

I RECENSIÓN

RUIZ VIEYTEZ, E. J., URRUTIA ASUA, G., (eds.), *Derechos humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo?*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Alberdania, San Sebastián, 2010, 205 pp. ISBN 9788498682540

Lola Borges Blázquez
Institut Universitari de Drets Humans
Universitat de València

Fecha de recepción 15/05/2011 | De publicación: 24/06/2011

Bajo el título revelador de *Derechos humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo?*, ocho autores realizan su aportación doctrinal para lograr la “articulación de una sociedad inclusiva y plural, a la par que socialmente cohesionada”, tal y como afirma Iñaki Galdos Irazabal en el prólogo a esta reciente publicación. Con la esperanza de que estas ideas trasciendan del papel para plasmarse en la práctica de la gestión de la diversidad, estas contribuciones van dirigidas también a los encargados de diseñar las políticas públicas. Especialmente el artículo final de Ricard Zapata-Barrero incide de forma concreta sobre cómo la diversidad debe incorporarse de pleno derecho en las políticas locales, pasando de ser un mero criterio político a una política en sí misma. Esto implica dar el salto de la diversidad cultural a la cultura de la diversidad: “la diversidad se convierte en cultura política, en una forma de comportarse, una filosofía, una

orientación, una mentalidad”. Ricard-Zapata plantea todo un cambio de paradigma de modo que la diversidad no sea un foco de conflictos sino un elemento definitorio de la cohesión: “La diversidad nos une” y, por esa misma razón deviene un bien colectivo a conservar. “El primer principio que debemos compartir en un contexto de diversidad es por lo tanto, la diversidad, misma”. Si se parte de una presunta homogeneidad (cosa prácticamente imposible salvo que nos hallemos en un régimen totalitario que inhiba la expresión de las particularidades de las diferentes personas y grupos), la diversidad genera conflictos a corto plazo. Pero la sociedad es un organismo perfectamente capaz de integrar esas diferencias y construir un nuevo contexto. De este modo, los conflictos que surgen deben ser conflictos constructivos de cara a la creación de un nuevo orden social basado en la celebración de esa diversidad desde la igualdad y el respeto. Para ello, la sociedad necesita la ayuda de las

políticas públicas para gestionar estos cambios, lo que Zapata denomina “política de acomodación de la diversidad”. Si no se gestiona, la diversidad tiende a parcelarse e incomunicarse: hay que conectar mediante una labor de “ingeniería política” las diferentes formas de diversidad para obtener los beneficios de esta convivencia multicultural. “La ciudad se transforma así, en un laboratorio de gestión cultural de la diversidad”. Lo más destacable de este artículo es que Ricard-Zapata da el salto de la formulación teórica a la plasmación concreta de sus postulados, y concluye así con un apartado que las instituciones bien podrían tomar como referente y que lleva el título de: “Propuestas para las ciudades comprometidas con la diversidad”. Ricard-Zapata define su política de acomodación de la diversidad en cinco retos innovadores y una agenda de acciones estratégicas que podrían implementarse de manera inmediata. Esto es en toda regla, una invitación a la acción.

“La promoción de la diversidad cultural implica el apoyo del derecho de ser diferente para todos aquellos que no estén situados o que puedan quedar fuera de las normas sociales y culturales dominantes, como las personas con discapacidad, los gays y lesbianas, las mujeres, los pobres, las personas mayores, los inmigrantes y los grupos indígenas.”, dice Ricard-Zapata. Joxerramon Bengoetxea se plantea precisamente como el Derecho debe gestionar esa diversidad cultural cuando surgen conflictos ante los cuales una tratamiento uniforme de la diferencia vulneraría la igualdad material.

Bengoetxea nos habla de dos casos concretos: el primero el conocido caso de María Luisa Muñoz Díaz¹, mujer de etnia gitana casada con el señor M.D. según la

¹ Sobre esta sentencia pueden verse estos recientes artículos: RUIZ, M.; El caso del matrimonio celebrado por el rito gitano: la discriminación étnica y racial a debate. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Nº. 8, 2010 y REY MARTINEZ, F.; La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto «Muñoz Díaz vs. España»: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?: *Diario La Ley num 7344, 17 de febrero de 2010, ed. La Ley 193/2010, pp.1-8*

tradición gitana en 1971, y a la que los tribunales españoles no le reconocieron la pensión de viudedad porque su matrimonio no tenía efectos civiles. Llegado el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el gobierno de España alegaba que la discriminación no era de tipo étnico sino por el hecho objetivo de no haber cumplido las formalidades del matrimonio civil. Teniendo en cuenta que el Estado había concedido a la pareja un libro de Familia en el que estaban inscritos sus seis hijos, así como la condición de familia numerosa, el TEDH consideró que el Estado español había generado suficientes expectativas de reconocimiento, de modo que la señora Muñoz días creía de buena fe que estaba válidamente casada conforme al rito gitano, y merecía por tanto, obtener la pensión de viudedad. Este caso podría considerarse un acomodo particularizado del Derecho, o incluso un acomodo razonable a posteriori, puesto que una ley en apariencia neutra había provocado efectos discriminatorios sobre una

persona concreta por motivo de su pertenencia a la etnia gitana.

El siguiente caso que cita es el del Sr. Roodhuijzen, un neerlandés funcionario del Eurostat, cuyo Derecho nacional le reconoce un “convenio de convivencia” con su pareja. Cuando solicitó a la Comisión Europea el reconocimiento de dicho convenio para que su pareja se beneficiase del régimen común de la seguridad social de la Comunidad Europea, la Comisión resolvió que ese “convenio de convivencia” no era comparable al matrimonio. El Tribunal de Funciones Públicas anuló la decisión de la comisión alegando que el “convenio de convivencia” podía equipararse al matrimonio como unión no matrimonial, y que además era una unión de convivencia estable válidamente registrada conforme al Derecho neerlandés. La Comisión recurrió ante el Tribunal de Primera Instancia, pero éste reafirmó que basta con que se cumplan las tres condiciones formales que prevén los Estatutos, sin pormenorizar en la búsqueda de

similitudes con el matrimonio o con la unión no matrimonial. Bastaría el cumplimiento de los requisitos de forma: certificado reconocido por el Estado miembro; que la pareja no esté previamente casada o en unión matrimonial; que los miembros de la pareja no tengan relación de parentesco entre ellos.

Para lograr la equidad en un contexto de diversidad cultural, Bengoetxea distingue los fenómenos de diversidad a nivel normativo, lo cual implicaría la admisibilidad de un pluralismo jurídico; y las expresiones de diversidad a nivel de aplicación de las normas, que es lo que ha sucedido en estas dos sentencias. En el caso Muñoz Díaz, podría hablarse de excepción cultural o equidad cultural. Resulta interesante la puesta en relación que realiza Bengoetxea entre la equidad y el *reasonable accommodation* o acomodo razonable, entendiéndolo como una adaptación equitativa del derecho que permite la participación social de las personas que presentan características especiales y exigen por tanto un

tratamiento especial. “La esencial igualdad de trato y consideración no puede ser ciega a la diversidad de situaciones personales sociales, económicas y culturales” puesto que podría conducir a resultados injustos. “La equidad supondría una aplicación flexible y modulable en vez de la estricta interpretación del discurso del derecho, ajeno a las circunstancias específicas de la aplicación” (p.174) . Teniendo en cuenta que prevalece una actitud reacia al pluralismo legislativo y de fuentes de derecho, sería esta acomodación y adaptación por parte de los operadores jurídicos (y no jurídicos) una opción con potencial para lograr no sólo la no discriminación, sino la igualdad diferenciada.

¿Qué sucede cuando en efecto existe un pluralismo normativo con disposiciones contradictorias e imposibles de compatibilizar? Especialmente problemáticas son las situaciones de personas que provienen de un país regido por leyes religiosas que no encajan con la

legislación secular del país de acogida. El Derecho Internacional Privado no siempre proporciona la respuesta más adecuada desde el punto de vista de los derechos humanos para estas situaciones “transnacionales” de personas asentadas en un determinado país cuyo sistema jurídico aceptan, pero que a la vez quieren mantener el contacto con su país de origen: “La dificultad en su caso reside en articular su situación (personal) de manera que pueda ser recibida en distintos órdenes judiciales implícitos: por un lado el del país de migración, y por otro lado, el de residencia habitual”.

Marie-Claire Foblets analiza este conflicto como dice ella, en “clave exploratoria” apuntando tres posibles soluciones. Una de ellas sería la incorporación de las normas religiosas al derecho civil, como sucede con el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio celebrado en forma religiosa. Otra, la prevalencia de la autonomía de la voluntad en los asuntos de familia, de modo que se pudiera regular la situación personal, concediendo a los implicados, por ejemplo, el derecho

a optar por la legislación nacional. Foblets señala como limitaciones a esta solución que sólo es aplicable a parejas que hayan tenido relación con una legislación extranjera y no a aquéllas que se hayan convertido o que no tengan conexión legal con un orden jurídico extranjero que les gustaría que se les aplicase como ley personal. En tercer lugar, el recurso al arbitraje religioso para determinados tipos de disputas familiares. Esto significa una manifestación a nivel judicial de las normas religiosas. En la provincia de Ontario se intentó establecer un Instituto islámico de arbitraje que mediara en asuntos familiares de todos los musulmanes de Canadá, pero esta opción fue abolida por el temor de la lesión a los derechos individuales, en concreto de las mujeres. Sin embargo en Gran Bretaña están funcionando tribunales de arbitraje como forma alternativa de resolución de disputas, siempre bajo la supervisión de la legislación inglesa, que tiene supremacía sobre las decisiones adoptadas por estos tribunales de

arbitraje musulmanes. Por el momento todo se sitúa en el terreno de la experimentación.

Como afirma la autora, la conciliación de las exigencias del derecho civil con el deseo de determinados sujetos de continuar cumpliendo las normas de conducta exigidas por sus convicciones religiosas debe ser tratada con empatía y respeto, dada la importancia que tiene para los implicados. El reto es “cómo ir más allá del marco del derecho internacional privado estrictamente hablando, al tiempo que se permanece dentro de los límites del Derecho civil secularizado”.

Aunque los Tribunales de arbitraje musulmanes no han tenido éxito en Canadá, este país suele tomarse como referente de buenas prácticas en cuanto a la gestión de la diversidad y a la interpretación multicultural de los derechos humanos, como señala Pierre Bosset. Canadá es un país que lleva ínsita la diversidad histórico-nacional, tal y como demuestran las reivindicaciones

soberanistas e independentistas de la provincia francófona de Québec, minoría dentro de un Canadá anglófono; o las reivindicaciones de derechos de los pueblos aborígenes, también llamados primeras naciones. La práctica que pone de relieve Pierre Bosset es el acomodo razonable, tal y como viene siendo aplicado por los Tribunales canadienses. Consiste en un mecanismo jurisprudencial que obliga a empleadores y a instituciones públicas a flexibilizar su normativa y realizar excepciones individuales para no vulnerar los derechos fundamentales de personas en situaciones específicas. Se considera parte integral del derecho a la igualdad y no discriminación, y esta obligación de acomodo sólo presenta como límite la carga excesiva o exigencia injustificada, como puedan ser excesivos costes financieros, grave impacto sobre la organización del negocio o vulneración de otros derechos. Relata Pierre Bosset el reciente debate en Quebec sobre el acomodo razonable, que dio lugar al

establecimiento de una comisión conocida como *Bouchard-Taylor* para restablecer el sentido propio del concepto y disipar la crisis de percepción que identificaba la concesión de acomodados como una amenaza para los valores de la sociedad quebequesa, como la igualdad entre sexos o la separación entre la iglesia y Estado. Así por ejemplo, el intento de crear Tribunales de arbitraje musulmanes en la provincia de Ontario fue percibido como un acomodo razonable, cuando realmente es un tema de reconocimiento de sistemas jurídicos paralelos. Tampoco serían acomodados razonables las adaptaciones de las leyes o las exenciones constitucionales, pues estas adaptaciones se fundamentan en los derechos culturales de las minorías, mientras que el acomodo se deriva directamente de la no discriminación. Una reciente sentencia del Tribunal Supremo de Canadá (*Alberta v. Hutterian Brethern* o *Wilson Coony*, 2009) ha dejado claro que el deber de acomodo no se aplica a las leyes parlamentarias: “la legislación no tiene capacidad ni

obligación jurídica de entrar en dicha determinación individualizada (...) no se puede esperar adaptar una ley a cada potencial futura contingencia o creencia religiosa sincera”. Para las leyes lo que rige es el test de proporcionalidad que, más allá de una evaluación individualizada, efectúa de forma general una ponderación de derechos. Por otra parte, el significado popular del acomodo razonable se ha desvirtuado hasta abarcar cualquier acuerdo derivado de un conflicto cultural. Sin embargo, en ausencia de discriminación, no existe obligación jurídica de acomodo y se trataría únicamente de un acuerdo informal. Sería reduccionista pensar que el acomodo razonable en materia de diversidad cultural se limita a las demandas religiosas. Otros rasgos de diversidad cultural como la lengua o el origen étnico y nacional también serían objetos potenciales de demandas de acomodo. Se trata por tanto de una técnica distinta de los programas de acción afirmativa y de los derechos de las

minorías, que si bien no es un remedio milagroso, su enfoque inductivo y pragmático produce buenos resultados en casos particulares de discriminación.

El artículo concluye con una reflexión sobre la libertad en una sociedad multicultural y la tensión entre la dimensión individual y colectiva de los derechos humanos.

Ya en un plano más general, Roberta Medda nos plantea el tema de las antiguas y nuevas minorías desde un enfoque innovador. Se trata de abordar la protección conjunta de los derechos de estos colectivos que tradicionalmente han sido tratados de forma diferenciada: los derechos de las minorías tradicionales por una parte; los derechos de las personas inmigradas, por otra. Este tratamiento conjunto no implicaría equiparar en derechos a todos los grupos minoritarios, puesto que existen diversos factores que justificarían que a unos se les concediesen más derechos que otros. La autora propone “la creación de un sistema de protección común pero

diferenciado” y presenta una interesante tabla que distingue entre derechos justiciables y reivindicaciones legítimas. Los derechos justiciables son los que se pueden aplicar directamente por un tribunal, puesto que se basan en normas de aplicación directa. Las reivindicaciones legítimas, sin embargo, deben negociarse con el colectivo mayoritario y dependen por lo tanto, de muchos factores contextuales. Las minorías históricas (tradicionales, autóctonas) tienen reivindicaciones de otro orden con respecto a las nuevas minorías (personas inmigradas y refugiadas, y sus descendientes), no bastando para las primeras con “el tratamiento igualitario de sus miembros y la preservación y el desarrollo de su identidad dentro de la sociedad dominante”, puesto que aspiran a “una participación efectiva en la vida pública para sus miembros con medidas que varían desde formas de autonomía territoriales y no territoriales, hasta la secesión”. Lo que todas tienen en común es la reivindicación de su

diferencia, esto es, el deseo de mantener su identidad colectiva frente a la cultura dominante. Por otra parte, la integración de las nuevas minorías en sociedades que ya presentaban conflictos previos entre la sociedad mayoritaria y las minorías nacionales resulta todavía más compleja. Medda plantea dos casos en los que las minorías tradicionales son a su vez mayorías locales: Tirol del Sur y Quebec. Ante la schmittiana pregunta de “minorías antiguas y nuevas: ¿enemigos o aliados?”, la clave de la respuesta podría estar en el poder de selección y control de la inmigración que posee la minoría tradicional. De acuerdo con Kymlicka, la autora afirma que para la integración de los inmigrantes en una nación minoritaria es importante que ésta tenga el control sobre los criterios de inmigración, como sucede en Quebec. Los inmigrantes son invitados a ser plenamente québécois a la vez que a conservar sus orígenes, inculcando, eso sí, la predilección por la lengua francesa. En Tirol del Sur, hay dos tercios de germano-parlantes frente a menos de un tercio de italo-parlantes,

con una separación clara en muchos aspectos cotidianos, hasta el punto de hablar de “sociedades paralelas”. La incorporación de nuevas minorías a esta sociedad dividida puede considerarse “enemiga” si los recién llegados se integran en la sociedad italo-parlante, o aliada si se suman a las reivindicaciones de la minoría, que localmente es mayoría. Una minoría antigua puede convertirse en pluralista y post-étnica si se le otorgan competencias en materia de control y selección de la inmigración (no sin riesgo de injusticias, como previene Kymlicka²).

Un buen elemento de cohesión sería como apunta Medda una “identificación territorial común”, de modo que todos los individuos que comparten un territorio formen una nación plural en continua creación con independencia de la lengua o la pertenencia étnica. Sería una comunidad *ex novo* que no compartiría un pasado común, sino un

presente *de facto* y un proyecto de futuro.

A continuación, María José Añón aborda la multiculturalidad y los derechos humanos en los espacios públicos, puesto que la diversidad cultural reclama legítimamente su presencia en el espacio público en términos de igualdad con las identidades públicas ya existentes. Las expresiones culturales no deben ser restringidas al ámbito privado, sino gozar de un reconocimiento público compatible con la neutralidad del Estado, neutralidad que, en esta tercera etapa del multiculturalismo, ha sido matizada como “estado democrático protector de las naciones y nacionalidades que conviven en su interior”. Esto es, una neutralidad activa e intervencionista en el reconocimiento de derechos. Es la igualdad la pieza clave en torno a la que deben girar todas las políticas públicas de gestión de la diversidad. Igualdad implica dar el mismo trato a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales. Sin embargo, ante situaciones jurídicas diferentes, lo que procede es un

² KYMLICKA, W.; *Politics in the Vernacular, Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

tratamiento desigual, siempre que éste resulte justificado atendiendo a la finalidad de la norma. Lo que separa la diferenciación y discriminación es precisamente el hecho de que la distinción jurídica esté justificada o no a la luz de los criterios de racionalidad y proporcionalidad. La no discriminación y la igualdad real y efectiva exigen en numerosas ocasiones un tratamiento diferenciado. Una de sus fórmulas de expresión sería la técnica canadiense del acomodo razonable, ya explicada anteriormente. María José Añón afirma que el acomodo razonable “puede ser el origen de decisiones casuísticas pero generadoras de buenas prácticas de gestión de la diversidad con capacidad para orientar la acción pública y privada y avanzar así en un pluralismo democrático denso”.

Asimismo, la autora recalca la importancia de la no discriminación en derechos fundamentales para lograr cohesión dentro de una sociedad, y ejemplifica esto a través de la privación

del derecho de reunión y asociación que sufrieron las personas migrantes en España en situación irregular, hasta que el Tribunal Constitucional español declaró inconstitucional la privación de este derecho por su vinculación con la dignidad humana. En efecto, el derecho de asociación es una pieza esencial para lograr la presencia en el espacio público y para visibilizar las pretensiones de identidad cultural. De hecho, “la naturaleza de muchos conflictos culturales no es otra que la asimetría en la distribución de oportunidades, poder y capacidad de decisión”.

Por último, el capítulo que da comienzo a esta publicación es una reflexión filosófica acerca de la universalidad de los derechos humanos y la compleja relación con la diversidad cultural. Javier Ansuátegui distingue entre la universalidad jurídica, esto es, descriptiva, entendiendo que el punto de partida es que los derechos son universales; y la universalidad moral, que implica que los derechos deben ser universales, es decir, la universalidad

como punto de llegada. Esta última implica que existen unos valores que dotan a los derechos humanos de fundamentación moral universalmente válida. La tensión entre esta universalidad como paradigma, y la diversidad de culturas, ideologías, religiones, proyectos de vida, etc. podría visualizarse según Ansuátegui como dos fuerzas opuestas: una centrípeta, la universalidad; y otra, centrífuga, la diversidad. La imposibilidad de jerarquizar las diferentes formas de vida nos conduce al relativismo moral y cultural por el cual todas las culturas serían igualmente válidas y legítimas sin poder formular ningún tipo de juicio de valor. Sin embargo, no debe confundirse la diversidad cultural, que es un hecho, con el relativismo radical, puesto que hay formas de vida que sí que merecerían reprobación si vulneran unos mínimos de dignidad humana. Ante la crítica de que los derechos humanos constituyen un 'localismo globalizado' un neocolonialismo moral y cultural por parte de la cultura

occidental³. Ansuátegui propone obviar el origen del concepto de derechos humanos para centrarnos en el valor de la propuesta, cuya pretensión no es otra que proteger a los individuos como seres humanos, más allá de las diferencias culturales. Pero, ¿cómo hablar de universalidad de los derechos en un mundo caracterizado por la diversidad? Ansuátegui propone una "estrategia de mínimos", es decir, buscar aquellos contenidos morales que puedan constituir un mínimo moral común y compartido sin el cual no se podría seguir hablando de derechos. Se trata de hallar el núcleo de lo universalizable. Ese núcleo vendría a ser como el ADN de la célula, algo objetivo que compartimos en un 99% y que deja un margen de un 1% que permite que manifestemos innumerables maneras de ser, física y

³ Hay una crítica al proceso de globalización y la falta de extensión de la Universalidad de los derechos en LUCAS, J. DE.; La globalización no significa universalidad de los derechos humanos (En el 50 aniversario de la Declaración del 48) *Jueces para la democracia*, n.º 32, 1998, pp. 3-9. Ver también LUCAS, J. DE.; *Globalización e identidades*, Barcelona, Icaria, 2003. Sobre localismos globalizados: SANTOS, B.; *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Ilsa, 1998.

psicológicamente, sin por ello dejar de reconocernos como miembros de la misma especie humana. La dignidad en términos de igualdad de consideración y respeto por todos los seres humanos, y la autonomía individual entendida en términos de libertad serían estándares mínimos transculturales. Ansuátegui rebate la tesis de Ferrajoli por la que los derechos son universales por su mera atribución universal y abstracta, esto es, una universalidad puramente formal que no implica ningún consenso moral y compartido en cuanto a su contenido. Unos ciertos valores objetivos y universales no implican una imposición de una determinada concepción del bien y del mal, sino una garantía de autonomía

personal que permite al individuo ser libre para tomar decisiones, ser libre de violencia y conservar la integridad física y moral que nos hace dignos.

Habiendo recorrido esta publicación de atrás hacia delante concluiré en consecuencia reafirmando las palabras introductorias de Eduardo Ruiz Vieytez. En efecto, el acomodo de derechos y los derechos de acomodo son necesarios para lograr la pluralización democrática, de modo que todas las personas puedan existir jurídica y políticamente a través de su identidad, y no a pesar de ella.