de los valores culturales.

Por lo que atañe a la dilucidación y desarrollo ulterior de los derechos humanos, es pertinente recordar las recomendaciones de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo. La Comisión recomendó que como primera medida se levantara un inventario de los derechos culturales que no están protegidos por los instrumentos interna-

31. Véase *Nationalism, ethnicity and cultural identity in Europe*, Benda-Beckmann y Verkuyten (comps.), European Research Centre on Migration and Ethnic Relations, Utrecht University, 1995, pág. 2.

32. Véase la nota 11 *supra*.

cionales existentes. Esto permitiría a la comunidad internacional enumerar y aclarar las normas existentes del derecho internacional relativas a la protección de esos derechos. Se recomendó además que, sobre la base de ese inventario, la Comisión de Derecho Internacional prepare un Código Internacional de Conducta, a fin de contar con una base para juzgar las violaciones flagrantes de los derechos culturales. Sus principios rectores serían la promoción de la coexistencia cultural, el mantenimiento de la diversidad cultural y la preservación del patrimonio cultural.³³

La fuerza de la UNESCO para lograr el reconocimiento y la observancia de los derechos culturales reside en la cooperación con los Estados Miembros. La Organización mantiene un diálogo permanente con los ministerios de educación y también con los ministerios de cultura, ciencia, comunicación o información, que tienen un cometido esencial que desempeñar en este ámbito. Los colaboradores de la UNESCO, a saber, las comisiones nacionales, los clubs y asociaciones UNESCO, las organizaciones no gubernamentales, los activistas de derechos humanos, los educadores, los parlamentarios y la comunidad intelectual, todos ellos tienen una función que cumplir para velar por la protección y la promoción de los derechos culturales.

Todas las actividades y los programas de la UNESCO antes mencionados tienen por finalidad crear un ambiente en el cual el respeto por la cultura pueda florecer. Ese respeto da lugar a una vibrante vida intelectual y creadora. Más allá de estas actividades y programas generales, la UNESCO está procurando, al mismo tiempo, contribuir al proceso de elaboración, refinamiento y definición de los derechos humanos. La presente obra es parte de ese esfuerzo.

33. *Nuestra diversidad creativa. informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo*, Ediciones UNESCO, 1995. La Comisión recomendó la creación de una Oficina Internacional del Mediador en materia de Derechos Culturales.

ENTENDERSE ACERCA DE LOS DERECHOS CULTURALES

Lyndel Prott

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, todo debate sobre los derechos culturales ha de tomar en cuenta los dos factores contextuales de cualquier diálogo que se entable sobre los derechos humanos. El primero es el enorme éxito de la noción de derechos humanos como vehículo de ideas políticas y potente estímulo de mejores relaciones sociales beneficiosas para la humanidad. El segundo, resultado del primero, es la difusión de la terminología de los “derechos” en numerosos ámbitos y su explotación en nuevos contextos. Ambos factores fomentan la utilización de la terminología de los “derechos” con supuestos e implicaciones, a menudo inconscientes, que llevan a malentendidos entre quienes dirigen el diálogo, y entre ellos y quienes los escuchan.

Lo que aumenta además la ambigüedad es que la palabra “culturales” puede también constituir terreno resbaladizo para acuerdos y desacuerdos igualmente engañosos. Esto obedece no sólo a las diferentes interpretaciones de la palabra “cultura”, sino también a las diferentes maneras de interpretar la forma en que el adjetivo “culturales” modifica el sustantivo “derechos” en la expresión “derechos culturales”.

Si todo lo expuesto puede resultar obvio para los teóricos de los derechos humanos, cualquiera sea la disciplina de la cual provengan, evidentemente no lo es para el público ni en la vida política corriente. Las confusiones son inevitables y frecuentes. Así pues, conviene tratar de aclarar estos diferentes elementos una vez más, aun a riesgo de repetirse, a fin de que el debate sobre los derechos culturales contribuya más eficazmente a que esos derechos se concreten.

2. EL UNIVERSO DEL DISCURSO

El universo del discurso es un contexto en el cual el debate intelectual se apoya en ciertas premisas, bien comprendidas por los participantes, pero que no siempre resultan evidentes para los demás. Los teólogos aceptan ciertas “condiciones dadas”, que pueden ser sumamente sospechosas y discutibles para teóricos de otras disciplinas, como la filosofía. En toda labor interdisciplinaria, estos supuestos deben ser explicados porque una mala apreciación de lo que algunos de los participantes admiten automáticamente puede dar lugar a malentendidos ulteriores. El ámbito de la reflexión acerca de los derechos abarcaba hasta hace poco como mínimo tres disciplinas distintas: la teoría jurídica, la filosofía política y la filosofía moral o ética. Más recientemente, el discurso de la antropología está dando cuenta de la utilización del lenguaje de los “derechos” en la interacción social.

En la teoría jurídica, un derecho es una prerrogativa que puede hacerse cumplir dentro del sistema jurídico. Puede haber llegado a esa condición al ser estipulado en la legislación o mediante el reconocimiento en la práctica jurídica o por la tradición. En todo caso, en el sistema jurídico existe algún mecanismo gracias al cual el derecho puede garantizarse. Ya sea que el procedimiento esté expuesto en detalle en alguna reglamentación jurídica o tenga que esperar a ser desarrollado cuando se efectúe el reclamo, existe una presunción clara de que la existencia de un derecho jurídico garantiza un recurso para el caso de incumplimiento de ese derecho.

En muchos idiomas europeos, empero, el ámbito de la filosofía moral y la ética utiliza la misma palabra “derecho” que el discurso jurídico. Ahora bien, en ese universo del discurso no puede suponerse la existencia de mecanismos de ejecución. Con más frecuencia, el discurso sobre los “derechos” se utiliza persuasivamente para orientar el comportamiento según normas morales, y no mediante mecanismos apremiantes.

El discurso de la filosofía política, aunque está estrechamente relacionado, no es exactamente el mismo. En tanto que el diálogo ético puede centrarse en el individuo, el especialista en teoría política al discutir los “derechos” está determinando una estrategia para la organización del Estado. Se acerca al moralista al afirmar la superioridad moral de un derecho que en este momento no puede hacerse cumplir, y al jurista cuando destaca la importancia de la posibilidad de hacerlo cumplir, en la medida en que procura involucrar al Estado logrando que los derechos de que se trata estén acompañados de un recurso respaldado por éste.

En años recientes se ha podido apreciar la diversidad de los supuestos en algunos de estos contextos. Consideremos las observaciones formuladas por Ian Brownlie en 1986 acerca de la “entusiasta literatura jurídica” que afirmaba la exis-

tencia del “derecho a la paz” o del “derecho al desarrollo”, proposiciones acerca de las cuales muy pocos estarían en desacuerdo a nivel ético, e incluso a nivel de la teoría política. Brownlie señalaba el riesgo de confusión:

Considerados como metas de política, como normas morales, los derechos humanos de la denominada nueva generación serían aceptables y uno podría sentarse en torno a una mesa con personas que no fuesen juristas para ponerse de acuerdo acerca de programas prácticos destinados a lograr fines tan loables. Lo que me preocupa en calidad de jurista es que se introduzca de paso una grave confusión de pensamiento, en la medida en que se trata de dotar a los nuevos derechos de un contexto propiamente jurídico [...]

Este tipo de invención jurídica acerca de la cual abrigo reservas se caracteriza por una tendencia a prescindir de la labor de desbroce –el proceso de persuasión y diplomacia– y a reemplazarla por el anuncio prematuro de que el nuevo acuerdo está construido.¹

La posibilidad de estas confusiones con respecto a los derechos culturales es evidente. Puede comprenderse el argumento ético en favor de los derechos lingüísticos y de una obligación ética de las personas de respetar los derechos de los demás a expresarse en su propio idioma. Pero otra cosa es hacer traducir estas reivindicaciones en una estrategia política que obligaría a los Estados a proveer servicios y educación públicos en todos los idiomas hablados en su territorio, dada la gran diversidad lingüística existente en algunos países, a veces en los más pobres y más pequeños.² Aseverar que tales derechos ya existen en la jurisprudencia puede dar por resultado la devaluación de derechos para los cuales es tan evidente que no hay un recurso disponible, o fomentar la denigración de un sistema jurídico tan manifiestamente incapaz de hacerlos respetar.

En numerosas culturas, el lenguaje de los derechos ha pasado a ser un elemento importante del debate público. Actualmente, los antropólogos observan su utilización y contexto para hacer sus propios estudios sobre la práctica social y su evolución en los países de que se trata. Pero sus observaciones pueden abarcar los tres tipos de discurso ya mencionados. Y no procuran determinar si, desde el punto de vista del jurista, del especialista en ciencias políticas o del moralista, los términos utilizados están “apropiadamente” utilizados en tales contextos, contentándose con dar cuenta de una práctica que, con el correr del tiempo, puede modificar la base del discurso en estas otras disciplinas.

1. I. Brownlie, “The rights of peoples in international law”, en J. Crawford (comp.), *The right of peoples*, vol. 1, pág. 14, Oxford, Clarendon Press, 1988.

2. Los cuatro millones de habitantes de un país pequeño como Papua Nueva Guinea hablan más de setecientos idiomas.

3. SUPUESTOS HISTÓRICOS

Por otra parte, el diálogo sobre los “derechos” también ha reunido diferentes corrientes históricas que influyen considerablemente en los debates actuales. El *common law* inglés constituyó gradualmente, durante siglos, un conjunto de derechos “civiles” o cívicos mediante el desarrollo judicial de recursos específicos (como el antiguo recurso de *habeas corpus*). La tradición europea comenzó con declaraciones generales de derechos, como una estrategia política, más tarde adoptados en los mismos términos en el sistema jurídico. Estos “derechos civiles” y “derechos humanos”, que responden en muchas esferas a las mismas reivindicaciones, han sido reunidos en debates posteriores bajo la rúbrica general de “derechos humanos”, pero sus orígenes siguen influyendo sobre muchos de sus adeptos. El escepticismo expresado por Brownlie caracteriza al jurista pragmático, que desconfía de la afirmación general de derechos que pueden no estar respaldados por recursos adecuados. Otros estiman que afirmar que los derechos existen es la mejor manera de crearlos y de que se utilicen en el sistema jurídico. Así Pete Schmidt, en un estudio sobre el derecho al patrimonio cultural, recurre a esta metodología de la afirmación, sosteniendo que una “concepción evolutiva de los derechos humanos permite superar la dicotomía entre derechos jurídicos y derechos morales”.

Precisamente porque ciertas declaraciones sobre los derechos humanos carecen de fuerza por falta de procedimientos de recurso [...] es indispensable construir una cultura política en la cual la reivindicación de los derechos humanos sea posible ante toda instancia competente. Este es el proceso que conduce a derechos validados, surgidos de una cultura política en la cual tales expectativas se derivan de una reivindicación activa de los derechos humanos. Los derechos no reivindicados son derechos sin validación jurídica, no definidos y que quedan sin efecto.³

Tomado como una declaración de ética, o de estrategia política, tal procedimiento nada tiene de excepcional; tomado como metodología subrepticia (por así decirlo) de crear el derecho, puede dar lugar a disensión.

Este ejemplo demuestra que incluso los juristas pueden tener diferentes maneras de contextualizar la misma cuestión. La entrada de los derechos humanos en la esfera del derecho internacional en virtud de los tratados relativos a las minorías, e incluso, de manera más significativa, a través de la Declaración Universal de Derechos

3. P. R. Schmidt, en P. R. Schmidt y R. McIntosh (comps.), *Plundering Africa's past*, Bloomington, Indiana University Press, 1996, pág. 18. Véase el análisis de Schmidt en las págs. 24-27 y el mío en el mismo volumen, pág. 42.

Humanos y los Pactos, ha llevado a primer plano otro universo del discurso jurídico, totalmente diferente: el del derecho internacional. Para los especialistas en derecho internacional, la ejecución ha sido el problema dominante de la disciplina. Una jurisdicción internacional encargada de juzgar las violaciones más graves de derechos humanos y de pronunciar sanciones efectivas contra los criminales sólo se creó con el Tribunal de Crímenes de Guerra de Nuremberg, y más recientemente con otros dos tribunales especiales, para la antigua Yugoslavia y Rwanda. Se ha llegado a un acuerdo acerca de un estatuto para una jurisdicción permanente, a pesar de la oposición de algunos Estados poderosos.⁴ Evidentemente, es el aspecto de estrategia política lo que ha dominado los debates sobre derechos humanos en el derecho internacional en este siglo.

El intento de ampliar el concepto de derechos humanos agregando a la lista tradicional los derechos “sociales, económicos y culturales” provino, como se sabe, de otra tradición. Durante mucho tiempo, existió en los círculos de Europa occidental cierta hesitación acerca de la admisión de “derechos” tan diferentes de los derechos ya garantizados en los sistemas de esos países. Tal renuencia es expuesta por Emmanuel Decaux en el presente volumen. Pero, como señala Halina Nieć, en los decenios siguientes se oyeron declaraciones internacionales en las cuales se afirmaba que esos derechos tenían el mismo valor jurídico que los derechos civiles y políticos tradicionales. En la Declaración de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos en 1993, se afirma que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso” (párrafo 5).

De lo que se trata es, por supuesto, de determinar si la afirmación persistente de un derecho puede dar valor jurídico a un derecho que jamás ha sido considerado históricamente como tal. Se trataba de derechos de naturaleza diferente: no tenían los siglos de desarrollo que los derechos civiles y políticos alcanzaron antes de ser inscritos en el derecho internacional. El afirmar pura y simplemente en un instrumento internacional (aunque emane de un órgano intergubernamental, por ejemplo, con facultades normativas) que se trata de derechos de la misma índole puede surtir dos efectos diferentes. En un caso, los juristas podrán considerar que tales instrumentos establecen, tácitamente, que las palabras “derechos humanos” deben interpretarse de manera diferente según aparezcan en un contexto internacional o en un contexto

4. El estatuto para la creación del Tribunal Penal Internacional fue aprobado por los Estados Unidos en una conferencia diplomática en Roma, en junio de 1998. Exige la participación de sesenta Estados antes de entrar en vigor.

nacional. En el otro caso, se podría estimar que los derechos civiles y políticos se ven así disminuidos, y conceder que no están mejor garantizados por el derecho internacional que los derechos más recientes.

Tal vez sea aconsejable cierta cautela acerca de las afirmaciones excesivamente tajantes de los derechos culturales a la luz del debate sobre el “derecho al desarrollo”. Afirmado en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1986, este derecho, pese a algunas vacilaciones, fue reafirmado en la Declaración de Viena de 1993 (párrafo 6) como un derecho universal e inalienable y parte integrante de los derechos humanos fundamentales. Leyendo esa declaración en 1998, empero, sorprende la ausencia de toda referencia al concepto de “desarrollo sostenible”, con el cual todos nos hemos familiarizado hasta tal punto desde entonces, y a todo el contexto de factores culturales en el desarrollo, y, de hecho, a la noción de “desarrollo cultural”, actualmente bien comprendida gracias al Decenio del Desarrollo Cultural y a la labor de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo que culminó con la publicación del informe *Nuestra diversidad creativa* en 1995. Esto sugiere que la adopción apresurada del concepto de un nuevo derecho puede llevar a enunciar una declaración que más tarde resulte demasiado simplista y exija considerable revisión y ampliación a fin de que no sea más perjudicial que provechosa para la dignidad humana.

4. LA “CULTURA” Y LO “CULTURAL”

Estas consideraciones más bien generales acerca del diálogo sobre los derechos deberían servir de advertencia: el debate sobre los derechos culturales –hasta ahora la categoría menos desarrollada de los derechos humanos, pese a los denodados esfuerzos que se han desplegado recientemente para definirlos–⁵ tendrá que proseguir durante cierto tiempo antes de que puedan redactarse y aprobarse instrumentos jurídicos.

Un problema evidente es el de la definición de “cultura”. Hay más significados de “cultura” de los que se pueden examinar aquí. Para mencionar sólo dos: la “cultura” como el conjunto de los máximos logros intelectuales y artísticos de un grupo (lo que podría denominarse Cultura con C mayúscula) y cultura en el sentido antropológico, como conjunto de técnicas, creencias y tradiciones comunes (cultura con c mi-

5. Especialmente por conducto del grupo de trabajo creado por la Universidad de Friburgo, en relación con un posible protocolo a la Convención Europea de Derechos Humanos y que dio por resultado una colección de artículos *Les droits culturels: une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, P. Meyer-Bisch (comp.), Friburgo, Suiza, Éditions Universitaires, 1993.

núscula). Algunos debates sobre los derechos culturales se dirigen a preservar los “logros máximos” (Cultura); otros, los objetos y prácticas cotidianos que representan simplemente una respuesta interesante y diferente de la humanidad a su entorno.⁶ En cualquiera de los dos sentidos, el concepto es dinámico: las culturas están cambiando todo el tiempo. Lo que no se valora como Cultura superior en una época puede ser visto como un logro máximo en otro período por la misma sociedad. Y también los comportamientos corrientes y cotidianos varían, en esta era de transporte a gran velocidad y comunicación instantánea, muy rápidamente. En este sentido, es imposible determinar exactamente el sentido de la palabra “cultura”. “Actitudes y aptitudes compartidas” es realmente un indicador, pero un indicador cuyo contenido exacto se modifica continuamente.

En su artículo, Rodolfo Stavenhagen explora otros significados de “cultura”; a su juicio, el empleo de esta palabra ha dado lugar a una gran confusión en el contexto de los derechos humanos. Examina asimismo el significado de la expresión “desarrollo cultural”, punto importante a causa del “derecho al desarrollo cultural” que ahora se afirma (en la Carta Africana, por ejemplo). Pero ¿qué significa esta expresión? ¿Más canales de televisión? ¿Mejor acceso a la “cultura universal”? A estas dos posibilidades mencionadas por Stavenhagen pueden agregarse otras. Algunos países han estimado que el desarrollo cultural consiste en la reactivación de tradiciones culturales antiguas, y a veces moribundas: de allí que se haya dado aliento a jóvenes escultores maoríes en Nueva Zelandia. Otros han visto las artesanías florecer de resultas del turismo, especialmente alrededor de los sitios del patrimonio mundial. Otros más están luchando por el derecho a otorgar subsidios a formas artísticas, tales como el cine y la televisión, amenazadas por productos de importación que pueden ser distribuidos de manera muy económica en el mercado local. He aquí otros tres significados posibles de la expresión “desarrollo cultural”: evitar la obsolescencia, ampliar el mercado de la artesanía y fomentar las formas locales de expresión frente a las fuerzas del mercado.

Otra cuestión que se plantea es el significado de la palabra “culturales” cuando califica a “derechos”. ¿Queremos decir “derechos relativos a la cultura” en el sentido de “derechos relativos a la creatividad”? Eso se referiría a cuestiones como el derecho de autor y las patentes, la libertad artística, y probablemente la educación y los derechos relativos a la libertad intelectual, donde habría que incluir entonces toda suerte de libertades: libertad de expresión, libertad de culto, libertad lingüística, etc.

6. Para un examen más amplio de estos significados en relación con los derechos culturales, véase mi artículo “Cultural rights as peoples’ rights”, en J. Crawford (comp.), citado en la nota 1, págs. 94-95.

Pero en otro sentido, “derechos culturales” podría significar “derechos a una cultura” y se relacionaría con la afirmación del derecho a preservar una cultura, practicarla o tener acceso a ella. Algunos de los derechos recientemente afirmados, tales como el derecho a la restitución de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales, parecerían encajar aquí.⁷

En un sentido aún más amplio, se podría entender por “cultural” lo que tiende a fomentar o facilitar la supervivencia de las culturas. Muchos de los derechos humanos tradicionales garantizados inicialmente, tales como la libertad de reunión, la libertad individual, el derecho a la participación en la vida política y la no discriminación son indispensables para la supervivencia de las culturas minoritarias.

Una evaluación de los derechos que podrían considerarse “culturales” en uno u otro sentido, efectuada en 1986,⁸ enumeraba once derechos “culturales”: cinco ya garantizados en instrumentos jurídicos internacionales existentes, seis afirmados en Cartas u otros documentos no jurídicamente vinculantes (dos de éstos, puesto que figuran en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que ha entrado ahora en vigor, tienen ya valor jurídico en esa región). Si se aprobara el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que es más reciente, agregaría varios otros “derechos” que podrían definirse como “culturales”: derecho a mantener y desarrollar identidades distintas (artículo 8); derecho a pertenecer a una comunidad indígenas (artículo 9); derecho a practicar y revitalizar tradiciones y costumbres culturales (artículo 12); derecho a que todas las formas de educación e información pública reflejen las culturas indígenas (artículo 16); derecho a establecer sus propios medios de información (artículo 17), etc.

Las declaraciones de los derechos de las minorías y de los pueblos indígenas a menudo repiten derechos que ya están debidamente garantizados en instrumentos jurídicos. Lo que sin duda está en juego aquí no es tanto un derecho, que sería diferente en el caso de estas comunidades, como su aplicación, menos eficaz que cuando se trata de poblaciones mayoritarias. Sin embargo, la reafirmación de un derecho puede contener elementos adicionales que exige la particular importancia de ese derecho para el grupo interesado: el derecho a profesar su religión se menciona varias veces en el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pero una de esas

7. Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 12 (Documento E/CN.4/Sub.2/1993/29 de las Naciones Unidas, 50), que figura en el apéndice A de este volumen. Véase además el texto revisado de los Principios y Directrices para la Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas (Documento E/CN.4/Sub.2/1995 de las Naciones Unidas, 26), que figura en el apéndice B.

8. L. V. Prott, artículo citado en la nota 6, págs. 93-106.

formulaciones, por lo menos, es específica de los estilos de vida indígenas: “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual y material con sus tierras [...] y a proclamar sus responsabilidades a este respecto ante las generaciones venideras” (artículo 25).

Este aspecto esencial de la cultura es bien ilustrado por Folarin Shyllon en este volumen en su análisis de las actitudes de los africanos hacia la tierra, así como por el análisis de las actitudes de los aborígenes australianos también en esta obra.

Ahora bien, algunos han estimado que ese propuesto derecho es incompatible con otros derechos ya incorporados a ciertos sistemas jurídicos: el derecho a la propiedad, por ejemplo. Los argumentos de este tipo, basados en derechos reconocidos desde hace mucho tiempo, alimentan la resistencia a toda nueva demanda de reconocimiento jurídico que implique una revisión seria de los intereses en juego. No debe pensarse que se trata necesariamente de un derecho “cultural” opuesto a un derecho “económico”: tales “derechos económicos” han sido un factor muy significativo en ciertas culturas, y la repatriación de bienes culturales no está desprovista de consecuencias económicas tampoco, y puede acarrear consecuencias culturales considerables incluso para quienes reivindican tal derecho.⁹

Las difíciles negociaciones que culminaron con el Convenio de UNIDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente de 1995 demuestran que se puede llegar a acuerdos.¹⁰ Si había un “derecho” reconocido desde hacía mucho tiempo en numerosos sistemas jurídicos europeos éste era el derecho del comprador de buena fe a conservar el objeto adquirido, aunque hubiese sido robado, en calidad de nuevo propietario. Muchos Estados han reivindicado el derecho a recuperar bienes de su patrimonio cultural material que habían sido exportados. Al comienzo de las negociaciones, parecía claro que había una considerable aceptación de ese derecho moral, al menos en ciertos aspectos. Pero como entraba en conflicto con derechos jurídicos ya existentes, claramente definidos y vigentes en los países donde podían encontrarse esos bienes, hubo de negociarse una excepción especial e imponerle límites. Estos límites son, al menos para este Convenio, en primer lugar, que el derecho ha de aplicarse en el futuro y, no retrospectivamente; en segundo lugar, que sólo se aplica a los objetos retirados del país que reclama en violación de la ley de ese país (en caso de robo) y también de ciertos intereses debidamente especificados en la protección de bienes muebles del patrimonio (en el caso de exportaciones ilícitas) y, en tercer lugar, con sujeción a ciertas limitaciones temporales para los reclamos. Como contraparte de esas limitaciones aceptadas, se ha creado ahora un procedimiento específico para hacer cumplir

9. Véase la nota 14 y el texto conexo.

10. Artículos 3, párr. 1, y 4, párr. 4.

este derecho en el sistema jurídico interno de los países donde se encuentran los bienes. Pero la dura labor de la aplicación no termina ahí. Es preciso ahora persuadir a los Estados de que pasen a ser partes en este Convenio.¹¹ Es así como los nuevos derechos culturales podrán hacerse efectivos, mediante una ardua labor de negociación tendiente a modificar los derechos existentes y vigentes en caso de superposición o incompatibilidad.

Al respecto pueden citarse otros casos de afirmación de derechos culturales. Consideremos el derecho al desarrollo cultural. En por lo menos algunas interpretaciones de esta expresión, conlleva, en la práctica, la intervención estatal, posiblemente en forma de subsidios, para mantener ciertas actividades culturales amenazadas. Pero esto se opone a una doctrina política, ampliamente aceptada, favorable al “libre intercambio” (por lo cual se entiende la ausencia de un subsidio público) y a otra relativa a la no intervención estatal en los asuntos culturales (en reacción contra el dirigismo fascista y comunista de la cultura). Ciertamente, no se trata aquí de derechos, pero son fuerzas tan poderosas en la política internacional que hará falta una negociación ardua, y no sólo una afirmación en términos generales, a fin de instituir un procedimiento para hacer cumplir un derecho cultural en contra de esos principios. Para tener éxito habrá que dar respuesta a las preguntas siguientes: ¿es ésta una reivindicación tan importante que justifique una excepción a la regla general? ¿Cuán amplia debería ser esta excepción y qué límites se le deberían fijar? ¿En qué condiciones, y para qué sociedades, debería establecerse?

Deberíamos preguntarnos cuál será el resultado si estos esfuerzos no se realizan. Habrá nuevas afirmaciones del derecho al desarrollo cultural, que será reafirmado en numerosos instrumentos internacionales, algunos de los cuales serán sin duda firmados por al menos algunos de los países que creen más fervientemente en los principios contrarios a la aprobación de esos instrumentos, pero que desean parecer “políticamente correctos”. Nada se hará, empero, para ponerlos en práctica y la sensación de frustración habrá de aumentar. A fin de cuentas, se corre el riesgo de redoblar el resentimiento y la impaciencia crecientes de quienes comprueben, decepcionados, que los “derechos culturales” no aportan la protección adicional prevista.

Como demuestra la incorporación de los derechos sociales, económicos y culturales en la Declaración Universal, en la evolución de los derechos humanos existe una especie de tradición de tomar en cuenta todos los derechos que se reivindican, haciendo abstracción de su grado de desarrollo o de su compatibilidad con los demás

11. Al 22 de octubre de 1998 había siete Estados partes en el Convenio (Camboya, China, Ecuador, Hungría, Paraguay, Perú y Rumania), y otros diecisiete Estados signatarios. Entró en vigor el 1.º de julio de 1998.

derechos del grupo. Tal práctica probablemente derive del laudable deseo de ampliar todo lo posible el ámbito de los derechos humanos. Pero conviene hacer ciertas distinciones: algunos “derechos culturales” están ya bien asegurados en tanto que otros no lo están, y otros aún ni siquiera están claramente definidos, y mucho menos promulgados. Es importante establecer estos distingos si hemos de progresar en la realización de los derechos culturales.

5. DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS

Un aspecto de los derechos culturales acerca del cual todos están de acuerdo es la necesidad de determinar si son derechos individuales o colectivos. Si bien este debate puede ser obviado en relación con otros tipos de derechos, la cultura presupone una colectividad. ¿Cuál es entonces la mejor manera de abordar esta cuestión? Entre las personas que contribuyeron a este estudio tuvo lugar un debate interesante. Existen diferencias de enfoque entre ellos: Rodolfo Stavenhagen afirma que son derechos colectivos, en tanto que Elizabeth Evatt los ve como derechos individuales ejercidos con respecto a una colectividad; para Folarin Shyllon han de considerarse como derechos comunitarios. Pero para todos ellos una cosa está clara: los derechos culturales deben contribuir a proteger el grupo, porque sin él, el individuo no puede ejercer sus derechos colectivos.

Como en numerosos debates sobre los derechos colectivos, se corre el riesgo de que la afirmación de los derechos de los grupos pueda, a la larga, dar pie a que esos mismos grupos hagan caso omiso de los derechos del individuo. Es éste un dilema que está en la raíz de los derechos culturales. La supervivencia de un grupo tribal, por ejemplo, puede depender de un equilibrio adecuado entre los sexos y los grupos de edad. El derecho del individuo a la libertad de circulación, hoy en día reconocido jurídicamente en muchos Estados, y su derecho a elegir su propia identidad cultural, pueden permitir que personas de esa comunidad se vayan, posibilidad que casi no existía antes de que un orden moral y jurídico exterior infringiera las tradiciones establecidas de la comunidad. Ahora bien, si demasiados miembros de la comunidad, o incluso algunos agentes económicos clave, optan por esta posibilidad, la comunidad como unidad cultural y económica puede derrumbarse. La diversidad cultural es de desear, por supuesto. Pero ¿acaso puede la preservación de una cultura fomentarse a costa de mantener a hombres jóvenes en una gerontocracia, o a mujeres en una sociedad patriarcal, si otros modelos sociales les parecen más ventajosos para ellos? ¿Hay una solución para este dilema?

Es éste un ámbito en el que ya existen importantes precedentes en el plano nacional. La jurisprudencia canadiense, por ejemplo, tuvo que examinar el caso de la

pertenencia a la tribu de una mujer que se casó fuera de la tribu y luego regresó a ella después de un divorcio. ¿Cuál debería ser la condición de un hijo de ese matrimonio? Estas preguntas no sólo están relacionadas con los derechos fundamentales del individuo, sino con cuestiones básicas (acerca de las cuales a menudo no hay precedentes) relativas al derecho del grupo a mantener sus propias normas y determinar la pertenencia a ese grupo, elemento clave en la supervivencia de una cultura tradicional. Pero en muchos casos, no es la “supervivencia” lo que está en juego, sino el cambio. En muchos casos, durante los dos últimos siglos, las culturas tradicionales han demostrado una enorme capacidad de adaptación, que les ha permitido sobrevivir en un ambiente social muy diferente adoptando algunas de las ideas de la cultura vecina.

Un ejemplo es el propio Movimiento de los Pueblos Indígenas. Durante los diez últimos años ha realizado avances considerables en la sensibilización de los países industrializados a su difícil situación, sus reivindicaciones, y la sabiduría que pueden ofrecer. Lo han logrado estableciendo enlaces entre ellos, maoríes, tribus amazónicas, pueblos sami, inuit, amerindios del Canadá y de los Estados Unidos, y aborígenes australianos. Si hubiesen conservado sus estilos de vida tradicionales, algunos de los cuales son sumamente antiguos y se remontan a decenas de miles de años, la mayoría de estos pueblos nunca se habrían enterado de la existencia de los demás, y no hubieran podido hacer causa común. El transporte y la comunicación modernos, y sobre todo Internet, les han dado oportunidades de acción cooperativa que han aprovechado para sus fines. A partir de elementos comunes a las culturas indígenas, ha surgido una nueva cultura mundial de los pueblos indígenas, que asocia las tradiciones de custodia de la tierra, el respeto de los antepasados y de la familia, y una visión del mundo en la cual la humanidad es parte integrante del orden natural al cual debe respeto. Son éstas algunas de las características que definen esta “cultura de las culturas indígenas”. Es ésta una visión del mundo distinta, es verdad, de la de las sociedades industriales, racionalistas y tecnocráticas modernas. Es interesante observar que cuando los indígenas tratan de compartir sus culturas, a menudo se sirven de animales en sus parábolas.¹² Darrell Posey da un ejemplo interesante al citar el relato aborigen australiano del niño y el escarabajo de Navidad, en tanto que Dean Suagee, en su artículo “Turtle’s war party”, expone tres actitudes diferentes frente a una cultura invasora, la del oso, la del lobo y la de la tortuga.¹³ La introducción de Dean Suagee a su artículo es otro ejemplo. Esta forma de enseñanza moral es fundamental en numerosas culturas tribales.

12. Véase la sección 9, *infra*.

13. D. B. Suagee, “Turtle’s war party: an Indian allegory on environmental justice”, 9 *Journal of Environmental Law and Litigation*, 1994, pág. 461.

6. DERECHOS CULTURALES Y DERECHOS DE LAS MINORÍAS

Otro universo del discurso que se vincula al de los derechos culturales es el relativo a los derechos de las minorías. Estos derechos están muy a menudo relacionados con las cuestiones culturales, tales como la supervivencia del idioma, la religión, las prácticas educacionales, las tradiciones, etc. Es improbable que la población mayoritaria tenga que reivindicar estos derechos. Es improbable, por ejemplo, que hoy en día una mayoría lingüística se vea impedida jurídicamente de usar su propio idioma. Pero ciertos derechos culturales (al menos, en uno de los sentidos antes apuntados) son tan indispensables para las personas del grupo mayoritario como para las de los grupos minoritarios: la libertad de reunión, la libertad de palabra, el derecho de autor y la protección de las patentes que hacen posible entre los miembros de la población mayoritaria una vida cultural intensa que podría ser reprimida por un sistema político inclinado a la conformidad. Por consiguiente, al examinar los derechos culturales, es importante encontrar fórmulas que no se limiten a proteger los intereses de las minorías.

Esta consideración también ha de ser tenida en cuenta cuando se trata de las minorías indígenas. La actual definición utilizada por las Naciones Unidas hace hincapié en la distinción entre esas minorías y las poblaciones dominantes llegadas más recientemente que las han desplazado. El movimiento indígena reivindica el reconocimiento de sus necesidades especiales en una sociedad en la cual numerosas minorías indígenas están luchando por la supervivencia, en tanto que históricamente otras han sido objeto de discriminación. Pero este uso internacional especializado no debe ocultar la estrecha similitud de muchas de sus prácticas culturales con las de los grupos tribales de otros países que están actualmente en mayoría y para quienes la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas no representa una estrategia política tan urgente para mejorar la situación en su propio país. Las actitudes de los africanos con respecto a la tierra que analiza Folarin Shyllon corresponden a las de una mayoría cultural en prácticamente todos los países de África. Presentan una similitud con culturas basadas en la tierra y culturas minoritarias e indígenas que se encuentran en la mayor parte de los países de los demás continentes.

7. DERECHOS CULTURALES Y DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Uno de los motores del debate sobre los derechos culturales ha sido ciertamente la acción dinámica del Movimiento de los Pueblos Indígenas. Los derechos que han estado reclamando han aportado nuevos elementos a este debate. Y, sin embargo, es

probable que algunos de ellos susciten enérgicas reservas por parte de Estados que tradicionalmente tienen un buen historial de realización de los derechos humanos.

Tomemos, por ejemplo, el derecho afirmado a la repatriación de los bienes culturales. En los años sesenta, durante el proceso de descolonización, los Estados recientemente independizados estaban ya formulando reivindicaciones en ese sentido. Muchos fueron capaces de recuperar su independencia en lo político y en lo económico, pero los archivos y otros objetos culturales que se llevó la potencia colonial en muchos casos no han sido restituidos. Frente a la gran presión que se hizo sentir en las Naciones Unidas y luego en la UNESCO, la Conferencia General de la UNESCO adoptó la Recomendación sobre Medidas Encaminadas a Prohibir e Impedir la Exportación, Importación y Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales de 1964, y más tarde la Convención sobre Medidas Encaminadas a Prohibir e Impedir la Exportación, Importación y Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, de 1970. Pero esta última no era retroactiva. A fin de proveer un recurso, en 1978 se creó el Comité Intergubernamental de la UNESCO para Fomentar el Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita. A juzgar por su actividad, los Estados donde se encuentra la mayor parte de los bienes culturales no se verán inundados de solicitudes de restitución: en sus veinte años de existencia, el Comité ha recibido sólo seis solicitudes (un número creciente de casos, empero, se resuelve fuera del Comité).

Sin embargo, el propuesto derecho al retorno de bienes culturales puede también crear dilemas. Entre los aborígenes australianos, los objetos sagrados de un grupo tribal son tabú para otros grupos, y una persona de otro grupo que los vea debe temer por su vida. La restitución de tales objetos no es posible si nadie está dispuesto a verlos a fin de identificar el grupo del cual provienen. El daño causado al sustraer (habitualmente por la fuerza o el robo) estos objetos de sus comunidades es evidente; pero su restitución exige una preparación cuidadosa para no causar más daño a la cultura de que se trate o a las culturas vecinas.¹⁴

El uso dado o que pueda darse a los objetos sustraídos también crea tensiones entre las culturas. La exposición en museos de objetos sagrados y secretos es un ejemplo de la insensibilidad a la cultura de otros. Aun más escandalosos han sido la exposición y el trato irrespetuoso de restos humanos. Tales casos pueden crear graves tensiones entre las comunidades, tensiones que no disminuyen con el paso de los años. Por otro lado, ha ocurrido que parte del material restituido por los museos fuera destruido. En Tasmania, los restos humanos devueltos por un museo fueron cremados

14. C. Anderson, "Research and the return of objects as a social process", 19 *Bulletin of the Conference of Museum Anthropologists*, Australia, 1986, pág. 2.

(aunque ésa no era una tradición de la comunidad de que se trataba), a fin de evitar, según se dijo, toda nueva posibilidad de que fueran profanados. En una comunidad de amerindios puede ocurrir que un objeto antiguamente utilizado en rituales sagrados, y luego adquirido y expuesto por un museo, sea arrojado a un río una vez devuelto a su comunidad de origen. Esta habría sido la manera tradicional de tratar objetos profanados. Esta práctica que puede parecer sorprendente para la “cultura de los museos”, resulta sin duda apropiada en una cultura que durante años se ha visto gravemente amenazada y está ahora tratando de restablecer sus prácticas tradicionales.¹⁵

8. LA CULTURA DE LOS DERECHOS

Desde hace mucho tiempo se viene debatiendo entre “universalistas” y “relativistas” la cuestión de los derechos humanos. En tanto que los primeros han argumentado en favor de la universalidad de los derechos humanos a través de todas las culturas, los segundos han considerado que las diferentes culturas tienen sus propias tradiciones al respecto y que los universalistas exageran el grado de compatibilidad que pueda haber entre ellas. El deseo de universalidad, como Alice Tay sugirió durante la videoconferencia mencionada en la introducción a esta publicación, nos ha hecho menos sensibles a la diversidad real que existe entre los diferentes sistemas.

En este punto resultan pertinentes tres consideraciones. En primer lugar, la reflexión acerca de las relaciones culturales entre personas, y las relaciones entre culturas, que no entran en el marco de la problemática de los “derechos”, pueden tener mucho que aportar. En segundo lugar, la cuestión de si la reflexión sobre los “derechos” es universal no puede eludirse si deseamos sacar el máximo partido posible de la Declaración Universal, los Pactos y otras declaraciones generales de derechos humanos. Y en tercer lugar, cualquiera sea lo que la cultura tradicional ha representado en el pasado, la comunicación moderna está tornando universal el “discurso sobre los derechos” como modo de formular nuevas reivindicaciones. Cada uno de estos tres aspectos se encuentra representado en esta colección de artículos.

En su artículo, Darrell Posey cita el cuento de “El niño y el escarabajo de Navidad”. Se trata de una parábola creada por un miembro de una comunidad indígena para presentar, desde una perspectiva aborígen, algunas de las cuestiones que tendrían que tratar los juristas de formación occidental en el marco de un discurso

15. Este ejemplo fue dado durante el debate en el seminario sobre “Law and material culture in flux: law and policy of repatriation of cultural property”, Vancouver, 1994. Los trabajos de este seminario están publicados en la *University of British Columbia Law Review*, número especial, 1995.

sobre los derechos culturales. En un estudio tradicional sobre los derechos, esto puede parecer incongruente, pero justamente si se ha incluido este relato es para poner en tela de juicio la perspectiva tradicional, la de la “cultura de los derechos”, examinando el mismo conjunto de problemas desde un punto de vista completamente diferente. Si de veras sentimos la necesidad no sólo de tolerar, sino de favorecer y preservar la diversidad cultural, es indispensable que aprendamos a aceptar sin incomodidad modos de reflexión que son nuevos para nosotros.¹⁶

De hecho, muchas de las cuestiones que, históricamente, han sido tratadas en los debates de Europa occidental como “derechos” tienen muy poco sentido en las comunidades tradicionales. En la descripción que las Naciones Unidas hacen de los pueblos indígenas se pone de relieve su apego especial a la tierra, y los “derechos a la tierra” han pasado a ser la consigna de numerosos militantes de esos grupos o que apoyan esa causa. Pero nuestra reflexión en términos de “derechos” no hace justicia a esas culturas, ya que la relación con la tierra puede ser de calidad diferente, y más intensa, que la que evoca el concepto de “derechos”. Como se afirmó en un caso juzgado en Australia, el grupo aborigen de que se trataba no pensaba en términos de derechos sobre la tierra, sino de deberes para con ella, cuya custodia les había sido confiada por sus espíritus ancestrales.¹⁷ De manera análoga, cuando se trata de proteger la relación entre los pueblos tradicionales y su patrimonio biológico, botánico y mítico mediante el discurso de los “derechos”, no se reconoce suficientemente a estas sociedades ya que no es posible aislar uno de estos aspectos de los demás. Un representante de un grupo indígena hizo notar una vez: “Estoy cansado de estas conferencias internacionales donde soy relegado al grupo de los que usan ‘collares y plumas’, como si no pudiese esperarse de mí que supiera algo acerca de los recursos médicos o botánicos y cómo utilizarlos.”

Al mismo tiempo, debe quedar claro que el lenguaje de los derechos ha llegado a ser bien conocido de los militantes, que se sirven de él para promover su causa, sea o no esta manera de pensar natural de la cultura tradicional. Explica muy bien este punto Ann-Belinda Preis,¹⁸ quien examina cómo se ha utilizado el diálogo sobre los “derechos” en ciertos Estados africanos modernos. En el juicio *Dow contra el Estado de Botswana*, una abogada feminista muy conocida puso en tela de juicio la ley de ciudadanía de 1984, según la cual una botswanesa casada con un extranjero no podía trans-

16. En su artículo citado en la nota 13, Dean Suagee utiliza un “cuento” instructivo de manera análoga.

17. *Milirrpum contra Nabalco*, 17 *Federal Law Reports*, Australia, 141, págs. 270-272.

18. “Human rights as cultural practice: an anthropological critique”, 18 *Human Rights Quarterly*, 1996, págs. 286-315.

mitir la ciudadanía a sus hijos, aunque hubiesen nacido en Botswana y vivido toda su vida en el país, en tanto que un botswanés casado con una extranjera podía hacerlo. La reacción a la decisión inicial, que apoyó su argumento, fue que se trataba de una afrenta inaceptable a la cultura tswana. Pero esta decisión fue luego confirmada por el tribunal de apelación y la ley fue posteriormente modificada para adaptarla a esas decisiones. Lo que sucede, según Preis, es que la cultura se vuelve objeto de negociación y los términos son manipulados, tanto por los que formulan reclamos como por los poderes públicos, utilizando términos tomados de esa cultura y fuera de ella. Pero el debate tiene lugar dentro de la cultura. Como todas las culturas, es dinámico. “El desacuerdo y el conflicto son parte de la cultura, y en este caso particular, de la cultura de los derechos humanos.”¹⁹

Lo expuesto nos permite considerar desde otro punto de vista la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos,²⁰ que tiene un primer capítulo formulado en términos de “derechos” y un segundo capítulo formulado en términos de “deberes”. Estos incluyen los deberes del individuo para con la familia y la sociedad (artículo 27, párr. 1), para con la comunidad nacional (artículo 29, párr. 2), el deber de preservar y fortalecer los valores culturales africanos (artículo 29, párr. 7) y el de contribuir a la unidad africana (artículo 29, párr. 8). En el preámbulo, los Estados africanos declaran tener en cuenta “las virtudes de su tradición histórica y los valores de la civilización africana que deben inspirar y caracterizar sus reflexiones sobre el concepto de los derechos humanos y de los pueblos”; considerando que “el goce de los derechos y las libertades también supone la realización de deberes de parte de cada uno”.

Esta declaración puede, por consiguiente, como la Constitución y la ley de ciudadanía de Botswana, proporcionar a las sociedades africanas el contexto de una negociación y de una manipulación de los términos. Hasta que se logre el resultado, lo cual puede exigir algunos años de experiencia, las implicaciones precisas de muchas de sus cláusulas no resultarán claras para los juristas. Pero este texto demuestra un esfuerzo por dar cabida dentro del discurso de los “derechos” a los que se consideran aspectos particularmente significativos de las formas de vida africanas, comunes a muchas culturas.

9. APRENDER UNOS DE OTROS

Así como el argumento sobre los derechos se está utilizando para reforzar el de la tradición en una cultura tradicional adaptada y reinventada, los defensores de las culturas

19. *Ibidem*, pág. 305.

20. Concluida en Banjul en 1981 y aprobada en Nairobi en 1981, entró en vigor el 21 de octubre de 1986. *International Legal Materials*, 1982, pág. 59.

tradicionales están tratando de hacer aceptar sus valores en las culturas basadas en “derechos”, cuando éstos no captan plenamente la esencia de sus modos de pensar. En muchos casos creen firmemente que las concepciones tradicionales tienen algo que aportar a esas otras culturas y que podrían mejorarlas.

Como ilustración presentamos algunos hechos recientes. Ocurrió que cuatro ancianos de la tribu de los ngarinyin (que habita la zona remota de Kimberley en Australia occidental), decidieron un día compartir con extranjeros ciertos secretos tradicionales de su pueblo. En decisiones jurídicas, a partir del caso de los *Gove Land Rights*²¹ (en 1971), los tribunales australianos comenzaron a reconocer la complejidad y la significación de los sistemas tribales, y luego los derechos de los primeros australianos tribales sobre sus tierras tradicionales.²² Estos “derechos sobre la tierra” fueron más tarde incorporados en la legislación federal. Los ngarinyin, que habían sido desalojados de sus tierras tribales unos cuarenta años antes, tenían ahora derecho a visitar los sitios sagrados. En 1996 se produjo un cambio de partido político en el gobierno federal de Australia, y el nuevo gobierno anunció su intención de dejar de lado el reconocimiento de esos “derechos sobre la tierra”. Los ancianos de la tribu de los ngarinyin recurrieron a la UNESCO para organizar una reunión²³ en la cual pudieran hacer comprender la importancia de ese patrimonio a quienes, según pensaban, podían apreciarla. Mostraron a los especialistas mundiales del arte rupestre un vídeo²⁴ en el cual se los veía participar en sus sitios sagrados en ceremonias tradicionales que simbolizan la ley de compartir. Incluía imágenes de figuras mitológicas sagradas que en principio sólo podían ser vistas por los miembros iniciados de la tribu. Los ancianos explicaron que la celebración de esas ceremonias y la transmisión de esta tradición secular constituyen para ellos un deber sagrado. La filosofía de compartir es, en efecto, un elemento central de la cultura de las tribus aborígenes en todo el continente australiano. Esta poderosa enseñanza moral, perpetuada a través de las ceremonias más sagradas, se encarna en la representación de mitos con intervención de animales: en el caso de los ngarinyin, son el emú, que tiene que ser castigado por su glotonería, y otras aves que representan otros personajes. Como ya hemos visto, en muchas sociedades próximas a la naturaleza, y que se consideran parte de ella, esta manera de transmitir la moral tradicional es su forma de abordar problemas que todos enfrentamos.

21. Véase la nota 14 en relación con este caso.

22. *Mabo contra Queensland*, 107 Australian Law Reports, 1.

23. Celebrado el 16 de junio de 1997 en la Sede de la UNESCO, París. Una exposición sobre el mismo tema se inauguró en el Museo Nacional de Historia Natural de París el mismo día.

24. El productor fue Jeff Doring.

El mensaje explícito era: “Salimos a vuestro encuentro.” Esta apertura no es fácil para los primeros australianos, puesto que la revelación de los secretos tribales es una experiencia intensa y perturbadora. Sin embargo, lo están haciendo cada vez más, a fin de que otras personas puedan comprender su manera de proceder.

En este caso particular, el lenguaje de los “derechos” no es suficiente para explicar la misión espiritual especial que deriva de la relación de la tribu con su tierra, aunque los “derechos” hayan sido el medio escogido por los legisladores para proteger esa relación.

Otro ejemplo de “apertura” fue el consentimiento que dieron ciertos artistas aborígenes, de acuerdo con los ancianos de sus tribus, para la publicación de sus dibujos, basados en imágenes y temas sagrados, en dos carpetas y un calendario sobre arte “aborígen” publicados por el gobierno de Australia. Pero una empresa utilizó los diseños en alfombras (utilización particularmente poco apropiada para imágenes sagradas), que hacía fabricar en Viet Nam y vendía en Australia; los artistas se vieron obligados a hacer juicio por violación del derecho de autor.²⁵ En virtud de la ley aborígen, si se hace un uso no autorizado de un relato o de imágenes, incumbe a los propietarios tradicionales adoptar medidas para preservar el “sueño” y castigar a quienes son considerados responsables de la violación. Si se autoriza a un artista a representar el sueño, y esa obra de arte es luego utilizada o reproducida inapropiadamente por un tercero, es el artista quien es considerado responsable de la transgresión, aunque no pudiese impedirla ni tuviese conocimiento de lo acaecido.

Tampoco en este caso el concepto de “derecho” es suficiente para caracterizar la relación entre el artista y su trabajo. Aunque en el caso, que tuvo éxito, los artistas abrieron juicio contra el empresario, las relaciones dentro de la tribu necesitan una explicación más compleja, y el derecho de los artistas a recurrir a la justicia era también la expresión de un sistema tribal de creencias y obligaciones muy distante del modelo tradicional del derecho de autor.

Otro ejemplo de esa manera de “salir al encuentro”, del esfuerzo por transmitir a pueblos de otra cultura verdades culturales significativas, es representado por Gordon Pullar, que siguió la devolución de los restos de esqueletos de un millar de indígenas a la isla Kodiak en Alaska. El éxito, al cabo de ocho años de activa labor, de esta campaña para volver a dar sepultura a los restos humanos conservados en el Smithsonian Museum de Washington podría en sí mismo considerarse plenamente satisfactorio. Pero Pullar estimó que era necesario explicar que el litigio estribaba en

25. *Milpurrurru contra Indofurn* (1995), 30 *Intellectual Property Reports* 209, pág. 214. Véase el examen de la cuestión en A. Kenyon, “Australian aboriginal art, carpets and copyright”, 1 *Art Antiquity and Law*, 1996, pág. 59.

una diferencia fundamental en cuanto a las visiones del mundo, ya que los indígenas y los científicos occidentales tienen concepciones muy diferentes del tiempo, la familia y el universo.

Para los indígenas, el tiempo es circular. Los antepasados, aunque hayan muerto hace cientos de años, siguen formando parte del círculo. Siguen perteneciendo al mismo grupo que los vivos. Sin duda han pasado a otro mundo, pero siguen siendo miembros del grupo. [...] Una amerindia de mediana edad [...] expresó el concepto de tiempo de una manera que parece perfectamente comprensible [...] “Ustedes hablan todo el tiempo de preservar el pasado. ¿No ven que no hay pasado? ¿No ven que el pasado es hoy y es mañana? Todo es lo mismo. ¿No pueden ver eso?”²⁶

Prosigue hablando de la visión indígena de la familia en la cual todos los miembros de la tribu, pasados y presentes, están incluidos, y explica la concepción diferente de lo que se considera “respeto” por esos restos: su almacenamiento y tratamiento por los científicos en calidad de “recursos” es considerado el sùmmum de la irreverencia por la tribu. Folarin Shyllon, al concluir su artículo, también se refiere a la unidad de los muertos, los vivos y los que aún no han nacido.

10. CONCLUSIÓN

Vivimos una época de interpenetración sin precedentes de las culturas. Por supuesto, también es cierto que en muchos países en desarrollo, los pueblos rurales tienen poco contacto con las culturas lejanas. Pero en las capitales de cada Estado se reciben nuevas ideas, potenciadas y ampliadas por la repetición de los medios internacionales modernos de comunicación. No es sorprendente entonces que los africanos, los asiáticos, los militantes de ambos continentes americanos, las poblaciones indígenas de las zonas más remotas y los voceros de los desfavorecidos de numerosas comunidades aprovechen el diálogo sobre los derechos humanos para defender su causa. Pero hemos de saber en qué universo del discurso, y con qué supuestos, se sitúa el que habla. La antigua tradición de los derechos humanos, su poderoso valor educativo, y las ventajas que ya ha conquistado proveen argumentos atractivos que pueden utilizarse en el diálogo ético, político y, en última instancia, jurídico.

Al mismo tiempo, es importante tener presente que los “derechos culturales” pueden significar muchas cosas distintas para diferentes personas. Primeramente

26. G. L. Pullar, “The Qikertarmiut and the scientist: fifty years of clashing world views”, *University of British Columbia Law Review*, número especial, 1995; *Material culture in flux: law and policy of repatriation of cultural property*, 119, pág. 125.

debemos comprender cómo se está utilizando esta expresión y, en segundo lugar, evitar toda confusión entre los diferentes significados.

También es indispensable, si deseamos fomentar la diversidad cultural, escuchar otras voces y otros relatos. Hay diferentes maneras de proteger los aspectos amenazados de una cultura que las personas desean preservar, y diferentes medios de fomentar el desarrollo cultural. El diálogo acerca de los “derechos” no es el único medio, ni siempre el más eficaz, de sensibilizar otros modelos de desarrollo a las diferencias culturales.

Los imperativos del medio ambiente nos permiten comprender que el deber de custodia de la tierra es una ética encaminada a dejar a las generaciones futuras un planeta viable. Ciertamente no se llegará a eso si los actuales titulares de los derechos sobre la tierra continúan afirmando agresivamente su “derecho a explotar la tierra”. En muchas partes del mundo, en el momento actual, cultura capitalista y cultura de conservación están en conflicto directo.

Una escucha atenta puede demostrar que hay otros y, para algunos, mejores modos de tratar de resolver problemas del bienestar humano que depositar una confianza excesiva en los “derechos culturales”. Esto no significa que haya que renunciar a hacer todo lo posible por aplicar mejor los derechos culturales en el contexto de la poderosa tradición de los derechos humanos, ya que será sin duda esta categoría de derechos humanos la que habrá de desempeñar el papel más importante para enfrentar los desafíos del siglo que comienza.

SENTAR LAS BASES PARA LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS CULTURALES

Halina Nieć

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de la gran atención que se ha concedido recientemente a los derechos culturales, siguen siendo “la Cenicienta de la familia de los derechos humanos”.¹ Desde el punto de vista jurídico, estos derechos son los menos desarrollados dentro del grupo de derechos humanos. Esta afirmación puede resultar sorprendente para quienes hayan observado la magnitud de la labor realizada por los organismos internacionales, entre ellos la UNESCO² y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Sin embargo, cuando se considera esta posición precaria resultante de los diferentes orígenes históricos que rodean el reconocimiento de los derechos culturales, el problema se aclara. Es hora de que las cosas cambien. Actualmente, ya pasado el quincuagésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos,³ que proclamó y definió en términos generales los derechos culturales dentro del campo de los derechos humanos, ha de reconocerse la importancia de los derechos culturales reforzando su contenido jurídico, además de lograr que sean efectivos tanto para las personas como para los grupos.

1. G. Filibek, Intervenciones relativas al tema 1.1, en *The European Convention on Human Rights and Cultural Rights*, Octavo Coloquio Internacional Anual sobre la Convención Europea de Derechos Humanos, Budapest, Consejo de Europa, 1995, pág. 75.

2. Véase K. Singh, *La UNESCO y los derechos culturales*, en el presente volumen.

3. Declaración Universal de Derechos Humanos, resolución 217A (III) de la Asamblea General, de diciembre de 1948, *Derechos humanos: recopilación de instrumentos internacionales*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, vol. 1, primera Parte, 1994, págs. 1-7.

2. DE LA CONCEPCIÓN AL RECONOCIMIENTO

En el proceso de transformar el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos en disposiciones de tratados vinculantes, los derechos de índole social, económica y cultural fueron disociados de los derechos políticos y civiles clásicos mediante la división en dos tratados separados. Pese a que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refieren a la unidad de todos los derechos humanos,⁴ la separación fue reconocida generalmente como una victoria para quienes negaban el valor jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales.

Quienes ponían en tela de juicio el carácter jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales insistieron en que hubiese dos pactos separados por estar convencidos de la índole diferente de los derechos pues, en tanto que para hacer cumplir los derechos políticos y civiles es preciso que el Estado se abstenga de adoptar medidas específicas, para hacer cumplir los derechos económicos, sociales y culturales es necesario que emprenda iniciativas que exigen fondos, tiempo y mecanismo especiales. Además, esta diferencia de índole, adujeron, suponía una diferencia cualitativa en las obligaciones de los Estados de aplicar los derechos. Así pues, en el ámbito de los derechos políticos y civiles, los Estados tienen obligaciones claramente definidas de establecer medios de reparación judicial dentro de su sistema jurídico interno (es decir, una obligación de conducta). El cumplimiento de estas obligaciones puede fácilmente ser evaluado por la comunidad internacional, que actúa por conducto de órganos especialmente designados para verificar el cumplimiento de los tratados. En cambio, la situación no es tan clara con respecto a las obligaciones de los Estados por lo que atañe a los derechos económicos, sociales y culturales. Dada la índole intrínsecamente positiva de estos derechos, su aplicación obliga inequívocamente a obtener resultados, por cuanto su cumplimiento por parte de un Estado determinado se extiende más allá de la aceptación y del subsiguiente reconocimiento. La política y los programas de un gobierno y el grado en que esas medidas afectan al beneficiario o los beneficiarios de estos derechos constituyen la prueba de la realización y el cumplimiento de estos derechos. Por ello se ha afirmado que estos derechos podían ser defi-

4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resolución 2200A de la Asamblea General, Naciones Unidas, Documentos oficiales de la Asamblea General, vigésimo primer período de sesiones, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resolución 2200A de la Asamblea General, Naciones Unidas, Documentos oficiales de la Asamblea General, vigésimo primer período de sesiones, Preámbulos, *Derechos humanos: recopilación de instrumentos internacionales*, op. cit., págs. 7-40.

nidos como derechos “programáticos”. Como no pueden reivindicarse a través de la justicia (es decir, no son derechos legales), no se exige a los Estados que se sometan al examen internacional con respecto a su aplicación.⁵

Esta opinión extrema fue puesta en tela de juicio por numerosos juristas, activistas de los derechos humanos⁶ y diversos órganos del sistema de las Naciones Unidas, y llevó a la aprobación de numerosas declaraciones internacionales que mantienen que estos derechos tienen carácter jurídico. Por ejemplo, el párrafo 1 de la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993) dice lo siguiente:

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma el solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional. El carácter de esos derechos y libertades no admite dudas.⁷

En el párrafo 5 del mismo documento se añade que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”. La lista completa de los documentos que reiteran el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos legales es demasiado extensa para el presente examen. En resumen, entonces, podemos referirnos a los escritos de Steiner y Alston: “[en] términos formales para los fines del derecho internacional, el debate acerca de si los derechos económicos son ‘realmente’ derechos quedó zanjado hace mucho tiempo”.⁸ Según el mismo razonamiento, otro tanto puede afirmarse de los debates

5. H. J. Steiner y P. Alston, *International human rights in context: law, politics, morals*, Oxford, Clarendon Press, 1996, págs. 261-262.

6. A. Cassese, “The General Assembly: historical perspective 1945-1989”, en P. Alston (comp.), *The United Nations and human rights*, págs. 45-50; esto no niega en manera alguna la existencia de partidarios de la opinión de que los derechos económicos, sociales y culturales son “metas de política”, contrariamente a los derechos legales. Fons Coomans presenta un examen de las novedades recientes en relación con el carácter y la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en su *Economic, social and cultural rights*, Utrecht, 1995. (SIM special n.º 16).

7. Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados el 25 de junio de 1993, documento de las Naciones Unidas A/CONF.157/23.

8. H. J. Steiner y P. Alston, *op. cit.*, pág. 268.

que rodean a los derechos sociales y culturales. Los obstáculos que hoy en día subsisten estriban en definir estos derechos y, según los autores antes citados, en “identificar enfoques eficaces para la aplicación, es decir, las maneras en que los derechos económicos, sociales y culturales puedan hacerse efectivos y en que los gobiernos puedan ser considerados responsables de cumplir sus obligaciones”.⁹

3. LAS RAZONES DEL DESCUIDO DE LOS DERECHOS CULTURALES

En tanto que los derechos económicos, sociales y culturales han sido tema de debate internacional durante años, es la categoría de derechos culturales la que sigue estando menos desarrollada por lo que atañe al contenido jurídico y a la capacidad de hacer cumplir esos derechos.¹⁰ El descuido obedece a múltiples razones, incluidas las tensiones políticas e ideológicas que rodean a esta categoría de derechos, así como las tensiones internas que afloran cuando los derechos de una persona entran en conflicto con los de un grupo y con las políticas estatales. Así, hay conflicto interno cuando una identidad cultural individual se opone a una identidad colectiva o nacional, o cuando un grupo afirma que la realización plena de su identidad cultural tiene primacía sobre el marco reconocido de la autonomía cultural.

Otro obstáculo que se opone a una evolución sin tropiezos deriva de que los derechos culturales son derechos a la cultura. Esta cuestión es obvia; lo que no resulta obvio es qué engloba exactamente el término “cultura”, pese a las numerosas definiciones que figuran en diversos documentos internacionales. Sin embargo, es inherente al mundo de la cultura abarcar muchos aspectos de la vida humana. La dificultad surge al tratar de distinguir los derechos culturales de aquellos que sin serlo comprenden aspectos culturales.¹¹

9. *Ibidem.*

10. P. Alston (comp.), *Promoting human rights through bill of rights: comparative perspectives*, Oxford, Clarendon Press, 1995; M. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a perspective on development*, Oxford, Clarendon Press, 1995; J. Donnelly, *Universal human rights in theory and practice*, Ithaca, Cornell University Press, 1989; A. Eide, C. Krause y A. Rosas, *Economic, social and cultural rights: a textbook*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995; L. Sohn (comp.), *Guide to interpretation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Irvington NY, Transitional Publishers, 1993.

11. R. Weber, “The New Europe - hope and disillusionment”, *Human rights and cultural policies in a changing Europe: the right to participate in a cultural life*, Informe de la Mesa Redonda Europea, Helsinki, Finlandia, 30 de abril - 2 de mayo de 1993, Helsinki University Press, 1994, págs. 29-30.

Otro factor que aumenta la dificultad de definir el contenido de muchos derechos culturales es el conflicto entre la universalidad de los derechos humanos y el concepto de relativismo cultural.¹² Por una parte, las personas procuran preservar la cultura colectiva que ha conformado y definido su identidad como miembros de un grupo determinado. Pero cuando una persona comprueba que ciertas manifestaciones de su cultura, por ejemplo ciertas prácticas tradicionales, resultan perniciosas o constituyen una violación de sus derechos humanos universalmente reconocidos (aunque no por ello escoja separarse completamente de esa cultura), ¿ha de prevalecer el derecho de ese individuo a denunciar que esos aspectos de la identidad cultural del grupo constituyen una violación de sus derechos humanos, o el derecho del grupo a mantener sus prácticas y rituales en nombre de la identidad cultural? Los derechos de quién y, en consecuencia, la condición jurídica de quién son más importantes en tal conflicto, ¿los de la persona o los de la comunidad?

La respuesta no es simple ni mucho menos. En la Declaración y Programa de Acción de Viena antes citados, se afirma que “todos los derechos humanos son universales”. Para aclarar aún más la cuestión, según la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Minorías, de 1992, se prohíbe a las minorías que continúen ejercitando las prácticas que estén en conflicto directo con el derecho internacional y violen los derechos humanos universales.¹³ Sin embargo, el problema del relativismo cultural y las tensiones que de allí surgen con respecto a los derechos humanos universales aún siguen en pie, y la cuestión merece una discusión abierta que no debe verse oscurecida por presiones políticas.

12. C. Joyner y J. Dettling, “Bridging the cultural chasm: cultural relativism and the future of international law”, *California Western International Law Journal* 1989-1990, vol. 20, n.º 2, págs. 275-314; H. Warzazi, *Preliminary report of the Special Rapporteur on traditional practices affecting the health of women and children*, Comisión del Consejo Económico y Social sobre los Derechos Humanos, 47º período de sesiones; “What’s culture got to do with it? Excising the harmful tradition of female circumcision”, *Harvard Law Review*, vol. 106, n.º 8, 1993, págs. 1944-1961. Véase además *Universality of human rights in a pluralistic world*, actas del coloquio organizado por el Consejo de Europa en cooperación con el Instituto Internacional de Derechos Humanos, Estrasburgo, 17-19 de abril de 1989, Estrasburgo, N. P. Engel Verlag, 1990.

13. Artículo 8.1 de la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, resolución 47/135 de la Asamblea General, del 18 de diciembre de 1992, *Derechos humanos: recopilación de instrumentos internacionales*, *op. cit.*, 1978, pág. 143.

4. OBSERVACIONES GENERALES SOBRE EL CATÁLOGO DE DERECHOS CULTURALES

El esfuerzo por determinar los derechos que debían incluirse en la categoría de derechos culturales es un proceso en curso que se inició con la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos.¹⁴ De cuando en cuando conviene verificar el catálogo de esos derechos para determinar si mediante la práctica internacional la realización de su contenido se estabiliza progresivamente. El propósito de este ejercicio es doble: crear conciencia acerca de cuáles derechos culturales deberían incluirse e informar a los Estados de sus obligaciones con respecto a tales derechos. Este último aspecto es particularmente importante porque es preciso fortalecer el compromiso de los Estados de aceptar y cumplir sus obligaciones en relación con los derechos culturales, a fin de que puedan ser considerados responsables de toda violación.

Al examinar el derecho internacional en materia de derechos humanos, comprobamos que los derechos culturales como derechos humanos han sido declarados tanto a nivel universal como regional. A nivel universal, estos derechos están consignados en el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que estipula:

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Y en el artículo 22 del mismo documento puede leerse lo siguiente:

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

14. Declaración Universal de Derechos Humanos, resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948, *Derechos humanos: recopilación de instrumentos internacionales*, op. cit., p. 7 (artículo 27).

Los derechos culturales pasaron a ser de carácter vinculante en virtud del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo texto es el siguiente:

1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona a:
 - a) Participar en la vida cultural;
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
 - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.
3. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

A nivel regional, los derechos a la cultura están oficialmente proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 13),¹⁵ el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 14)¹⁶ y en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 17).¹⁷ Estos tratados reconocen los derechos mencionados haciendo particular hincapié en los derechos de la persona.

Por lo que atañe a los pueblos, dentro del marco internacional de los derechos humanos existe también el reconocimiento de los derechos culturales como derechos colectivos. Por ejemplo, los primeros artículos tanto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirman que “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, proveen [...] a su desarrollo económico, social y

15. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos, el 2 de mayo de 1948.

16. Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), aprobado el 17 de noviembre de 1988, no en vigor, 291 ILM 1447 (1990).

17. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de junio de 1981, entró en vigor el 21 de octubre de 1986, Doc. OUA CAB/LEG/67/3/ Rev.5.

cultural”. Esta libre búsqueda del desarrollo cultural, vinculada al derecho político de la libre determinación y respaldada por éste, les permite a su vez preservar su identidad cultural. Este concepto fue plenamente reconocido en la Declaración de México sobre las Políticas Culturales aprobada en la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales, celebrada en 1982. Se recomendó a los Estados Miembros “que respeten y se empeñen en preservar la identidad cultural de todos los países, regiones y pueblos, y se opongan a cualquier discriminación contra la identidad cultural de otros países, regiones y pueblos”.¹⁸

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos va aún más allá al reconocer el derecho de todos los pueblos al desarrollo cultural.¹⁹ Este derecho se ve fortalecido por la normalización del derecho de todas las personas “a preservar ... los valores culturales africanos positivos”.²⁰ De allí que el derecho colectivo a la cultura complementa los derechos culturales de la persona.

Sin embargo, en el derecho internacional relativo a los derechos humanos, la protección de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas se asimila, en principio, a la protección individual de los derechos de los miembros de esas comunidades.²¹ Esta concepción se refleja en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pero no se puede pasar por alto que existe un reconocimiento del carácter colectivo de los derechos de las minorías en el derecho relativo a los derechos humanos al nivel universal. En la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, el reconocimiento del grupo como entidad con derechos es más explícito que el que figura en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Declaración se refiere a esta dimensión colectiva en el artículo 1: “Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos, y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad”. Ha de observarse que esta importancia de la identidad surge del reconocimiento de que la realización de la identidad cultural de la persona es indisoluble del reconocimiento del grupo particular a que pertenece. Como afirma además el Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en su comentario rela-

18. *Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales: Informe Final*, París, UNESCO, 1982, pág. 59 (recomendación n.º 1).

19. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 22.

20. *Ibidem*, artículo 29.

21. Véase W. Kymlicka (comp.), *The rights of minority cultures*, Nueva York, Oxford University Press, 1995; A. Phillips y A. Rosas (comps.), *The UN Minority Rights Declaration*, Abo Akademi University for Human Rights Minority Rights Group (International), Turku/Abo, Londres, 1993.

tivo al artículo 27 del Pacto, si bien los derechos protegidos (es decir, las personas pertenecientes a minorías) son individuales, dependen de la capacidad del grupo minoritario de preservar su cultura.

Los intentos de obtener el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas plantean cuestiones contenciosas al tratar de definir los derechos colectivos. Actualmente, las Naciones Unidas estudian el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²² a fin de instituir normas internacionales para los derechos de esos grupos amenazados. De esta labor podría surgir una decisión definitiva sobre la aceptación de los derechos colectivos.

En la actualidad, prevalecen dos enfoques acerca de la garantía de estos derechos. El primero está representado por las organizaciones de pueblos indígenas que gozan de un estatuto consultivo especial, acreditado por el Consejo Económico y Social, además de otras organizaciones no gubernamentales (como la Federación Internacional de los Derechos Humanos), juristas y especialistas independientes. Los adeptos de este enfoque sostienen que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, a la propiedad ancestral colectiva de la tierra y a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, y que pueden reivindicar una protección internacional *sui generis* de su patrimonio y sus bienes culturales. Sus esfuerzos se han materializado pues en el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En su examen de las relaciones de los Estados Unidos con los gobiernos tribales indios, Dean Suagee refrenda las consiguientes tentativas de hacer reconocer los derechos humanos de los pueblos indígenas (en contraposición con los derechos humanos individuales únicamente) pese a la renuencia de ciertos Estados a aceptar esta formulación en los artículos del Proyecto de Declaración. Lo que es de particular significación es que algunos representantes de Estados pidieron que el Proyecto de Declaración fuese coherente con los instrumentos de derechos humanos existentes. La cuestión más litigiosa sigue siendo el alcance del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas en el contexto del derecho internacional.²³

El segundo enfoque relativo a estos intentos de reconocer los derechos colectivos se origina en la idea de que la protección de los derechos de los grupos debe *en*

22. Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, resolución de la Subcomisión 1944/95, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1994/2/Add.1, 20 de abril de 1994. Véase texto en el apéndice I.

23. Cuestiones indígenas: Informe del Grupo de Trabajo creado con arreglo a la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1997/102, 10 de diciembre de 1996.

primer lugar servir a las personas que componen el grupo. Es crucial que los derechos de la persona no sean reemplazados por los derechos colectivos del grupo a que pertenece.²⁴ Este enfoque introduce así una “jerarquía” de derechos en el derecho internacional en la materia. Aun teniendo en cuenta que, con arreglo a las normas universales, todos los derechos individuales son indivisibles e interdependientes, el reconocimiento de los derechos de los grupos los situaría en el ámbito de los derechos humanos internacionales, asignando incondicionalmente a los derechos individuales un estatuto superior.²⁵

5. PREPARACIÓN DE UN CATÁLOGO

Por una parte, podemos afirmar que el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales debe verse como un marco general y normativo para un catálogo de los derechos culturales; sin embargo, sólo enumera cuatro categorías generales de derechos sin precisar las prerrogativas concretas de cada una de ellas. El proceso de dotar a esas categorías de significación jurídica es inmensamente complejo. Por ello era necesario construir el esqueleto de una categorización de los derechos culturales, más aún que en el caso de otros ámbitos de los derechos humanos. Los derechos culturales tienen una dinámica interna excepcional pues la cultura es un organismo vivo y en crecimiento, que constantemente se manifiesta en nuevas formas.

Una vez creado ese esqueleto, hay que dotarlo de carne, tarea que constituye al mismo tiempo una ventaja y una carga. El contenido de los derechos culturales ha sido interpretado y definido mediante varios instrumentos jurídicos, particularmente algunos de los redactados y aprobados por la UNESCO, entre otros la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, 1960, y la Recomendación relativa a la Condición del Artista, 1980.²⁶ Estas disposiciones se ven complementadas por la práctica de diferentes organismos internacionales, tales como

24. C. Lalumière, “Human rights at the dawn of the 21st century”, discurso inaugural, reunión interregional organizada por el Consejo de Europa antes de la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos, Palais de l’Europe, Estrasburgo, 28-30 de enero de 1993, pág. 5.

25. La mejor presentación de este enfoque puede encontrarse en P. Leuprecht, “Le sous-développement des droits culturels, vu depuis le Conseil de l’Europe”, en *Les droits culturels - une catégorie sous-développée des droits de l’homme*, Octavo Coloquio Interdisciplinario sobre los Derechos Humanos en la Universidad de Friburgo, 28-30 de noviembre de 1991, Friburgo, Éditions Universitaires, 1993, págs. 77-78.

26. Véase J. Symonides y V. Volodin (selección de documentos e introducción), *UNESCO and human rights: standard-setting instruments, major meetings and publications*, París, UNESCO, 1996.

el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.²⁷ El resultado es un catálogo de derechos culturales cada vez más amplio, cuya precisión, empero, se está evaluando.

Al componer este catálogo, debemos recordar los principios rectores que sirven para sentar las bases del derecho internacional relativo a los derechos humanos, principios destinados específicamente a salvaguardar la universalidad y la indivisibilidad de ese conjunto de derechos. El principio más básico es la obligación de respetar y preservar la dignidad inherente a todo ser humano.²⁸ El siguiente principio esencial es el de la igualdad, que a menudo se proclama en las cláusulas de no discriminación y de igualdad de oportunidades. Estos principios son los que nos guían hacia los elementos básicos de los derechos culturales, el más fundamental de los cuales es el derecho de acceso a la vida cultural. El siguiente es el derecho de “participación en la vida cultural” consignado por la UNESCO en 1976 en la Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas en la Vida Cultural.²⁹ Esta dimensión participativa de los derechos culturales se ve reforzada en la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo, en la cual se afirma y se destaca específicamente que la participación es el elemento esencial de los derechos humanos para todos, sean personas, miembros de minorías, pueblos indígenas o grupos de población vulnerables.³⁰

En el proceso de hacer más concreto el derecho de acceso a la vida cultural y el derecho a participar en la vida cultural, la aplicación de los principios antes mencionados, combinada con una abundancia de instrumentos normativos, nos permite preparar un catálogo determinando los diferentes componentes de estos derechos. Como ejemplo de la construcción de un marco conceptual de estos derechos, vale la pena considerar el documento del Consejo de Europa que presenta reflexiones acerca de los

27. Véanse los informes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales presentados al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Informe sobre el quinto período de sesiones, 9-27 de marzo de 1987; Informe sobre los 14° y 15° períodos de sesiones, 30 de abril - 17 de mayo de 1996, 18 de noviembre - 6 de diciembre de 1996.)

28. Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1.

29. Recomendación relativa a la participación y la contribución de las masas en la vida cultural, aprobada el 26 de noviembre de 1976 por la Conferencia General de la UNESCO en su 19ª reunión, *UNESCO and human rights: standard-setting instruments, major meetings and publications*, *op. cit.*, pág. 252.

30. Declaración sobre el derecho al desarrollo, resolución 41/128 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1986, *Derechos humanos: recopilación de instrumentos internacionales*, *op. cit.*, vol. I, segunda parte, págs. 565-570; véase M. L. Radin, “The right to development as a mechanism for group autonomy; protection of Tibetan cultural rights”, *Washington Law Review Assoc.*, vol. 68, n.º 3, 1998, págs. 695-714.

derechos culturales, en el cual un grupo de expertos propone definir el contenido del derecho a participar en la vida cultural de la siguiente forma: el derecho a escoger una o varias cultura(s) y de pertenecer a ella(s), y la libertad de expresarla(s); el derecho de acceso a la cultura; el derecho a gozar de los beneficios de la cultura, incluida la protección de tales beneficios; el derecho a contribuir al desarrollo cultural; el derecho a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación, a fin de promover la democracia cultural; el derecho de acceso a los medios de difusión; el derecho a la cooperación cultural internacional; el derecho de acceso a la información.³¹

Algunos de estos componentes, empero, pueden considerarse aparte. El derecho a escoger y a pertenecer a una o varias culturas es un derecho cultural, en tanto que otros componentes pueden verse como derechos civiles con componentes culturales. Un ejemplo de ellos es el derecho de acceso a la información. Este derecho es un derecho civil *per se*, y figura en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.³² Está admitido que el derecho a la información es un derecho bien definido y que puede reivindicarse a través de la justicia. Pero no puede ser considerado exclusivamente un derecho civil, puesto que el derecho a participar en la vida cultural no puede ejercitarse sin el derecho a la información. Estas complicaciones superpuestas demuestran que determinar qué derechos deberían incluirse en un catálogo de derechos culturales no es tarea sencilla. La dificultad de recopilación es extrema, y actualmente existen numerosas versiones, cuya extensión y contenido a menudo dependen de los fines de la clasificación. Por ejemplo, en un intento de crear una lista amplia de derechos culturales, una investigadora, Birgitta Leander, catalogó cincuenta derechos culturales diferentes clasificados según once categorías: supervivencia física y cultural; asociación e identificación con la comunidad cultural; identidad cultural y respeto de ésta; patrimonios material e inmaterial; prácticas y creencias religiosas; libertad de opinión, expresión e información; educación y formación; derechos a participar en la formulación de las políticas culturales; participación en la vida cultural y la creación; elección del desarrollo endógeno, y medio ambiente físico y cultural propio.³³

En cambio, el Instituto de Estudios Interdisciplinarios sobre Ética y Derechos Humanos de la Universidad de Friburgo, Suiza, produjo un proyecto preliminar de

31. Véase Consejo de Cooperación Cultural, 63^o reunión, doc. CDCC (95) 11 rev., Estrasburgo, 30 de enero de 1995, págs. 13-14.

32. Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 213 UNTS 221; además, *Twenty-five human rights documents*, Nueva York, Center for the Study of Human Rights, Columbia University, 1994, págs. 147-170.

33. B. Leander, "Preliminary list of cultural rights". Trabajo preparado para la UNESCO, 1996. (no publicado).

protocolo a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, relativos al reconocimiento de los derechos culturales.³⁴ La lista de derechos culturales incluidos en este documento no es tan extensa como la antes mencionada, y la intención parece haber sido muy diferente, es decir, enumerar los derechos culturales que son incuestionablemente reivindicables a través de la justicia, de tal forma que las denuncias de violación de esos derechos puedan presentarse ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El texto es el siguiente:

Artículo 1

Toda persona tiene a título individual, y comparte con otros, el derecho al respeto y a la expresión de sus valores y tradiciones culturales en la medida en que no sean contrarios a las exigencias de la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales; ese derecho abarca:

- a) la libertad de realizar una actividad cultural, en público o en privado, y más especialmente de hablar el idioma que elija;
- b) el derecho a identificarse con las comunidades culturales que elija y a mantener relaciones con ellas; esto implica la libertad de modificar tal elección o de no identificarse con ninguna comunidad cultural;
- c) el derecho a que no se le impida descubrir la variedad completa de culturas, que conjuntamente constituyen el patrimonio común de la humanidad;
- d) el derecho al conocimiento de los derechos humanos y a tomar parte en el establecimiento de una cultura regida por los derechos humanos.

Artículo 2

1. Toda persona tiene derecho a una educación que permita el desarrollo pleno e irrestricto de su identidad cultural de forma que se reconozca y respete la divergencia de las culturas.
2. Este derecho comprende la libertad de enseñar y de que le sean enseñados la cultura y el idioma propios, y de establecer las instituciones que sean necesarias para tal finalidad de conformidad con la ley nacional.
3. Incluye el derecho a obtener de los poderes públicos, proporcionalmente a las necesidades y los recursos, los medios necesarios para salvaguardar el derecho.

Otro ejemplo, el Proyecto Preliminar de Declaración de Derechos Culturales, fue formulado en una reunión de expertos celebrada en Friburgo en 1995.³⁵ Los principales

34. *Avant-projet de protocole à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, concernant la reconnaissance des droits culturels*, Instituto de Estudios Interdisciplinarios sobre Ética y Derechos Humanos, Universidad de Friburgo, Suiza.

35. Proyecto Preliminar de Declaración de Derechos Culturales. Documento producido en una reunión de expertos celebrada en Friburgo del 23 al 25 de marzo de 1995, y organizada

objetivos de este grupo quizás puedan considerarse más prácticos que los ejemplos anteriores. La Declaración se preparó teniendo presentes dos preocupaciones. Al estudiar el estado actual de los derechos culturales, los autores determinaron que la principal causa, tanto a nivel teórico como normativo, del “subdesarrollo” de estos derechos derivaba de la negligencia con respecto al papel de la identidad cultural. En segundo lugar, los autores convinieron en que un documento amplio y general que detallara la “lógica específica de los derechos culturales y la dimensión cultural de los derechos humanos en su conjunto” sería crucial para reemplazar los numerosos documentos que estaban fraccionando el tema. Los derechos enumerados en el Proyecto Preliminar son demasiado numerosos para reproducirlos en este trabajo como no sea de manera general: respeto de la identidad cultural, identificación con una comunidad cultural, participación en la vida cultural, educación y formación, información, libertad de acceso a los patrimonios, protección de la investigación, la actividad creativa y la propiedad intelectual, y participación en las políticas culturales. (Cabe señalar que estos derechos se consideran derechos individuales que pueden ser disfrutados individualmente o en comunidad con otras personas).

6. DEL CATÁLOGO A LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS

Tratar de mejorar el contenido del catálogo de derechos culturales y de reforzar el carácter jurídico de esos derechos es un empeño de largo aliento que no puede considerarse como una panacea para el subdesarrollo y el descuido que afectan a esta categoría de derechos. Paralelamente, hay que ocuparse de la eficacia del proceso multifacético que supone la aplicación de estos derechos, en el cual la responsabilidad de los Estados es de importancia capital.

Con arreglo al artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados están obligados a adoptar medidas inmediatas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto. Se interpretó que esto significaba que las obligaciones de los Estados eran, en su mayor parte, obligaciones de lograr resultados. Lamentablemente, el elemento de progresividad en la obtención de resultados confirió cierta indefinición al contenido de las obligaciones, lo cual, a su vez, hace casi imposible evaluar el grado de adhesión progresiva de un Estado a sus deberes

por la UNESCO, el Consejo de Europa, el Instituto de Estudios Interdisciplinarios sobre Ética y Derechos Humanos de la Universidad de Friburgo, y el Comité Nacional Suizo para la UNESCO, París, 18-19 de enero de 1996.

en virtud del Pacto. El carácter jurídico de estos deberes se reforzó cuando un grupo de expertos asistió a la Conferencia de Limburgo en Maastricht, Países Bajos, en junio de 1986, a fin de considerar la índole y el alcance de la responsabilidad del Estado en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³⁶ Los participantes en la Conferencia presentaron una interpretación convincente y sólida de las obligaciones jurídicas de los Estados según se definen en los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos. Se declaró que todos los Estados deben inmediatamente comenzar a adoptar medidas, utilizando todos los medios apropiados (incluida la adopción de medidas jurídicas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales), independientemente de su nivel de desarrollo económico, a fin de lograr la plena efectividad de los derechos enumerados; que algunas obligaciones tales como la prohibición de la discriminación, exigen el cumplimiento inmediato y pleno; que en modo alguno puede un Estado interpretar el Pacto como una oportunidad de diferir indefinidamente sus esfuerzos para cumplir sus obligaciones en razón de que en un momento dado no disponga de los recursos apropiados, y que al determinar si un Estado ha adoptado o no las medidas apropiadas para hacer efectivos estos derechos, se considerará el uso de los recursos disponibles y el acceso a dichos recursos.³⁷

Si bien los autores de los Principios de avanzaron considerablemente en la definición de lo que se exige de los Estados, quizás el resultado más importante de sus esfuerzos sea la iniciativa de enumerar las situaciones en las cuales los Estados podrían ser considerados responsables de no haber cumplido las normas consignadas en el Pacto.³⁸ Un Estado debería ser responsable:

- si no elimina rápidamente los obstáculos que es su deber eliminar a fin de permitir el cumplimiento inmediato de un derecho;
- si deliberadamente no alcanza un nivel internacional mínimo de logro generalmente aceptado, que está dentro de sus facultades alcanzar;
- si no presenta los informes exigidos en virtud del Pacto.³⁹

Los esfuerzos para aclarar las obligaciones jurídicas de los Estados fueron proseguidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su observación general n.º 3 (1990) destaca que independientemente de todo obstáculo reconocido

36. “The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 9, n.º 2, mayo de 1987, págs. 122-135.

37. *Ibidem*, págs. 112-126.

38. *Ibidem*, pág. 133.

39. *Ibidem*, pág. 113.

internacionalmente, se exige a los Estados que “adopten medidas” para cumplir sus obligaciones.⁴⁰ En la misma observación general, el Comité pronunció el elemento más importante del núcleo mínimo de obligaciones, declarando que “aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo”.⁴¹

7. INCORPORACIÓN DE UN MECANISMO DE SEGUIMIENTO

En 1991, en su sexto período de sesiones, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales propuso la institución de un mecanismo internacional de denuncias en forma de un Protocolo Facultativo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destinado a supervisar el cumplimiento por parte de los Estados de los derechos enunciados en el Pacto.⁴² En 1993, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales presentó un trabajo analítico al Comité Preparatorio de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en el cual expuso sólidos argumentos para respaldar, en primer lugar, la necesidad del Protocolo antes citado. En segundo lugar, los argumentos demostraron que para el seguimiento del Pacto era indispensable adoptar un enfoque de denuncias si los derechos económicos, sociales y culturales habían de considerarse derechos legales. Este enfoque, a su vez, facilitaría aún más el proceso de determinar el contenido de los derechos culturales. En el estudio se afirma que en un procedimiento de denuncia:

Los verdaderos problemas con que tropiezan los particulares y los grupos cobran vida de una manera que no se puede dar en el contexto de los debates abstractos que se producen durante la presentación de informes [...] En segundo lugar, la concentración en un caso particular brinda un marco de investigación inexistente de otra manera... En cuarto lugar, la existencia de un posible “recurso” a nivel internacional brinda un incentivo a los particu-

40. Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, quinto período de sesiones (26 de noviembre - 14 de diciembre de 1990), *Documentos oficiales del Consejo Económico y Social, suplemento n.º 3*; observación general n.º 3, 1991, pág. 85.

41. *Ibidem*, pág. 89.

42. Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 14º y 15º períodos de sesiones (30 de abril - 17 de mayo de 1996, 18 de noviembre - 6 de diciembre de 1996), *Documentos oficiales del Consejo Económico y Social, suplemento n.º 2*, 1997, pág. 94.

lares y grupos para formular algunas de sus quejas económicas y sociales en términos más precisos y en relación con las disposiciones específicas del Pacto.⁴³

En todos los círculos jurídicos internacionales pueden ya oírse voces respetadas, aunque carezcan de autoridad, que abogan en favor de este Protocolo Facultativo. A la luz de la posibilidad de hacer cumplir las obligaciones que pueden resultar de la ratificación del Protocolo, Audrey Chapman defiende un “enfoque centrado en las violaciones” al recomendar un método que reemplazaría al análisis jurídico o filosófico abstracto antes utilizado. En este enfoque (contrariamente a lo que ocurre con el actual modelo “de evaluación”), un Comité examinaría no sólo las evaluaciones, sino también las denuncias bien fundadas acerca de violaciones de los derechos enumerados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De tal suerte, si bien el Comité no haría las veces de un tribunal, sus opiniones se expondrían de manera claramente estructurada, dejando escasa ambigüedad con respecto a si un Estado determinado está cumpliendo o no sus obligaciones.⁴⁴ Al hacerlo así, el Comité trabajaría en pro del cumplimiento del Pacto.

Asimismo, en 1995, en la Universidad de Utrecht, se celebró una reunión de expertos que se concentró en la necesidad de contar con un procedimiento que permitiera identificar claramente a los Estados que violaran el Pacto. El resultado final fue el Proyecto de Protocolo Facultativo de Utrecht.⁴⁵ Por último, la Comisión Internacional de Juristas celebró una conferencia en Bangalore, India, en octubre de 1995, acerca de los derechos económicos, sociales y culturales y el cometido de los juristas. Tras examinar varios proyectos de Protocolo, manifestaron su apoyo a la redacción de tal Protocolo Facultativo, además de respaldar los Principios de Limburgo.⁴⁶ Por otra parte, la Comisión Internacional de Juristas declaró que debería desempeñar un “papel de liderazgo” en el proceso de aprobación de ese protocolo.⁴⁷ Incluso entre

43. “Posible protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, trabajo analítico aprobado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, séptimo período de sesiones, 11 de diciembre de 1992, *Documentos oficiales del Consejo Económico y Social, suplemento n.º 2*, 1993, págs. 90-111.

44. A. Chapman, “A violations approach”, *Human Rights Quarterly*, vol. 18, n.º1, 1996, págs. 23-66.

45. F. Coomans y F. van Hoof (comps.), *The rights to complain about economic, social and cultural rights*, actas de la Reunión de Expertos sobre la Aprobación de un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 25-28 de enero, Utrecht, SIM Special, n.º 18, 1995.

46. *International Commission of Jurists (ICJ) Review, Special issue on economic, social and cultural rights and the role of lawyers*, Bangalore, diciembre de 1995, n.º55.

47. *Ibidem*, pág. 224.

quienes se inclinan en favor de la redacción de ese Protocolo, cuando se examina la cuestión de cuáles derechos serían abarcados por el procedimiento, algunos se pronuncian por la exclusión de los derechos culturales.⁴⁸

8. TÉCNICAS PARA APOYAR LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS CULTURALES

Philip Alston señala con razón:

La lección que enseña la historia es que la realización plena de los derechos humanos no puede lograrse como un mero subproducto de otros acontecimientos, por positivos que sean [...] Hay muchos que instan a que la satisfacción de los derechos económicos y sociales sea vista como un objetivo “a largo plazo”, pero todos ellos saben demasiado bien, como Lord Keynes nos recordó hace muchos años, que a largo plazo, todos estamos muertos.⁴⁹

Hay que comenzar por reforzar las normas establecidas, definiendo y precisando sus elementos esenciales. De esa manera, estos derechos serían elevados a un contexto jurídicamente operativo, lo cual evitaría que quedasen estancados. El paso inicial debería darse con vistas a instituir una encuesta permanente que diera cuenta cada año de los progresos realizados en la aplicación de los derechos culturales a nivel nacional.⁵⁰ Tal encuesta se adaptaría bien a la recopilación eficaz de elementos que están sujetos a constante cambio. El conocimiento cabal de las diversas manifestaciones de la identidad, la participación y el patrimonio culturales es indispensable si las organizaciones internacionales han de evaluar debidamente el “contexto operativo” dentro del cual ha de anclarse la realización de estos derechos. Esa encuesta permanente resultaría sumamente útil para crear un código de derechos culturales que sería “importante como herramienta de educación y aplicación”.⁵¹

48. Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 14º y 15º períodos de sesiones, *op. cit.*, p. 100.

49. P. Alston, “Much rhetoric but little sign of social economic rights”, *Terra Viva*, *NGO News*, 22 de junio de 1993.

50. Raymond Weber llegó a una conclusión análoga en su ensayo, “The New Europe - hope and disillusionment”: “[las misiones de determinación de hechos y las encuestas conjuntas] podrían constituir una especie de ‘informe de Amnistía’ sobre los derechos culturales”. Véase “Human rights and cultural policies in a changing Europe: the right to participate in cultural life”, informe de la Mesa Redonda Europea, Helsinki, 30 de abril - 2 de mayo de 1993, Consejo de las Artes de Finlandia, 1994, págs. 33-34.

51. L. V. Prot, “The development of legal concepts connected with the protection of the cultural heritage”, *International Encyclopedia of Laws*, World Law Conference, “Law in Motion” Series, 1997.

A fin de enriquecer y afianzar aún más las técnicas destinadas a respaldar el proceso de aplicación, y habida cuenta de que los derechos culturales son derechos de participación, los “titulares de los derechos” deberían asociarse al esfuerzo por desarrollar componentes de promoción en los programas conectados con los derechos culturales, componentes que tendrían un triple propósito e intención: hacer cobrar conciencia a las personas: i) de que tienen derechos culturales; ii) de que estos derechos pueden ser violados; y iii) de que los Estados pueden ser considerados responsables de tales violaciones. Además, las organizaciones internacionales como la UNESCO podrían trabajar para construir una red compuesta de organizaciones no gubernamentales que se ocupen de las cuestiones culturales. Los fines de esta red serían, entre otros, los siguientes: acopiar información sobre las violaciones de los derechos culturales, asistir a las personas y los grupos en la preparación de sus informes al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y presionar a los gobiernos para que incluyan información sobre los derechos culturales en sus informes, por cuanto tales informes a menudo sólo se refieren a la situación de los derechos económicos y sociales. Al construir esta red, es importante comenzar por persuadir a las organizaciones no gubernamentales más poderosas e influyentes (por ejemplo, Amnistía Internacional y Human Rights Watch) de que participen, pues tales organizaciones ya cuentan con tecnología de investigación adelantadas y conexiones bien establecidas en todo el mundo. En esta red deberían incluirse además diversas instituciones nacionales pues, como afirmó Morten Kjaerum en el seminario OSCE-ODIHR de Varsovia (1998), “estas instituciones han demostrado ser eficaces por lo que atañe a la difícil tarea de aplicar los derechos humanos”.⁵²

La comunidad internacional, las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales de todo el mundo, así como numerosos círculos académicos, han admitido que el descuido de los derechos culturales, particularmente por lo que respecta a su contenido jurídico y a su capacidad de hacerlos cumplir, ha de ser contrarrestado mediante la creación de instrumentos de aplicación adicionales y la institución de programas destinados a investigar la eficacia de esos instrumentos y la adhesión a los mismos. Tales programas deben ser fomentados tanto en las organizaciones internacionales como en las universidades. La participación de las organizaciones internacionales provee el medio a través del cual los expertos estatales pueden exponer la posición oficial acerca de las cuestiones relativas a los derechos culturales y permite evaluar exactamente la voluntad de un determinado Estado de reforzar sus

52. Véase M. Kjaerum, “The European coordinating group for national European institutions”, OSCE-ODIHR Human Dimension Seminar on the Ombudsman and National Human Rights Protection Institutions, 25 de mayo de 1998, Varsovia, ponencia de seminario, pág. 1.

obligaciones en el ámbito de los derechos culturales.⁵³ Las universidades podrían presentar, tras llevar a cabo una investigación pertinente y precisa, un análisis crítico del estado actual de los asuntos culturales complementado por una evaluación de la aplicación, por parte del gobierno, de la política cultural a nivel nacional o regional, confirmando o poniendo en tela de juicio así la posición oficial de los Estados en relación con la situación jurídica de los derechos culturales. Para facilitar su cometido, las organizaciones no gubernamentales deberían agruparse para formar redes dentro de sus propios Estados a fin de lograr la democratización del proceso preparatorio de los informes oficiales. Estas organizaciones deberían desempeñar un cometido esencial no sólo en la formulación de estos informes, sino también en la verificación de su exactitud. Además, la participación directa de las organizaciones no gubernamentales permitiría poner de relieve ciertos grupos o aspectos de los derechos culturales que aún no hayan sido considerados cabalmente por el gobierno. La construcción de tal red podría ser función de la Comisión Nacional para la UNESCO.

Un Proyecto de Protocolo Facultativo que prevé el examen de comunicaciones en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es actualmente objeto de un proceso de consultas por escrito en el cual los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales son invitados por el Secretario General de las Naciones Unidas a presentar sus observaciones sobre el proyecto. Sin embargo, Virginia Leary tiene razón cuando afirma que “puede pasar bastante tiempo antes de que los Estados estén dispuestos a aceptar ese procedimiento. Con todo, se está preparando el terreno”.⁵⁴ Si el proceso de preparación de este Protocolo ha de convertirse en realidad, debe hacerse a buen paso. Hará falta mucha presión de la opinión pública para acelerar su aceptación –una campaña comparable a la del movimiento sin precedentes que culminó con el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional permanente.⁵⁵

53. Es de lamentar que el Comité de Ministros del Consejo de Europa haya decidido suspender la labor sobre el proyecto de protocolo que complementa la Convención Europea de Derechos Humanos en el ámbito de la cultura, en enero de 1996. Véase *Human Rights Information Bulletin* 39, julio de 1996 - febrero de 1997, Consejo de Europa, Dirección de Derechos Humanos, abril de 1997.

54. V. Leary, “Justiciability and beyond; complaint procedures and the right to health”, A. Dieng, “Economic, social, and cultural rights and the role of lawyers”, Número especial de *ICJ Review*, n.º55, 1995, pág. 113.

55. Véase *The International Criminal Court Monitor - The newspaper of the NGO coalition for an International Criminal Court*, Prepcom Six, Special Édition, abril de 1998.

APÉNDICE A

PROYECTO DE DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (Convenido por el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas en su 11° período de sesiones, 1993)

Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos en cuanto a dignidad y derechos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales,

Afirmando también que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad,

Afirmando asimismo que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas,

Reafirmando también que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de discriminaciones de cualquier tipo,

Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas se han visto privados de sus derechos humanos y libertades fundamentales, lo cual ha dado lugar, entre otras cosas, a la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos impidiéndoles ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses,

Reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos y las características intrínsecos de los pueblos indígenas, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, tradiciones espirituales, historias y filosofías,

Celebrando que los pueblos indígenas se estén organizando para promover su desarrollo político, económico, social y cultural y para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera ocurran,

Convencida de que el control por los pueblos indígenas de los acontecimientos que les afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos les permitirá mantener y reforzar sus

instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades,

Reconociendo también que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente,

Destacando la necesidad de desmilitarizar las tierras y territorios de los pueblos indígenas, lo cual contribuirá a la paz, el progreso y el desarrollo económico y social, la comprensión y las relaciones de amistad entre las naciones y los pueblos del mundo,

Reconociendo en particular el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir teniendo la responsabilidad compartida de la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos,

Reconociendo también que los pueblos indígenas tienen el derecho de determinar libremente sus relaciones con los Estados en un espíritu de coexistencia, mutuo beneficio y pleno respeto,

Considerando que los tratados, acuerdos y demás arreglos entre los Estados y los pueblos indígenas son propiamente asuntos de interés y responsabilidad internacionales,

Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirman la importancia fundamental del derecho de libre determinación de todos los pueblos, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural,

Teniendo presente que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho de libre determinación,

Alentando a los Estados a que se cumplan y apliquen eficazmente todos los instrumentos internacionales, en particular los relativos a los derechos humanos, en lo que se refiera a los pueblos indígenas, en consulta y cooperación con los pueblos interesados,

Subrayando que a las Naciones Unidas les corresponde desempeñar un papel importante y continuo de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas,

Considerando que la presente Declaración constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y libertades de los pueblos indígenas y el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas en esta esfera,

Proclama solemnemente la siguiente Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas:

PARTE I

Artículo 1

Los pueblos indígenas tienen derecho al disfrute pleno y efectivo de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

Artículo 2

Las personas y los pueblos indígenas son libres e iguales a todas las demás personas y pueblos en cuanto a dignidad y derechos y tienen el derecho a no estar sujetos a ninguna discriminación adversa fundada, en particular, en su origen o identidad indígenas.

Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales así como sus sistemas jurídicos, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Artículo 5

Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

PARTE II

Artículo 6

Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y a gozar de plenas garantías contra el genocidio o cualquier otro acto de violencia, comprendida la separación de los niños indígenas de sus familias y comunidades, con cualquier pretexto.

Además, tienen derechos individuales a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.

Artículo 7

Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo e individual a no ser objeto de etnocidio y genocidio cultural, en particular a la prevención y la reparación de:

- (a) todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o identidades étnicas;
- (b) todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;
- (c) toda forma de traslado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;
- (d) toda forma de asimilación e integración a otras culturas o modos de vida que les sean impuestos por medidas legislativas, administrativas o de otro tipo;
- (e) toda forma de propaganda dirigida contra ellos.

Artículo 8

Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo e individual a mantener y desarrollar sus propias características e identidades, comprendido el derecho a identificarse a sí mismos como indígenas y a ser reconocidos como tales.

Artículo 9

Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna desventaja del ejercicio de ese derecho.

Artículo 10

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas interesados y previo acuerdo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, con la posibilidad de regreso.

Artículo 11

Los pueblos indígenas tienen derecho a una protección y seguridad especiales en períodos de conflicto armado.

Los Estados respetarán las normas internacionales, en particular el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949, sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra, y:

- (a) no reclutarán a personas indígenas contra su voluntad para servir en las fuerzas armadas y, en particular, para ser utilizadas contra otros pueblos indígenas;

- (b) no reclutarán a niños indígenas en las fuerzas armadas, en ninguna circunstancia;
- (c) no obligarán a personas indígenas a abandonar sus tierras, territorios o medios de subsistencia ni las reasentarán en centros especiales con fines militares;
- (d) no obligarán a personas indígenas a trabajar con fines militares bajo ninguna condición discriminatoria.

PARTE III

Artículo 12

Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas como, por ejemplo, lugares arqueológicos e históricos, artefactos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes gráficas y dramáticas y literaturas, así como el derecho a la restitución de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que han sido privados sin su consentimiento libre e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Artículo 13

Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a tener acceso a ellos privadamente; a utilizar y vigilar los objetos de culto, y a obtener la repatriación de los restos mortales de sus miembros.

Los Estados adoptarán medidas eficaces, en conjunto con los pueblos indígenas interesados, para asegurar que se mantengan, respeten y protejan los lugares sagrados de los pueblos indígenas, comprendidos sus cementerios.

Artículo 14

Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos.

Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar, cuando se vea amenazado cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas, la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

PARTE IV

Artículo 15

Los niños indígenas tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado. Todos los pueblos indígenas también tienen este derecho y el derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes impartiendo educación en sus propios idiomas y en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.

Los niños indígenas que viven fuera de sus comunidades tienen derecho de acceso a la educación en sus propios idiomas y culturas.

Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar suficientes recursos a estos fines.

Artículo 16

Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en todas las formas de educación e información pública.

Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta con los pueblos indígenas interesados, para eliminar los prejuicios y la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los sectores de la sociedad.

Artículo 17

Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas. También tienen derecho a igual acceso a todos los demás medios de información no indígenas.

Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información estatales reflejen debidamente la diversidad cultural indígena.

Artículo 18

Los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y en la legislación laboral nacional.

Las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo, empleo o salario.

PARTE V

Artículo 19

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar plenamente, si lo desean, en todos los niveles de adopción de decisiones, en las cuestiones que afecten a sus derechos, vidas y destinos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 20

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar plenamente, si lo desean, mediante procedimientos determinados por ellos, en la elaboración de las medidas legislativas y administrativas que les afecten.

Los Estados obtendrán el consentimiento libre e informado de los pueblos interesados antes de adoptar y aplicar esas medidas.

Artículo 21

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas políticos, económicos y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo. Los pueblos indígenas que han sido desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una indemnización justa y equitativa.

Artículo 22

Los pueblos indígenas tienen derecho a medidas especiales para la mejora inmediata, efectiva y continua de sus condiciones económicas y sociales, comprendidas las esferas del empleo, la capacitación y el perfeccionamiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.

Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de ancianos, mujeres, jóvenes, niños e impedidos indígenas.

Artículo 23

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar todos los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les afecten y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Artículo 24

Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas y prácticas de salud tradicionales, incluido el derecho a la protección de plantas, animales y minerales de interés medicinal vital.

También tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todas las instituciones de sanidad y los servicios de salud y atención médica.

PARTE VI*Artículo 25*

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual y material con sus tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y a proclamar sus responsabilidades a este respecto ante las generaciones venideras.

Artículo 26

Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios, comprendido el medio ambiente total de las tierras, el aire, las aguas, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Ello incluye el derecho al pleno reconocimiento de sus leyes, tradiciones y costumbres, sistemas de tenencia de la tierra e instituciones para el desarrollo y la gestión de los recursos, y el derecho a que los Estados adopten medidas eficaces para prevenir toda injerencia, usurpación o invasión en relación con estos derechos.

Artículo 27

Los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que les hayan sido confiscados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre e informado. Cuando esto no sea posible, tendrán derecho a una indemnización justa y equitativa. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual cantidad, extensión y condición jurídica.

Artículo 28

Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación, reconstitución y protección del medio ambiente total y de la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos, y a recibir asistencia a tal efecto de los Estados y por conducto de la coopera-

ción internacional. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en ello, no se realizarán actividades militares en las tierras y territorios de los pueblos indígenas.

Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras y territorios de los pueblos indígenas.

Los Estados también adoptarán medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas para el control, el mantenimiento y el restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

Artículo 29

Los pueblos indígenas tienen derecho a que se les reconozca plenamente la propiedad, el control y la protección de su patrimonio cultural e intelectual.

Tienen derecho a que se adopten medidas especiales de control, desarrollo y protección de sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales, comprendidos los recursos humanos y los recursos genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños y las artes gráficas y dramáticas.

Artículo 30

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras, territorios y otros recursos, en particular el derecho a exigir a los Estados que obtengan su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras, territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Tras acuerdo con los pueblos indígenas interesados, se otorgará una indemnización justa y equitativa por esas actividades y se adoptarán medidas para mitigar sus consecuencias adversas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

PARTE VII

Artículo 31

Los pueblos indígenas, como forma concreta de ejercer su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, en particular la cultura, la religión, la educación, la información, los medios de comunicación, la salud, la vivienda, el empleo, el bienestar social, las actividades económicas, la gestión de tierras y recursos, el medio ambiente y

el ingreso de personas que no son miembros, así como los medios de financiar estas funciones autónomas.

Artículo 32

Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de determinar su propia ciudadanía conforme a sus costumbres y tradiciones. La ciudadanía indígena no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.

Artículo 33

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres, tradiciones, procedimientos y prácticas jurídicos característicos, de conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas.

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

Artículo 35

Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades con fines espirituales, culturales, políticos, económicos y sociales, con otros pueblos a través de las fronteras.

Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar el ejercicio y la aplicación de este derecho.

Artículo 36

Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados según su espíritu y propósito originales y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y arreglos. Las controversias que no puedan arreglarse de otro modo serán sometidas a los órganos internacionales competentes por todas las partes interesadas.

PARTE VIII

Artículo 37

Los Estados adoptarán medidas eficaces y apropiadas, en consulta con los pueblos indígenas interesados, para dar pleno efecto a las disposiciones de la presente Declaración. Los derechos reconocidos en ella serán adoptados e incorporados en la legislación nacional de manera que los pueblos indígenas puedan valerse en la práctica de estos derechos.

Artículo 38

Los pueblos indígenas tienen derecho a una asistencia financiera y técnica adecuada de los Estados y por conducto de la cooperación internacional para perseguir libremente su desarrollo político, económico, social, cultural y espiritual y para el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en la presente Declaración.

Artículo 39

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y mutuamente aceptables para el arreglo de controversias con los Estados, y una pronta decisión sobre esas controversias, así como a recursos eficaces para toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tomarán en cuenta las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados.

Artículo 40

Los órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales contribuirán a la plena realización de las disposiciones de la presente Declaración mediante la movilización, entre otras cosas, de la cooperación financiera y la asistencia técnica. Se establecerán los medios de asegurar la participación de los pueblos indígenas en relación con los asuntos que les afecten.

Artículo 41

Las Naciones Unidas tomarán todas las medidas necesarias para garantizar la aplicación de la presente Declaración, comprendida la creación de un órgano del más alto nivel con especial competencia en esta esfera y con la participación directa de los pueblos indígenas. Todos los órganos de las Naciones Unidas promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración.

PARTE IX

Artículo 42

Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.

Artículo 43

Todos los derechos y libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas.

Artículo 44

Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que limita o anula los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro.

Artículo 45

Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas.

APÉNDICE B

PRINCIPIOS Y DIRECTRICES PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

PRINCIPIOS

1. La protección eficaz del patrimonio de los pueblos indígenas redundará en beneficio de toda la humanidad. La diversidad cultural contribuye a la adaptabilidad y creatividad de toda la especie humana.
2. Para que sea eficaz, la protección del patrimonio de los pueblos indígenas debe inspirarse generosamente en el principio de la libre determinación, que comprende el derecho y el deber de los pueblos indígenas a desarrollar su propia cultura y su propio sistema de conocimientos, así como sus formas de organización social.
3. Debe reconocerse que los pueblos indígenas constituyen los principales custodios e intérpretes de su cultura, su arte y su ciencia, tanto de las obras creadas en el pasado como de las que se creen en el futuro.
4. Para que los pueblos indígenas disfruten de los derechos humanos y de la dignidad a que son acreedores, es indispensable que el mundo reconozca y respete las costumbres, normas y prácticas de transmisión de su patrimonio a las generaciones futuras.
5. La propiedad y custodia del patrimonio de los pueblos indígenas debe seguir siendo colectiva, permanente e inalienable, como prescriban las costumbres, normas y prácticas de cada pueblo.
6. El descubrimiento, la utilización y la enseñanza de los conocimientos, las artes y las culturas de los pueblos indígenas están indisolublemente ligados a las tierras y territorios tradicionales de cada pueblo. Para que el patrimonio de los pueblos indígenas pueda seguir transmitiéndose a las generaciones futuras y quedar plenamente protegido, es fundamental que mantengan el control sobre sus territorios y recursos tradicionales.
7. A fin de proteger su patrimonio, los pueblos indígenas deben controlar sus propios medios de transmisión cultural y de educación. Eso incluye su derecho a seguir usando y, de ser necesario, a recuperar, su propia lengua y su ortografía.

8. Con objeto de proteger su patrimonio, los pueblos indígenas deben ejercer también control sobre todas las investigaciones que se efectúen en su territorio o en las que se utilice a sus miembros como sujeto de estudio.

9. En todo acuerdo que pueda concluirse para grabar, estudiar, utilizar o exponer el patrimonio de los pueblos indígenas, es condición indispensable contar con el consentimiento libre e informado de sus propietarios tradicionales.

10. Todo acuerdo que se concluya para registrar, estudiar, utilizar o exponer el patrimonio de los pueblos indígenas se debe poder revocar y se debe garantizar que dichos pueblos sigan siendo los primeros beneficiarios de su aplicación comercial.

DIRECTRICES

DEFINICIONES

11. Constituyen el patrimonio de los pueblos indígenas todos los objetos, lugares y conocimientos cuya naturaleza o carácter se haya transmitido de generación en generación y que se consideren herencia de un pueblo, un clan o un territorio concretos. El patrimonio de un pueblo indígena incluye también los objetos, conocimientos y obras literarias o artísticas que puedan crearse en el futuro inspirados en esa herencia.

12. Por patrimonio de los pueblos indígenas se entiende todos los bienes culturales muebles, definidos en las convenciones pertinentes de la UNESCO; todos los tipos de obras literarias y artísticas como música, baile, canciones, ceremonias, símbolos y diseños, narración y poesía; todo tipo de conocimientos científicos, agrícolas, técnicos y ecológicos incluidos cultígenos y medicinas y la utilización racional de la flora y la fauna; restos humanos, bienes culturales inmuebles como lugares sagrados, emplazamientos de valor histórico y enterramientos; y la documentación del patrimonio de los pueblos indígenas en películas, fotografías, cintas de vídeo o magnetofónicas.

13. Cada uno de los elementos del patrimonio de los pueblos indígenas tiene propietarios tradicionales, que pueden ser todo el pueblo, una familia o un clan concreto, una asociación o sociedad, o distintos individuos que han recibido una enseñanza o una iniciación especiales para ser sus custodios. Se debe determinar quiénes son los propietarios tradicionales del patrimonio con arreglo a las propias costumbres, leyes y prácticas de los pueblos indígenas.

TRANSMISIÓN DEL PATRIMONIO

14. El patrimonio de los pueblos indígenas se debe seguir aprendiendo de la forma habitualmente empleada por sus propietarios tradicionales y se deben incluir en el

ordenamiento jurídico de cada país las normas y prácticas de cada pueblo indígena para la transmisión de su patrimonio y la difusión de su uso.

15. En caso de conflicto por la custodia o el aprovechamiento de algún elemento del patrimonio de los pueblos indígenas, los órganos judiciales y administrativos deben guiarse por los consejos de los ancianos del pueblo indígena, reconocidos por la comunidad indígena o los pueblos de que se trate como depositarios del conocimiento específico de las leyes tradicionales.

16. Los gobiernos, las organizaciones internacionales y las instituciones privadas deben respaldar el desarrollo de centros de educación, investigación y formación controlados por las comunidades indígenas, y reforzar la capacidad de esas comunidades para documentar, proteger, enseñar y aplicar todos los aspectos de su patrimonio.

17. Los gobiernos, las organizaciones internacionales y las instituciones privadas deben apoyar el desarrollo de redes regionales y mundiales para el intercambio de información y experiencias entre pueblos indígenas en materia de ciencia, cultura, educación y artes, en particular respaldando los sistemas de información electrónica y de comunicación de masas.

18. Los gobiernos, con la cooperación internacional, deben facilitar los recursos financieros y el apoyo institucional necesarios para garantizar que todos los niños indígenas tengan la oportunidad de hablar con toda soltura y corrección su propia lengua, así como un idioma oficial.

RECUPERACIÓN Y RESTITUCIÓN DEL PATRIMONIO

19. Los gobiernos, con la asistencia de las organizaciones internacionales competentes, deben ayudar a los pueblos y comunidades indígenas a recuperar el control y la propiedad de sus bienes culturales muebles y demás patrimonio.

20. En colaboración con los pueblos indígenas, la UNESCO debe establecer un programa para mediar en la recuperación de bienes culturales muebles a través de fronteras internacionales, a petición de los propietarios tradicionales de dichos bienes.

21. Los restos humanos y objetos funerarios conexos deben ser devueltos a los descendientes y a los territorios correspondientes de una forma culturalmente adecuada, tal como lo decidan los pueblos indígenas interesados. Sólo se podrá conservar, exponer o de alguna manera utilizar la documentación de la forma que se acuerde con los pueblos afectados.

22. Siempre que sea posible, los bienes culturales muebles deben ser devueltos a sus propietarios tradicionales, en especial si se demuestra que tienen para ellos un importante valor cultural, religioso o histórico. Los bienes culturales muebles sólo pueden

ser conservados por universidades, museos, instituciones privadas o individuos previo acuerdo suscrito con los propietarios tradicionales para compartir la custodia e interpretación de la propiedad.

23. Bajo ninguna circunstancia deben exponerse en público objetos o cualquier otro elemento del patrimonio de los pueblos indígenas, salvo en la manera que consideren adecuada los pueblos interesados.

24. En el caso de objetos u otros elementos del patrimonio sacados de su lugar de origen o registrados en el pasado, cuyos propietarios tradicionales no puedan ser identificados con exactitud, se entenderá que los propietarios tradicionales son el pueblo entero vinculado al territorio del que se sacaron esos objetos o en el se efectuó el registro.

PROGRAMAS Y LEGISLACIÓN NACIONALES

25. La legislación nacional debe garantizar que los pueblos indígenas tengan acceso a medidas judiciales o administrativas rápidas, eficaces y asequibles en su propio idioma para impedir, sancionar y obtener la plena restitución y justa compensación por la adquisición, documentación o utilización de su patrimonio sin la debida autorización de los propietarios tradicionales.

26. La legislación nacional debe denegar a cualquier persona o empresa el derecho a obtener patentes, derechos de autor u otra protección jurídica para un elemento cualquiera del patrimonio de los pueblos indígenas sin documentación adecuada que atestigüe que los propietarios tradicionales dan su consentimiento libre e informado a un acuerdo para compartir la propiedad, el control, la utilización y los beneficios.

27. La legislación nacional debe garantizar el etiquetado y la atribución correcta de las obras artísticas, literarias y culturales de los pueblos indígenas cuando se expongan en público o se ofrezcan a la venta. La atribución debe adoptar la forma de una marca comercial o una denominación de origen, autorizadas por los pueblos o comunidades interesados.

28. Deben promulgarse leyes nacionales para proteger el patrimonio de los pueblos indígenas tras celebrar consultas con los pueblos afectados y, en especial, los propietarios y maestros tradicionales de los conocimientos religiosos, sagrados y espirituales y, siempre que sea posible, se debe obtener el consentimiento de los pueblos interesados.

29. La legislación nacional debe garantizar el respeto y, en la medida de lo posible, el fomento y la consolidación del uso de las lenguas tradicionales en la enseñanza, las artes y los medios de comunicación de masas.

30. Los gobiernos deben prestar a las comunidades indígenas apoyo financiero e ins-

titudinal para que puedan velar por la educación a nivel local, a través de programas gestionados por la comunidad y utilizando métodos tradicionales de pedagogía y lenguas vernáculas.

31. Los gobiernos, en cooperación con los pueblos indígenas interesados, deben tomar inmediatamente medidas con objeto de identificar los lugares sagrados y ceremoniales, incluidos los enterramientos, y los lugares tradicionalmente utilizados para la curación y la enseñanza, y proteger su acceso o utilización no autorizados.

INVESTIGADORES E INSTITUCIONES ACADÉMICAS

32. Todos los investigadores e instituciones académicas deben adoptar inmediatamente disposiciones para suministrar a los pueblos y comunidades indígenas inventarios exhaustivos de sus bienes culturales y la documentación del patrimonio de los pueblos indígenas que puedan tener bajo su custodia.

33. Los investigadores y las instituciones académicas deben devolver todos los elementos del patrimonio de los pueblos indígenas a sus propietarios tradicionales cuando así lo soliciten, u obtener acuerdos oficiales con los propietarios tradicionales para compartir la custodia, el uso y la interpretación de su patrimonio.

34. Los investigadores y las instituciones académicas deben declinar cualquier oferta de donación o venta de elementos del patrimonio de los pueblos indígenas, sin haberse puesto primero en contacto con los pueblos o comunidades directamente interesados y haberse cerciorado de los deseos de los propietarios tradicionales.

35. Los investigadores e instituciones académicas se abstendrán de iniciar ningún estudio de especies o variedades cultivadas, no descritas anteriormente, de plantas, animales o microbios o de productos farmacéuticos de composición natural, sin haber obtenido antes una documentación satisfactoria que garantice que los especímenes han sido adquiridos con el consentimiento de sus propietarios tradicionales.

36. Los investigadores no publicarán la información obtenida de los pueblos indígenas ni los resultados de las investigaciones realizadas respecto de la flora, la fauna, los microbios o los materiales descubiertos gracias a la asistencia de los pueblos indígenas, sin haber determinado quiénes son los propietarios tradicionales y obtenido su consentimiento para la publicación.

37. Los investigadores deben ponerse de acuerdo en una moratoria inmediata sobre el proyecto de diversidad del genoma humano. Deben suspenderse las investigaciones sobre los genotipos específicos de las poblaciones indígenas hasta que los pueblos indígenas manifiesten públicamente un amplio apoyo de tal manera que satisfaga los criterios de los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas.

38. Los investigadores e instituciones académicas no deben escatimar ningún esfuerzo por incrementar el acceso de los pueblos indígenas a todas las formas de enseñanza médica, científica y técnica y fomentar su participación en todas las actividades de investigación que puedan afectarles o redundar en beneficio suyo.
39. Las asociaciones profesionales de científicos, ingenieros y estudiosos, en colaboración con los pueblos indígenas, deben patrocinar seminarios y divulgar publicaciones para promover conductas éticas, de conformidad con estas directrices y sancionar a los miembros que las vulneren.

MUNDO DE LOS NEGOCIOS Y LA INDUSTRIA

40. En sus relaciones con los pueblos indígenas, el mundo de los negocios y de la industria debe respetar las mismas directrices que los investigadores y las instituciones académicas.
41. Las empresas e industrias deben aceptar inmediatamente una moratoria en materia de contratos con los pueblos indígenas a fin de obtener los derechos para descubrir, registrar y utilizar especies o variedades cultivadas de plantas, animales o microbios no descritas hasta la fecha o productos farmacéuticos de composición natural. No debe negociarse ningún otro contrato hasta que los pueblos y las comunidades indígenas sean capaces de supervisar por sí mismos el proceso de investigación y colaborar con él.
42. Las empresas y la industria deben abstenerse de ofrecer incentivos a ningún individuo para que reclame derechos tradicionales de propiedad o de liderazgo en una comunidad indígena violando su confianza en el seno de la comunidad y las leyes de dichos pueblos indígenas.
43. Las empresas y la industria deben abstenerse de emplear a científicos o expertos para que adquieran y registren conocimientos tradicionales u otros elementos del patrimonio de los pueblos indígenas que contravengan lo dispuesto en estas directrices.
44. Las empresas y la industria deben contribuir financieramente y en otros aspectos al desarrollo de las instituciones educativas y de investigación controladas por los pueblos y las comunidades indígenas.
45. Todas las formas de turismo basadas en el patrimonio de los pueblos indígenas deben limitarse a las actividades que cuenten con la aprobación de dichos pueblos y comunidades y que se lleven a cabo bajo su supervisión y control.

ARTISTAS, INTÉRPRETES, EJECUTANTES Y ESCRITORES

46. Los artistas, intérpretes, ejecutantes y escritores deben abstenerse de incorporar en sus obras elementos derivados del patrimonio indígena sin el consentimiento informado de sus propietarios tradicionales.

47. Los artistas, intérpretes, ejecutantes y escritores deben respaldar la evolución artística y cultural sin trabas de los pueblos indígenas y fomentar el apoyo público al desarrollo y mayor reconocimiento de los artistas y escritores indígenas.

48. Los artistas, intérpretes, ejecutantes y escritores deben contribuir, a través de sus obras individuales y de sus organizaciones profesionales, a una mayor comprensión y respeto públicos del patrimonio indígena vinculado al país en que viven.

INFORMACIÓN PÚBLICA Y EDUCACIÓN

49. Los medios de comunicación de masas de todos los países deben tomar medidas efectivas para fomentar la comprensión y el respeto del patrimonio de los pueblos indígenas, en particular a través de programas especiales de radiodifusión y de servicios públicos, preparados en colaboración con los pueblos indígenas.

50. Los periodistas deben respetar la intimidad de los pueblos indígenas, en especial en lo tocante a las actividades tradicionales de carácter religioso, cultural y ceremonial y abstenerse de explotar o aprovechar desde el punto de vista sensacionalista el patrimonio de las poblaciones indígenas.

51. Los periodistas deben ayudar activamente a los pueblos indígenas a dar publicidad a cualquier tipo de actividad, ya sea pública o privada, que destruya o deteriore el patrimonio de esos pueblos.

52. Los educadores deben asegurarse de que en los programas docentes y libros de texto se enseñen la comprensión y el respeto del patrimonio de los pueblos indígenas y de su historia y se reconozca la contribución de los pueblos indígenas a la creatividad y diversidad cultural.

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

53. El Secretario General debe asegurarse de que la tarea de coordinar la cooperación internacional en esta esfera se confíe a los órganos y organismos especializados apropiados de las Naciones Unidas, con medios adecuados de aplicación.

54. En colaboración con los pueblos indígenas, las Naciones Unidas deben señalar estos principios y directrices a la atención de todos los Estados Miembros, entre otras

cosas, por medio de seminarios y publicaciones nacionales, regionales e internacionales, con miras a promover la consolidación de la legislación nacional y de los convenios internacionales en este terreno.

55. Las Naciones Unidas deben publicar un amplio informe anual, basado en la información obtenida de todas las fuentes disponibles, incluidos los propios pueblos indígenas, acerca de los problemas que se hayan experimentado y las soluciones que se hayan encontrado en lo relativo a la protección del patrimonio de todos los pueblos indígenas en todos los países.

56. Los pueblos indígenas y las organizaciones que los representan deben tener acceso directo a todas las negociaciones intergubernamentales en la esfera de los derechos de propiedad intelectual, a fin de dar a conocer sus opiniones sobre las medidas necesarias para proteger su patrimonio a través del derecho internacional.

57. En colaboración con los pueblos indígenas y los gobiernos interesados, las Naciones Unidas deben preparar una lista confidencial de lugares sagrados y ceremoniales para cuya protección y conservación es preciso adoptar medidas especiales, y a tal fin facilitar asistencia financiera y técnica a los pueblos indígenas.

58. En colaboración con los pueblos indígenas y los gobiernos interesados, las Naciones Unidas deben establecer un fondo fiduciario con atribuciones para actuar de agente mundial de recuperación de la compensación por el uso no autorizado o inadecuado del patrimonio de los pueblos indígenas y para ayudar a esos pueblos a desarrollar la capacidad institucional para defender su propio patrimonio.

59. Los organismos operacionales de las Naciones Unidas, así como las instituciones financieras internacionales y los programas regionales y bilaterales de asistencia al desarrollo, deben dar prioridad a la prestación de apoyo financiero y técnico a las comunidades indígenas para potenciar su capacidad y proceder a intercambios de experiencias que se centren en el control local de las actividades de investigación y educación.

60. Las Naciones Unidas deben considerar la posibilidad de redactar una convención para establecer jurisdicción internacional por la recuperación del patrimonio de los pueblos indígenas a través de las fronteras nacionales, antes de que termine el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo.

APÉNDICE C

PROYECTO DE DECLARACIÓN SOBRE LOS DERECHOS CULTURALES (Proyecto de trabajo oficioso preparado por un grupo de expertos y representantes de varias organizaciones, que puede ser presentado a la UNESCO para aprobación)

La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura,

1. *Recordando* la Declaración Universal de Derechos Humanos, los dos Pactos Internacionales, la Constitución de la UNESCO y otros instrumentos pertinentes;
2. *Reconociendo* que los derechos humanos son universales e indivisibles y que los derechos culturales son, al igual que los demás derechos humanos, una expresión y una exigencia de la dignidad humana;
3. *Considerando* la necesidad de tomar en cuenta los derechos culturales como tales, por una parte, y, por la otra, la dimensión cultural del conjunto de derechos humanos actualmente reconocidos;
4. *Convencida* de que el respeto mutuo de las diferentes identidades culturales es una condición previa para luchar contra la intolerancia, el racismo y la xenofobia, y el fundamento de toda cultura democrática, esencial para la paz y el desarrollo;
5. *Estimando* que el reconocimiento y el ejercicio de los derechos culturales constituyen los medios para proteger y promover las identidades culturales, para favorecer la expresión de las diferentes culturas y el diálogo intercultural en las sociedades democráticas;

Proclama la presente Declaración sobre los Derechos Culturales, con el objetivo de favorecer el reconocimiento y la aplicación de los derechos culturales en el plano local, nacional, regional y universal.

ARTÍCULO 1. DEFINICIONES

A los fines de la presente Declaración,

- (a) se entiende por “cultura” los valores, las creencias, los idiomas, los conocimientos y las artes, las tradiciones, las instituciones y los modos de vida

mediante los cuales una persona o un grupo expresa los significados que otorga a su existencia y a su desarrollo;

- (b) se entiende por “identidad cultural” el conjunto de las referencias culturales mediante las cuales una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser reconocido; la identidad cultural implica las libertades inherentes a la dignidad de la persona e integra, en un proceso permanente, la diversidad cultural, lo particular y lo universal, la memoria y el proyecto;
- (c) se entiende por “comunidad cultural” un grupo de personas que comparten las referencias culturales constitutivas de una identidad cultural común, cuya preservación y desarrollo consideran esencial para su dignidad humana, dentro del respeto de los derechos humanos.

ARTÍCULO 2. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Los derechos enunciados en la presente Declaración son parte integrante de los derechos humanos y son, por consiguiente, esenciales para la dignidad humana; en consecuencia:

- (a) nadie puede invocarlos para limitar el alcance de otro derecho reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en los demás instrumentos aplicables;
- (b) su reconocimiento, respeto y aplicación implican para toda persona, colectividad y poder público obligaciones positivas y negativas;
- (c) únicamente el ejercicio de estos derechos puede ser objeto de restricciones; éstas deben estar previstas por la ley y ser necesarias en una sociedad democrática para la salvaguardia del orden público o para la protección de los derechos y las libertades de los demás.

ARTÍCULO 3. IDENTIDAD Y PATRIMONIO CULTURALES

1. Toda persona tiene derecho, a título individual o colectivamente:

- (a) a la libre elección y al respeto de su identidad cultural en los diversos modos de expresión de ésta;
- (b) al conocimiento y al respeto de su propia cultura, así como de las culturas ajenas que, en su diversidad, contribuyen al patrimonio común de la humanidad; esto significa, en particular, el derecho a conocer los derechos humanos y las libertades fundamentales, que son elementos esenciales de ese patrimonio;
- (c) al acceso a los patrimonios culturales, que son manifestaciones y expresiones significativas de las diversas culturas.

2. Este derecho supone para todos la obligación de respetar ese patrimonio. Todo poseedor de un elemento de ese patrimonio, y en particular los poderes públicos, están obligados a preservarlo para las generaciones presentes y futuras y a garantizar su accesibilidad.

ARTÍCULO 4. PERTENENCIA A UNA COMUNIDAD CULTURAL

1. Toda persona es libre de elegir pertenecer o no a una comunidad cultural, o de pertenecer a varias comunidades culturales simultáneamente y sin consideración de fronteras, así como de modificar esta elección;
2. A nadie se le puede imponer la mención de una pertenencia ni la asimilación a una comunidad cultural contra su voluntad.

ARTÍCULO 5. PARTICIPACIÓN EN LA VIDA CULTURAL

1. Toda persona, a título individual o colectivo, tiene derecho a acceder a la vida cultural sin consideración de fronteras y a participar libremente en ella mediante las actividades de su elección.
2. Este derecho conlleva, en particular:
 - (a) la libertad de expresarse, en público o en privado, en la lengua o las lenguas de su elección;
 - (b) la libertad de adquirir conocimientos, de realizar trabajos de investigación y de participar en una actividad creadora.
3. Conlleva asimismo el derecho a la protección de intereses materiales y morales derivados de obras que son producto de una actividad cultural.

ARTÍCULO 6. EDUCACIÓN Y FORMACIÓN

1. En el marco general del derecho a la educación, toda persona, a título individual o colectivo, tiene derecho, a lo largo de su existencia, a recibir una educación y una formación que contribuyan al libre y pleno desarrollo de su identidad cultural con respeto mutuo de la diversidad de las culturas; este derecho conlleva, en particular:
 - (a) la libertad de enseñar y de aprender su propia cultura y su propio idioma, así como la cultura y el idioma de otros;
 - (b) la libertad de crear instituciones con esta finalidad.
2. Este derecho obliga a todos, y en particular a los poderes públicos, a velar, en la medida de los recursos disponibles, por que pueda ejercitarse en condiciones de igualdad.

ARTÍCULO 7. INFORMACIÓN

1. En el marco general del derecho a la información, toda persona, a título individual o colectivo, tiene derecho a una información que contribuya al libre y pleno desarrollo de su identidad cultural con respeto mutuo de la diversidad de las culturas; este derecho conlleva, en particular:

- (a) el derecho a buscar, recibir y transmitir información;
- (b) el derecho a participar en la producción y en la difusión de información;
- (c) el derecho a corregir y a hacer rectificar la información errónea sobre las culturas.

2. Este derecho obliga a todos, en particular a los poderes públicos, a velar por que, en la medida de los recursos disponibles, se pueda ejercer en condiciones de igualdad.

ARTÍCULO 8. PARTICIPACIÓN EN LAS POLÍTICAS CULTURALES

1. Toda persona, a título individual o colectivo, tiene derecho a participar, según procedimientos democráticos, en la formulación, la aplicación y la evaluación de las políticas culturales que la conciernen, así como en la orientación del desarrollo cultural de las comunidades de las cuales forma parte.

2. Este derecho conlleva la participación en políticas de cooperación cultural a todos los niveles.

ARTÍCULO 9. APLICACIÓN: RESPONSABILIDAD GENERAL

La aplicación de la presente Declaración supone que los miembros de la sociedad civil y los poderes públicos tomen la iniciativa y la apoyen a fin de:

- (a) permitir la máxima difusión y promoción de su contenido;
- (b) velar por que las obligaciones vinculadas a los derechos culturales sean tenidas en cuenta en la vida cotidiana;
- (c) fomentar actitudes y formas de comportamiento apropiadas en las prácticas y las relaciones a nivel nacional.

ARTÍCULO 10. APLICACIÓN: RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

Como parte de sus responsabilidades específicas, los Estados deben:

- (a) velar por que los derechos reconocidos en la presente Declaración sean introducidos en la legislación y la práctica nacionales;
- (b) garantizar el acceso a recursos eficaces a toda persona que, a título individual o colectivo, estime que sus derechos culturales han sido violados, y extender las posibilidades de interponer recursos jurisdiccionales;
- (c) reforzar los medios de cooperación internacional necesarios para la aplicación de la presente Declaración y, en particular, intensificar su propia cooperación con las organizaciones intergubernamentales competentes.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

- S. James Anaya, *Indigenous peoples in international law*, Nueva York, Oxford University Press, 1996.
- Consejo de Europa, *Universality of human rights in a pluralistic world*, Actas del Coloquio organizado por el Consejo de Europa en cooperación con el Instituto Internacional de Derechos Humanos, Estrasburgo, 17-19 de abril de 1989, Estrasburgo, N. P. Engel, Arlington, 1990.
- J. Crawford (comp.), *The rights of peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- A. Eide *et al.* (comps.), *Economic, social and cultural rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.
- W. Kymlicka (comp.), *The rights of minority cultures*, Nueva York, Oxford University Press, 1995.
- P. Meyer-Bisch (comp.), *Les droits culturels: une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, Actas de la Séptima Conferencia Interdisciplinaria sobre Derechos Humanos, Friburgo, Éditions Universitaires, 1993.
- A. Phillips y A. Rosa (comps.), *The UN Minority Rights Declaration*, Londres, Abo Akademi University Institute for Human Rights, Minority Rights Group (International), Turku/Abo, 1993.
- H. J. Steiner y P. Alston, *International human rights in context: law, politics, morals*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- UNESCO, *Freedom and culture*, Londres, Allan Wingate, 1951.
- UNESCO, *Dimensión cultural del desarrollo: hacia un enfoque práctico*, París, Ediciones UNESCO, Colección cultura y desarrollo, 1995.
- F. de Varennes, *Language, minorities and human rights*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1996.