



XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social

► Multiculturalismo, Interculturalidad y Derecho





XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social

Multiculturalismo, Interculturalidad y Derecho

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Lic. María Florencia Carignano

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero



Ponencias XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social :
multiculturalismo, interculturalidad y derecho / Eduardo R. Sodero ...
[et.al.] ; coordinado por Jorge Eduardo
Douglas Price y Diego Duquelsky Gómez. - 1a ed. - Ciudad Autó-
noma de Buenos Aires :
Infojus, 2014.
400 p.; 23x16 cm.

ISBN 978-987-3720-14-7

1. Filosofía del Derecho. I. Eduardo R. Sodero II. Douglas Price,
Jorge Eduardo, coord. III. Duquelsky Gómez, Diego, coord.
CDD 340.1

Fecha de catalogación: 10/10/2014

ISBN: 978-987-3720-14-7

Ponencias XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social.

Multiculturalismo, interculturalidad y derecho

1ª. edición - octubre 2014

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gov.ar

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ni la de sus directores.

Todos los derechos reservados. Distribución gratuita. Prohibida su venta. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

COORDINADORES



JORGE DOUGLAS PRICE

Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho

DIEGO DUQUELSKY

Secretario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho

SECRETARIO DE REDACCIÓN



GUILLERMO MORO

Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho

PALABRAS PRELIMINARES



Es un honor, en mi calidad de Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, presentar esta cuidadosa compilación realizada por Guillermo Moro, Secretario de Redacción de las publicaciones de la misma, las conferencias y debates llevados a cabo durante las XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, convocadas bajo el tema “Multiculturalismo, Interculturalidad y Derecho”, llevadas a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario entre los días 10 y 12 de octubre de 2012.

No puedo dejar de agradecer nuevamente y en nombre de la Asociación a las y los entrañables compañeras y compañeros de la UNR que hicieron posible, tanto en la lucidez crítica de sus participaciones como en la delicada solicitud de su cooperación activa, esas Jornadas.

Del mismo modo, agradecemos al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación la edición del volumen, que nos permite llegar a todos ustedes con el producto del esfuerzo de quienes allí debatieron, por lo que en la persona del Secretario de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Julián Álvarez y de la Directora de Infojus, María Paula Pontoriero, depositamos un agradecimiento que se extiende a todo ese órgano del Poder Ejecutivo Nacional.

Durante esos intensos días, pudimos compartir, disfrutar, disentir y revisar teorías muy diversas sobre uno de los debates más agudos de la contemporaneidad, aquel del debate entre universalismo y multiculturalismo.

Un debate que ancla la cuestión desarrollada entre grupos mayoritarios o minoritarios —étnicos, culturales, religiosos—, que requieren cada día más del Estado, a través de las instituciones públicas, escuelas y universidades, el reconocimiento de su identidad y el “**acomodamiento**”⁽¹⁾ de sus diferencias culturales.

(1) KYMLICKA, WILL, *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996.

El eje de la cuestión consiste en cómo encontrar formas de reconducir la inevitable tensión entre el derecho de los individuos y el de los grupos a la diferencia, a la existencia.

Para algunos, el debate se centra en la legitimidad democrática en contextos plurinacionales debido a la existencia de dos maneras de entender el liberalismo democrático. Por un lado, como sabemos, se ha desarrollado el concepto de derechos humanos basado en la idea de la universalidad de los derechos individuales, en la idea de “igualdad de todos los ciudadanos”, que conlleva mecanismos que regulan los principios institucionales y los procesos colectivos de adopción de decisiones; esta forma de liberalismo desconfía de la noción de derechos colectivos. Por el otro, se han incorporado las ideas de la protección y desarrollo del reconocimiento y autoprotección de los distintos grupos que viven dentro de una misma democracia, alertando que la falta de reconocimiento y de autogobierno da lugar a un prejuicio discriminatorio contra las minorías nacionales y favorece a las mayorías, con lo cual se viola el principio de igualdad.

Sin embargo, como dice Habermas, en el Estado moderno, a partir del reconocimiento de “la pertenencia cultural a la nación”⁽²⁾ se homogeniza lo que no es homogéneo: la población de la mayoría de los Estados está cada vez más lejos de ser culturalmente homogénea y en la formación, tanto de la voluntad política como de la comunicación pública, se recurre a la apariencia de un pueblo presuntamente homogéneo, solo para esconder el dato de la cultura hegemónica de alguna parte dominante.

Hasta avanzada la segunda posguerra mundial, se entendió que la cuestión de los derechos de las minorías podía resolverse adecuadamente en base al respeto de los derechos individuales. Se creyó que la nueva semántica de los “derechos humanos” sería suficiente para resolver los conflictos de las mismas en el entendimiento de que las minorías culturales se protegían indirectamente garantizando los derechos civiles y políticos básicos a todos los individuos con independencia de su filiación o grupo de pertenencia.

Se partía de suponer que los derechos humanos básicos —libertad de expresión, asociación y conciencia— que se atribuyen individualmente, como suponen para ejercerse la comunidad con otros individuos, prote-

(2) HABERMAS, JÜRGEN, *La Inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 94.

gen la vida de los grupos. Es por ello que los representantes del pensamiento liberal clásico entendieron que protegiendo los derechos individuales no era necesario atribuir derechos adicionales a los miembros de minorías étnicas o nacionales determinadas.

Ello ha llevado a afirmar que “la doctrina de los derechos humanos se presentó como sustituto del concepto de los derechos de las minorías, lo que conlleva la profunda implicación de que las minorías cuyos miembros disfrutaban de igualdad de tratamiento individual no pueden exigir, legítimamente, facilidades para el mantenimiento de su particularismo étnico”.⁽³⁾

Sin embargo, se ha hecho evidente que los derechos de las minorías no pueden subsumirse bajo la categoría de los derechos humanos, al menos según su concepción inicial, ya que las pautas y procedimientos tradicionales son insuficientes para resolver importantes y controvertidas cuestiones relativas a las minorías culturales.

Entre las cuestiones más debatidas y reclamadas por los grupos minoritarios están, por ejemplo, las relativas a la existencia de otras lenguas, amén de la “oficial” en el Parlamento, la Administración y la Justicia; la posibilidad de la escolarización en la lengua materna; el reconocimiento, en algunas regiones, de la existencia de fronteras internas, esto es: distritos —circuitos— legislativos, donde las minorías culturales forman una mayoría local; la protección de las tierras ancestrales de los pueblos originarios y el reconocimiento en el derecho común de patrones culturales diferentes; o —relevante como pocos en el mundo del siglo XXI— el grado de integración cultural que debería exigirse a los inmigrantes antes de concederles derechos como ciudadanos y como minorías.

El problema, como afirma Kymlicka, no es que las doctrinas tradicionales sobre los derechos humanos den una respuesta errónea para abordar estas cuestiones, sino que, muchas veces, no dan respuesta alguna o la respuesta no se adecúa a los requerimientos de los grupos.

Pero allí no acaban las diferencias: estas, con ser graves, lejos están de ser las últimas. También se ha hecho visible que al interior de una cultura “nacional” se segregan, discriminan y minorizan otros grupos culturales en base a diferencias “no nacionales”. Baste solo recordar las diferencias de género, de preferencia sexual, etc.

(3) Claude Inis citado por Kymlicka, Will, *Ciudadanía Multicultural...*, op. cit., p. 15.

Nos hallamos en un momento de la sociedad y del mundo en que se ha hecho por fin visible lo que la semántica de la ontologización de las diferencias había ocultado hasta aquí: la radical presencia del Otro.

Como diría Raffaele De Giorgi, tenemos que preguntarnos: ¿cómo se han desarrollado estas resistencias a la función que tiene el Otro? Estas resistencias siempre se han desarrollado en la sociedad moderna a través de los mecanismos normalizados de funcionamiento, a través de los procedimientos de su reproducción semántica.⁽⁴⁾ A través, en otras palabras, de distinciones que ocultan la función constitutiva del Otro, que se llama "identidad".

Pensemos, dice el Profesor de Lecce, ahora más que nunca, en distinciones tales como "occidental" y "oriental". Estas distinciones son tentativas de construir al Otro para mantener a distancia al Otro como tal. Son tentativas de negar la irrupción de lo diverso. Se ignora que toda distinción tiene dos lados y que quien la efectúa está ciego al principio que funda la distinción. Esa amnesia se llama "esencialismo"; ese esencialismo es la madre de todos los racismos, xenofobias, homofobias y otros subproductos que asolan por igual la vida de los singulares.

De esto trataron nuestros debates en Rosario: la conexión que los mismos tienen con la construcción del futuro de la sociedad son el fundamento de la propuesta que lleváramos a cabo. Que de estas páginas se desencadenen nuevas comunicaciones, afirmaciones, refutaciones, interpretaciones es, por un lado, una posibilidad que se amplía gracias a la generosa oportunidad brindada por la Universidad Nacional de Rosario y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y, por el otro, nuestro mayor deseo y el sentido de la existencia de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho.

En nombre de sus asociados, a todos los conferencistas y a esas prestigiosas instituciones, muchísimas gracias.

Jorge E. Douglas Price - Presidente AAFD.

Allen, Río Negro, septiembre 2014.

(4) DE GIORGI, RAFFAELE, Conferencia "Multiculturalismo, Identidad, Derecho", pronunciada en el Primer Seminario Federalismo, Derechos Humanos y Diversidad, llevado a cabo entre el 11 y 12 de agosto de 2010 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, en el marco del Proyecto de Investigación "Federalismo y Derechos Humanos" D-077 de la misma Universidad.

ÍNDICE



Ponencias

El derecho a ser diversos en las sociedades multiculturales

Por TECLA MAZZARESE	p. 3
1. Igualdad en los derechos y tutela de las diferencias.....	p. 5
2. Igualdad en los derechos y tutela de las diferencias culturales	p. 9
3. Igualdad en los derechos, tutela de las diferencias culturales, sociedades multiculturales	p. 14

Multiculturalidad y ley natural

Por EDUARDO R. SODERO.....	p. 19
1. ¿En qué medida es el derecho un producto cultural?.....	p. 19
2. El derecho en las sociedades multiculturales	p. 20
3. Los límites de la multiculturalidad.....	p. 22
4. Algunas conclusiones prácticas.....	p. 24

Todo está lleno de dioses (Tales de Mileto)

Por GRACIELA BARRANCO	p. 27
-----------------------------	-------

Por una educación en derechos humanos desde una noción compleja e intercultural

Por DAVID SÁNCHEZ RUBIO	p. 33
1. Introducción	p. 33
2. La importancia y el reto de derechos humanos en un mundo adverso....	p. 34
3. La educación en derechos humanos: condicionantes y límites de una idea restringida	p. 37

- 4. Hacia una concepción compleja de derechos humanos: una propuesta para los programas de educación cívicap. 40
- 5. Derechos humanos en clave intercultural: hacia una pedagogía pluriversal y de confluencia.....p. 48
- 6. Conclusión.....p. 54

Reflexiones desde la jurisprudencia sobre comunidades indígenas.

De la tensión universalismo-multiculturalismo a la interculturalidad

- Por RENATO RABBI-BALDI CABANILLASp. 55
- 1. Introducciónp. 55
- 2. La perspectiva del derecho penalp. 56
- 3. Algunos ejemplos de derecho comparado y nacional.....p. 57
- 4. La perspectiva *iusfilosófica*p. 63
- 5. Otra visita a los ejemplos dadosp. 72
- 6. Conclusión.....p. 77

Integrativismo, plurijuridicidad e interjuridicidad

- Por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANIp. 79
- 1. Ideas básicasp. 79
- 2. El mundo jurídico.....p. 87

Filosofía de la liberación, pluralidad cultural y derechos humanos

- Por ALEJANDRO ROSILLO MARTÍNEZp. 115
- 1. Introducciónp. 115
- 2. Fundamentaciones de derechos humanos y negación del pluralismo cultural.....p. 116
- 3. Hacia una fundamentación liberadora de derechos humanos.....p. 120
- 4. Conclusión.....p. 140

Diálogo y pluralismo axiológico

- Por NICOLÁS ZAVADIVKER.....p. 143
- 1. Modelo dialogal y conservacionismop. 144
- 2. Cohesión social y límites del modelo dialogal.....p. 147

El orden jurídico bajo el paradigma constitucionalista

Por MARÍA CRISTINA REDONDO	p. 151
1. Introducción	p. 151
2. Orden jurídico y criterios de validez	p. 152
3. Sobre los criterios últimos de validez	p. 154
4. El orden jurídico vigente	p. 156
5. Metanormas que constituyen a la autoridad y metanormas que regulan su comportamiento	p. 160
6. <i>Excursus</i> sobre la relación entre reglas constitutivas y regulativas	p. 162
7. Distintos modelos de orden jurídico.....	p. 166
8. La asunción explícita del modelo del estado constitucional de derecho...p.	172

La globalización y la cultura

Por ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL.....	p. 179
--------------------------------	--------

La violencia de género es una cuestión social.

Debate sobre los derechos y la ciudadanía de las mujeres

Por ANA ESTHER KOLDORF	p. 187
1. Introducción	p. 187
2. Testimonios	p. 191

Pluralismo jurídico y principio de igualdad

Por CARIDAD VELARDE.....	p. 197
1. Introducción	p. 197
2. Pluralismo normativo	p. 200
3. El pluralismo social como valor jurídico.....	p. 209
4. Estado, comunidad y comunidades. Modelos de convivencia	p. 212

Relaciones socio-étnicas e interculturalidad

Por MARGOT BIGOT.....	p. 219
1. Concepto de relaciones socio-étnicas.....	p. 219
2. Los efectos de la discriminación	p. 221
3. El concepto de interculturalidad	p. 222
4. Educación de toda la población	p. 225

Pluralismo Jurídico

Por LUCÍA ASEFF	p. 229
1. El pluralismo y su abordaje disciplinar.....	p. 229
2. Ubicación espacial de esta problemática.....	p. 231
3. El fenómeno del pluralismo jurídico desde la teoría general del derecho y las teorías críticas	p. 233
4. Del derecho romano a la era de la globalización. Derechos civiles, políticos y socioeconómicos	p. 235
5. Monismo y pluralismo en la producción de normas.....	p. 237
6. Los aportes de la sociología jurídica.....	p. 239
7. El pluralismo jurídico en Latinoamérica. Otras modalidades	p. 241
8. La cuestión en Argentina. El genocidio de los pueblos originarios.....	p. 242
9. Los reconocimientos normativos.....	p. 244
10. Mojones jurisprudenciales	p. 247
11. Modificaciones simbólicas y culturales	p. 252
12. Tentativas de integración desde la educación formal.....	p. 253
13. Interrogantes y —provisorias— conclusiones	p. 255

Homenajes

Werner Goldschmidt y Robert Alexy: *corsi e ricorsi* del integrativismo jurídico

Por MARÍA ISOLINA DABOVE	p. 261
1. Introducción	p. 261
2. Goldschmidt y Alexy: una lectura de sus vidas	p. 262
3. Teoría Trialista y Teoría No Positivista: <i>corsi e ricorsi</i> del integrativismo jurídico.....	p. 265
4. Conclusión.....	p. 270

¡No te vayas, campeón!

Por ESTEBAN LUIS FRANICHEVICH	p. 271
-------------------------------------	--------

Seminario

¿Qué decimos cuando hablamos de multiculturalismo?

Coordinado por GRUPO DE DOCENCIA E INVESTIGACIÓN	p. 275
¿Desde dónde?.....	p. 287

Debate

El constitucionalismo transformador sudamericano como fundamentación de la teoría constitucional

Por ALEJANDRO MEDICI.....p. 293

1. Teoría constitucional crítica y situada vs. separación de los saberes prácticos del *ethos*.....p. 293

2. El lugar del constitucionalismo en el sistema mundo moderno/colonial: universalidad abstracta y promesas emancipatorias vs. conocimiento geopolíticamente situado y herida colonialp. 298

3. Constitucionalismo latinoamericano: igualdad jurídica vs. sobre y sub ciudadaníasp. 303

4. Fetichismo constitucional vs. poder constituyente, democracia protagónica e interculturalp. 309

5. Constitución formal vs. Constitución materialp. 313

6. Constitución vertical vs. Constitución horizontalp. 314

7. Conclusiones provisionales: el nuevo constitucionalismo transformador como contexto de fundamentaciónp. 316

Las fracturas del constitucionalismo transformador

Por MAURO BENENTEp. 323

1. Introducciónp. 323

2. Las novedades de las nuevas constituciones.....p. 324

3. Una Constitución con forma de trapecio.....p. 331

4. Notas finales.....p. 334

Mujeres indígenas, cultura y derechos. Hacia una articulación integradora

Por LUIS VILLAVICENCIO MIRANDAp. 335

1. Introducciónp. 335

2. Algunos casos concretos.....p. 338

3. El fenómeno del desplazamiento: atomizando la reivindicación de la ciudadaníap. 340

4. La esquiwa propuesta conciliatoria.....p. 343

5. Perfilando una concepción integradora: el modelo de las jurisdicciones multiculturalesp. 348

6. Ideas finales.....p. 351

Mujeres indígenas, cultura y derechos de otra cultura

Por MAURO BENENTE.....	p. 355
1. Introducción	p. 355
2. El barro de la cultura y el cielo de los derechos	p. 356
3. El barro de la cultura y el cielo de la democracia	p. 358
4. Notas finales.....	p. 362

Bibliografía, p. 365



Ponencias



El derecho a ser diversos en las sociedades multiculturales⁽¹⁾

TECLA MAZZARESE⁽²⁾



Palabras clave: derechos humanos; multiculturalidad; diversidad; minorías culturales; democracia constitucional.

El derecho a ser diversos es uno de los principales tratos distintivos de la concepción de los derechos fundamentales que caracteriza al constitucionalismo (inter)nacional de la segunda posguerra.

En la pluralidad de sus reformulaciones, las diversas declinaciones del catálogo de los derechos fundamentales que, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se han subseguido en el derecho internacional, regional y estatal, comparten, en efecto, la afirmación de un mismo principio de igualdad en los derechos. Este principio no niega ni ignora —sino al contrario, sanciona— igual dignidad para la variedad de diferencias que, en sus mutables combinaciones, concurren a la definición de la específica identidad de cada individuo. Esta sanción de igual dignidad se debe, en particular, a las diferencias que recurrentemente

(1) Agradezco a Jorge Douglas Price por sus comentarios a una primera versión de este trabajo y por la atención con la cual ha traducido el texto; a Miguel Ángel Ciuro Caldani, Renato Rabbi-Baldi Cabanillas y Héctor C. Vázquez por sus preguntas y observaciones en ocasión de su presentación a las Jornadas sobre Multiculturalismo, Interculturalidad y Derecho y a Paola Parolari por sus notaciones siempre preciosas y puntuales.

(2) Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Brescia.

han sido utilizadas en el curso de la historia como razón de discriminación, e incluso de persecución y exterminio. Así, en un elenco que no quiere ser cerrado o exhaustivo, en la segunda posguerra el principio de igualdad en los derechos afirma, a la par, la dignidad de cada individuo en referencia a las diferencias de raza, color de piel, etnia, sexo, lengua, religión, opinión política y más recientemente, y también en relación a las diferencias de orientación sexual, características genéticas, edad y discapacidad.

A menudo infravalorado o ignorado, esta mayor atención al derecho a ser diversos, en la concepción de los derechos que caracteriza al constitucionalismo (inter)nacional de la segunda posguerra, muestra la gratuidad de muchas críticas y prejuicios que connotan gran parte de las controversias sobre el (no) universalismo de los derechos y/o sobre la matriz (no) occidental de los valores de los cuales son expresión. Consentiría, en particular, en limpiar el campo de críticas y prejuicios cuando tales controversias se refieren al carácter más multicultural, multiétnico y multireligioso de las sociedades de los países, meta de los nuevos flujos migratorios en los últimos veinticinco años. Una reflexión sobre la centralidad del derecho a ser diversos en las democracias constitucionales de estos países justifica, de hecho, dos afirmaciones que —no siendo de por sí suficientes para disolver o resolver toda la dificultad que el tema comporta— permiten individualizar y aclarar las coordenadas entre las cuales buscar una solución.

La primera afirmación es que su carácter siempre más multicultural, multiétnico y multireligioso no compromete ni amenaza (como sostienen los teóricos del choque de civilizaciones) los principios últimos de la democracia constitucional y, en particular, el principio de igualdad en los derechos. Sino, más bien, demanda una completa y plena aplicación, conciente de las nuevas formas en las cuales el derecho a ser diversos puede y debe configurarse en un contexto social en transformación.

La segunda afirmación, simétrica y complementaria de la primera, es que los principios últimos de las democracias constitucionales, y en particular el principio de igualdad en los derechos, no limitan ni cancelan (como sostienen los teóricos del multiculturalismo en sus versiones más radicales) los específicos tratos distintivos que pueden ser expresiones de tradiciones culturales de gente diversa sino más bien, proveen un irrenunciable instrumento para la afirmación de su par, la dignidad.

En extremada síntesis, estas son las dos consideraciones principales en relación a las cuales, en este trabajo, intento poner en examen el tema de la tutela de los derechos fundamentales en las sociedades multiculturales o, más precisamente, en las sociedades multiculturales, multiétnicas y multireligiosas de las democracias constitucionales, meta de los nuevos flujos migratorios de los últimos decenios (§ 3). Preliminarmente expondré algunos resúmenes sobre la variedad de formas en las cuales el derecho a ser diversos (§ 1) y, en particular, el derecho a ser diversos en razón de las propias tradiciones culturales (§ 2), encuentra expresión en el constitucionalismo (inter) nacional de la segunda posguerra.

1. Igualdad en los derechos y tutela de las diferencias

La concepción de los derechos fundamentales de la segunda posguerra, radicalmente nueva respecto a aquella de la Revolución Francesa y de la Revolución norteamericana de fines del mil setecientos revela, a partir de la Declaración Universal de 1948, y todavía antes, en el debate que ha acompañado su ideación y redacción, una manifiesta preocupación por la afirmación y la tutela del derecho a ser diversos.

Tampoco podría ser de otra manera, si se toma en cuenta —como incluso los críticos más intransigentes se han atrevido a cuestionar jamás— que al final de la segunda guerra mundial, la necesidad de un catálogo de derechos “iguales e inalienables” para “todos los miembros de la familia humana”⁽³⁾ no fue diseñada bajo el patrón “occidental”, patrón de una suerte de neocolonialismo ético-cultural, sino por el generalizado horror e indignación por los millones de seres humanos que antes y durante el conflicto fueron hostigados y muertos a causa de su raza, religión, opinión política u orientación sexual. En otras palabras, la concepción de los derechos fundamentales fue determinada no por la pretensión de una improbable asimilación de todos al mismo sistema de valores sino, por el contrario, desde la firme determinación de que nunca en el futuro, los seres humanos deberían ser víctimas de discriminación por sus diferencias particulares.

De aquí la decisión de la ONU de que la Comisión, instituida en 1946 con la tarea de individualizar y conjugar un catálogo de derechos, fuese compuesta por prestigiosos representantes de áreas geográficas y cultu-

(3) Estas palabras son utilizadas en el Preámbulo de la Declaración Universal de 1948.

rales diferentes. De aquí también la preocupación de la UNESCO de reclutar “algunos de los mayores intelectuales de ese tiempo para formar un Comité sobre las bases teóricas de los derechos humanos”.⁽⁴⁾ Y aún más, en los dos años que precedieron a la redacción de la Declaración Universal, la iniciativa del Comité de la UNESCO, presidido por el historiador político Edward Carr, de enviar un cuestionario “a los estadistas y académicos de todo el mundo —incluyendo a personalidades como Mohandas Gandhi, Pierre Teilhard de Chardin, Benedetto Croce, Aldous Huxley y Salvador de Madariaga”—⁽⁵⁾ solicitando un debate sobre los términos en los cuales afirmar un universalismo de los derechos que respete la multiplicidad de formas de la diversidad de la gente y de individuos diferentes. A esta solicitud respondió también el Comité Ejecutivo de la *American Anthropological Association*, sometiéndolo a la Comisión encargada de su redacción un parecer —articulado en una sucesión de reservas y advertencias— sobre la posibilidad misma de individualizar un catálogo de derechos universales.⁽⁶⁾ A este empeño de aquellos que han contribuido a la ideación o redacción de la Declaración Universal, los críticos del universalismo y/o de la **matriz occidental** de los derechos, generalmente no han prestado especial atención. Por un lado, sus análisis no suelen tomar demasiado en serio el relieve de las diversas áreas geográfico-culturales de pertenencia de los miembros de la Comisión y rara vez hacen mención de la encuesta de la UNESCO y de las respuestas que más tarde se publicaron en el volumen de 1949. Por otro lado, a menudo recuerdan en cambio el *Statement* de 1947 de la *American Anthropological Association* pero no como un parecer *ex ante* la redacción de la Declaración, sino más bien como un rechazo *ex post*.

De indudable relieve, tanto en la decisión de la comunidad internacional de afirmar un catálogo de derechos universales “iguales e inalienables” como en los trabajos que han acompañado su individuación y enumeración, el derecho a ser diversos encuentra expresión en una pluralidad de

(4) GLEDNON, MARY ANN, *Verso un mondo nuovo. Eleanor Roosevelt e la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani*, Macerata, Liberilibri, 2008, p. 100.

(5) GLEDNON, MARY ANN, *ibid.*

(6) Esta es, en particular, la reconstrucción de la génesis del *Statement* propuesta por ENGLE, KAREN, “From Skepticism to Embrace: Human Rights and the American Anthropological Association from 1947-1999”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n° 3, 2001, pp. 536/559. Distinta e —temo— inexacta, la reconstrucción que he propuesto en MAZZARESE, TECLA, “*Diritti fondamentali*”, en U. Pomarici (ed.), *Atlante di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, vol. I, 2012, p. 191. Agradezco a Paola Parolari por haber llamado mi atención sobre el punto.

formas, en negativo y en positivo, sea en la Declaración de 1948, sea, sucesivamente, en el complejo de textos normativos y praxis consuetudinarias en las cuales —en los últimos sesenta años— el derecho de los derechos fundamentales se ha desarrollado y articulado a nivel internacional, regional y estatal.

En particular, en la Declaración Universal de 1948 el derecho a ser diversos encuentra expresión, en negativo, en la formulación del principio de igualdad y en aquella de todos los derechos en los cuales se niega legitimidad a cualquier forma de discriminación por razones “de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. En positivo, la Declaración encuentra expresión donde se sanciona “el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” incluida “la libertad de cambiar de religión o de creencia” (art. 18), el “derecho a la libertad de opinión y de expresión” (art. 19), el “derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas” (art. 20), el “derecho a participar en el gobierno de su país” y “el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas” (art. 21). Pero también, no menos significativamente, el derecho a ser diversos encuentra una confirmación, gracias tal vez a la sensibilidad de Eleanor Roosevelt, que ha sido una de las más activas protagonistas de la ideación y redacción de la Declaración Universal. Principalmente la encontramos en aquellos artículos en los cuales se afirman los derechos de las mujeres que las mismas teóricas de la diferencia, algunos decenios después, reivindicaron con particular relevancia. Por ejemplo, aquellos ligados a la familia (art. 16) y a la maternidad (art. 25).

Y aún más, en el complejo de textos normativos y praxis consuetudinarias en las cuales, después de la Declaración Universal, el derecho de los derechos fundamentales se fue desarrollando a nivel internacional, regional y estatal, y el derecho a ser diversos ha sido reafirmado no solo donde se dispone una reformulación del catálogo entero de derechos, sino también donde se procede a una especificación de los términos en los cuales actuar y tutelar los derechos de particulares clases de sujetos.

Así, en los textos internacionales, regionales o estatales en los cuales se sanciona una (re)formulación del catálogo de derechos originariamente enumerados en la Declaración Universal de 1948, se encuentra una signifi-

cativa confirmación del relieve atribuido al derecho a ser diversos donde la enunciación del principio de igualdad en los derechos enriquece el propio elenco de diferencias acerca de las cuales se reclama igual dignidad y, en razón de su inclusión, se afirman nuevos derechos que solicitan su adecuada garantía. Un ejemplo, por muchos aspectos, paradigmático es ofrecido por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000. Por un lado, en la Carta, la formulación del principio de igualdad en los derechos incluye, en el elenco de diferencias respecto a las cuales se formula la prohibición de discriminación, aquellas (ausentes en la Declaración de 1948) relativas al origen étnico o social, a las características genéticas, a la pertenencia a una minoría nacional, a los *handicap*, a la edad y a la orientación sexual.⁽⁷⁾ Por otro lado, en relación a algunas de estas diferencias, enuncia nuevos derechos, específicamente vueltos hacia la tutela de los sujetos que son partícipes de ellas. Así, por ejemplo, enuncia el resguardo a los niños (art. 24), a los ancianos (art. 25), a los que sufren discapacidades (art. 26) y a la diversidad cultural (art. 22).

Y aún más, aunque en los textos internacionales, regionales o estatales no haya una (re)formulación del catálogo de derechos, sino más bien una especificación de los términos en los cuales actuar y tutelar los derechos de particulares clases de sujetos (las mujeres, los trabajadores, los refugiados, los niños, los ancianos, los portadores de *handicap*), contribuyen a confirmar, cómo —no obstante incertezas, retardos, incumplimientos y, por último, tentativas de deslegitimación, en el constitucionalismo (inter) nacional de la segunda posguerra— el principio de igualdad en los derechos y el derecho a ser diversos en la multiplicidad de sus diversas expresiones no son entre sí antagonistas sino, al contrario, complementarios. Complementarios el uno del otro porque, como puntualiza con claridad Luigi Ferrajoli, el principio de igualdad en los derechos del constitucionalismo (inter)nacional de la segunda posguerra sanciona “el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en razón del igual valor asociado a todas las diferencias de identidad que hacen de

(7) De particular relieve, por su novedad, es de señalar en la Convención sobre la Prevención y la Lucha Contra la Violencia Contra las Mujeres y la Violencia Doméstica de 2011 (la denominada Convención de Estambul), la inclusión, en el elenco de diferencias de las que se hace explícita prohibición de discriminación, aquellas relativas al estatus de migrante y al de refugiado (art. 4.3). Como he de señalar en la nota 22, este trato significativamente nuevo de la Convención de Estambul es puesto bien en evidencia en el análisis de PAROLARI, PAOLA, “La violenza contro le donne come questione (trans)culturale. Osservazioni sulla Convenzione di Istanbul”, en *Ragion Pratica*, edición en curso, 2014.

cada persona un individuo diferente de todos los demás y, de cada individuo, una persona como todas las demás".⁽⁸⁾

2. Igualdad en los derechos y tutela de las diferencias culturales

Hasta aquí, en las observaciones que preceden (§ 1), el relieve del derecho a ser diversos en el constitucionalismo (inter)nacional de la segunda posguerra parece circunscripto, o cuanto menos, parece cubrir prevalentemente el carácter plural de las sociedades. Pero no cubre específicamente las posibles formas de sus caracteres multiculturales.

Antes de proceder a un rápido examen de los términos en que el derecho de los derechos fundamentales tiene explícitamente en cuenta (también) las diferencias culturales de los individuos y de las personas que son parte de un mismo contexto social, es oportuno recordar que carácter plural y carácter multicultural, en una variedad de interacciones mutables, son ambos, tratos distintivos de las sociedades. Por un lado, en efecto, cada tradición cultural (de personas diversas) es ella misma plural en relación al sexo, a la orientación sexual, a la edad, a la (dis)capacidad, al credo religioso, a la variedad de opiniones de los individuos que la comparten. Por otro lado, muchas sociedades son ellas mismas, diacrónica y sincrónicamente, el resultado del condicionamiento recíproco, de la mixtura y fusión de tradiciones culturales de gente distinta.

En el curso de la historia no son inéditos ni el carácter multicultural, multiétnico y multireligioso de las sociedades, ni la pluralidad de respuestas del derecho —en tiempos y lugares diferentes— a las formas en las cuales (no) ignorar la tutela de la autonomía y de las libertades de las personas, (no) promover su integración, (no) perseguir la segregación de algunas

(8) FERRAJOLI, LUIGI, "La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza", en *Democrazia e diritto*, 33, n° 2, 1993, pp. 49/73. Él varias veces ha retomado en la vasta producción que marca el desarrollo de su teoría del constitucionalismo (inter)nacional de la segunda posguerra, la irrenunciable centralidad del principio de igualdad en los derechos. Esto se ve reafirmado en FERRAJOLI, LUIGI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007. En el vol. 1 específicamente en: §§ 11.12-11.14. Y, en el vol. 2., §§ 13.11, 16.13 e 16.22]. Análoga es la lectura del principio de igualdad en los derechos propuesta por L. Gianformaggio [2003] y muchas veces reafirmada en muchos de sus trabajos sobre temas de igualdad y diferencia (de género). Y además, en línea con la caracterización de Ferrajoli y Gianformaggio, ver también MAZZARESE, TECLA, "Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali", en *Ragion Pratica*, n° 27, 2006, pp. 399/419; y MAZZARESE, TECLA, "Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali. Nuove sfide e crisi dello stato costituzionale di diritto", en Th. Casadei (ed.), *Lessico delle discriminazioni. Tra società, diritto e istituzioni*, Reggio Emilia, Diabasis, 2008, pp. 207/231.

minorías. La diversidad etnocultural —como escribe, por ejemplo, Patrick Savidan— “es históricamente un elemento fundamental de la sociedad humana” y “no se puede (...) hablar de una especificidad [propia] de las sociedades modernas”. La novedad, más bien, siempre según Savidan, “consiste (...) en el hecho que se pueda afirmar, en el marco de una política de reconocimiento, la idea de una necesaria asunción por parte del Estado de la diversidad cultural que caracteriza a su población”.⁽⁹⁾ Dicho de otro modo, se puede afirmar que la novedad consiste en los términos en que el constitucionalismo (inter)nacional de la segunda posguerra, en razón de sus mismos principios fundantes, tome cuenta de la actuación y de la tutela de los derechos fundamentales de personas e individuos con tradiciones culturales diferentes. No solo en el caso de las minorías nacionales, sino también en aquellos de la variedad de las nuevas minorías de migrantes provenientes de los países más diversos.

Ahora, la complementariedad entre el principio de igualdad en los derechos y el derecho a ser diversos, que caracteriza el constitucionalismo (inter)nacional de la segunda posguerra, no ignora la especificidad de las diferencias culturales. Ello ya es así desde 1948, en la Declaración Universal, aunque en su elenco falte un artículo que haga expresa mención de ello. También es así, y aún más, en cartas y declaraciones, internacionales y regionales, donde en las sucesivas reformulaciones y redefiniciones del catálogo de los derechos han explícitamente sancionado, aunque no siempre en términos coincidentes y no siempre con el mismo énfasis, **un específico derecho a la cultura** (*right to culture*) y/o **específicos derechos culturales** (*cultural rights*).⁽¹⁰⁾

(9) SAVIDAN, PATRICK, *Il multiculturalismo*, Bologna, Il Mulino, 2010.

(10) Manifiestamente vinculados por una pluralidad de relaciones posibles, no siempre los unos y los otros son derechos complementarios o interdependientes entre sí. Del **derecho a la cultura**, de hecho, son titulares los individuos para quienes no está excluida, pero, al contrario, es explícitamente reconocida la libertad de poder **cambiar** sus tradiciones culturales o fe religiosa. De los **derechos culturales**, a menudo llamados (según designaciones y caracterizaciones no equivalentes) **derechos de las minorías** (*minority rights*) o **derechos colectivos** (*collective rights*) o **derechos de grupo** (*group rights*), los titulares, en cambio, son (también) grupos y sujetos colectivos: así, por ejemplo, minorías lingüísticas, étnicas o religiosas; o, incluso, los nativos y los indígenas de los países cuyas poblaciones han sido víctimas de repetidas persecuciones y exterminios por parte de invasores y colonizadores. O, desde la perspectiva que insta E. Stamatopoulou, también otros “grupos especiales” (*special groups*) en la sociedad, tales como aquellos de las mujeres, de los niños, de las personas con discapacidades, de los trabajadores migrantes, de los refugiados, de los pobres. Ver STAMATOPOULOU, ELSA, *Cultural Rights in International Law. Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and Beyond*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 230/244.

En particular, la afirmación del derecho a la cultura, esto es el derecho al respeto y a la tutela de las tradiciones culturales y religiosas de cada individuo, aunque todavía no explícitamente enunciado, ya está sancionado en la Declaración Universal de 1948. No está todavía explícitamente enunciado porque su art. 27, que habla de "cultura", no se refiere a la cultura en el sentido del pluralismo de las tradiciones culturales de personas diversas ni en el sentido de la mutable identidad cultural de cada individuo en (des)acuerdo con las tradiciones del propio grupo de pertenencia. Sino que este artículo se refiere más bien al derecho de cada individuo a participar (activamente como artífice y/o pasivamente como usuario) de la vida cultural de la comunidad, de la variedad de formas de su producción artística y de la pluralidad de los resultados de su investigación científica.⁽¹¹⁾

Sin embargo, pese a que este artículo se ocupa del derecho a la cultura solo en el sentido de la producción artística o científica y de los términos de su utilización, la Declaración Universal afirma también, y en modo indubitable, el derecho a la diversidad cultural porque, como ya se ha mencionado, sanciona los derechos de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18), de opinión y de expresión (art. 19), de reunión y de asociación (art. 20); derechos de libertad que, como precisan los arts. 1º y 2º, pertenecen a todos los individuos sin discriminación alguna. Y, como de modo icástico señala Luigi Ferrajoli,

"la libertad de conciencia es un derecho cultural típico, de hecho el primer y fundamental derecho a la tutela de la propia identidad y diferencia cultural. Lo mismo dígase de la libertad religiosa, de la libertad de expresión y de las otras libertades fundamentales, las que vienen a tutelar las diversas identidades, no conformes, no homologables de cada persona".⁽¹²⁾

Consagrando los derechos de libertad, la Declaración Universal afirma entonces el derecho a la cultura en el sentido del respeto y la tutela de la identidad cultural (mutable) de cada individuo en (des)acuerdo con las tradiciones de su propio grupo de pertenencia. Esto es, afirma el derecho a la cultura (*right to culture*) pero no así los más problemáticos derechos culturales (*cultural rights*) entendidos como **derechos colectivos** o **dere-**

(11) Análogos a aquellos del art. 27 de la Declaración Universal de 1948, los términos en los cuales se afirma el **derecho a la cultura** también en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

(12) FERRAJOLI, L., *op. cit.*, vol. 2, p. 59.

chos de grupo, cuyos titulares son (también) sujetos colectivos y no (solo) individuos singulares.⁽¹³⁾ Estos derechos fueron excluidos deliberadamente del catálogo de la Declaración Universal, ante la preocupación de que se repita su instrumentalización, así como ya había sucedido apenas unos años atrás cuando los nazis reclamaron en 1938 la protección de los derechos de los alemanes en territorio de los Sudetes checoslovacos para justificar su invasión.⁽¹⁴⁾

Superados los temores que habían afectado su exclusión de la Declaración Universal, una primera reafirmación explícita de los derechos culturales en relación con las minorías étnicas, lingüísticas o religiosas⁽¹⁵⁾ se encuentra en 1966 (aún no en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En él, el art. 27 establece 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”.

Muchas veces reafirmadas en documentos regionales e (inter)nacionales diferentes, a los derechos de las minorías está dedicada la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas y Lingüísticas, aprobado por la Asamblea General de la ONU en 1992.

La relación no antagonica sino complementaria entre el derecho a ser diferente y el principio de igualdad en los derechos encuentra una formu-

(13) Un examen de las principales razones de la problematidad de las nociones de **derechos colectivos** y/o **derechos de grupo** es ofrecida, por ejemplo, en los diversos ensayos recogidos en VITALE, ERMANNNO (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Torino, Rosenberg & Sellier, 2000.

(14) Un informe puntual y detallado de las diferentes posiciones y diferentes etapas del debate respecto de los términos en que se debían (o no) incluir en la Declaración, derechos de grupo y, en particular, derechos de las minorías, es ofrecida por MORSKIN, JOHANNES, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1999, pp. 269/280). Sobre el tema retornan, por ejemplo, FREEMAN, MICHAEL, *Human Rights*, Malden (MA), Polity Press, 2002, p. 114 y STAMATOPOULOU, ELSA, *op. cit.*, pp. 11/16.

(15) Excluidos de la Declaración Universal, los derechos de las minorías estaban ya previstos, en la primer posguerra, en el sistema de la Sociedad de las Naciones.

lación más perentoria en 1978 en la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales que, en el segundo párrafo del art. 1º, establece: “Todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales”. Esta formulación fue recuperada literalmente del cuarto inciso del art. 2º de otro importante texto en tema de diversidad cultural y tutela de los derechos, aquel de la Declaración de la UNESCO de Principios sobre la Tolerancia de 1995.

La afirmación del derecho a la cultura, esto es del derecho del cual es titular el individuo singular, no siempre es flanqueada por la afirmación de los derechos culturales de las minorías (así, por ejemplo, como ya se ha mencionado, es el caso de la Declaración Universal de 1948 y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966). En cambio, la afirmación de los derechos culturales de las minorías generalmente está acompañada por aquella del derecho a la cultura del individuo singular que prevé explícitamente también la libertad de abandonar la propia religión y/o las propias tradiciones culturales.⁽¹⁶⁾ En particular, la Declaración de 1992 establece expresamente en el art. 3º que “Las personas pertenecientes a minorías no sufrirán ninguna desventaja como resultado del ejercicio o de la falta de ejercicio de los derechos enunciados en la (...) Declaración”. Y otra vez, también en la Declaración de 1992, el art. 8º puntualiza que el derecho a la cultura del individuo y los derechos culturales de las minorías, enunciados en sus artículos, no contradicen ni derogan el principio de igualdad en los derechos; esto es, establece que “El ejercicio de los derechos enunciados en la (...) Declaración se entenderá sin perjuicio del disfrute por todas las personas de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos universalmente” y que “Las medidas adoptadas por los Estados a fin de garantizar el disfrute efectivo de los derechos enunciados en la (...) Declaración no deberán ser consideradas *prima facie* contrarias al principio de igualdad enunciado en

(16) La “libertad de cambiar de religión o de creencia” es sancionada, ya en el 1948, en el art. 18, de la Declaración Universal conjuntamente con la misma afirmación de la libertad de religión. Y también, en términos muy similares, a nivel regional, la misma libertad es afirmada por el art. 9º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, por el art. 9º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, y por el art. 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. Más esfumada, en cambio, es la formulación adoptada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que, tal vez condicionada por la explícita enunciación de los derechos de las “minorías étnicas, religiosas y lingüísticas” (art. 27), en el art. 18 se limita a afirmar que el derecho a la libertad de religión de cada individuo “incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección”.

la Declaración Universal de Derechos Humanos". En otras palabras, el derecho a la cultura y los derechos de las minorías culturales tienen como único límite para su implementación y protección otro derecho fundamental: a pesar de la diversidad y complejidad de sus interacciones y la posibilidad de su propia tensión dialéctica, el ejercicio de un derecho no debe conducir a la violación y/o preclusión de la realización de otros derechos.

El derecho (inter)nacional de los derechos fundamentales no ignora, en efecto, la preocupación de quienes, como por ejemplo Ricardo Guibourg, frente a las reivindicaciones más radicales del multiculturalismo, sostiene que "el punto no es si la diversidad cultural deba ser respetada, sino aquel de encontrar el justo límite entre la uniformidad que se desea y la diversidad que se permite".⁽¹⁷⁾ Y, coherentemente con el pluralismo laico que lo informa y lo connota, sí sanciona el derecho a la cultura y a los derechos de las minorías culturales pero, al mismo tiempo (no diversamente que en el caso de la libertad personal, de la libertad de religión y de opinión y también de cualquier otro derecho), individualiza y establece perentoriamente el límite a su ejercicio en la no violación de otros derechos fundamentales. Un límite perentorio aunque si no unívoco como no es unívoco, pero no menos perentorio, aquel del ejercicio de todo otro derecho fundamental.

3. Igualdad en los derechos, tutela de las diferencias culturales, sociedades multiculturales

Difícil encontrar una síntesis más eficaz de las consideraciones realizadas hasta el momento que aquella ofrecida en el art. 1° de la Declaración sobre la Raza de 1978. Ella no solo afirma el derecho de todos los individuos y los grupos a ser diferentes, sino que también sanciona el derecho de los unos y de los otros a considerarse y ser considerados como diferentes. Difícil encontrar una síntesis más eficaz porque, por un lado, este artículo reconoce la diversidad como dato que caracteriza la identidad de grupos diferentes y de los individuos de cada grupo. Y, por otro lado, porque sanciona como derecho la reivindicación a la igual dignidad para las mutables configuraciones en las cuales la específica identidad de los unos y de los otros puede encontrar expresión. En otros términos, la síntesis es eficaz porque testimonia el reconocimiento en el constitucionalismo (inter)nacional de la diversidad, no solo como hecho sino también como valor.

(17) GUIBOURG, RICARDO, "The Lapidation of Amina", ponencia presentada al XXIII Congreso IVR, Cracovia, del 1 al 6 de agosto de 2007.

Sin embargo, sean las consideraciones relativas al **dato histórico sociológico** según la cuales la connotación de que no solo lo plural sino también lo multicultural es un carácter distintivo de muchas sociedades, sean las consideraciones relativas al **dato normativo** del relieve que los principios del constitucionalismo (inter)nacional de la segunda posguerra reconocen a tales caracteres, de por sí no son ciertamente suficientes para resolver o para disolver las dificultades acerca de las cuales, en relación a los flujos migratorios de los últimos veinticinco años, se ha escrito tanto en literatura y acerca de las cuales, a nivel gubernativo, se ha abusado para justificar las políticas nacionales y regionales que desconocen —cuando no violan abiertamente— el principio de igualdad en los derechos. Como es obvio, no son por sí suficientes para resolver tales dificultades, pero sin embargo, consienten en aclarar los términos y despejar el campo de desviados prejuicios teóricos y/o ideológicos y sugieren, en algunos casos, posibles respuestas.

En primer lugar, las consideraciones hasta aquí desarrolladas permiten señalar una manifiesta divergencia entre lo que, a pesar de la complejidad de una pluralidad de textos no siempre unívoca o sistemáticamente coordinados, establece el derecho de los derechos fundamentales y lo que se escribe en la literatura sin tenerlo mínimamente en cuenta. Así, en particular, aquellos como los teóricos de las formas más radicales del multiculturalismo, que afirman el no universalismo de los derechos porque es expresión de **los valores de Occidente**, no divergen de los que, denunciando la inminencia de un choque de civilizaciones,⁽¹⁸⁾ reivindican el universalismo de los derechos precisamente porque expresiones de los valores de Occidente ignoran y desconocen⁽¹⁹⁾ el carácter laicamente pluralista de la concepción de los derechos del constitucionalismo (inter)nacional de la segunda pos-

(18) Así, en sus sucesivas reformulaciones, es relevante la teoría de S. Huntington (ver HUNTINGTON, SAMUEL P., "The Clash of Civilizations?", en *Foreign Affairs*, vol. 72, n° 3, 1993, pp. 22/49; *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Nueva York, Simon & Schuster, 1996; *Who Are We? The Challenges to America's National Identity*, Nueva York, Simon & Schuster, 2004) y de aquellos que, aun con acentos y tonos diversos, han repropuesto sus tesis.

(19) Sobre tratos y resultados comunes a estas dos posiciones, aparentemente simétricas y opuestas, ya he llamado la atención en T. Mazzarese (Ver MAZZARESE, TECLA, "Noi, gli altri e la tutela dei diritti nelle società multiculturali", en T. Mazzarese (ed.), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 67/269). Relieves análogos se recorren, por ejemplo, también en PINELLI, CESARE, "Relativismo culturale, scontri di civiltà, costituzionalismo", en T. MAZZARESE (ed.), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 42/43.

guerra. Este carácter laico y pluralista, que refuta programáticamente cualquier posible forma de discriminación, como ya se ha subrayado muchas veces, no contrapone sino que conjuga el principio de igualdad en los derechos con el derecho a ser diversos.

Y más, para nada limitada al relieve de por sí marginal de un debate teórico condicionado variadamente por prejuicios ideológicos, esta primera anotación solicita otra anotación más alarmante: los principios del constitucionalismo (inter)nacional no son ignorados solamente en la literatura por los teóricos del multiculturalismo más radical y los teóricos del choque de civilizaciones, sino también, y más significativamente, a nivel gubernativo, en las medidas económicas adoptadas a nivel nacional y regional de los países que más que otros son (o temen devenir) destino de los más recientes flujos migratorios. A menudo (co)responsables de las causas que los condicionan (desde el disfrute de los recursos económicos y ambientales de sus países de origen a las guerras generadas por las tensiones geopolíticas del escenario internacional sucedido a la conclusión de la guerra fría), los países hacia los cuales se dirigen los nuevos migrantes reaccionan en efecto con la adopción de medidas normativas a veces tan odiosas que justifican a los que la han estigmatizado como expresión de una forma de racismo **estatal y/o institucional**.⁽²⁰⁾

Y, por último, esta es una anotación que, a nivel internacional, individualiza un aspecto todavía hoy irresuelto en tema de migraciones y tutela de los derechos de los migrantes. Una anotación que integra y completa la precedente, pero no por esto consiente en justificar la elección de políticas nacionales y regionales de las que se ha apenas tomado cuenta y no contribuye a atenuar el juicio radicalmente crítico.

Las diversas formas en las cuales, ya desde la Declaración Universal de 1948, la conjugación del principio de igualdad en los derechos con el derecho a ser diversos reconoce y sanciona, explícita o implícitamente, igual dignidad a las tradiciones culturales diferentes, no parecen tomar excesivamente en cuenta el caso en el cual las minorías culturales, religiosas o étnicas, no sean aquellas “históricamente” presentes sobre el territorio (así, por ejemplo, la minoría sueca y la comunidades laponas en Finlandia, las comunidades ladinas y aquellas greco-ortodoxas en Italia, las comunidades de los nativos de

(20) En particular, en la literatura italiana, los trabajos de Clelia Bartoli, Pietro Basso, Alessandro Dal Lago, Luigi Ferrajoli, Orsetta Giolo, Salvatore Palidda y Fulvio Vassallo Paleologo.

Sudamérica o las comunidades de los nativos y la minoridad afroamericana de América del Norte) sino aquellas de “nueva formación” como consecuencia de los flujos migratorios de ayer y de hoy. En particular, ya en la Declaración Universal, se puede relevar que los arts. 13, 14 y 15 sancionan el derecho de cada persona a emigrar y, respectivamente, aquel de pedir asilo y aquel de poseer una ciudadanía. Pero no especifican, sin embargo, en qué medida, en qué términos o en cuáles condiciones el Estado al que se emigra, se pide asilo o ciudadanía tenga el deber de resguardo.⁽²¹⁾ Y, también en lo sucesivo, por ejemplo en la Declaración de la UNESCO de Principios de Tolerancia de 1995 y, más recientemente, en la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural de 2001 —en la que se sanciona el derecho de todos los individuos y los grupos a ser diferentes— ninguna atención particular ha sido, en efecto, prestada a la especificidad de la tutela de los derechos de aquellas minorías, diversas y heterogéneas entre sí, no menos de cuanto lo sean respecto de la mayoría del país que las “acoge”, que los flujos migratorios van constituyendo en los países a los cuales migran.⁽²²⁾

Ni casual ni fortuita, esta recurrente omisión en los documentos de derecho internacional individualiza, en realidad, un nudo todavía irresuelto por la manifiesta interferencia con la soberanía de los Estados individuales.⁽²³⁾ Pero, en tanto que delicado e insidioso, este nudo denuncia la urgencia de

(21) Sin una específica referencia a los temas relativos a migrantes y/o refugiados, sobre “deberes de los estados” llama la atención Bonante (Ver BONANATE, LUIGI, *I doveri degli stati*, Roma-Bari, Laterza, 1994). Sobre “deberes públicos globales” ver SPADARO, ANTONINO, *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”*, Soveria-Mannelli, Rubettino, 2005, pp. 94/98.

(22) Una primera inversión de tendencia (duplicadamente sectorial porque queda limitada a las mujeres y a la tutela solo de algunos derechos, pero no por esto menos significativa) puede ser considerada la reciente Convención de Estambul, aprobada por el Consejo de Europa en el 2011. En efecto, como ya se ha mencionado, y como pone bien en evidencia P. Parolari (ver PAROLARI, PAOLA, “*La violenza contro le donne come questione (trans)culturale. Osservazioni sulla Convenzione di Istanbul*”, *op. cit.*), en uno de los primeros análisis que han sido propuestos, al punto 3 del art. 4º, la Convención hace “explícita prohibición de discriminar en base al estado de migrante o de refugiado” y, en particular, “se preocupa de evitar que a algunas mujeres le sea negada la efectiva tutela de sus derechos fundamentales por la presencia en el ordenamiento jurídico de los estados miembro de normas directa o indirectamente discriminatorias respecto de los migrantes y/o causa de eventuales ambigüedades en las relaciones políticas y jurídicas que transcurren entre el estado de origen de los migrantes y el estado miembro en el cual residen”.

(23) Sobre este aspecto del problema, por último, llama la atención G. Itzcovich en un ensayo que ofrece muchos datos bibliográficos y útiles referencias normativas y jurisprudenciales de derecho (inter)nacional. Ver ITZCOVICH, GIULIO, “*Migrazioni e sovranità. Alcune osservazioni su concetto, fonti e storia del diritto di migrare*”, en *Ragion Pratica*, n° 41, 2013, pp. 433/450.

una intervención normativa, no para derogar los principios del constitucionalismo (inter)nacional, sino para colmar una laguna y consentir su plena y completa actuación, de modo que tenga en cuenta las transformaciones sociales de los últimos decenios.⁽²⁴⁾ Una laguna todavía hoy por colmar porque las respuestas indicadas en 1990 en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares aparecen parciales y largamente insatisfechas. Son parciales porque el fenómeno migratorio no está circunscripto ni es circunscribible, tanto ayer como hoy, solo a los trabajadores y a los miembros de sus familias. Y permanecen insatisfactorias porque circunscribir el fenómeno migratorio solo a los trabajadores (y a los miembros de su familia) no solo privilegia las exigencias económico-laborales de los países de acogida respecto de aquellas de los migrantes sino sobre todo porque, casi burlonamente, no toma en cuenta el hecho de que una de las principales dificultades de los migrantes (ayer y hoy) es encontrar un trabajo en el país donde migran o, más correctamente, encontrar un trabajo con un contrato regular.



(24) Ferrajoli afirma "el derecho de emigrar, (...) evidentemente comporta el derecho de inmigrar en un país distinto de aquel de emigración, y por esto el deber de la comunidad internacional de garantizar en cualquier forma su ejercicio". Ver FERRAJOLI, LUIGI, "Libertà di circolazione e di soggiorno. Per chi?", en M. Bovero (ed.), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 179/190.

Multiculturalidad y ley natural

EDUARDO R. SODERO⁽¹⁾



Palabras clave: derecho natural; multiculturalidad; identidad cultural; juridicidad; prácticas culturales.

1. ¿En qué medida es el derecho un producto cultural?

En el punto de partida de la presente reflexión acerca de las relaciones entre derecho y cultura se encuentra la tesis —central para la concepción no-positivista— de que el derecho, en cuanto **sistema normativo**, es un **producto cultural** que, sin embargo (y en cierto modo, paradójicamente), no es el resultado de la pura creación humana. En otros términos, el derecho **no consiste exclusivamente** en las normas establecidas en el seno de cada comunidad con una espontaneidad mayor (costumbre) o menor (ley, precedente), para reglar las relaciones humanas en función de la propia identidad histórica, geográfica, religiosa, etc. Sino que, **junto** a tales normas —y previniendo que ellas puedan tener cualquier contenido—, **existen otras normas** cuya juridicidad (es decir, obligatoriedad, validez y vigencia) resulta anterior e independiente del reconocimiento o la sanción positiva, y que se designan, en su conjunto, como **derecho natural**.

Este **derecho natural**, que se conoce con un método diverso del **derecho positivo**, determina un contenido jurídico invariable en lo esencial. Concede, al mismo tiempo, un amplio espacio a las normas provenientes de

(1) Profesor de Filosofía del Derecho (UNL). Profesor Titular de Introducción al Derecho y de Teoría y Derecho Constitucional (UCA). Profesor de la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial (Universidad Austral) y de la Maestría en Filosofía del Derecho (UBA).

las denominadas **fuentes sociales**. Esto explica (y obliga a reconocer) la diversidad de **culturas jurídicas**, despejando la tentación de **teorías uniformes** del derecho que pasen por alto dicho dato fundamental. Esto se advirtió paradigmáticamente en la teoría de las fuentes del derecho, que durante años funcionó con ingenuidad e inercia en torno a un concepto y un catálogo sin mayor capacidad heurística y con ilusorias pretensiones de validez universal, hasta que Aarnio —tomando nota de la dimensión cultural del derecho, y con inequívocas reminiscencias hartianas— aportó su tesis de que dichas fuentes son el resultado de lo que cada **comunidad jurídica** reconoce como razones justificatorias.⁽²⁾

2. El derecho en las sociedades multiculturales

Junto a esta multiculturalidad inherente al derecho, reflejada en las exposiciones comparatistas de los grandes sistemas jurídicos⁽³⁾ —y que resulta un dato omnipresente en toda conferencia codificadora internacional planteando, asimismo, ocasionales problemas desde el plano del derecho de gentes—,⁽⁴⁾ se destaca otra multiculturalidad, no menos compleja. Ella deriva de la coexistencia de comunidades o grupos humanos dentro de la misma sociedad nacional que exhiben una identidad particular,⁽⁵⁾ dato fáctico que no se confunde con el **multiculturalismo**, término que traduce una posición **normativa** de defensa de la asimilación.⁽⁶⁾

Esta segunda forma de multiculturalidad —que constituye el principal objeto de la presente contribución— no es un fenómeno exclusivo de nuestro

(2) "Every reason that can —according to the generally accepted rules of the legal community— be used as the justificatory basis of the interpretation is a source of law" (ver AARNIO, AULIS, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Tokio/Dordrecht/Boston/Lancaster, D. Reidel, 1987, p. 78).

(3) Cuyas diferencias, de todos modos y como sabemos, no pueden ser exageradas (piénsese si no en el grado hasta el cual se han desdibujado definitivamente los contornos que separaban los sistemas del *civil law* y del *common law*).

(4) Como refleja —por ejemplo— el debate en torno a la legitimidad de la intervención internacional humanitaria en caso de violaciones graves a los derechos humanos en el interior de un Estado (v. gr., Kosovo). Sobre el tema, ver LEPARD, BRIAN D., *Rethinking Humanitarian Intervention: A Fresh Legal Approach based on Fundamental Ethical Principles in International Law and World Religions*, The Pennsylvania State University, University Park (PA), 2002; Ver RAWLS, JOHN, *The Law of Peoples, with The Idea of Public Reason Revisited*, Cambridge (Mass.), Londres, Harvard University Press, 1999, p. 79 y ss.).

(5) Por ser el resultado de una particular corriente inmigratoria, pertenecer a tribus aborígenes o profesar ciertas creencias religiosas.

(6) Sobre la distinción entre multiculturalidad y multiculturalismo, ver PAREKH, BHIKU, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, Londres, Palgrave Macmillan, 2000.

tiempo (antes bien, ya existió en Roma, en Jerusalén, en Constantinopla, en las Américas colonizadas). Pero, por la crisis de los Estados nacionales y sobre todo, desde las migraciones fomentadas por crisis económicas y persecuciones políticas o religiosas, se ha convertido en un problema acuciante de las sociedades de la **aldea global**. Así, se plantean exigencias para el derecho en general y el constitucional en particular,⁽⁷⁾ devenido en el escenario donde se desarrolla (y se procura resolver) una auténtica —y a veces dramática— *kampf der kulturen* (lucha de culturas). Esto se refleja en textos de numerosas cartas constitucionales —v. gr., las de Ecuador⁽⁸⁾ y de los Estados Unidos Mexicanos—⁽⁹⁾ y se advierte también en los *reports*, que dan cuenta de cierta inevitabilidad del pluralismo cultural.⁽¹⁰⁾ Ante esto, el derecho puede asumir una posición casi romántica de aceptación, una promoción irrestricta de la diversidad (coincidente en términos generales con los postulados del **multiculturalismo** en sentido fuerte), una posición represiva o de rechazo (asimilacionismo o **anti-multiculturalismo**), o finalmente, una postura de evaluación crítica, desde la premisa de que —si bien no puede negarse a ninguna persona el derecho a gozar de la propia cultura—⁽¹¹⁾ en definitiva, no toda expresión humana merece reconocimiento como **manifestación cultural valiosa**.

Esta última es, precisamente, la propuesta del iusnaturalismo serio. Ella se construye sobre la base de los postulados básicos de respeto a la identidad, la libertad, la igualdad, el pluralismo —en una palabra, la tolerancia— hacia

(7) Tal como denuncia el título del conocido trabajo de MÖLLERS, CHRISTOPH, "Pluralität der Kulturen als Herausforderung an das Verfassungsrecht?", en DREIER, HORST y HILGENDORF, ERIC (eds.), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, Akten der IVR-Tagung vom 28.-30. September 2006 in Würzburg*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Steiner Verlag, Stuttgart, Beiheft 113, 2008, pp. 223/244.

(8) "Art. 1º: El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico..."

Ver también art. 21: "Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas.

No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución".

(9) Art. 2º: "... La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas..."

(10) Al respecto (y sobre el tema de esta contribución en general), ver el sugerente y erudito trabajo de MASSINI, CARLOS I., "Multiculturalismo y derechos humanos. Las propuestas liberales y el iusnaturalismo realista", en *Persona y Derecho*, vol. 48, 2003, pp. 63/95, en particular p. 76.

(11) En los términos del art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

las visiones o cosmovisiones (*Weltanschauungen*) del otro, por diferentes que sean respecto de las propias. Al mismo tiempo defiende la **unidad en la diversidad**,⁽¹²⁾ exigida por el bien común. Aquí la unidad se construye a partir de un núcleo duro de principios indisponibles e inviolables —fundados en definitiva sobre la dignidad humana— que condicionan ese deber de reconocer las prácticas impuestas por las diferentes concepciones culturales (que, por ello, tampoco podrían tener cualquier contenido).⁽¹³⁾

Esta tesis no procura, en consecuencia, una igualación cultural a la Mao (que, pensando en nuestro contexto latinoamericano, tendría en gran medida una fuerte impronta autoritaria, ora eurocéntrica,⁽¹⁴⁾ ora indigenista). Tampoco busca imponer un weberiano “tipo ideal” de derecho. Contra ciertas visiones prejuiciosas, el jurista no-positivista no es —ni puede ser— un “talibán jurídico” dispuesto fanáticamente a buscar y demoler “budas” prohibidos según sus propias categorías dogmáticas. Sin embargo, esto no quita (de todas maneras, y para seguir con la metáfora) que existan ídolos que deban ser denunciados —sin caer con ello en el temido “talibanismo”— a fin de plantear al menos una discusión racional sobre los mismos, cuando la propia corrección o justicia del derecho se encuentra en juego.

3. Los límites de la multiculturalidad

Resulta evidente que ninguna concepción iusfilosófica, que tome en serio la **dimensión ideal** del derecho,⁽¹⁵⁾ podría renunciar a la posibilidad/necesidad de distinguir entre prácticas culturales morales e inmorales, tomando nota de que no son lo mismo las manifestaciones de la *pop culture*, de la cultura gótica o, de la gráficamente llamada, cultura de la muerte. Así, ante todo

(12) Para emplear una fórmula clásica de la Corte argentina al referirse al federalismo, ver Fallos: 311:460 (1988), 315:2780 (1992), que ya resulta habitual en los discursos referidos a la viabilidad de la Unión Europea.

(13) Vale aquí la cita de Laporta, quien no tiene problemas en cuestionar por qué “las tradiciones o los valores del grupo” deben tener una “respetabilidad de origen simplemente por ser tradiciones vigentes”, apuntando precisamente la existencia de “tradiciones detestables” como el machismo (LAPORTA, FRANCISCO J., “La quimera del nacionalismo”, en *Claves de Razón Práctica*, n° 14, 1990, p. 38).

(14) Que históricamente materializó el “imperialismo cultural” (JOSEPH RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 423).

(15) Al respecto ver ALEXY, ROBERT, “Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts”, en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 95, 2009, pp. 151/166; “Die Doppelnatur des Rechts”, en *Der Staat*, vol. 50, 2011, pp. 389/404.

acto que se realice invocando legitimidad cultural,⁽¹⁶⁾ se impone un test de validez. Aquí el criterio fundamental para discernir la juridicidad o aceptabilidad jurídica de dicho acto será el de la correlativa realización (o, al menos, no afectación) de bienes humanos básicos definidos, no en clave puramente cultural sino, cabe aclararlo, filosóficamente.

He aquí, entonces, el verdadero papel de los derechos humanos. Para recordar a un autor no ciertamente tomista, Ferrajoli sostiene que: “los derechos fundamentales (...) tutelan a la persona también contra la propia cultura”, siendo “absurda la idea de que las culturas, cualquiera de ellas, incluida la nuestra, puedan prevalecer sobre los derechos de las personas”.⁽¹⁷⁾

Es cierto —y en ello existe una amplia coincidencia que supera las diferencias de escuelas filosóficas— que el respeto a la libertad de elegir los propios modos de vida representa una exigencia básica de justicia, y se ha erigido en un postulado fundamental del Estado de derecho, en particular cuando tal elección está determinada por motivaciones culturales.

En clave *iusnaturalista* esto se explica desde la tesis de que el bien humano puede alcanzarse de diversas maneras (*in pluribus modus*) siendo cada persona y comunidad —por igual y sin exclusiones— plenamente libre a tales fines. Si se permite el paralelo, así como cada pueblo exhibe una identidad cultural culinaria (configurada con el límite de que no sea destructiva para su propia salud), también cada uno tiene una propia cultura de jerarquización/ponderación/preferencia de bienes, donde prioriza siempre algunos sobre los restantes (pensemos en lo que clásicamente se apunta como diferencia fundamental entre espartanos y atenienses).

Esto no quiere decir, sin embargo, que existan infinitas posibilidades de visiones culturales, de “formas de vida” (*ways of life* o *lebensformen*, en el sentido de Wittgenstein)⁽¹⁸⁾ moral y jurídicamente aceptables. Pues así como no hay lugar para la ofensa de la dignidad humana con la excusa de las manifestaciones culturales (pensemos en la inaceptable y repugnante idea de la pornografía infantil como “expresión de la cultura”), tampoco lo hay cuando

(16) El repertorio es prácticamente inagotable, si bien se destacan —por su repugnancia— los ejemplos de los matrimonios de niñas por la sola voluntad de sus padres (que ha motivado la preocupación de las Naciones Unidas) o las castraciones de órganos genitales de niñas, justificados frecuentemente con razones religiosas.

(17) FERRAJOLI, LUIGI, “Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 122, 2008, pp. 1135/1145, en p. 1142.

(18) WITTGENSTEIN, LUDWIG, *Philosophical Investigations*, 3ª ed., Nueva York, Macmillan, 1958, pp. 19, 23, 174, 226, 241.

ella se esconde bajo el ropaje de la “identidad cultural”. Pues, como decía Spaemann, “cultura es naturaleza humanizada, no naturaleza abolida”.⁽¹⁹⁾

El propio derecho positivo no ha sido ajeno a la limitación que se impone al “argumento de la identidad cultural” de los distintos grupos de la comunidad cuando lo que se encuentra en juego son derechos indisponibles. Esto se hace explícito en la mencionada Constitución mejicana⁽²⁰⁾ que “reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para (...) aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos”. Pero, al propio tiempo, somete esa precedencia *prima facie* a la condición de que dichos sistemas se sujeten “a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres”; límite sobre el que vuelve al consagrar el derecho de “acceder plenamente a la jurisdicción del Estado”. En este punto señala que “para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución”. Esta directiva se dirige ante todo a los jueces, quienes al realizar su labor de adjudicación no podrán olvidar —en consecuencia— que, si bien las personas se encuentran “culturalmente arraigadas”,⁽²¹⁾ ello no significa que “estén determinadas por su cultura en el sentido de ser incapaces de evaluar críticamente sus creencias y prácticas”.⁽²²⁾

4. Algunas conclusiones prácticas

Estas brevísimas reflexiones procuran dar cuenta de que, si bien hay posibilidades casi infinitas de culturas o formas de vida humanas, no ocurre lo mismo con los contenidos del derecho porque no es un mero producto cultural modelado por pura convención o tradición.

Desde esta perspectiva, y contra lo que afirma Raz —“ninguna cultura puede ser considerada superior a las demás culturas”—,⁽²³⁾ se puede hablar, en

(19) SPAEMANN, ROBERT, *Felicidad y Benevolencia*, Madrid, Rialp, 1991, p. 245.

(20) Art. 2°.

(21) “Culturally embedded”, para emplear una expresión de PAREKH, *op. cit.*, p. 336.

(22) *Ibid.*

(23) RAZ, JOSEPH, “Multiculturalism: A Liberal Perspective”, en *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 183.

una terminología políticamente incorrecta,⁽²⁴⁾ de culturas jurídicas **bárbaras** o **civilizadas** (algo que es reconocido por el propio Raz),⁽²⁵⁾ en función de que los principios que orienten a los respectivos grupos (materializados en normas concretas) sean contrarios o no a la realización de los bienes humanos.⁽²⁶⁾

En la práctica esto significará la invalidez (y la consiguiente pérdida de justificación del deber de obediencia) de las normas positivas que exhiban las notas propias de la **injusticia extrema** (en el sentido de la conocida fórmula de Radbruch-Alexy), tal como se verifica históricamente con la institución de la esclavitud o con la práctica medieval —de veracidad discutida— del derecho de pernada o *ius primae noctis*⁽²⁷⁾ que, en modo alguno, pueden ser aceptadas como derecho por los jueces,⁽²⁸⁾ aun cuando se invoquen en su defensa argumentos de identidad o tradición cultural.

Y si bien es cierto que la concreción de ese criterio, que determina cuándo una praxis cultural logra sortear el test de validez (esto es, su *conformitas* con las exigencias de la ley natural), está signado por las dificultades y polémicas (que se intensifican por el fuerte componente conservador de los estamentos judiciales), no es menos cierto que tampoco se trata de un criterio totalmente indeterminado o abierto. Pues el derecho natural, que ha de “ponerse en

(24) Pero que encuentra asidero en el texto del art. 38 de la Corte Internacional de Justicia, cuando alude a los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

(25) “Yo no querría negar que algunas culturas, o aspectos de algunas culturas, son inaceptables, y no deberían beneficiarse de la actitud positiva hacia la pluralidad de culturas que defiende el multiculturalismo. (...) Las culturas esclavistas, las discriminatorias por motivos raciales, o las culturas homofóbicas son ejemplos obvios. Tales culturas solo pueden ser defendidas en la medida en que sea posible neutralizar sus aspectos opresivos...” (RAZ, JOSEPH, *op. cit.*, p. 184).

(26) Como lo explica Massini con precisión insuperable, “son los bienes humanos y su prosecución o frustración los que aparecen en definitiva como baremos de la moralidad o inmoralidad de la conducta humana” (MASSINI, CARLOS I., “Multiculturalismo y derechos humanos. Las propuestas liberales y el iusnaturalismo realista”, *op. cit.*, p. 78).

(27) Al respecto ver BOUREAU, ALAIN, *Le droit de cuissage. La fabrication d'un mythe (XIIIe-XXe siècle)*, París, Albin Michel, 1995.

(28) Para un triste ejemplo reciente de lo contrario, véase el caso “A.F.A.R.” resuelto por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en fecha 25/04/2014, revocando una sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 16 de la Ciudad de Buenos Aires que —en su hora— había absuelto a un hombre acusado de violaciones reiteradas a su esposa considerando —entre otros extremos— que se trataba de una persona “muy machista” perteneciente a una “subcultura paraguaya”, habitante de “un barrio humilde, donde muchos de sus vecinos tienen el mismo origen cultural, con idénticas referencias a las relaciones de dominio patriarcales”, que en concreto entendían que “la mujer debe estar dispuesta a que se desarrollen actos íntimos cuando el hombre lo desee, pues así está prescripto”.

diálogo” con las normas en cuestión, no es “cualquier derecho natural”. Él no es un derecho natural de contenido infinitamente variable (para inspirarnos en el “*Naturrecht wechselden Inhalts*” de Stammler),⁽²⁹⁾ sino uno descubierto a partir de la deliberación o **discusión racional**⁽³⁰⁾ sobre la naturaleza humana.

Entonces, no quedará lugar —una vez más— para los fundamentalismos que pretendan imponer definiciones teológicas de la ley natural “a la *Blackstone*” (quien, inspirado seguramente en Puffendorf, hablaba de “*law of nature (...) dictated by God himself*”),⁽³¹⁾ ni para fanatismos irracionales de los que la historia nos ha ofrecido ejemplos recientes (pensemos en las apelaciones arbitrarias al derecho natural comunes en la época nacionalsocialista). Pues de lo que se trata es de imponer la autoridad del derecho natural **serio**, fundado en clave verdaderamente filosófica, y cuya posibilidad de conocimiento resulta central en la tradición antipositivista. Esto se expresa incluso en textos del constitucionalismo clásico, a través de los derechos *retained by the people* (retenidos por el pueblo),⁽³²⁾ derechos anteriores y superiores al derecho positivo, que este —en cuanto resultado de cierta cultura temporal y espacialmente determinada— no puede desconocer o derogar, ni siquiera invocando consideraciones de utilidad o conveniencia de la mayoría.



(29) STAMMLER, RUDOLF, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine philosophische Untersuchung*, Leipzig, Veit & Comp, 1896.

(30) En el sentido de sometida a las reglas del discurso práctico.

(31) Agregando que “*no human laws are of any validity, in contrary to this*” (BLACKSTONE, WILLIAM, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, MDCCLXV, book the first, p. 41). Pensemos también en la apelación a la “ley del Creador” que se encuentra en el fallo de la *Supreme Court* en “*Bradwell v. The State of Illinois*” (83 U.S. 130 [1872]), para tratar de justificar su juicio de que la esfera doméstica es a la que propiamente pertenecen las mujeres.

(32) IX Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, fuente del art. 33 de la Constitución argentina.

Todo está lleno de dioses (Tales de Mileto)⁽¹⁾

GRACIELA BARRANCO⁽²⁾



Palabras clave: multiculturalismo; constructivismo; sistema de representaciones.

El viejo Mill, aun cuando no es mi intención elogiar su filosofía, expresó cierta vez, y en eso le doy la razón, que cuando uno se sale de lo puramente empírico cae en el politeísmo. Se diría que tal afirmación peca de superficial y paradójica; sin embargo, contiene una gran verdad. Si algo hay que hoy en día sepamos bien es la antigua verdad aprendida una y otra vez, de que existe algo que puede ser sagrado, sin que sea menester precisamente que sea bello, incluso porque no lo es y en la medida en que no lo es.

Ustedes pueden hallar referencias acerca de eso en el capítulo LIII del libro de Isaías, así como en el Salmo XXI. Asimismo,

(1) Tanto el título como la cita de Max Weber aluden, por un lado, a la opción ontológica a la que se acude cuando abandonamos la pretensión de conocer los hechos a través de la experiencia y, por el otro, a que debemos tener presente que categorías como “experiencia” o “hecho” no son universales, sino que son artefactos históricos referidos a una actitud científica ante nuestras ideas, propia de la cultura occidental a partir del s. XVII. En ese mismo sentido deben entenderse las “batallas culturales” aludidas por Ian Hacking en el último capítulo de su libro “The Social Construction of What?” (2000).

(2) Profesora de Introducción a la Filosofía en la Universidad Nacional del Litoral (UNL). Profesora del Doctorado en la UNL.

sabemos que no solo algo puede ser bello aunque no sea bueno, sino precisamente por aquello por lo cual no lo es. Esto lo hemos sabido de nuevo con Nietzsche; además, lo encontramos hecho realidad en los poemas de Baudelaire, en el libro que denominó *Las flores del mal*. En suma, la verdad de que algo puede ser verdadero aunque no sea ni bello, ni sagrado, ni bueno, forma parte de la sabiduría de todos los días. Sin embargo, estos casos no son sino los más elementales de esa batalla sostenida entre los dioses de los diferentes sistemas y valores.⁽³⁾

Esta ponencia alude al sesgo epistemológico que suele revestir el abordaje del multiculturalismo, de modo tal que la mayoría de las veces este decanta en posturas constructivistas. Aun cuando el nombre de “constructivismo” ha sido aplicado a cuestiones muy distintas (desde un enfoque de los fundamentos de la matemática hasta una corriente neokantiana sobre el conocimiento), se toma aquí como una especie de relativismo radical, unido al rechazo de las bases de la cultura occidental. Se caracteriza por negar el mito de la representación, el fetichismo de los objetos y de la objetividad, la existencia de una realidad independiente de nuestro aparato psíquico y la ilusión de una Verdad Universal independiente de contenidos locales. Ha encontrado un nicho privilegiado en los estudios de **ciencia en sociedad** desarrollados por Bruno Latour las últimas décadas del siglo pasado.

Aquí me ocuparé de las declaraciones hechas por Latour en artículos que datan de los primeros años del siglo XXI: “Iconoclash” (2002), “The Promises of Constructivism” (2003) y “Why Has Critique Run out of Steam? From Matters of Fact to Matters of Concern”⁽⁴⁾ (2004). En ellos parece dispuesto a restringir los alcances de las tesis mencionadas más arriba. Latour aclara que su propuesta inicial estaba lejos de la opción de hierro que hoy parecen blandir ciertos constructivistas: “O crees en la realidad o te aferras al constructivismo”. A ella se llegó al sustituir el término “construcción” por la expresión “construcción social”, para luego pretender que lo “social” debía aquí entenderse como aquello de lo cual están esencialmente constituidos los hechos. Latour descarta esa interpretación, pues es el pro-

(3) WEBER, MAX, “La ciencia como vocación”, en *El político y el científico*, México, Premia, 1980 [1910].

(4) Estos textos se pueden consultar [en línea] <http://www.bruno-latour.fr/aicles>

ceso de construcción de cualquier cosa lo que es común y colectivo y, en tal contexto, debe entenderse lo "social". Si no interesa el proceso sino el mundo de los hechos como algo acabado y, a la vez, se sostiene que todo (el derecho, por ejemplo) se explica desde una base estructural de dominación social, eso no es constructivismo. Esa afirmación proviene de la sociología crítica. El constructivismo, según Latour, siempre ha negado la existencia de un fundamento no construido, sea este la naturaleza o la sociedad. Sin embargo, hay teorías críticas que sostienen que el mundo de los hechos es una ilusión que surge por imposición de una dimensión socio-histórica de la que somos esclavos. Es así que al naturalismo, que acepta una realidad independiente de la labor humana, hoy se le opone el Deconstruccionismo que sostiene que lo único que existe es ese quehacer humano. Latour opina que se ha desplegado una arena de disputas acerca de la adecuada combinación entre realidad y construcción. Tales disputas parecen epistemológicas pero son políticas: versan sobre cómo vamos a seguir viviendo juntos. Se despliegan en un continuo que va de "0" (pura naturaleza) a "1" (pura construcción) y que excluyen de entrada la tesis "-1", que dice que el mundo es tal cual es. Latour se separa de aquellos que se erigen como distribuidores de poderes dentro del "reino de las cosas" y prefiere ofrecer una lista de consignas para la construcción de un mundo común mejor.

La palabra "hecho" alude a que, una vez en su lugar, la realidad no debe ser discutida sino que debe usarse como premisa indiscutible para otros razonamientos, aunque este estadio naturalizado debe revisarse continuamente. Quien niegue lo anterior será excluido del debate acerca del mundo común. Hoy hay verdades firmemente establecidas como universales, aunque siempre revisables, sobre nuestra especie: la de nuestra evolución filogenética, la de la existencia del mundo anterior a la aparición de nuestra especie, la del pensamiento simbólico y otras más, que permiten afirmar que algunos puntos de vista sobre estos temas son mejores que otros. Hay que garantizar que el punto de partida de la construcción no sea un mundo acabado y único para poder pensarlo como en progresiva composición hacia la unidad en la diversidad (cosmos), que no haya separación entre naturaleza y cultura, hechos y representaciones, mundos y palabras. "Los humanos y los no humanos estamos implicados en una historia que imposibilita esa separación". Aquí comprendemos a animales y a objetos inanimados (rocas dolomitas y/o quarks). Finalmente, debe tener sentido preguntarse qué mundo común es mejor y cómo compartirlo.

En este mismo sentido debe entenderse el reclamo de "Iconoclasia"⁽⁵⁾ que hoy se dirige al mundo de las cosas, que es también el mundo del hombre. Si vivimos excavando para desenterrar el origen absoluto de la distinción entre verdadero y falso es porque pensamos que podemos diferenciar entre un mundo puro sin mediaciones y otro fascinante, pero lleno de intermediarios. Si pudiéramos prescindir de las imágenes (los íconos), pero también de los índices y símbolos, ¡cuánto más transparente sería nuestro acceso a dios, a la objetividad, a la verdad! Por suerte no podemos prescindir de los signos para llegar a la naturaleza, a la verdad o a los dioses, porque sin esas mediaciones ni la naturaleza, ni la verdad, ni los dioses, existirían para nosotros.

Desde la Antigüedad los críticos no han cesado de denunciar conspiraciones humanas que tratan de hacernos creer en fetiches no existentes. La treta para descubrir la treta es mostrar el origen espurio del hacer humano, del manipulador, del que hace fraude detrás de escena y que es "agarrado con las manos en la masa". Si se muestra alguna mano trabajando, siempre debe enarbolar un martillo o una antorcha: debe ser siempre una mano crítica, destructiva.

La tarea que Latour emprende no es nueva. La encontramos en el propósito que Peirce imprime a su semiótica⁽⁶⁾ para hacerse cargo de dos proclamas contradictorias: hay una realidad que existe independientemente de nuestras representaciones y, al mismo tiempo, lo real es aquello que depende de nuestras representaciones para existir. La semiótica de Peirce se opone a los que sostienen que no hay un discurso privilegiado ni un sistema representacional que pueda reflejar una realidad externa al sistema, pero también a los que defienden que es verdadera aquella representación que se corresponde con una realidad que ya existe desde siempre como exterior a cualquier sistema de representación. Si hubiera tal tipo de realidad solo lo sería en cuanto a su capacidad de dinamismo, como hecho bruto de la Segundidad o facticidad, que debe completarse con la Primeridad del sentimiento y con la Terceridad de lo general para lograr ser representada. Lo real es completamente real en y a través de sus representaciones verdaderas, que nunca están dadas sino siempre en construcción.

(5) LATOUR, B., "Iconoclash", [en línea] www.bruno-latour.fr/articles, 2002.

(6) LISZKA, J. J., "Peirce's Discursive Realism", en *Arisbe Peirce Gateway*, [en línea] www.cspeirce.com, 1998.

Los que siguen lamentando que los hechos son fantasmas contruidos por los individuos, que no hay acceso no ideologizado a la verdad, que siempre somos prisioneros del lenguaje o de algún punto de vista particular incurren, según Latour, en la paradoja de ser. Ellos son antifetichistas para todo aquello en lo que no creen (por ej., ciencia o religión); positivistas en relación a las disciplinas en que creen (por ej., la sociología) y realistas para las cosas que les interesan (por ej., el conflicto social). A este deconstruccionismo que hoy libra batallas atrasadas, Latour le opone un constructivismo que es un lento y progresivo acceso a la objetividad a través de la protección (no la destrucción) de nuestras muy diversas prácticas.



Por una educación en derechos humanos desde una noción compleja e intercultural

DAVID SÁNCHEZ RUBIO⁽¹⁾



Palabras claves: derechos humanos; educación cívica; interculturalidad; multiculturalismo; luchas sociales; garantías jurídicas; eficacia; sensibilidad sociocultural.

1. Introducción

La vida social requiere de un conjunto de normas, reglas, instituciones y procedimientos que regulen la convivencia humana. Todas ellas son necesarias para canalizar las relaciones entre sus miembros. Resulta muy difícil imaginar una sociedad donde no existan valores y normas éticas, morales o jurídicas que señalen el tipo de conductas que se deben y/o no se deben realizar. Tampoco es posible pensar, hoy en día, que haya algún modo social de vida que funcione sin ningún tipo de institución ya sea de carácter político, religioso, económico o jurídico como puede ser el mercado, el Estado, el derecho o las asociaciones y agrupaciones colectivas (clubes deportivos, comunidades, empresas, iglesias, ONG, centros educativos, etc.). Quizá en un pasado muy remoto se hubiera podido vivir sin ellas, pero esto no sucede en nuestro presente. Las relaciones humanas necesitan ser reguladas por

(1) Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho (Universidad de Sevilla).

ciertos instrumentos y medios que las organicen, que les proporcionen cierto orden y seguridad, porque si no existen, se desarrollarían caóticamente y en un clima de permanente incertidumbre y desasosiego.

En este trabajo, indirectamente, se hablará de aquellas reglas de juego, del conjunto de responsabilidades, derechos y obligaciones, valores, acciones y prácticas que debemos conocer, asumir, cumplir y desarrollar para vivir con justicia, libertad, igualdad, paz, solidaridad y en democracia a partir de la figura de los derechos humanos. No obstante, se lo hará proponiendo una manera diferente de entender lo que tradicionalmente se concibe como derechos humanos. Cuando se reivindica para los sistemas educativos de secundaria, bachillerato y universitarios la incorporación de la enseñanza ético-cívica en base a la democracia y los derechos humanos, no basta limitarnos a dar por sentados conceptos que pueden tener una fuerte carga ideológica y que, además, pueden servir para fortalecer todo lo contrario de lo que supuestamente nos transmiten: una participación ciudadana activa, comprometida, que convive solidariamente en el respeto efectivo de los derechos de sus miembros. Por ello, también hay que conocer bien cuál es la idea que defendemos y tenemos de estos conceptos. A continuación nos detendremos en los derechos humanos, para después terminar intentando dar algunas pistas de cómo interpretarlos a partir de una noción compleja y relacional, con algunas claves interculturales.

2. La importancia y el reto de derechos humanos en un mundo adverso

Dentro de nuestro imaginario cultural occidental, el pensamiento moderno, principalmente a través de los filósofos contractualistas del Iluminismo, ya reflexionó sobre la importancia de establecer un contrato social a partir del cual todos los ciudadanos obedecieran un conjunto de reglas y valores acordados por todos. Todos ellos debían aceptar someterse a una institución, el Estado, que estaba legitimado para ejercer el poder y realizar el uso de la fuerza de manera delegada y representativa. De esta manera, se pretendía compaginar, consensualmente, la libertad y la autonomía de cada individuo con el bien común y el interés general. Hombres como Thomas Hobbes, John Locke y Jean Jacques Rousseau, desde posiciones distintas, se preocuparon por establecer las condiciones de un sistema de gobierno que se responsabilizara de proteger los derechos de sus miembros. Las ideas de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad aparecían como los principales valores que se debían proporcionar y facilitar. Se

intentaba armonizar la dimensión individual y la dimensión colectiva del ser humano; sus derechos con sus deberes. Para poder llevar esto a cabo, tanto la democracia como los derechos humanos resultaron ser conceptos imprescindibles para la vida en sociedad.

Actualmente, los Estados constitucionales y democráticos de derecho se asientan sobre ese mismo imaginario moderno: nuestras sociedades se rigen por normas (constituciones, leyes y reglamentos) aceptadas por todos y destinadas a regular el bien común. Asimismo, indican quiénes son los agentes legitimados tanto para crearlas como para ejercer legalmente el poder, cómo llevarlo a cabo, y sobre qué materias o contenidos. Dentro de ese margen, también nos señalan el procedimiento a seguir para que nuestros derechos estén protegidos o, en su caso, sean resarcidos cuando son violados. De nuevo se intenta construir un marco de convivencia social en el que la libertad y la autonomía de las personas sean compatibles con el bien común de todos, en un clima abierto a los demás y de no violencia y respeto.

En el contexto latinoamericano, nos encontramos con muchos Estados que incorporan esta misma lógica y esquema garantista europeo y estadounidense. Pero, curiosamente, algunos de los países de capitalismo tardío que adoptan esta estructura jurídico-política como Bolivia, Ecuador y Venezuela, bajo el llamado "nuevo constitucionalismo" y autodenominándose como Estados plurinacionales —con cierta afinidad pero con diferente perspectiva política, Brasil también constitucionaliza derechos étnicos y colectivos—, están reconociendo una serie de nuevos derechos vinculados con la dimensión multiétnica y plurinacional de sus sociedades. Se trata de un proceso de mestizaje cultural en el que el paradigma moderno no es el único que establece las condiciones de garantía jurídico-política. A él se suman otras racionalidades y otras epistemologías tradicionalmente silenciadas y marginadas que reclaman su reconocimiento. Esos derechos suelen ser de carácter colectivo relacionados con los pueblos indígenas y/o grupos afrodescendientes (por ejemplo, el derecho a la tierra, el derecho a la autodeterminación y la autonomía, derechos culturales —educación, idioma, usos y costumbres—, etc.) y sistemáticamente negados a lo largo de una trágica historia de resistencia, expolio, genocidio y barbarie. Asimismo, este nuevo constitucionalismo incorpora en sus cartas magnas derechos ambientales que protegen la biodiversidad y el medioambiente, también muy vinculados con las culturas milenarias. Por ejemplo, en este sentido, la Constitución ecuatoriana parte de

que la naturaleza es sujeto de derecho y como tal debe ser garantizada, protegida y cuidada.

El caso es que estos instrumentos de garantía y de organización político-jurídica contrastan, en general, con el contexto global en el que vivimos y, en especial, con el contexto particular latinoamericano: las guerras; la contaminación medioambiental y de la naturaleza; la proliferación y la amenaza provocada por el armamento nuclear; las desigualdades sociales y el incremento de la pobreza a nivel planetario; las consecuencias y los riesgos de los avances tecnológicos; distintas manifestaciones de discriminación, violencia y exclusión social, étnica, racial o de género; el problema del narcotráfico; el trabajo esclavo; la prostitución; la corrupción; etc., son elementos negativos que impiden a los seres humanos vivir dignamente, en un clima de felicidad y justicia. Muchas son las personas que sufren todos los días condiciones infrahumanas y execrables de existencia. Los actuales procesos de globalización han cambiado radicalmente el contexto que existía hace unos años. El mundo está cada vez más interconectado, para bien o para mal, y los intercambios culturales, sociales, políticos y económicos se han incrementado a un ritmo vertiginoso. Recibimos información de cualquier parte del planeta y, en un concreto espacio geográfico, conviven personas de diversa procedencia con culturas y formas de vida diferentes. Las relaciones humanas se hacen más complejas y los mecanismos para su regulación también.

Además, cada día se incrementan los procesos migratorios por medio de los cuales millones de personas se desplazan de un país a otro, produciendo conflictos y mutaciones en las identidades tanto de los grupos que emigran como de la población residente que los recibe. En estos caminos de ida y, a veces, de vuelta también surgen conflictos generacionales que hacen más compleja y difícil la convivencia humana y el respeto por la diferencia.

Por lo tanto, por un lado nos encontramos con un panorama desolador que no debe llevarnos hacia el pesimismo. Pero, por otro lado, también nos situamos en un nuevo escenario esperanzador que promete muchas posibilidades y opciones. En todo esto bastante tienen que decir los derechos humanos, la ciudadanía y los comportamientos democráticos. Todos ellos representan figuras, conceptos y prácticas que son imprescindibles y necesarios en nuestra vida diaria, porque sirven para enfrentar las situaciones injustas de las sociedades modernas. Asimismo, son muy útiles para construir realidades donde los seres humanos puedan

ser más libres, puedan tener sus condiciones de vida más garantizadas y puedan obtener, de manera más plena, la satisfacción de sus necesidades básicas. Proporcionan tanto los medios como los mecanismos que nos permiten enfrentar mejor cualquier tipo de injusticia social, al menos, en principio.

3. La educación en derechos humanos: condicionantes y límites de una idea restringida

En los últimos años, este horizonte de esperanza se ha manifestado por el interés de la comunidad internacional y de muchos estados de derecho por la educación ciudadana y la educación en derechos humanos. En todas las agendas gubernativas están ganando protagonismo como una de las principales vías por medio de la cual se abra una cierta salida hacia un mundo más justo y solidario. En el caso de España tenemos un ejemplo con la asignatura de secundaria denominada "Educación para la ciudadanía y los derechos humanos" establecida por el gobierno de Rodríguez Zapatero como respuesta a las directrices marcadas desde la Unión Europea, a pesar de la polémica que ha generado.⁽²⁾ También, desde el gobierno de Fernando Henrique Cardoso en Brasil, la Secretaría Especial de los Derechos Humanos de la Presidencia de la República está desarrollando un Plan Nacional de Derechos Humanos.⁽³⁾ En otros países como Ecuador, al interés por la educación en derechos humanos se añade la promoción de la educación intercultural bilingüe con el Modelo del Sistema de Educación Intercultural Bilingüe de 1998 y el Rediseño Curricular para los Centros Educativos Comunitarios Interculturales Bilingües de la Nacionalidad Kichwa de la Región Andina del año 2004.⁽⁴⁾ Educar en derechos humanos se está convirtiendo en una exigencia necesaria y prioritaria. Suena bien que los gobiernos hablen de derechos humanos e implementen políticas educativas, promocionándolos, pero ¿se está realizando de la mejor manera? Es más, ¿realmente se están enfocando correctamente estas políti-

(2) En este sentido ver PECES BARBA, GREGORIO, *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, Madrid, Espasa, 2007. Un ejemplo de manual de la asignatura, SÁNCHEZ RUBIO, DAVID (coord.), *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, Sevilla, Algaída, 2007.

(3) Con el gobierno de Ignacio Lula da Silva se publicó el III Plan. Ver el decreto 7037/2009 de 21/12/2009, [en línea] www.sedh.gov.br

(4) Ver QUISHPE BOLAÑOS, MARCELO, "Educación e interculturalidad en los pueblos indígenas de la sierra ecuatoriana", en Carrillo González, Diana y Patarroyo, Nelson Santiago (eds.), *Derecho, interculturalidad y resistencia étnica*, Universidad Nacional de Colombia, 2009.

cas en función de la idea de derechos humanos desde la que se parte y que hay que enseñar?

Desde nuestro punto de vista, la educación en derechos humanos, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito más regional —por ej., el europeo y el latinoamericano— parte de una noción demasiado estrecha, reducida, restringida y, además, eurocéntrica. ¿Por qué decimos esto?

Por lo general, resulta típico, tópico y clásico dar por sentada la separación que existe entre lo que se dice y lo que se hace en materia de derechos humanos. Casi todo el mundo tiene metida en la cabeza la idea de que es muy diferente la teoría y la práctica. Este abismo se considera indiscutible y muy difícil de superar. Mucho se ha escrito y se ha dicho sobre las posibles causas de este distanciamiento, pero pocos son los estudios y las políticas educativas que parten de la premisa de que quizá esta separación entre lo dicho y lo hecho, entre el plano del ser y del deber ser resida en nuestra propia manera de pensar los derechos humanos. A lo mejor es que bajo una cultura interesadamente conformista, indolente, acomodaticia, pasiva y hegemónica conviene entender derechos humanos a partir de estos dos planos aparentemente tan distintos. Parece como si existiera una cultura de impotencia que, bajo la excusa de ese abismo entre lo dicho y lo hecho, adopta la actitud de seguir dejando las cosas tal como están. Posiblemente nos conviene mantener esta diferencia para consolidar y reforzar una cultura de derechos humanos demasiado estrecha, reducida y simplista que tanto en la superficie como en el fondo conviene a quienes, realmente, prefieren convivir incumpliendo, destruyendo y/o ignorando los derechos humanos.

El caso es que esta misma idea tan limitada se está incorporando en los programas de enseñanza en materia de educación cívica y de derechos humanos. Bajo una aparente buena fe e intención para que los ciudadanos aprendan a convivir cívicamente, se están usando conceptos que parten de un imaginario y una epistemología demasiado simplista sobre derechos humanos que termina por potenciar una cultura cívica dócil, pasiva y estática. Incluso yendo más allá, institucionalmente tanto a nivel de secundaria como universitario, se nos enseña una noción tan restringida y tan reducida de derechos humanos que, al final, acaba por desempoderar a todos los seres humanos, porque con esa concepción oficializada y extendida no se nos reconoce realmente en nuestra capacidad de dotar de carácter a nuestras propias producciones culturales, políticas, étnicas, sexuales-libidinales, económicas y jurídicas con autonomía, responsabilidad y autoestima en

todos aquellos espacios y lugares sociales en los que se forjan las mismas relaciones humanas. Parece como si los derechos humanos fuesen únicamente un problema de adquirir conocimientos sobre las normas, las leyes, las instituciones y sus mecanismos de garantía. Los resultados saltan a la vista: se fomenta una cultura cívica débil, frágil y puntual.

La situación se agrava en contextos como el latinoamericano, en los que el fascismo social está estructuralmente establecido en sus sociedades, con altos índices de desigualdad social, racismo, xenofobia, machismo y violencia. En estos contextos hay una total ausencia de cultura de derechos humanos que se maquilla con formalismos y procedimentalismos vacíos. Reclamar su presencia es necesario, pero hacerlo a partir de un imaginario simplificador puede resultar inútil y/o con resultados azarosamente puntuales.

Esta separación entre la teoría y la práctica que damos como natural e indiscutible es una de las razones que justifican la indolencia y la pasividad a la hora de construir y enseñar día a día, en todos los lugares sociales los derechos humanos: en las escuelas, en los centros cívicos, en la universidad, en los barrios vecinales, en las fuerzas policiales y militares, etc. Por mucho que se enseñe derechos humanos, los resultados incitan al pesimismo. Seguro que ahí está la trampa: al considerarse como natural, normal e indiscutible la distancia entre lo practicado y lo hablado, se está consolidando y fortaleciendo una forma de entender y practicar la convivencia humana sin más pretensiones, que interesa a quienes más les beneficia que eso sea así. Pues bien, creemos que esta es la misma concepción que aparece en los distintos programas de enseñanza sobre educación cívica y en derechos humanos que se están desarrollando tanto en Europa como en América Latina.

Asimismo, la gravedad del asunto se incrementa porque la poca cultura que existe sobre derechos humanos, que es excesivamente formalista, resulta ser tan extremadamente reducida, insuficiente y estrecha que, de manera voluntaria y/o involuntaria, termina por reforzar y hacer hegemónica esa separación entre lo que se dice y lo que se hace en materia de derechos humanos. Por esta razón, se hace necesario señalar algunas pistas para articular y defender una concepción mucho más compleja, relacional, socio-histórica y holística que priorice las propias prácticas humanas y a los sujetos que las significan. Estos, a partir de sus relaciones, son quienes realmente hacen y deshacen, construyen y destruyen derechos humanos y

sobre sus prácticas se inspiran y elaboran las teorías y las diversas políticas de enseñanza cívica. Esto es lo que intentaremos realizar a continuación.

4. Hacia una concepción compleja de derechos humanos: una propuesta para los programas de educación cívica

Generalmente, cuando se habla de derechos humanos se suele acudir a una idea de los mismos basada en las normas jurídicas, en las instituciones con el Estado a la cabeza y en ciertos valores que le dan fundamento (como la libertad, la igualdad y la solidaridad) y que están o bien basados en la misma condición humana o bien reflejados en sus producciones normativas e institucionales. Derechos humanos son aquellos derechos reconocidos tanto en el ámbito internacional como nacional, por las constituciones, normas fundamentales, cartas magnas, tratados y declaraciones basadas en valores. Resulta muy útil y positivo enseñar en las escuelas y en los centros educativos cuáles son esas normas nacionales e internacionales.

Esto, consciente e inconscientemente, conlleva varias implicaciones o consecuencias que vamos a resaltar a partir de los planteamientos del analista político chileno, Helio Gallardo. Para este autor, los derechos humanos hacen referencia, al menos, a cinco elementos: a) la lucha social; b) la reflexión filosófica o dimensión teórica y doctrinal; c) el reconocimiento jurídico-positivo e institucional; d) la eficacia y efectividad jurídica; y e) la sensibilidad sociocultural.⁽⁵⁾

Si observamos el currículo y la normativa sobre la educación cívica y en derechos humanos, percibiremos de qué manera, partir de estos distintos elementos, nuestro imaginario oficial, y más difundido, solo se fija en alguno de ellos, invisibilizando al resto. Se suele supervisibilizar la dimensión normativa e institucional, la dimensión teórico-filosófica y la eficacia jurídico-estatal. En España, casi todos los libros de "Educación

(5) Ver sus libros *Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos*, Quito, Editorial Tierra Nueva, 2000; *Siglo XXI: militar en la izquierda*, San José, Arlekin, 2005; *Siglo XXI: producir un mundo*, San José, Arlekin, 2006; y *Derechos humanos como movimiento social*, Bogotá, Ediciones desde abajo, 2006.

El concepto de derechos humanos entendido en perspectiva crítica y concebidos como "procesos de apertura y consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana" en gran parte se lo debemos a Joaquín Herrera Flores, recientemente fallecido y cuya huella difícilmente será borrada. Ver sus trabajos en *El vuelo de Anteo*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000; y *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2005.

en ciudadanía y derechos humanos" así lo hacen. Se silencia, no se considera o se da escasa importancia a ámbitos fundamentales como la lucha social (que cuando se reconoce se hace de manera muy puntual), la eficacia no jurídica y la eficacia jurídica no estatal, así como la cultura y sensibilidad popular, que son básicos para poder entenderlos mejor y ponerlos más coherentemente en práctica. Desde nuestro punto de vista, estos insumos infravalorados nos pueden permitir superar y/o enfrentar esa separación que sistemáticamente existe entre lo que se dice y lo que se hace sobre derechos humanos, y que nos impiden desarrollarnos como sujetos y autónomamente. Por ello, son elementos que deberían incorporarse en los programas de enseñanza y de educación en ciudadanía y en derechos humanos.

Con respecto a los elementos supervalorados o que siendo parte de una estructura más compleja se convierten en el todo ignorando al resto, hay que decir lo siguiente: comúnmente y desde un plano teórico, los derechos humanos suelen asociarse y conocerse por lo que, a lo largo de la historia, nos han dicho y nos dicen determinados pensadores o filósofos. Autores como John Locke, Francisco de Vitoria, Rousseau, Hobbes, Kant, Norberto Bobbio, Ferrajoli y Habermas son algunas de las mentes lúcidas que han hablado sobre derechos humanos. El problema radica no en las iluminadoras reflexiones que sobre los mismos nos aportan, sino en pensar que son ellos, los filósofos o especialistas, quienes los crean, olvidando el detalle de que los derechos humanos son producciones socio-históricas generadas por actores sociales sobre las que y sobre quienes se teoriza.

En América Latina suele ser común enseñar en las Facultades de Filosofía y de Derecho las teorías y los sistemas filosóficos desarrollados en los países anglosajones y en Europa. No es que las ideas europeas y anglosajonas sean malas y negativas. Lo que sí resulta perjudicial es que, por sistema, se tiene la manía de importar en bloque, sin adaptarlos, modelos políticos y filosóficos nacidos en realidades diferentes a las realidades de los países latinoamericanos. Por falta de autoestima o por una especie de complejo de inferioridad, se suelen importar ideas que han sido elaboradas para contextos diferentes y se olvida la capacidad creativa e imaginativa de los propios latinoamericanos en su pluralidad de expresiones. Conocido es el reclamo del cubano José Martí a finales del siglo XIX en "Nuestra América" sobre la necesidad de que América Latina desarrollara un conocimiento ubicado y propio que atendiera a las necesidades particulares de sus repúblicas. En este sentido, también el filósofo mexicano Leopoldo Zea

ha defendido la urgencia de un pensamiento político, filosófico y jurídico autóctono, sin rechazar las fuentes europeas y anglosajonas.⁽⁶⁾

Asimismo, tal como ya se ha señalado, una faceta importante de los derechos humanos es su proceso de institucionalización y reconocimiento normativo, tanto a escala nacional como internacional. Cuando movimientos sociales como el de la burguesía en el proceso de conformación de las sociedades modernas, o como el movimiento obrero en el siglo XIX y los movimientos de las mujeres y los indígenas en el siglo XX con sus antecedentes en el pasado se levantaron para reivindicar mayores espacios de libertad y denunciar distintas formas de exceso del poder (económico, cultural, étnico, libidinal, etc.), el objetivo del reconocimiento constitucional y jurídico se hizo crucial para objetivar sus demandas. De ahí la importancia que tiene la dimensión jurídico-positiva de los derechos humanos, pero el darle excesiva importancia provoca, como veremos, una eficacia minimalista, reducida e insuficiente con relación al número de violaciones que todos los días suceden en el mundo —particularmente, en América Latina— y al tipo de garantías procedimentales que se establecen como respuesta.

Además, junto con el reconocimiento normativo, la eficacia y la efectividad jurídica de derechos humanos suele ser el principal recurso al que se acude para garantizarlos. Que haya tribunales de justicia a los que acudir para denunciar y Estados de derecho para que los derechos fundamentales sean protegidos no es algo que haya que despreciar; todo lo contrario. Pero centrar nuestro imaginario solo en estos tres elementos, sobredimensionándolos, tiene efectos dañinos para la mayoría de la humanidad. Para demostrar lo que estamos diciendo, solo tenemos que fijarnos en este ejercicio de reflexión: ¿cuántas violaciones de derechos humanos suceden todos los días en el mundo o en los Estados que se dicen de derecho? Seguro que muchísimas, incalculables. ¿Cuántas de esas violaciones son atendidas judicialmente, con sentencia favorable y además efectiva? Seguro que siendo generosos, la proporcionalidad es de un 99,9999% de violaciones y un 0,0001%. Por tanto algo pasa cuando

(6) Ver MARTÍ, JOSÉ, *Obras Completas*, La Habana, Editorial Nacional de Cuba, 1963. Sobre Leopoldo Zea, su *Dialéctica de la conciencia americana*, México, Alianza Editorial Mexicana, 1974 y *El pensamiento latinoamericano*, México, Ariel, 1976; ver también SÁNCHEZ RUBIO, DAVID, *El pensamiento humanista de Leopoldo Zea. Conciencia histórica y derechos humanos*, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2008.

nuestro imaginario camina por paisajes tan pequeños. Si se observa bien, resulta curioso comprobar que circunscribimos derechos humanos a una simple reivindicación o demanda judicial interpuesta ante los tribunales de justicia una vez que los mismos han sido violados. Luego solemos defender una concepción pos-violatoria de derechos humanos, ignorando o haciendo poco caso a la dimensión pre-violatoria. Los derechos humanos parece que solo existen una vez que han sido violados, no importándonos aquella dimensión de su realidad que se construye o se destruye antes de acudir al Estado.

Asimismo, el hecho de que los derechos humanos se reduzcan a normas, instituciones y teorías, provoca una especie de delegación del conjunto de los mortales que se centra en el protagonismo adjudicado a los funcionarios de la administración de cada Estado y a los especialistas encargados de interpretar las normas. Como mucho, también se suele acudir a los activistas de derechos humanos, que actúan, la mayoría de las veces, de manera paternalista. Con ello se crea una situación de subordinación y supeditación de las personas y de los ciudadanos a las decisiones y acciones de quienes representan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial o a una ONG más o menos altruista.

Ante este panorama y tras esta evidencia, algo sucede cuando nuestro imaginario se mueve dentro de unos esquemas que no cuestionan las limitaciones de una forma de pensar ni de una manera de entender los derechos humanos. Si resulta que nos conformamos con que sean los especialistas en derecho, los operadores jurídicos y, en último caso, los tribunales de justicia de ámbito nacional o internacional quienes nos digan cuáles son nuestros derechos y, además, resulta que sobredimensionamos y solo nos preocupamos por la etapa o dimensión post-violatoria de los mismos, que queda circunscrita a la esfera de su reivindicación judicial, una vez que han sido ya violados, al final, lo que estamos consolidando es una cultura simplista, deficiente, insuficiente y estrecha de derechos humanos.

Frente a esta concepción excesivamente jurídico-positiva, estatalista, formalista, post-violatoria y delegativa bañada bajo una cultura atomista e individualista, seguidamente vamos a intentar ofrecer, desde la teoría, algunas pistas para una noción más compleja de derechos humanos —que procesual, relacional y dinámicamente se construyen a partir de prácticas sociales y acciones humanas que empoderan sujetos y que debe incorporarse en todos los programas y en todas las políticas educativas y de ense-

ñanza ético-cívica—. Resulta curioso comprobar cómo se suele argumentar que, para evitar un contenido ideológico y sesgado en los programas de educación en derechos humanos, los gobernantes y los políticos tienen que limitarse a informar a los ciudadanos sobre cuáles son las normas y los sistemas de garantía que los protegen, junto con los antecedentes históricos y la evolución que han tenido con el transcurso del tiempo.

A continuación, siguiendo los aportes de Helio Gallardo, decir que los derechos humanos tienen como referente básico la vocación de autonomía de los sujetos sociales, como matriz de autonomía de los individuos o personas, guardaría relación con la capacidad que el ser humano tiene y debe tener como sujeto para dotar de carácter a sus propias producciones en entornos que no domina completamente y, también, estaría vinculado con la disposición de denunciar y luchar contra cualquier situación que imposibilite esta capacidad de crear, significar y resignificar a las instituciones socialmente producidas. Para Helio Gallardo, “sujeto” quiere decir ponerse en condiciones sociales e individuales de apropiarse de una existencia a la que se le da carácter o sentido desde otros, con otros, para otros y para sí mismo y de comunicar con autoestima esta experiencia de apropiación. Asimismo, por “autonomía” entiende que para los seres humanos resulta posible pasar mediante acciones desde experiencias de menor control (o enajenadoras) a experiencias de mayor control (liberadoras) por parte de quienes las viven en ámbitos étnicos, raciales, libidinales o sexuales, económicos, políticos, de género, etc. El propio Paulo Freire hablaba de concienciar para que cada uno y cada una, tanto individual como colectivamente, se haga cargo de sus realidades. Por ello, hay que recuperar otras dimensiones o elementos de los derechos humanos, como veremos a continuación.

En primer lugar, aquel ámbito que da origen a los derechos humanos y los mantiene vivos: la lucha y la acción social. Los derechos humanos tienen más que ver con procesos de lucha por abrir y consolidar espacios de libertad y dignidad humanas. En concreto, pueden ser concebidos como el conjunto de prácticas sociales, simbólicas, culturales e institucionales que reaccionan contra los excesos de cualquier tipo de poder que impiden a los seres humanos constituirse como sujetos. Los movimientos sociales, a través de la historia, desde racionalidades, imaginarios y demandas distintas, intentan tener control sobre sus entornos entrando en conflicto con otros imaginarios, otras racionalidades y otras reivindicaciones que, por diversas razones, acaban haciéndose hegemónicas. Esto provoca que las luchas no hegemónicas puedan terminar invisibilizadas,

silenciadas, eliminadas o resignificadas desde quienes detentan el poder, no obstante, las luchas siguen estando ahí y pueden surgir otras nuevas y nuevos movimientos que cuestionen lo oficial e insuficientemente institucionalizado. En el contexto moderno, el problema reside en que solo fue el imaginario burgués el que se impuso al resto de imaginarios (obrero, feminista, libidinal, étnico, ambiental, etc.), estableciendo un traje que todos debían colocarse y moldeando una figura a la que los demás debían adaptarse, impidiéndose la posibilidad de construir nuevos trajes y nuevas figuras.

Esta dimensión resulta crucial a la hora de establecer una educación en clave intercultural, pues incorpora el conocimiento de las distintas luchas de resistencia desplegadas por grupos humanos que no solo se circunscriben a los moldes, pautas y ritmos establecidos desde la historia de Occidente. Es el caso de los pueblos indígenas y los pueblos afrodescendientes en Latinoamérica, vilipendiados por medio de la esclavitud, el genocidio, el epistemicidio y otros mecanismos de exclusión, marginación, explotación y discriminación.

Son pocos los planes y programas de educación que realmente se preocupan por recuperar la memoria local de cada pueblo indígena, sus dinámicas históricas propias aglutinadas en torno a valores, costumbres y tradiciones que son la base para que su condición de indio sea motivo de autoestima y respeto y no para potenciar sentimientos de vulnerabilidad e infravaloración.⁽⁷⁾

En segundo lugar, y muy relacionado con lo anterior, para hacer efectivos los derechos humanos, las actuaciones humanas y la sensibilidad popular por reconocerlos aluden a una dimensión pre-violatoria de los mismos que nada tiene que ver con la dimensión jurídica y estatal. Por tanto, hay una eficacia no jurídica que tiene mucho que ver con la sensibilidad socio-cultural, el grado de aceptación y el modo en que los derechos humanos son asimilados, significados, resignificados y entendidos. Por mucho que se reconozcan constitucionalmente los derechos de los pueblos indígenas, si en el entorno social predomina la cultura hegemónica occidental, será muy difícil que exista una sensibilidad por parte de los grupos no indígenas y mestizos hacia sus reclamos. Asimismo, también hay que tener en cuenta que existe una dimensión jurídica no estatal que determinados

(7) Ver QUISHPE BOLAÑOS, *op. cit.*

colectivos —como también ocurre con los pueblos indígenas— utilizan desde lógicas emancipadoras.⁽⁸⁾

En tercer lugar, resulta decisivo descubrir que, realmente, son nuestras relaciones y prácticas o tramas sociales tanto jurídicas como no jurídicas las que, en cada momento y en todo lugar, nos dan la justa medida de si “hacemos o no hacemos” derechos humanos, de si estamos construyendo procesos de relaciones bajo dinámicas de reconocimiento, respeto e inclusión o bajo dinámicas de imperio, dominación y exclusión. En definitiva, si realmente estamos contribuyendo a que los derechos humanos existan o no existan en nuestra cotidianidad. De ahí la necesidad de reflejar permanentemente su dimensión política, socio-histórica, procesual, dinámica, conflictiva, reversible y compleja que tiene que incorporarse en todos los planes o programas nacionales de educación cívica y de derechos humanos. Por tanto, hay que apostar no por una noción estática y dormida de derechos humanos, sino por una noción **sinestésica** que nos espabile a todos de la anestesia, con la que los cinco o los seis sentidos actúan simultáneamente las veinticuatro horas del día y en todo lugar. Son prácticas que se desarrollan diariamente, en todo tiempo y en todo lugar y no se reducen a una única dimensión normativa, filosófica o institucional, ni tampoco a un único momento histórico que les da un origen. Los derechos humanos guardan más relación con lo que hacemos en nuestras relaciones con nuestros semejantes, ya sea bajo lógicas o dinámicas de emancipación o de dominación que con lo que nos dicen determinados especialistas (aunque también repercute en nuestro imaginario y en nuestra sensibilidad sobre derechos humanos). Y así deben enseñarse.

Las dimensiones formal, institucional y doctrinal deben complementarse con el ámbito en el cual son los mismos seres humanos, a través de las tramas sociales que los constituyen como sujetos o como objetos, quienes pueden o no pueden diariamente construir y reconocer derechos de manera solidaria y recíproca, de ahí la clara dimensión política que tienen, además de la conexión que poseen con la necesidad de que la gente gane poder y lo ejerza emancipadoramente.

(8) No vamos a detenernos ahora en las consecuencias limitativas que también tiene el paradigma monista del derecho. Para una visión desde el pluralismo jurídico, ver WOLKMER, ANTONIO CARLOS, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Sevilla, Mad, 2006.

Por tanto, la cultura sobre la que se asienta nuestra defensa de los derechos humanos o es mínima, o es anestésica, o brilla por su ausencia al no potenciar las dimensiones no jurídicas de su articulación, reconocimiento y de respeto previas a su violación (pre-violatorias), y que se desarrollan en todos los espacios sociales (íntimo, doméstico, de producción, de mercado, de ciudadanía, de comunidad, etc.).

Por estas y otras razones pretendemos destacar y acentuar los límites de esta posición excesivamente normativista y formalista propia de los programas y planes nacionales de educación ciudadana. Si no tenemos claro que son nuestras acciones diarias y cotidianas en todos los ámbitos sociales donde nos movemos las que articulan espacios de reconocimiento de dignidad, siempre adoptaremos una postura demasiado delegatoria y pasiva que reproducirá una efectividad circunscrita, mínima y azarosa los de derechos humanos.

Sí hay que aclarar, para no llevar a equívocos, que con esta denuncia no estamos negando la importancia que tienen los ordenamientos jurídicos, los Estados constitucionales de derecho y los sistemas de garantías estatales de los derechos fundamentales, así como su enseñanza. Queda fuera de toda duda la necesidad de defender y educar a partir de las dimensiones filosóficas, jurídico-positivas y de eficacia estatal. Son conquistas humanas que hay que consolidar y reforzar sin caer en eurocentrismos u occidentalismos, pero no son la única y exclusiva forma de garantía contra los diferentes excesos de poder ni copan la totalidad del contenido a la hora de educar y enseñar derechos humanos. Siendo necesarias, son insuficientes por muchas razones. Está muy claro que hay que mejorar y fortalecer el papel del derecho y de los sistemas de protección de los derechos humanos tanto a nivel nacional como internacional; asimismo, se hace imprescindible reconocerlos institucionalmente —de ahí la importancia de la educación para la ciudadanía y los derechos humanos—, pero no hay que darle el exclusivo y el único protagonismo a esta dimensión normativa. Repetimos: aunque son importantes y necesarias las dimensiones filosófica, institucional y de efectividad jurídico-estatal de los derechos humanos, son insuficientes. Por esta razón hay que ampliar la mirada a otras parcelas y no reducir su enseñanza a estas únicas dimensiones.

No se trata solo de incrementar una conciencia y una cultura jurídica de protección, sino, además, de potenciar una cultura de derechos humanos en general, integral, y que acentúe la dimensión pre-violadora desde donde se

construyen-destruyen y articulan-desarticulan porque, en realidad, somos todos los seres humanos ahí donde nos movemos quienes, utilizando o no utilizando la vía jurídica, participamos en los procesos de construcción o destrucción de derechos humanos, seamos o no seamos juristas.

Cuanto mayor sea esa cultura sobre derechos humanos, menores serán las demandas que tengan que pasar por los tribunales. No es lo mismo promocionar y generar derechos humanos fuera y dentro del ámbito jurídico, ya sea como juez o fiscal, abogada, padre, madre, hijo, hija, empresario, empresaria, profesora, médico, portero, taxista, joven, anciano, etc., que considerar, como si fueran hechos consumados, que al no respetarse externamente, en el vivir cotidiano, únicamente pueden garantizarse al interior del mundo del derecho. Por el contrario, en ambos lugares se hacen y deshacen derechos humanos. Todo programa educativo en ciudadanía debe hacerse cargo y responsabilizarse asumiendo estas otras dimensiones.

5. Derechos humanos en clave intercultural: hacia una pedagogía pluriversal y de confluencia

Hasta ahora nos hemos centrado en el problema que existe a partir de una concepción de derechos humanos demasiado simplista, estrecha y reducida, pero no hemos introducido el elemento cultural vinculado con la universalidad de los mismos. Referirse a los derechos humanos y enseñar derechos humanos puede tener un condicionante muy negativo por su dimensión y carga eurocéntrica. Desde nuestro punto de vista, la idea de derechos humanos oficialmente aceptada y que está más generalizada, tanto en la cultura de las personas de la calle como en el ámbito de los operadores jurídicos y de los teóricos de la academia, no solo provoca cierta indolencia, docilidad y pasividad, además de que consolida la separación, tradicionalmente reconocida, entre la teoría y la práctica, sino que también parte de un imaginario circunscrito a la cultura occidental. Es decir, los derechos humanos son como una especie de traje o vestido, con chaqueta y corbata que se tiene que poner todo el mundo, incluso aquellos hombres y mujeres que no necesitan usarlo porque tienen otra forma de concebir la ropa o porque sus cuerpos o figuras no encajan en ese molde.⁽⁹⁾ Predomina un imaginario excesivamente eurocéntrico y lineal que, aunque posee sus virtualidades y elementos positivos, acaba

(9) Ver con más detalle, SÁNCHEZ RUBIO, DAVID, *Repensar derechos humanos. De la anestesia a la sinestesia*, Sevilla, Mad, 2008; y *Contra una cultura anestesiada de derechos humanos*,

por implantar una cultura excesivamente anestesiada y circunscrita a una única forma hegemónica de ser humano: la desarrollada por Occidente en su trayectoria y versión de la modernidad burguesa y liberal.

Además, sabido es que, históricamente, la mayoría de los Estados se han construido bajo la pretensión y el dominio de un grupo nacional dominante. Los Estados-Nación han surgido fruto de luchas de poder cuyas tendencias se han dirigido hacia la creación de un Estado unitario y homogéneo. El colectivo dominante, que podía ser mayoritario o minoritario, según los casos, ha ido utilizando las instituciones estatales para promover su identidad, su lengua, su historia, su cultura, sus mitos, sus símbolos. Para ello se utilizaban políticas de "construcción nacional", tanto de asimilación como de exclusión a expensas de los otros grupos étnicos o indígenas.⁽¹⁰⁾ La historia de Occidente está llena de procesos internos y externos de colonización e imperialismo en los que los colectivos o grupos que se resistieron han sufrido represalias políticas, discriminaciones económicas de todo tipo e incluso técnicas de eliminación y destrucción genocida. Esta historia ha ido de la mano del surgimiento y de la posterior universalización del ideal de los derechos humanos. Pese a su componente emancipador, su contexto de desarrollo por el mundo ha tenido también una cara de dominación. Por esta razón son muchas las culturas y los grupos étnicos e indígenas que son recelosos a la hora de utilizar una figura que ha estado asociada a procesos de conquista, robos, pillaje, expolios y guerras. Cuestionan a los derechos humanos como posible instancia universal que permita dar cuenta de todas la expresiones culturales relacionadas con ideales de emancipación, liberación y dignidad humana.

Sea como fuere, cuando hoy se habla de educación en derechos humanos, hay que tener en cuenta estas dimensiones tanto de emancipación como de dominación humanas. Por estas razones, una pedagogía o enseñanza en derechos humanos debe incorporar el elemento intercultural para evitar seguir participando en la consolidación de discriminaciones y silenciamientos históricos de culturas y grupos humanos cuyos imaginarios, formas de pensar, modos de vida, ritmos y tiempos son muy diferentes al *ethos* socio-cultural de Occidente. Con mayor motivo cuando el actual contexto marcado por la globalización ha ampliado los espacios de intercambio, contacto y sociabilidad pluricultural.

Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2008.

(10) En este sentido, ver KYMLICKA, WILL, *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, Barcelona, Paidós, 2009.

En este sentido, el filósofo canadiense Will Kymlicka da constancia de un incremento en los países occidentales de políticas multiculturales. Existe un mayor número de democracias occidentales que han abandonado el objetivo del ideal de homogeneidad nacional en favor de un Estado más multicultural. Para este autor, un Estado de este tipo implica tres ideas básicas: a) rechazar la idea de que el Estado pertenezca a un solo grupo nacional, ya que es patrimonio de todos sus ciudadanos; b) sustituir las políticas asimilacionistas y exclusivistas de construcción nacional por otras de reconocimiento y acomodación; en este caso el Estado tiene el deber de reconocer la historia, la lengua y la cultura de los grupos no dominantes; y c) admitir la injusticia histórica cometida en contra de las minorías y grupos no dominantes a través de estas políticas asimilacionistas y exclusivistas, manifestando una clara disposición a ofrecer algún tipo de remedio o rectificación.⁽¹¹⁾

Aquí resulta necesario establecer un consenso social en aquellos países claramente plurinacionales, muchos de ellos latinoamericanos, sobre cuál es la idea de derechos humanos que se pretende reconocer y enseñar: si se trata de una concepción más o menos liberal, preocupada por los derechos de todos los ciudadanos o en una concepción más abierta a los derechos étnicos y colectivos, haciendo compaginar lo que de común tienen todos los ciudadanos en cuanto tales y lo que de particular tienen determinados grupos con derechos etno-culturales específicos.

Para aclarar un poco las distintas posiciones que se pueden adoptar sobre derechos humanos teniendo en cuenta sus orígenes y las posibilidades de ser compartidos universalmente o por el mayor número de culturas y formas de vida, seguidamente vamos a recordar las tres posiciones señaladas en el capítulo segundo. De ellas dependerá el tipo de educación ciudadana que, en clave intercultural o multicultural, deseamos señalar:⁽¹²⁾

- a. En primer lugar, están aquellas posiciones que defienden que todas las culturas tienen procesos de lucha y versiones sobre la dignidad relacionadas con derechos humanos. Por tanto, todas participan en su proceso de construcción

(11) KYMLICKA, *ibid.*

(12) Para una mayor profundización, véase DONNELLY, JACK, *Derechos Humanos universales: en teoría y en la práctica*, México, Gernika, 1994. Por sobre los conceptos de "interculturalidad" y "multiculturalidad", nosotros preferimos hablar de interculturalidad. La interculturalidad denota una dimensión de mayor horizontalidad y equidad entre las culturas que intercambian experiencias de vida. La multiculturalidad, aunque también puede significarse de esta manera, puede estar controlada por una cultura que lleve la voz cantante y establezca cierta hegemonía sobre el resto, adoptando políticas asimilacionistas pese al respeto de la diferencia.

y en cada contexto cultural hay que darse cuenta y hacerse eco de esas distintas luchas y expresiones que, en la mayoría de las ocasiones, se han silenciado, invisibilizado y ocultado.

- b. En segundo lugar, como una versión más específica de la anterior, nos encontramos con posturas que afirman que Occidente no creó ni la idea ni el concepto de derechos humanos, sino solo una manera discursiva, filosófica e institucional de sistematizarlos y desarrollarlos, que sin ser exclusiva, se ha hecho hegemónica. Por tanto, cada cultura aporta su granito de arena en el proceso de evolución y desarrollo de los derechos humanos.
- c. En tercer lugar, hay quienes consideran que solo la lucha por la dignidad humana en Occidente ha sido traducida en forma de derechos humanos. Todas las culturas poseen diversas concepciones sobre la dignidad humana, pero no todas ellas las conciben en forma de derechos humanos. Incluso puede haber expresiones de dignidad incompatibles con los derechos humanos. Como posible salida, lo que hay que hacer es buscar los denominadores comunes y las diferencias existentes entre los derechos humanos generados en Occidente y aquellos equivalentes isomórficos vinculados con la dignidad que tienen un parecido estadio o nivel de importancia en las culturas que los defienden.

Según cómo se entiendan los derechos humanos, nos encontraremos con expresiones multiculturales diferentes. El pedagogo estadounidense Peter McLaren cuestiona aquellas formas de multiculturalismo que denomina liberal humanista y liberal de izquierdas que, en base a la igualdad, terminan por descaracterizar las diferencias y que, en base al respeto de las diferencias, terminan por esencializarlas. Para el primer tipo de multiculturalismo, el liberal humanista, se puede hablar de derechos humanos a partir del igualamiento en el reconocimiento de los derechos de todos los miembros de una sociedad, partiendo desde una noción de igualdad natural entre las personas, independientemente de su condición étnica, racial, cultural, sexual, etc. Blancos, afrodescendientes, latinos, indígenas, asiáticos, etc., son iguales. El problema es que, al final, los sujetos se convierten en seres humanos sin atributos y no se atiende a sus especificidades.⁽¹³⁾

En cambio, el multiculturalismo liberal de izquierdas enfatiza tanto la diferencia cultural y los derechos étnicos, raciales, de género, sexuales, etc. que provoca una esencialización de las diferencias como si cada una estuviera pre-determinada y naturalizada, y no fueran sociohistóricamente producidas y construidas según el poder humano de representar significados. Ignoran los contextos y la situacionalidad espacio-temporal y cultural de las diferencias.

(13) Ver McLAREN, PETER, *Multiculturalismo crítico*, 3ª ed., San Pablo, Cortez Editora, 2000.

Como alternativa, McLaren propone una pedagogía crítica y de resistencia que nosotros denominamos “interculturalidad pluriversal de confluencia”, y se basa en una noción de ciudadanía híbrida y solidaria. Utilizando el concepto de “pedagogía de frontera” del pedagogo crítico canadiense Henry Giroux, en el ámbito educativo debe asumirse las diferencias, pero sin caer en esencialismos (ya sea en versión anglocéntrica, eurocéntrica, falocéntrica, afrocéntrica o indianocéntrica). Se debe crear una política de construcción de alianzas (v. gr. según el lugar, entre poblaciones indígenas, mestizas, etnias, minorías y población mayoritaria) en las que se compartan sueños de emancipación y de solidaridades más allá de posturas paternalistas, asimilacionistas y condescendientes que para lo único que sirven es para mantener espacios hegemónicos e institucionalizados de incomunicación y de separación racista.

Para esta perspectiva intercultural, a través de los derechos humanos en su versión más universal y abierta a la diferencia, las identidades reconocidas son fronterizas, cambiantes, dinámicas, flexibles y no estáticas, rígidas y cerradas. Además, parte de una aceptación de la alteridad cimentada en el intercambio de experiencias, en el contacto y en el enriquecimiento recíproco. Tal como señala Boaventura de Sousa Santos, hay que partir de la premisa de que todas las culturas son incompletas y problemáticas en sus concepciones de dignidad y, además, aceptar que todas ellas poseen versiones intraculturales diferentes, algunas más amplias que otras, algunas con círculos de reciprocidad más amplios que otros, más abiertos en el reconocimiento como sujeto a todos los seres humanos.⁽¹⁴⁾ Son estas versiones las que deben incorporarse en cualquier programa o plan de educación que pretenda fomentar un espíritu y una actitud realmente intercultural en el reconocimiento de las diferencias.

En este sentido, un conocido proverbio complementado señala que “cuando el dedo señala el sol, el tonto mira el dedo... Pero más tonto sería si mirara al sol, pues se quedaría ciego”.⁽¹⁵⁾ Ser tontos o ciegos en políticas educativas sobre derechos humanos vendría a ser el marco dentro del que se mueven quienes defienden tanto una idea de universalidad expansionista y excluyente de los mismos, como una idea de particularidad cerrada e incomunicada que los rechaza a partir de un esencialismo estrecho y blindado. Es por ello que incluso el punto de partida en el que hemos situado al

(14) SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *A gramática do tempo*, San Pablo, Cortez Editora, 2006.

(15) SUBCOMANDANTE MARCOS, “Encuentro intergaláctico”, en *Ajoblanco*, n° 4, 1997.

tonto, el marco en el que se encuentra, igualmente está equivocado porque no solo hay un sol, no solo hay un dedo y una forma de apuntar al cielo. Hay múltiples soles y estrellas, muchos son los dedos que las señalan e, incluso, hay otras maneras para indicar distintos lugares y sitios. Siempre es muy enriquecedor lo que pueden ofrecernos quienes imaginan y crean diversos mundos, por muy diferentes que sean al nuestro. Existen racionalidades y formas de conocer que no solo se reducen a la racionalidad científica occidental. Hay múltiples modos de saber.

Esta alternativa pedagógica intercultural de confluencia debe hacerse cargo y debe incorporar en sus programas de enseñanza tanto la presencia de múltiples culturas con sus luchas y reclamaciones como las distintas visiones y pretensiones de unidad hacia la que aspiran, construidas por medio de las propias relaciones sociales, que pueden ser diferentes y equidistantes unas de otras. De ahí que la idea de derechos humanos y de dignidad humana variará en cada caso. Cada contexto marcará el grado de atención de la diversidad. Pero todo ello hay que hacerlo evitando posturas esencialistas que aparecen tanto en discursos y culturas de carácter localista como globalista y hegemónico. La aceptación de esta pluralidad de opciones no tiene por qué implicar indefectiblemente la total incomunicación y separación entre las culturas. Es cierto que podremos encontrarnos con esferas en las que será imposible establecer vasos comunicantes, pero habrá otras en donde sí serán posibles algunos puntos de encuentro, siendo los derechos humanos uno de esos lugares de confluencia.

Una pedagogía pluriversal debe cultivar el respeto de la diferencia en espacios en los que desde ella se permita, en igualdad de condiciones, a todos los sujetos humanos poder crear, significar, recrear y hacer mundos plurales en lo étnico, lo cultural, lo sexual, lo libidinal, lo social, lo económico, lo político, lo espiritual, lo epistémico y lo espiritual.

Pero no únicamente se trata de construir puentes y lugares de encuentro para dialogar, sino también hay que posibilitar y potenciar que las personas se afecten unas a otras. Tanto ellas como los productos culturales que producen deben cruzar los puentes al otro lado para que, de esta manera, se incorporen elementos identitarios, simbólicos y horizontes de sentidos de otras culturas al interior de la propia cultura a la que se pertenece, creciendo en humanidad y sin lógicas caníbales o asimilacionistas. Los caminos que hay que abrir no solo deben ser unidireccionales y dominados por uno de los lados o por una de las orillas. Hay que buscar espacios de **interver-**
salidad, de auténticos intercambios equitativos de enriquecimientos recí-

procos que demuestren que los puentes no son solo para que los humanos platiquemos y hablemos en medio de ellos, para seguidamente regresarnos a nuestra casa, sino para que unos y otros incorporemos aportes espirituales y materiales de forma emancipadora, de tal manera que sean parte de nuestro proceso de construcción de identidad y de ensanchamiento en humanidad de nuestros lugares de vida. No se trata de un mestizaje impuesto o hegemónico, sino de identidades autoproducidas desde interversalidades sin hegemonías (o las menos posibles) y sin homogenizaciones.

6. Conclusión

En definitiva, cuando hablamos de derechos humanos, tenemos que saber qué idea tenemos de ellos. Por lo general, existe una cultura oficial y extendida que reduce derechos humanos a valores morales y éticos recogidos en las normas jurídicas y/o constitucionales, a las instituciones que los garantizan y los filósofos y teóricos que reflexionan sobre ellos a lo largo de la historia. Esta visión de derechos humanos provoca cierta pasividad, indolencia y anestesia en los ciudadanos. Además, esta misma concepción reducida es la que se recoge en casi todos los manuales y programas de educación ciudadana y de derechos humanos.

Para salir de este molde que es excesivamente puntual y formalista, y que termina por quitar al ser humano su capacidad de crear y recrear mundos, hay que defender e incorporar en todos los programas educativos una perspectiva más compleja que extienda el análisis y la práctica de los derechos humanos a la eficacia no jurídica, la lucha social y la sensibilidad socio-cultural. Los derechos humanos guardan relación con las actividades y las tramas sociales socio-históricamente desarrolladas por los seres humanos en todos los lugares sociales.

Asimismo, además de la necesidad de construirse una visión compleja y relacional de los derechos humanos, hay que incorporar en ellos la dimensión intercultural dada la fuerte carga eurocéntrica u “occidentalocéntrica” que poseen. Los derechos humanos en clave intercultural deben enseñarse teniendo en cuenta las distintas expresiones de lucha por la dignidad humana desarrolladas por cada cultura y/o forma de vida, a partir del respeto de las diferencias, y posibilitando la producción de lugares de encuentros y de intercambios mutuos (interserales) en los que todos nos sintamos afectados por los otros, no cayendo en esencialismos excluyentes.



Reflexiones desde la jurisprudencia sobre comunidades indígenas

De la tensión universalismo-multiculturalismo a la interculturalidad

RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS⁽¹⁾



Palabras clave: cosmovisión indígena; sistema punitivo; derechos humanos; universalismo; multiculturalismo.

1. Introducción

El tema que convoca a las presentes Jornadas constituye uno de los aspectos más debatidos de la dogmática y de la filosofía jurídica contemporáneas. Así, en una obra conocida, el profesor español Borja Jiménez reflexiona que el tópico involucra a temas como la unidad del sistema jurídico penal, la legitimidad del Estado para imponer sus leyes en poblaciones que ni las aceptan ni las aplican, o la universalidad de la vigencia de los derechos

(1) Profesor Titular de Teoría General y Filosofía del Derecho, UBA.

humanos.⁽²⁾ En lo que sigue indagaré sobre dichos aspectos a la luz de algunos casos jurisprudenciales que hacen foco en las comunidades indígenas del norte de nuestro país, profundizando, de tal modo, una línea de investigación sobre la que ya he presentado algunas propuestas en otros lugares.⁽³⁾

2. La perspectiva del derecho penal

El régimen penal que impera en Occidente a partir del notable despliegue teórico que lleva adelante el pensamiento ilustrado⁽⁴⁾ se asienta, como es sabido, sobre la noción de culpa y esta se manifiesta cuando quien puede conducirse de acuerdo con lo prescripto por la norma, no lo hace. A la inversa, no media reprochabilidad ni punibilidad cuando, en determinadas hipótesis, no resulta posible el obrar autónomo del sujeto, o cuando este no comprende la antijuridicidad de la conducta bajo análisis. El primer supuesto reenvía a lo estatuido por el art. 34, inc 2° de nuestro Código Penal y se conoce como “estado de necesidad”, en tanto que el último conecta con el primer apartado y se denomina “error de prohibición”.

Como escribe Becerra, “la tipicidad implica relevancia social y, por ello, toda vez que las acciones o conductas analizadas impliquen una perfecta subsunción del caso a la norma, pero, sin embargo, no signifiquen en la vida real una perturbación social comprobada, no deben ser consideradas típicas”.⁽⁵⁾ Un supuesto en el que dicha perturbación puede no configurarse es el englobado bajo la teoría de la “insignificancia”, fuente de no pocas discusiones. Otro, que es el que interesa en este papel, es el que se observa cuando “las acciones no representan relevancia social por manifestar una contravaloración entre la ley y el contexto social en el cual la norma y el caso se desenvuelven”.⁽⁶⁾

(2) Ver BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, *passim*.

(3) Ver RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, “Universalismo vs. Multiculturalismo en la encrucijada contemporánea de los derechos humanos. Algunos ejemplos históricos y recientes de la jurisprudencia argentina”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Bs. As., vol. 40, 2013, en prensa, y “El camino de la universalización de los derechos humanos”, en *Anales de la Academia de Ciencias Morales, Políticas y Jurídicas de Tucumán*, vol. 2, 2012, en prensa.

(4) Para una aguda síntesis de los aportes de la “filosofía de las luces” a este tema, ver KANTAROWICZ, HERMANN, “Las épocas del derecho” en Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho* (trad. del alemán por W. Roces), Madrid, FCE, 1974, pp. 111/112.

(5) BECERRA, NICOLÁS, *Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*, Bs. As., 1966, p. 13.

(6) GOUVERT, JUAN F., “Hacia una efectiva vigencia de los derechos indígenas en el sistema penal argentino”, en *La Ley Actualidad*, 12/10/2009, p. 4.

Se ha planteado, en efecto, la no comprensión de la ilicitud de una conducta en los casos de quienes pertenecen a culturas diversas a las del ámbito en el que moran o se encuentran y en el que se ha dictado la norma que reprocha dicha conducta. Así, a partir del supuesto del error consagrado en el inc. 1° del art. 34, Zaffaroni plantea la tesis del “error culturalmente condicionado” para mentar las situaciones en las que, por las netas y visibles diferencias culturales que se observan en ciertos contextos, deviene imposible **comprender** y, por tanto, motivarse en la norma que determina un comportamiento determinado para quienes pertenecen a una cosmovisión extraña al lugar en el que aquella se ha promulgado.⁽⁷⁾ La noción clave, a mi ver, es la de la cabal “comprensión” (o no) del acto jurídico de que se trata, noción de perceptible matriz hermenéutica y que, en rigor, resulta pertinente para la entera intelección de la realidad jurídica.⁽⁸⁾ De ahí que los numerosos (e interesantes) ejemplos que ilustran dicha tesis están teñidos por la idea de que la incomprensión debe ser absoluta, es decir, que quienes alegan el error de comprensión pertenecen a comunidades culturales cerradas o, cuanto menos, lo significativamente encriptadas como para desconocer en su radicalidad la conducta antijurídica estatuida en el contexto en el que actúan.⁽⁹⁾ El error de prohibición, en el caso, error de comprensión “culturalmente condicionado”, deviene, pues, invencible.

3. Algunos ejemplos de derecho comparado y nacional

La tesis señalada ha hecho carrera en el derecho comparado cada vez que se han verificado contrapuntos entre cosmovisiones diversas, habiéndose también invocado en favor de comunidades indígenas americanas ante determinadas situaciones jurídico-penales.

Así, Cárcova refiere un supuesto bien conocido en el ámbito andino y no extraño a la región de la que provengo y que es el “casamiento a prueba” (*servinakuy*), el cual, como refiere el historiador del derecho li-

(7) ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, t. IV, Bs. As., Ediar, 1999, p. 73 y ss., especialmente pp. 95/96, 98 o 200 y ss. Ver sobre todo este tema el sugerente y novísimo estudio de ARA, ALEJANDRA CASTILLO, “La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición”, Bs. As., *La Ley*, 11/02/2014, pp. 1/3.

(8) Ver mis estudios “Precomprensión y jurisprudencia”, en *Persona y Derecho*, n° 47, *Derecho, historicidad, lenguaje. Estudios en honor de Arthur Kaufmann*, Pamplona, 2002, pp. 391/416, y “La teoría de la interpretación judicial en Cossio y Betti: coincidencias y actualidad de dos perspectivas contemporáneas”, Bs. As., *La Ley*, 2005-A-1148-1168 (reproducido en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, n° 1, 2005, pp. 139/168).

(9) Ver, entre otros, Zaffaroni, nota 7, pp. 205/206 o Gouvert, nota 6, p. 4.

meño Fernando de Trazegnies, habitualmente celebrado por las familias serranas con niños menores de edad, fue abrogado en el Perú independiente. El sentido de estas uniones obedecía a la forma en como estaban estructuradas las familias en esa zona, íntimamente ligada a unidades de producción, de donde su poder dependía en gran medida del número de personas jóvenes y aptas para el trabajo que se integren a aquellas. Sobre tales bases, cuando dichos grupos hubieron migrado a las ciudades, la práctica quedó descontextualizada y ante la prohibición legal los jóvenes maridos sufrieron procesos por violación de sus esposas menores de edad. Cárcova anota que “de buenas a primeras el cumplimiento de un mandato biológico-cultural venía a resignificarse como delito aberrante”, lo que llevó, expresa, a muchos países de América Latina a introducir reformas legislativas “tendientes al reconocimiento de normatividades alternativas” que, en los hechos, supuso la consagración de la tesis bajo examen.⁽¹⁰⁾

Con lo dicho, se arriba a los dos primeros ejemplos jurisprudenciales que deseo tratar aquí y que conciernen a sentencias firmes de la jurisdicción federal de Salta y Jujuy en las que, al cabo de las declaraciones indagatorias y de los dictámenes de profesionales, surge ya la no comprensión —con sustento en su condicionamiento cultural— del reproche penal (art. 34, inc. 1º, del citado Código), ya la imposibilidad de evitarlo en los términos del art. 34, inc. 5º de dicho Digesto (aunque la influencia de la cosmovisión en orden a la no asunción del ilícito resulta visible, como se verá) respecto de mujeres sorprendidas transportando estupefacientes junto con sus maridos, por lo que les fue dictada la falta de mérito.

En efecto, en la causa “Huaylla”, la encartada, natural de Bolivia, con domicilio en ese país aunque con residencia en Córdoba, Argentina, expresa en su declaración indagatoria que su marido le señaló que “vos tenés

(10) Ver CÁRCOVA, CARLOS M., *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998, p. 75. En otro breve pero sustancioso trabajo sobre este tema (MARTINIC, MARÍA DORA, “Algunas Reflexiones en Torno a la Constitución, Organización y Efectos Jurídicos de la Familia Andina”, en *Revista del Abogado*, n° 20, Colegio de Abogados de Chile) plantea otras características del instituto que, a mi ver, lo acercan más a lo que acaece en la región argentina de Salta y Jujuy, de la que provengo. Así, expresa que “la elección de la pareja es absolutamente libre, sin injerencia alguna de los progenitores de los futuros cónyuges” y que facilita “la transición de la adolescencia a la madurez”. Asimismo, es interesante lo que escribe respecto de la naturaleza jurídica del instituto, señalando que “para algunos se trata de un matrimonio real, ancestralmente aceptado y reglado minuciosamente” que, con la llegada de la cultura castellana quedó relegado a una unión de segunda categoría. Empero, concluye que autores recientes lo reivindican como “la primera e indispensable etapa del proceso matrimonial andino (...) instituido como forma de defensa de la familia en culturas muy conservadoras en este terreno”.

que llevar nomás” la sustancia ilícita, y cuando al marido se le pregunta si su mujer siempre le hace caso, contesta afirmativamente, ya que “por algo ‘son matrimonio’”. A su vez, del estudio psicológico dispuesto a los nombrados respecto de “las normas culturales que rigen” su convivencia surge que “si bien no existe una norma cultural expresa por la cual la paciente deba obediencia absoluta al marido, la misma posee (...) inmadurez afectiva y dificultades intelectuales”, lo cual le produce “temor a la acción independiente que se manifiesta en sumisión y dependencia” a aquel. De ahí que, concluye el Magistrado, “se infiere que al momento de la evaluación Huaylla tenía interferida por factores emocionales e intelectuales tanto la capacidad de dirigir sus acciones como la consciencia del alcance de sus actos”.⁽¹¹⁾

De igual modo, en la causa “Choque”, la detenida, también nacida, como en el supuesto anterior, en Bolivia y domiciliada en Sucre aunque “con legal estadía en el país” según las constancias del expediente, expresa en su pertinente declaración indagatoria “con la asistencia del intérprete de quechua”, no recordar “el número de su documento, no saber cuántos años tiene ni qué día nació” y que “su esposo la lleva a todos lados como si fuera un bebé”; “la ha llevado a trabajar a distintas provincias (...) en diferentes cosechas” y que “siempre anda con su esposo que la conduce (...) cobra el dinero y lo maneja”. Al respecto, el juez de la causa expresa que de “la impresión *de visu* obtenida hace creíble su versión de que el marido ‘la lleva como un bebé’”, resultando “significativo” que en su declaración aquel recién la introdujera “como sujeto solo al final de su relación de hechos en la indagatoria”, pues “hasta ese momento lo acontecido pasaba solamente por él”. De ahí que considera que su mujer resulta “una persona carente de autonomía”, de modo que “realizó el viaje solo porque su marido lo ordenara, siendo inescindible su accionar del de su esposo”.⁽¹²⁾

(11) DE JUJUY, “Huaylla Delgado”, sentencia del 31/03/2005. Agradezco a la Dra. Alejandra Cataldi, Secretaria Penal de dicho Juzgado, el haberme proporcionado esta y la siguiente sentencia en orden a la elaboración de este trabajo.

(12) DE JUJUY, “Choque Lima”, Sentencia del 15/12/2009. Es interesante anotar el “aire de familia” que, en lo relativo a la comprensión (o no) de la conducta cuestionada (más allá de sustanciales diferencias a las que haré mención más abajo) exhiben los dos supuestos recién examinados con el caso “Forfana Dalla Traoré”, resuelto por el Tribunal Criminal de París en 1989 y referido por Cárcova en nota 10, pp. 84 y ss. Se trató de un proceso —como tantos— incoado a una madre por haber practicado la denominada “mutilación genital femenina” a su hija menor de edad. Escribe el autor que “la imputada, que provenía de Malí y pertenecía al pueblo de los soniké (diseminados por distintas regiones del África noroccidental), a pesar de tener una prolongada residencia en Francia, no hablaba

Los siguientes casos resueltos por la Corte de Justicia de Salta conciernen a bienes jurídicos fundamentales que afectan a menores de edad.

El primero refiere a un niño perteneciente a la etnia Toba, quien padece una grave enfermedad oncológica (hepatoblastoma de alto riesgo), por lo que los médicos tratantes demandan el empleo de todas las técnicas disponibles en orden a lograr su curación, las que incluyen su derivación desde Tartagal, Provincia de Salta, donde habita a un hospital de la Capital Federal y, eventualmente, la ablación y/o trasplante del órgano afectado. La familia se opone. Según surge de las actuaciones, la defensa oficial de aquella expresa que "la etnia a la que pertenece el grupo familiar tiene creencias y pautas de vida y muerte que quieren que se respeten", por lo que la sentencia apelada (que había hecho lugar al pedido de los galenos) "avasalla su libertad de vivir conforme sus convicciones, pautas culturales y religiosas; que aman a su hijo pero no en condiciones penosas (...); hacen conocer que el niño permanentemente pide volver a su casa con su familia".⁽¹³⁾ Invoca, además, normas que permiten al paciente o a sus representantes rechazar el tratamiento, agregando, que en la actualidad, "en muchos casos el único fin de esos tratamientos es dilatar la muerte, por lo que la voluntad del paciente es soberana en cuanto a su libre determinación de someterse o no a determinado acto médico, aún en situaciones de riesgo", sin que quepa considerarse que se está ante un ejercicio abusivo de la patria potestad, debiendo, por el contrario, "evaluarse el mejor interés del niño" (párr. 4º, consid 1º).

A su turno, la Corte de Justicia de Salta argumenta del modo siguiente: (i) el derecho a la vida, según jurisprudencia de la Corte Suprema, "es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva"; (ii) la salud, "como valor y derecho humano fundamental" tiene reconocimiento constitucional; (iii) el derecho a la salud, también ha dicho el Alto Tribunal, no es un derecho teórico, sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social; (iv) los niños "no pueden sino ser sujeto y nunca

francés y solo se comunicaba en el idioma de su etnia con otras personas de su misma procedencia", expresando durante el proceso que la práctica cuestionada "siempre se hizo así" porque "seguimos la enseñanza de nuestros padres". El Tribunal condenó a la madre a tres años de prisión, en suspenso. Para Cárcova, "la Sentencia ha querido recorrer un camino intermedio entre la necesidad de condenar el hecho de la excisión y no ignorar la diversidad" (p. 86).

(13) CJ SALTA, "Arias, Marcos. J.", Sentencia del 13/07/2011, *in re*, Expte. 34.642/11.

objeto del derecho de terceros" (consid. 3°); (v) debiendo computarse que uno de los principios rectores en materia bioética es el resguardo de la autonomía personal, en especial, frente a decisiones respecto de la propia salud o de sus representados (consid. 5°); (vi) sobre tales bases, corresponde valorar los derechos constitucionales en juego, a saber, "el respeto por las creencias propias del grupo étnico al que pertenece la familia y el derecho no ya a la salud, sino a la vida del niño nombrado" (consid. 4°); (vii) ante ello, "se encuentra en juego el derecho de una persona vulnerable de alto riesgo, cuya autonomía se encuentra (...) casi inexistente no solo por su edad, sino por el escaso grado de información científica del que disponen los mayores a su cargo". De ahí que, concluye, "las creencias del grupo étnico al que pertenecen quedan desvirtuadas por la urgencia requerida en la toma de decisiones fundamentales respecto de las posibilidades de vida del menor que no encuentran alternativas", máxime si este "podrá tener posibilidades de analizar la concordancia de sus propias convicciones con las del grupo al que pertenece, solo si tiene oportunidad de gozar de los beneficios de un tratamiento médico adecuado que le garantice la preservación de su salud..." (considerando citado).

El segundo caso se ocupa del acceso carnal reiterado del padrastro a partir de los 9 u 11 años de edad y que deriva en el embarazo de la hijastra poco tiempo después. Mientras el proceso se inicia por la denuncia de la madre y de la maestra de la menor, quienes acusan al padrastro de violación, este último invoca la aparente costumbre wichi del matrimonio bigámico (conocido como "privignático"), a la luz de la cual resultaría neutralizada la acusación.⁽¹⁴⁾

En efecto, para la defensa del imputado se ha violado el "derecho consuetudinario" que resguarda la "identidad cultural de los pueblos indígenas" garantizado por el art. 75, inc. 17 CN, lo que genera un "derecho constitucional indígena", por lo que no ha habido dolo de su defendido en tanto "se emite un juicio sobre una conducta solo comprensible en términos del 'código' de la comunidad indígena, aplicando para ello otro código, el penal, sin que exista una relación intercultural de mutuo entendimiento", lo cual deviene "discriminatorio". De ahí que considera que "no existió violación ni reiteración del delito de engaño" toda vez que "en la supues-

(14) CJ SALTA, "C./C. R., J. F. rec. cas.", Sentencia del 29/09/2006, *in re*, Expte. 28.526/06.

ta víctima existe la madurez requerida para que la conducta sancionada pueda ser descripta como simple modo de vida, aceptado antropológicamente como una institución social denominada 'matrimonio privignático', en el que, a diferencia de lo que entiende la Cámara, no existe concubinato, sino matrimonio tanto con la madre como con su hija" (ver voto de la jueza Garros Martínez, consid. 3º, párrs. 1º y 2º).

El Alto Tribunal provincial dejó sin efecto, por mayoría, el procesamiento dictado en la anterior instancia con sustento en una razón formal, aunque no por ello menos sustantiva: con arreglo a lo dispuesto por las Constituciones tanto nacional como provincial, "cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aun provisoriamente, sus particularidades sociales deben ser objeto de una ponderación concreta, lo que no ha ocurrido en el presente caso" (consid. 11).

Distinto es el parecer de la disidencia de la jueza Garros Martínez, para quien la Cámara merituó suficientemente las constancias probatorias arrojadas a la causa, las que puestas en correspondencia con los parámetros de nuestro sistema jurídico, impiden considerar la no comprensión antijurídica de la conducta reprochada al encartado. Para la jueza, (i) "no surge de las pruebas aportadas sobre el modo de vida wichi que las relaciones sexuales con menores de edades inferiores a los 13 o 14 años integren las prácticas habituales de la comunidad" (consid. 18, párr. 2º); (ii) el informe antropológico requerido a la Universidad Nacional de Salta "si bien instruye sobre la iniciación de la vida sexual a partir de la menarca, no da cuenta de la institucionalización en la cultura wichi de formas como la bigamia o el matrimonio privignático" (consid. 18, párr. 4º); (iii) "no puede concluirse que Misión Wichi importe un grupo étnico totalmente cerrado que mantenga sus principios en forma totalmente pura" (consid. 24, 5º párr.); (iv) ello se corrobora no solo por el hecho de la escolarización de la menor, sino del propio imputado, quien "cursó hasta tercer grado del nivel primario y desde hacía tres años era beneficiario del Plan Jefes/as de Hogar" (consid. 24, párr. 4º), y por el hecho de que existen denuncias "para que se investigue lo que está sucediendo en la comunidad"; se reconocen contactos con barrios, cuyas costumbres "desgraciadamente" adoptan; se recepta la influencia de la Iglesia Evangélica y la voluntad de querer conocer más sobre las leyes nacionales (consid. 24, párr. 5º); (v) por último, el experto que intervino en la causa refiere conclusiones de un seminario de 1998 del que surge que "el acceso carnal de menores de edad pare-

ce encontrar el parámetro entre lo permitido y lo prohibido no ya en la edad de la menor, o en su real consentimiento y comprensión del acto, sino en el riesgo de daño físico". De ahí que se trataría no de un "ataque a la libertad sexual, sino una variante de agresión física" (consid. 23, párr. 2º).⁽¹⁵⁾

4. La perspectiva *iusfilosófica*

Considero que la dogmática penal se encuentra lejos de proporcionar la última palabra respecto de esta temática. Adviértase, en efecto, que todos los casos sucintamente referidos desnudan sus correlativos contra ejemplos. Si bien se mira, esta observación sobrevuela más explícita que implícitamente la teoría recién presentada: ¿se está, en verdad, en los supuestos traídos a consideración ante un error de comprensión invencible que torna irreprochables las conductas examinadas?

¿No cabe, por el contrario, considerar que el traslado a los centros urbanos de las jóvenes generaciones andinas desdibujó el sentido del *servinakuy*, de modo que estos tuvieran ya internalizada su reprochabilidad?; ¿debe admitirse la incompreensión absoluta por parte de quien transporta estupefacientes en su cuerpo si, como acaece en un caso, vive en una importante ciudad de nuestro país o, como ocurre en el otro, ha pasado período cortos de tiempo en diversas regiones productivas del mismo, lugares todos en que es clara la prohibición de la conducta referida?; ¿deviene pertinente idéntica conclusión para quien mora en Francia desde hace muchos años, aun cuando solo se halla en contacto con personas de su comunidad que, por cierto, al vivir

(15) En abono de la tesis referida por la jueza Garros Martínez, juzgo de interés incorporar el testimonio —hecho público en medios locales a raíz de este asunto— de Octorina Zamora, jefa de la comunidad wichi Honatle' les, de Embarcación, Provincia de Salta, cercana a Tartagal, lugar donde acaecieron los hechos examinados, quien señala, categóricamente, que "la violación de una menor por parte de un mayor es una aberración y no está considerada normal por ninguna de las comunidades indígenas, y menos en la wichi, en donde es castigado el abuso de poder y las relaciones sexuales incestuosas". Luego de recomendar "hablar con los ancianos y ancianas de nuestra comunidad, que son fuente de nuestra sabiduría", reitera que no se está ante "una costumbre ancestral" para concluir que "como en toda cultura, los niños wichi juegan con niños, no tienen relaciones con adultos", de donde "yo estoy defendiendo a los niños y a las niñas, que son la esperanza de mi pueblo" (Ver *El Tribuno*, Salta, 11/09/2009, p. 34 y 30/07/2012, p. 40). En esta última publicación se da cuenta de la denuncia de miembros de la comunidad wichi "Misión La Loma", también de Embarcación, respecto de la violación de una menor de 9 años. Más allá de que no constan registros de que el asunto hubiese llegado a la justicia, se trata de una nueva corroboración de que las relaciones entre adultos y niños no parecería avalada por el "modo de vida wichi" (ver consid. 18, párr. 2º, y 25 de la citada disidencia).

en aquel país, de alguna manera corresponde inferir que se hallan familiarizadas con la consideración que en ese lugar se tiene de determinados comportamientos?; ¿cabe en razón de una determinada cultura, por lo demás, en permanente contacto con otras, abdicar de la vida de un hijo menor en los inicios del tratamiento destinado a salvarla?; ¿Puede desconocer quien se desenvuelve en nuestro medio, como habría sido probado respecto del encartado en el último supuesto, a la sazón hijo de una de las autoridades de su comunidad, que el acceso carnal a menores de 11 años es una práctica severamente prohibida por el medio ambiente social y por la ley?

Por de pronto, aquí no se está ante una cuestión puramente fáctica. El punto no es, como insinúa Cárcova al referir el citado caso de la escisión, si la madre conocía o no la ley francesa⁽¹⁶⁾ sino, en rigor, si “comprendía” su alcance, aspecto íntimamente vinculado, como consideran el autor recién mencionado y Rabinovich-Berkman, al propio conocimiento de sí mismo a la luz de su preciso itinerario cultural.⁽¹⁷⁾

Como anticipé, si bien este planteamiento revela un encomiable esfuerzo intelectual y es útil para resolver ciertos supuestos, resulta problemático, aun en casos extremos como varios de los precedentemente citados en los que, *prima facie* la teoría del error de comprensión invencible parecería resultar pertinente. Se ha visto ya que esta tesis reenvía a la punibilidad (o no) de una persona según que haya comprendido (o no) la antijuridicidad de una determinada conducta tipificada en el ordenamiento jurídico existente en el lugar en que se encuentra. Pero conviene enfatizar que dicho punto de vista no dice nada respecto de la justicia o injusticia intrínseca de la conducta en cuestión, más allá de que esta pueda (o no) ser comprendida por cualquier individuo. Y esta última cuestión, que reenvía a un análisis filosófico, es la decisiva y la que se tratará ahora. De hecho, este planteamiento no es ajeno al pensamiento, por ejemplo, de Zaffaroni, Alagia y Solkar cuando reparan en la crítica de algunos a que la tesis del error de comprensión culturalmente condicionado “sería inadmisibles para los bienes jurídicos fundamentales”. Para estos autores,

es verdad que cuando se trata se trata de la vida y de la integridad física de las personas no es sencillo resolver los casos

(16) CÁRCOVA, CARLOS M., *op. cit.*, nota 10, p. 85.

(17) CÁRCOVA, *ibid.* y RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO, *¿Cómo se hicieron los derechos humanos? Un viaje por la historia de los principales derechos de las personas*, Bs. As., Didot, 2013, p. 140.

que pueden presentarse, pero tampoco la regla en cuestión puede sostenerse con valor absoluto. Es obvio que cuanto mayor es la lesión jurídica, mayor es también el reproche y, por ende, cualquier exculpación debe ser de mayor entidad, o sea que el ámbito de autodeterminación debe estar reducido por motivos más fuertes. Quizá el vínculo cultural que impide a la persona comprender la ilicitud de la prohibición de inhumaciones clandestinas no alcance para fundar la invencibilidad del error de comprensión de una lesión o de un homicidio, pero no por ello puede excluirse un error de comprensión de tal entidad.⁽¹⁸⁾

La cuestión recién expuesta conecta con la pregunta inicial de Borja Jiménez relativa a la universalidad de los derechos humanos. Dicho brevemente: ¿resultan cualquiera de las conductas mencionadas más arriba compatibles con aquellos? Acaso con mayor propiedad: ¿son en verdad universales los derechos humanos?, esto es, ¿cabe reconocer la existencia de un núcleo de principios fundamentales que atraviesa diacrónica y sincrónicamente a la humanidad, de modo que esta, con mayor o menor dificultad según épocas, lugares y circunstancias, puede dar cuenta de su existencia, denunciar su desconocimiento y bregar por su afianzamiento? La pregunta, como es obvio, resulta capital para el planteamiento y desarrollo de toda teoría de los derechos humanos y no será abordada aquí más que a partir de ciertas notas que van en línea con lo que se viene reflexionando, esto es, la relación entre culturas indígenas y derechos humanos.⁽¹⁹⁾

Por de pronto, las comunidades indígenas exhiben un consolidado sistema punitivo, de ordinario de factura consuetudinaria que está revelando que no toda conducta es indiferente, esto es, que no se adhiere a una perspectiva relativista que, de suyo, impide formular juicios críticos sobre el acierto o no de determinados comportamientos.

Así, a título ejemplificativo, en el trabajo "Derecho Penal Indígena", sus autores refieren el caso de la comunidad indígena del Pueblo Coya de Iruya, en la Provincia de Salta. Relatan que "lo que está bien y lo que está mal se diferencia por lo que les dice su conciencia" y "por lo aprendido en la comuni-

(18) ZAFFARONI, RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2003, p. 738.

(19) Ver otras referencias en mis trabajos citados en la nota 3.

dad, ya que las normas a seguir se deducen del propio comportamiento de los integrantes del pueblo". En ese horizonte, expresan que figuras como el robo, hurto y homicidio son entendidas de igual modo que en el Código Penal, observándose idéntico alcance que en este último ordenamiento en lo que concierne a la aplicación de las agravantes y atenuantes. Sin embargo, manifiestan que "tienen penas particulares que no se saben de antemano" y que "pueden deducirse de otros casos similares ocurridos con anterioridad". Añaden que "en general, las penas que se aplican son graves y tienen como finalidad, además de castigar a quien incumplió algún deber de la comunidad, servir como ejemplo para el resto de los integrantes", siendo la más grave el ostracismo, esto es, la expulsión de la comunidad.⁽²⁰⁾

Como puede advertirse, admitida la línea divisoria entre la moral asumida por una determinada comunidad (de la que el derecho penal es una de sus manifestaciones) y la que se repudia, la cuestión a resolver es si esta coincide o no con ese núcleo de principios básicos que la humanidad ha delineado en torno de la figura de los derechos humanos. Esta es la preocupación central no solo de quienes tradicionalmente han ignorado las particularidades culturales que ofrecen las comunidades indígenas,⁽²¹⁾ sino —y esto es lo que interesa puntualizar aquí— de quienes las han reconocido e, incluso más, de quienes procuran enérgicamente salvaguardarlas.

Lo dicho se advierte de modo paradigmático en materia legislativa, entre otros ejemplos, en el célebre Convenio 169 OIT sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado por nuestro país mediante ley 24.071 y frecuentemente considerado como una suerte de "Carta Magna" de los derechos de los grupos aborígenes. El Tratado, en primer término, reclama que dichos pueblos tendrán "el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias" (art. 8.2; ver, asimismo, art. cit., inc. 1º). A su vez, en materia penal, dispone que "deberán respetarse los métodos a los que (...) recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros" (art. 9.1). Complementario de esta disposición es el siguiente inciso, el cual estatuye que "los Tribunales llamados a pronunciarse sobre cues-

(20) RITONDALE, LORENA; COTARELO, NATALIA y CANTELI, YANINA, *Derecho penal indígena*, [en línea] <http://indigenas.bioetica.org/mono/inves38.htm>

(21) Es la tesis conocida como "etnocéntrica". Sobre esto ver TODOROV, TZVETAN, *Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana* (trad. del francés por M. Mur Ubasart), Madrid, Siglo XXI, 2010, p. 21 y ss. Me he ocupado críticamente de esa perspectiva en el primer trabajo citado en la nota 3.

tiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”, en tanto que el siguiente artículo dicta que “cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales”, debiendo, además, “darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

Sin embargo, el Convenio es categórico en cuanto a que el resguardo de dichas tradiciones, comprensivas, como es obvio, de los métodos y sanciones empleados en materia penal, deben ser “compatibles” con “los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional” y con “los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (arts. 8.2 y 9.1) debiendo, en caso de “conflicto” en la aplicación de estos criterios, “establecerse procedimientos” con vistas a su solución.

Como surge de lo transcrito, la protección de las tradiciones de los grupos indígenas que el Convenio procura resguardar de modo tan enfático, encuentra el firme valladar de ese núcleo de principios básicos que la comunidad internacional ha ido positivando bajo el nombre de “derechos fundamentales” o “derechos humanos”. No se trata, pues, de una proposición menor ya que está limitando considerablemente la virtualidad de aquellas tradiciones, de manera que no cabe concluir que el documento les otorga carta franca por encima de los referidos principios, algo que, considero, no siempre ha sido suficientemente percibido por quienes prohijan el reconocimiento, sin más ni más, de las culturas indígenas.⁽²²⁾ Es más: el legislador internacional no desconoce que puedan producirse “conflictos” entre dichas tradiciones y los derechos internacionalmente reconocidos, por lo que, como se anticipó, prevé “procedimientos” de solución de aquellos. Y si bien el documento no profundiza en la implementación de los mismos, se infiere de su contexto que, cualquiera sea la modalidad que sumen, el objetivo estriba en superar tales tensiones “en línea” con el resguardo de aquellos derechos fundamentales que, en definitiva, el legislador reputa universales.

No diversa es la respuesta dada al tema por parte de la jurisprudencia interamericana. Así, la Corte IDH ha reconocido que “la cultura de los miem-

(22) Ver en tal sentido las consideraciones de representantes de grupos indígenas ecuatorianos referidas por Rabinovich, nota 17, p. 145. Uno de ellos, entre otras, consideró que “los derechos humanos son otra manera de faltarnos el respeto, como vienen haciendo desde que llegaron los españoles”.

bros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”, de modo que “en función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”.⁽²³⁾

Ahora bien, sentado el principio general de la amplia recepción de las costumbres características de las poblaciones indígenas, el Tribunal se apresura a ceñirlo a partir de la formulación del principio también consagrado en la Convención antes citada: dichas prácticas deben resguardar el test de compatibilidad con los mencionados derechos fundamentales. En efecto, en otra causa, el voto razonado de los jueces Antônio Cançado, Pacheco Gómez y Abreu Borelli, expresó, categóricamente, que

En efecto, muchas son, en nuestros días, las sociedades multiculturales, y la atención debida a la diversidad cultural nos parece que constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos en los planos nacional e internacional. Del mismo modo, consideramos que la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. Así, al mismo tiempo que afirmamos la importancia de la atención debida a la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado ‘relativismo’ cultural.⁽²⁴⁾

La opinión de la doctrina tampoco difiere de lo hasta aquí expuesto. El profesor García Vitor, en un completo estudio, luego de defender la tesis

(23) CORTE IDH, “Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, Sentencia del 17/06/2005, Serie C, n° 125, párrs. 135 y 154.

(24) CORTE IDH, “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, Sentencia del 21/08/2001, Serie C n° 79, parág. 14.

del error de comprensión en razón de las diferencias culturales que se deriva en una diversa valoración de ciertas conductas, reivindica la vigencia del sistema de castigos propios de cada cultura a fin de evitar la doble punición “mientras no se afecten bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física, orden público)”.⁽²⁵⁾ De igual modo, al hacer mérito del régimen de sanciones previsto por el derecho consuetudinario indígena y la necesidad de articularlo con el del sistema estatal, se ha escrito que “resulta imprescindible delinear un límite preciso que se encuentra en la **no vulnerabilidad de los derechos fundamentales**”.⁽²⁶⁾ Asimismo, teniendo en cuenta, como se anticipó, que la referida teoría del error de comprensión culturalmente condicionado solo puede aplicarse, en puridad, en comunidades estrictamente cerradas, en las que la intercomunicación con otras cosmovisiones es prácticamente inexistente, pues es eso lo que torna a aquel en invencible, Zaffaroni, con agudeza, expresa que “una cosa es la imposibilidad de comprensión que se deriva de la pertenencia a una cultura indígena y otra la no comprensión que se funda en la pertenencia a una ‘secta diabólica’ para burgueses ociosos o a un grupo político violento de fanáticos”.⁽²⁷⁾ Sin embargo, como ya se ha dicho, este autor junto con Alagia y Slokar van más allá. Es que aun cuando no tienen una opinión definitiva, admiten que esta teoría es de dudosa aplicación cuando se hallan en juego bienes jurídicos fundamentales.⁽²⁸⁾

Como surge de todo lo dicho, existe cierto consenso en cuanto a que las prácticas de los pueblos indígenas no deben contravenir el umbral que proporcionan los derechos consagrados, para decirlo de modo breve, en los textos constitucionales y en los tratados internacionales de protección de los derechos humanos. Conviene insistir en que no se trata de una respuesta simple ni, tampoco, de menor relevancia. Acaso pueda considerarse que hay en la Convención y en las reflexiones jurisprudenciales y doctrinarias citadas una petición de principio, en tanto se da por sentado lo que, justamente, debe probarse: la existencia planetaria de esos derechos fundamentales.

(25) GARCÍA VITOR, ENRIQUE, “Culturas diversas y sistema penal”, [en línea] https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_83.pdf (el énfasis me pertenece).

(26) RITONDALE, LORENA; COTARELO, NATALIA y CANTELI, YANINA, *op. cit.*, nota 20.

(27) ZAFFARONI, RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *op. cit.*, nota 7, p. 205 (el énfasis es del original).

(28) *Ibid.*, nota 18, p. 738. Ver, asimismo, GRISSETTI, RICARDO A., “Diversidad cultural y consciencia disidente”, en *La Ley Actualidad*, 21/04/2011, p. 1.

Si bien prácticamente no me he tropezado con esta objeción capital, en otro lugar he procurado sortearla a partir de desarrollos teóricos bien conocidos, los que se basan en la apertura intersubjetiva y recíproca de unos a otros a fin de reconocerse y comprenderse en una espiral de reflexiones, explicaciones, argumentos y propuestas que se plantean desde la profundidad antropológica del cada quien.⁽²⁹⁾ En efecto, así como no cabe someter a la instancia reflexible crítica de la razón **solo** a una cultura (la indígena), como ha sucedido con demasiada frecuencia a partir del ya mencionado pensamiento etnocéntrico, sino que dicho análisis debe abarcar a **todas** ellas, tampoco corresponde eximir a aquellas tradiciones indígenas de esa instancia, como suelo advertir en escritos desde los que se defiende *in totum* tales perspectivas y constriñendo a las otras culturas a respetar aquellas sin objeción alguna.⁽³⁰⁾

Tengo para mí que el camino propuesto, tal vez más trabajoso, que reconoce una metodología que va de lo particular a lo general (del caso

(29) Ver para todo este planteamiento el primer estudio citado en la nota 3. En una línea que, en principio, hallo semejante, GONZÁLEZ DE PRADA, MARÍA VICTORIA, *Pueblos indígenas: hacia la construcción de un derecho intercultural. El plurijuridismo*, Bs. As., La Ley, 02/01/2014, p. 3, refiere el planteamiento del filósofo cubano Fonet-Betancourt, quien alude a lo intercultural como "una metodología que nos permite estudiar, describir y analizar las dinámicas de interacción entre diferentes culturas (...) con la comprensión de lo cultural (...) como una toma de posición ética a favor de la convivencia con las diferencias". En ese contexto, el "diálogo intercultural significa que cualquier definición de lo intercultural debe hacerse cargo de su contextualidad". Y concluye que "la interculturalidad es una opción (...) que va más allá del multiculturalismo, porque, superando el horizonte de la tolerancia de las diferentes culturas, propone el desarrollo de una práctica de la convivencia (...) como eje para generar, tanto a nivel teórico como práctico, procesos de transformación en las culturas en diálogo".

(30) Ver las ya citadas referencias de Rabinovich-Berkman, nota 17, esp. p. 145. González de Prada, en el trabajo de la nota precedente parece recaer en lo que describo cuando al proponer un derecho intercultural, expresa que "ello obliga a reconocer a la otra cultura como interlocutora de un saber distinto y **tan válido** como el de la cultura propia o hegemónica" (p. 3, énfasis añadido). Considero que no por el hecho de existir cualquier cultura (hegemónica o no) se halla revestida de un saber válido *per se*, ya que tal conclusión impide, por lógica, la posibilidad de formular toda crítica a dicha cosmovisión, lo que, en los hechos, termina privando de sentido al encuentro intercultural que, como piensa pertinentemente Fonet-Betancour, es la base para "generar procesos de transformación en las culturas en diálogo". Ejemplificando: la práctica de la justicia comunitaria vigente en varios países americanos por la que se mutila un dedo al ladrón o se establece la pena del ostracismo; o la legislación (extendida también en numerosos países occidentales) que autoriza los tratamientos de fertilización asistida sin suficientes resguardos respecto de los embriones generados o que permite la pena de muerte, no implica, de su suyo, su validez. Precisamente, todas esas prácticas generan interrogantes desde el punto de vista del resguardo de los derechos fundamentales que impiden dar por sentado, *a priori*, su validez, por lo que interesa debatir sus alcances en el horizonte dialógico de la interculturalidad.

a la regla) para regresar a lo individual, puede proporcionar un elenco de respuestas capaces de dejar a salvo ese núcleo liminar de principios sobre cuyo alcance tanto se fatigan doctrinarios, legisladores y jueces, aunque enriquecidos por las particularidades de los diversos contextos en los que actúan. No se me escapa que se trata de una labor compleja, pero la experiencia indica que la antropología desde la que se reflexiona muestra, en su instancia más radical, una preocupación, desde siempre y en todo lugar, como lo ha dicho la Corte Suprema por “los derechos de seres vulnerables”.⁽³¹⁾

Se trata, en efecto, de una respuesta desde lo negativo que juzgo acertada en orden a elaborar acuerdos que no se denuncien cada día, sino que se consoliden de modo duradero. Una reflexión de Jürgen Habermas ilustra lo expuesto:

Cada vez que un solicitante de asilo es deportado en un aeropuerto a puertas cerradas, cada vez que un barco que lleva refugiados que escapan de la pobreza se vuelca en el cruce entre Libia y la isla italiana de Lampedusa, o cada vez que se dispara una bala en la cerca que divide la frontera con México, los ciudadanos de las naciones occidentales desarrolladas enfrentamos una cuestión inquietante. La primera declaración de los derechos humanos estableció un estándar que inspira a los refugiados, a todos los que han sido forzados a vivir en la miseria, a los que han sido excluido y humillados; es un estándar que afirma que esos sufrimientos no son un destino natural. Con la traducción del primer derecho humano en derecho positivo surgió el **deber legal** de cumplir con requerimientos morales rigurosos, y esto es algo que ha quedado grabado en la memoria colectiva de la humanidad.⁽³²⁾

Los ejemplos contemporáneos recién mencionados pueden multiplicarse a partir de una veloz mirada a la historia (pasajes de la Biblia y del Nuevo Testamento, o páginas de Sófocles; Cicerón; Francisco de Vitoria; Rudolf von Ihering; Ernst Bloch; Salvatore Amato, entre tantos otros), lo

(31) CSJN, “Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/Salta, Prov. de y otro”, Sentencia del 27/09/2005, voto del juez Fayt, consid. 3º.

(32) HABERMAS, JÜRGEN, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en *Diánoia*, LV, 64, mayo 2010, J. Aguirre Román (trad.); E. Mendieta y M. Herrera (rev.), p. 19. El énfasis es del original.

que entraña una constante preocupación —precisamente, más allá de lo que pueda expresar todo texto positivo— por la figura del excluido, del humillado, del insignificante como imaginario que nos vincula y que plantea el punto 0 desde el cual pensar los derechos fundamentales de todos y de cada uno de nosotros.

5. Otra visita a los ejemplos dados

Procuraré ilustrar la metodología recién expuesta retomando algunos de los ejemplos precedentemente brindados.

En lo esencial, conviene reparar en que la preocupación por los “derechos de los seres vulnerables” es una manera de postular la consideración del ser humano —y sus bienes ajenos— como un *prius*, como una base de la que no cabe prescindir a riesgo de suprimir al hombre todo. Y esta es la línea que dejan traslucir los supuestos traídos a reflexión.

Si se piensa en el régimen jurídico penal descrito de la comunidad Coya de Iruya, se observa a la par que la semejanza de respuestas con el sistema estatal en lo que concierne al reconocimiento y protección de determinados bienes jurídicos fundamentales (como la vida o la propiedad), lo cual habla, efectivamente, de una universalidad de pareceres y disparidades como son las “penas particulares que no se saben de antemano” (lo que evidentemente contradice la garantía de la ley escrita y previa al hecho que se juzga), o la admisión de graves sanciones, incluida el ostracismo (lo que controvierte el principio de proporcionalidad de la pena y ¿el derecho? del individuo a la reinserción en su comunidad, una vez expiada aquella).

Estas disparidades dan que pensar. Por cierto, con ello no se trata de señalar que un sistema (en el caso, el generado por el Estado) resulta, *a priori* superior al otro. Por de pronto, no se está realizando una valoración de conjunto de cada régimen, sino que se examinan determinados institutos. En ese horizonte, la metodología dialógica aquí propuesta se muestra especialmente útil porque el trabajar sobre temas particularizados permite alcanzar resultados que de otro modo se presentan inviables o muy dificultosos. En esta línea me preocupa —y esta sería la objeción a plantear en una situación de diálogo que obliga a la “imposibilidad de la indiferencia” y, por tanto, que abre las puertas para un desafío intelectual que permitirá reconocer las diferencias, sus fundamentos y debilidades—, que un régimen que no contiene una expresa tabla de ilícitos con su pertinente

punición deja a las personas en una situación de vulnerabilidad frente a la comunidad o, en todo caso, a las mayorías. Y, de igual modo, que un sistema que no reconoce la posibilidad de retorno de sus integrantes se priva para siempre de uno de sus miembros, negándole la posibilidad del reconocimiento de la culpabilidad y el propósito de reinserción en la vida comunitaria.

La supresión del otro parece bastante clara en los dos casos sobre transporte de estupefacientes resueltos por la justicia federal jujeña. Si bien la argumentación jurídica que conlleva no punir a las mujeres aprehendidas en dichas circunstancias se estructura sobre la no comprensión de la conducta prohibida y sobre la imposibilidad de evitarla, en rigor, la no consideración del otro como persona parece ser la afirmación capital y dirimente, por lo demás, expresamente puesta de relieve por el Magistrado en una de las sentencias. Se trata de algo lógico, en tanto quien ha sido suprimido como persona; quien ha sido tratado como un mero objeto no puede ser susceptible de reproche penal.

Acaso la duda que dejan ambos casos, ya anticipada, reside en la genuina verosimilitud sobre la cabal incompreensión de la conducta por parte de quienes de una u otra manera, como parece desprenderse de las constancias fácticas del proceso, tienen una vinculación palpable con nuestra cultura y, en consecuencia, con ciertos aspectos liminares de su régimen penal. Incluso más: la duda se acrecienta si se pondera que aun desde la cosmovisión de aquellos individuos la conducta en cuestión también es reprochable, por lo que no se borra la noción de culpa.

Pero, en rigor, lo recién dicho no cambiaría el sentido de la decisión sino, en todo caso, la argumentación que pudo emplearse en orden a arribar a ella. Al respecto, una argumentación desde la *aequitas* de raíz judeo-cristiana, tal y como la ha desarrollado en otro lugar,⁽³³⁾ pudo haber resultado más precisa (y menos forzada) que la sustentada en el error de prohibición.

La cuestión parece más delicada cuando se está ante supuestos en que se halla en riesgo la salud de un menor, tal y como se vio en el caso "Arias". ¿Cabe suplantar el modo de vida toba por el de una cosmovisión diversa?; por el contrario, ¿corresponde respetarlo al extremo de no proteger la

(33) RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, *Actualidad sobre la jurisprudencia "de equidad" en la Corte Suprema de Justicia*, Bs. As., La Ley, 1999-F, pp. 1148/1160.

vida de un menor de edad? El tema, como es obvio, es hondo en consecuencias. El análisis del citado precedente permite formular apreciaciones que juzgo del mayor interés. Por de pronto, omití *ex profeso* uno de los argumentos de la defensa de la familia del menor para mencionarlo ahora. Es el concerniente a que si el tratamiento es exitoso, “el niño deberá vivir en una situación mucho más penosa (...) por las tan adversas condiciones en las que viven, que les impedirá cumplir con las condiciones de higiene y habitacionales para evitar complicaciones e infecciones” (consid. 1º, párr. 3º). Como parece claro, no es esta una razón que involucre a la cosmovisión toba, sino a la situación fáctica (por cierto, dramáticamente penosa) en las que viviría la familia Arias y, acaso, amplios sectores de la comunidad a la que pertenecen. Desde esta lógica, no pueden dichas extremas condiciones de habitabilidad condicionar nada menos que la propia supervivencia de cualquier persona, sea esta mayor o menor de edad, sino que, antes bien, deben impulsar a las autoridades de esa comunidad y del Estado a revertir tal extremo. A su turno, como se vio, la Corte salteña repara que la autonomía del menor se halla condicionada, entre otras razones, por “el escaso grado de información científica del que disponen los mayores a su cargo”, lo cual, si bien podría ser cierto, en rigor, no da en el blanco, pues el motivo medular por el que los padres de aquel requieren que no se lleven adelante las medidas curativas obedece a los criterios culturales acerca del sentido de la vida y de la muerte por ellos asumidos. De ahí que tampoco parece acertado desvirtuar tales creencias por la “urgencia” en adoptar medidas curativas en favor del menor, pues ello simplemente entraña preterir una cosmovisión por la particular perspectiva de quienes deciden el caso.

Se vuelve, pues, a las preguntas liminares planteadas al inicio de este apartado y que memoran otros supuestos frecuentemente visitados por los debates de teoría constitucional y de filosofía del derecho: el del denominado encarnizamiento terapéutico, esto es, la prolongación artificiosa de la vida de una persona (supuesto que debe distinguirse de la eutanasia),⁽³⁴⁾ quien, como es claro, no se halla en condiciones de decidir autónomamente sobre su destino; y el de los menores en riesgo de vida y que requieren de una transfusión de sangre (cuya autonomía también es inexis-

(34) Sobre esto, ver las finas consideraciones generales de HERVADA, JAVIER, “Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo”, en *Escritos de derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1986, p. 232 y ss.

tente), cuando sus padres pertenecen al culto de los Testigos de Jehová, el cual impide llevar adelante dicha práctica.⁽³⁵⁾

En ambos supuestos, el *prius* de la dignidad humana y, por tanto, la consideración en primera línea de los “derechos de los seres vulnerables” condujo a la legislación, a la jurisprudencia y a la doctrina como principio, ya a salvaguardar al enfermo terminal de intromisiones innecesarias y, en consecuencia, arbitrarias, dejándolo “morir en paz”; ya a garantizar los tratamientos médicos debidos a un menor, en la inteligencia de que la preservación de la vida obedece no tanto a la prioridad de esta sobre otros derechos, lo que incluye la prevalencia sobre ciertas cosmovisiones (como con frecuencia se lee), sino a la necesidad de permitirle al menor, en su día, el pleno ejercicio de la autonomía de su voluntad que lo lleve a adherir (o no) a los criterios recibidos de sus padres.

Entiendo que esta es la perspectiva que, genuinamente, da en el blanco del caso del menor Arias, tal y como también lo advierte el pronunciamiento bajo examen y ha sido transcripto más arriba (ver *supra* III, 3, a, vii, *in fine*). El Estado (aquí, el provincial) debe proteger, para ponerlo en términos de Alexy, “en la mayor medida de lo posible”⁽³⁶⁾ el derecho a la vida y a la salud del menor como se anticipó, no porque su cosmovisión sea más “correcta” que la de la comunidad Toba o porque, en abstracto, el derecho a la vida “derrota” a los demás bienes constitucionales, sino porque cabe brindarle al vulnerable su derecho a sobrevivir para que, una vez adulto, pueda ejercer las conductas que estime apropiadas. Y complementaria de esta perspectiva, encuentro por demás plausible la defensa ensayada por los padres del menor respecto de que la “continuación de la vida” no puede asociarse a la mera “dilación de la muerte” (consid. 1º, párr. 4º), pues eso, en definitiva, no es “tomarse en serio” el bien jurídico que se dice defender. No se trata, pues, de mantener la vida a cualquier precio porque esta, como se viene insistiendo, no es un derecho absoluto, sino un bien jurídico más que coexiste con otros bienes y que, de resultas de las particularidades de cada situación, explicitadas a través del diálogo

(35) Ver sobre el particular, HERVADA, JAVIER, “Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica”, *op. cit.*, nota anterior, p. 535 y ss. y las citas jurisprudenciales que se leen en la disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi en la causa de la CSJN, “Bahamondez, Marcelo” (Fallos: 316:479).

(36) ALEXY, ROBERT, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, n° 5, Alicante, 1988, p. 143.

intersubjetivo e intercultural, ocupará el lugar inherente —y hasta donde resulte posible— a su intrínseca dignidad. Razonar de otra manera parecería asumir que el ser vulnerable que se procura defender ha dejado de ser un fin, para pasar a ocupar el lugar de mero medio.

El restante caso resuelto por la Corte salteña, como se anticipó, atraviesa el tema del error de comprensión culturalmente condicionado, pero, se le añade otro que lo dota de una especial complejidad: no concierne solamente a una persona (quien no comprendería la conducta reprochada), sino que alcanza también a otra, en el caso, además, una persona menor de edad.

Desde esta perspectiva, el tema se vincula con otros supuestos de amplia difusión y preocupación internacional, como por ejemplo las mutilaciones genitales infantiles femeninas y la circuncisión ritual infantil masculina. Como es obvio, excede a los límites y objeto de este papel abordar esta compleja y apasionante cuestión.⁽³⁷⁾ Aquí solo deseo señalar —de modo de enlazar con lo que se viene diciendo— que la evidente densidad cultural que explica y justifica estas prácticas no parece superar dos datos que me conducen a evaluar, críticamente, a las mismas. El primero es que aquellas parecen disminuir, de manera irreversible, aspectos sustanciales de la integridad física y psíquica de las personas sobre quienes se practica dicha conducta. El segundo, y a mi ver el más relevante, es que tales mutilaciones se realizan sobre recién nacidos y sobre niños, aspecto que me conduce a las consideraciones ya dadas en el punto anterior.

Este último dato es el que torna al caso “R.” todavía más difícil, ya que el acceso carnal de que fue objeto la menor habría ocurrido luego de la menarca. No se está pues ante una recién nacida o una niña, sino, en principio, ante una mujer. Como es obvio, no estoy asumiendo, adrede, el concepto jurídico de “niño” adoptado por nuestra Constitución (art. 75, inc. 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la declaración interpretativa de la República Argentina al aprobar el Tratado mediante ley 23.849, art. 2º) porque, desde esa perspectiva, el caso se resuelve sin complejidad alguna, en tanto se es “niño” para nuestro

(37) Ver las sugerentes reflexiones y la bibliografía de RABINOVICH-BERKMAN, nota 17, pp. 137/149 y de WALZER, MICHAEL, *Tratado sobre la tolerancia*, F. Álvarez (trad.), Barcelona, Paidós, 1988, pp. 72/79.

sistema “desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”. De igual modo, tampoco me hago eco de las enérgicas críticas (ya citadas en la nota 15) de caciques y referentes wichis respecto de que la práctica del matrimonio privignático no es tal pues, como es claro también, esa conclusión resuelve la *litis* con pareja facilidad. Por el contrario, estoy tratando, en el marco de ese proceso dialógico que he propuesto más arriba, de introducirme en la lógica de pensamiento de la comunidad wichi y de procurar que esta haga lo propio en la de la Constitución. En este contexto, me parece más eficaz ensayar un abordaje fisiológico, físico, psíquico, intelectual y espiritual del concepto de “niño”. Como se recordará, de las constancias de la causa emergió el dato de la integridad física, pues en personas de la edad de la descripta la práctica en cuestión parecía restringirla severamente. A este condicionamiento de carácter físico me permito añadir otras preguntas de diversa naturaleza. Por ejemplo: ¿es, desde ese plural planteamiento, una persona de entre 9 y 13 años, en verdad un mayor de edad?; ¿comprende (en el sentido pleno del término) la índole del acto sexual con un mayor de edad, quien además es su padrastro?; ¿existe en situaciones como las descripta un genuino ejercicio de la autonomía de la voluntad sobre aspectos que conciernen a su más respetable intimidad, —tal es el supuesto de la iniciación y continuación de la práctica sexual—? ¿No se ejerce una marca irreversible sobre decisiones privadas cuando aún no se hallan plenamente desarrolladas las facultades para tal fin?

Tengo para mí que las respuestas a todas esas preguntas son negativas, por lo que, desde esta plataforma, cabe concluir que se está, una vez más, ante el supuesto de esos “seres vulnerables” a los que, si bien se mira como principio general y constante, **toda** cultura, en **toda** época, ha procurado y procura proteger en primer línea, antes que a cualquier otro individuo.

6. Conclusión

Los casos traídos a reflexión proporcionan un rico material desde el cual he procurado sugerir, con la ayuda de paradigmas del derecho penal y de la filosofía jurídica, una vía superadora de la tensión universalismo-multiculturalismo. Considero que las conclusiones arribadas son auspiciosas en la línea de construir una interculturalidad que no solo está suponiendo la apertura al otro distinto de uno, sino que la situación de

diálogo que inevitablemente se genera es mucho más admitir, como explica Amato, la "imposibilidad de la indiferencia" con el otro: entraña que cada quien se halla preparado para una lectura crítica de sus propios presupuestos y de los ajenos y, por ende, para una revisión, en línea de principio, sin fin, de tales presupuestos, todo lo cual conduce, de nuevo con Amato, a la "imposibilidad de autosuficiencia".⁽³⁸⁾ Acaso con esos criterios estamos más cerca de alcanzar, sirviéndome libremente de una idea de Leibniz de sus *Elementa iuris perpetui*, los presupuestos de una sociedad "óptima".



(38) AMATO, SALVATORE, "Del derecho al derecho natural", en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Bs. As., Ábaco, 2008, p. 188.

Integrativismo, plurijuridicidad e interjuridicidad⁽¹⁾

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI⁽²⁾



Palabras clave: multiculturalidad; plurijuridicidad; interjuridicidad; integrativismo tridimensionalista; repartos.

1. Ideas básicas

La referencia a la multiculturalidad y la interculturalidad adoptada en estas Jornadas nos instala en las cuestiones de la **plurijuridicidad**⁽³⁾ y la **interjuridicidad**. La plurijuridicidad se produce en relación con la multiculturalidad y la interjuridicidad se desenvuelve en vinculación con la interjuridicidad.

Consideramos que la mejor referencia a estos temas se produce mediante la asunción del **pensamiento complejo**,⁽⁴⁾ que es uno de los mayores de-

(1) Texto amplio de la exposición del autor en las XXVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Rosario, 10 al 12 de octubre de 2013. Sus bases pueden verse en: Revista Investigación y Docencia, n° 47, publicación realizada por el Centro de Investigación de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Número Especial "Congreso y Jornadas", 2013.

(2) Profesor Emérito (UBA). Profesor Titular de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho (UNR). Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social y del Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho (UNR).

(3) Quizás se prefiera utilizar "multijuridicidad" que, en este caso, consideramos sinónimo.

(4) La asunción de la complejidad es uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo (Ver, por ejemplo, GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987, p. XVII y ss.; BOCCHI, GIANLUCA y CERUTI, MAURO (comps.), *La sfida della complessità*, Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci (trads.), 10ª ed., Milán, Feltrinelli,

safíos de este tiempo respecto de la cultura y el derecho. La diversidad y la dinámica de la cultura pueden ser consideradas en complejidad impura que mezcla los elementos; en simplicidad pura, que los diferencia y aísla, y en **complejidad pura** que los integra respetando las particularidades. En relación con lo que consideramos "derecho", el período de fines del siglo XIX correspondió a una complejidad impura en la cual las ciencias sociales y humanas, por una parte, y el derecho natural, por otra, pretendían dar cuenta de lo que consideramos objeto jurídico en sentido menos cuestionable, el derecho "puesto" al que se refiere siempre la ciencia. A partir de la constitución "científica" de la Economía, atribuida a Adam Smith, las ciencias sociales e, incluso, las ciencias humanas y las ciencias naturales, habían avanzado llegando a explicar el objeto jurídico con sentidos no jurídicos. Por otro lado, el derecho natural conservaba aspiraciones de someter la claridad de lo positivo. Con miras a asegurar al derecho un objeto propio, la gran obra kelseniana produjo una doble "purificación" que salvó la particularidad de ese ámbito, pero produjo una mutilación y una clausura que hoy diversos sectores más o menos postkelsenianos pretenden superar (positivismo incluyente, teoría de la injusticia extrema, razonamiento por principios, neoconstitucionalismo, teorías críticas, análisis económico del derecho, etc.).

1997; CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura", *El Derecho*, t. 126, 1988, p. 884 y ss.; LAPENTA, EDUARDO y RONCHETTI, ALFREDO FERNANDO (coords.), *Derecho y Complejidad en Homenaje al Prof. Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Tandil, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2011; GALATI, ELVIO DIEGO, *La Teoría Trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 26 de abril de 2010

Expresiones importantes de la búsqueda de la superación de la "simplicidad pura" kelseniana pueden verse, por ej., en HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo (trad.), Madrid, Trotta, 1998; ALEXY, ROBERT, *El concepto y la validez del derecho*, José M. Seña (trad.), 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997, quien afirma: "La cuestión consiste en saber cuál concepto de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la legalidad conforme al ordenamiento, el de la eficacia social y el de la corrección material. Quien no conceda ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social, y tan solo apunte a la corrección material, obtiene un concepto de derecho puramente iusnatural o iusracional. Llega a un concepto de derecho puramente positivista quien excluya totalmente la corrección material y apunte solo a la legalidad conforme al ordenamiento y/o a la eficacia social. Entre estos dos extremos son concebibles muchas formas intermedias", p. 87.

Los casos de interjuridicidad suelen ser sumamente complejos. Quizás baste con tener presente uno que tiene interesante complejidad en nuestros días en ITURRIBARRIA, FERNANDO, "Leonarda en el país de la mentira", [en línea] <http://www.larioja.com/v/20131019/mundo/leonarda-pais-mentira-20131019.html>, 19/10/2013.

En el marco de la asunción del pensamiento complejo, son particularmente relevantes las posibilidades de construcción del objeto jurídico que brinda el **integrativismo tridimensionalista** referido a la realidad social, las normas y los valores. Dentro de este, adquieren destacada importancia las posibilidades de construcción del objeto del derecho que viabiliza la **teoría trialista del mundo jurídico**, “construida” atendiendo como rasgo común a repartos⁽⁵⁾ (**dimensión sociológica**), normas que los captan (**dimensión normológica**) y un complejo de valores culminante en la justicia que valoran los repartos y las normas (**dimensión dikelógica**).⁽⁶⁾ Una construcción más dinámica puede referir el objeto jurídico a la actividad vinculada al **aprovechamiento de las oportunidades** para realizar repartos captados por normas y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia.⁽⁷⁾ Esa composición socio-normo-axiológica es un despliegue común a todo lo jurídico, diversificado en **especificidades** materiales,

(5) La noción de reparto fue utilizada ya por Aristóteles (ver, por ej., ARISTÓTELES, “Ética Nicomaquea”, V, 5 y 6, 1133b, 1134b, en *Obras*, trad. de Francisco de P. Samaranch (trad.), Madrid, Aguilar, 1964, p. 1234; idem, SALVADOR RUS RUFINO y JOAQUÍN MEABE (trads.), 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2011, p. 185; además, VILLEY, MICHEL, *Philosophie du droit*, 2ª ed., París, Dalloz, t. I, 1978, pp. 65/66 (*Le partage*); “La Justicia en Aristóteles”, [en línea] <http://civitasdigital.wordpress.com/2012/01/07/569/>, 07-01-2013. Dice Aristóteles, por ej: “Por lo demás, la justicia es la cualidad que permite calificar de justo al hombre capaz de realizar, partiendo de una elección libremente consentida, actos justos y de operar un justo reparto entre él mismo y otro, o entre dos personas distintas, de tal manera que ...”. (loc. cit., trad. Samaranch).

(6) La palabra “dikelógica” fue empleada por Altusio con un sentido relativamente diferente.

(7) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, ver, por ej., GOLDSCHMIDT, *op. cit.*; *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Madrid, Aguilar, 1958, *Justicia y verdad*, Bs. As., La Ley, 1978; CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho y política*, Bs. As., Depalma, 1976; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; *Estudios Jusfilosóficos*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, y Facultad de Derecho UNICEN, *Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas*, [en línea] <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/794>, 01/08/2013, 07/10/2013; *Metodología Dikelógica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, *Cartapacio*, [en línea] <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1003/883>, 07/10/2013; *Distribuciones y repartos en el mundo jurídico*, Rosario, UNR Editora, 2012, *Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, [en línea] <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 07/10/2013; *Bases del pensamiento jurídico*, Rosario, UNR Editora, 2012, y en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, [en línea] <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 07/10/2013; “Complejidad del funcionamiento de las normas”, en *La Ley*, t. 2008-B, p. 782 y ss.; y en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, [en línea] <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 01/08/2013; Facultad de Derecho UNICEN, *Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas*, [en línea] <http://www.cartapacio.edu.ar/>, 01/08/2013; *Libros de Integrativismo Trialista*, [en línea] <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/index>, 01/08/2013.

espaciales, temporales y personales. Mucho puede debatirse, sin arribar a acuerdos, acerca de lo que “es” el derecho, pero nos valemos de una propuesta “**construida**”, válida para quienes estemos dispuestos a aceptarla.⁽⁸⁾

En esos despliegues comunes y particulares hay plurijuridicidades e interjuridicidades, multiculturalidades e interculturalidades con **denominadores particulares y comunes**, que presentan **problemas y respuestas relevantes** en cuanto a sus alcances, su dinámica y sus situaciones.⁽⁹⁾

Cada persona y cada conjunto humano tienen **características propias y comunes con los demás** en cuanto a todo lo jurídico, en lo tridimensional y las especificidades. Hay complejísimas particularidades en lo material, espacial, temporal y personal, cuyos problemas no pueden resolverse adecuadamente con simplificaciones logicistas, como la que pretendió el “maestro de Viena”, o con complejidades impuras. En relativa semejanza con el “psico-análisis”, cabe atender al análisis respecto de todos los alcances personales, al **análisis jurídico (jurianálisis)** y otros sentidos de análisis económico, científico, filosófico, artístico y cultural en general. Cada ser humano “es” individual y, colectivamente, en todos esos despliegues jurídicos; según lo referido, en la tridimensionalidad integrada, estática, dinámica y en sus especificidades. Vale que cada hombre, cada mujer y cada conjunto humano se comprendan y sean comprendidos en la mayor medida posible en la **plenitud** de la juridicidad, en vías de plurijuridicidad.

Conviene considerar que pueden ser necesarios **puestos de mira inter-subjetivos** múltiples, por ejemplo unilaterales o recíprocos, entre la percepción de cada individuo y de los demás respecto de él. Hay pluralidad de **perspectivas** de las mismas juridicidades, a veces producidas por las partes de los casos, los autores de las normas, los encargados de su fun-

(8) Ver, por ej., GUIBOURG, RICARDO A., *La construcción del pensamiento*, Bs. As., Colihue, 2004.

(9) Los aportes de las *Culturas Comparadas* y el *Derecho Comparado* y, específicamente, la *internacionalidad* (“inter-nacionalidad”) son significativos para la comprensión de la *interculturalidad* y la *interjuridicidad*. Entre las contribuciones de la internacionalidad, quizás sea particularmente relevante el que desenvuelve el *Derecho Internacional Privado* con su rica experiencia de muchos siglos. En base a estudios sobre el *Derecho Internacional Privado* se puede **ampliar** en nuestros trabajos *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en *Investigación y docencia*, n° 37, 2004, p. 85 y ss.), *Cartapacio*, [en línea] <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/959/793>, 01/08/2013; “Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad”, en *Bioética y Bioderecho*, n° 3, 1998, p. 83 y ss).

cionamiento, los doctrinarios, los espectadores, etc. Cada ser humano “ve” todo, real o conjeturalmente, desde un punto de vista específico. Lo mismo puede ser visto desde una enorme pluralidad de enfoques.

A veces, las soluciones se comprenden mejor cuando se advierte que las apariencias y las realidades pueden tener significados diferentes. Por vías distintas se producen resultados análogos o por senderos aparentemente coincidentes se generan resultados diferentes.⁽¹⁰⁾

La plurijuridicidad y la interjuridicidad hacen presentes las relaciones necesarias, pero difíciles, entre las partes y el todo.⁽¹¹⁾

Occidente, específicamente Europa, y en nuestro caso particular la **Argentina**, que es de cierto modo occidental,⁽¹²⁾ son **ejemplos** de complejidades cuya plurijuridicidad hay que resolver con acertados criterios de interjuridicidad.

Occidente es un complejo cultural y jurídico con denominadores comunes griegos, romanos, judeocristianos, germanos y, en el sur europeo, árabes musulmanes,⁽¹³⁾ pero con denominadores particulares según las regiones. Todo ello es común al conjunto occidental, pero de maneras particulares. Incluso, vale tener en cuenta la influencia de los pueblos originarios y la presencia africana en América. En sentido económico, hay, incluso en el crítico “presente”, cierta dinámica de “plusmodelación” de la respuesta occidental respecto de su alcance de origen en el despliegue de la globalización⁽¹⁴⁾ planetaria, pero la presencia china produce una “minusmodelación” en relevantes aspectos fácticos. Una de las plurijuridicidades e interjuridicida-

(10) Se puede ver, por ej., ZWIGERT, KONRAD, “Des solutions identiques par des voies différentes”, en *Revue Internationale de droit comparé*, vol. 18, n° 1, 1966, p. 5 y ss., en Persee, [en línea] http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1966_num_18_1_14471, 01/10/2013. Ver, también, nuestro trabajo “Variables estratégicas del integrativismo tridimensionalista”, en *Estrategia Jurídica*, Rosario, UNR Editora, 2012, especialmente la p. 154 y en Centro de Investigaciones ... *op. cit.*, [en línea] <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 25/09/2013.

(11) Es posible ampliar en nuestro trabajo “Las partes y el todo en la teoría tridimensionalista del mundo jurídico”, en Ciuro Caldani, Miguel Ángel (coord.), Novelli, Mariano H. - Pezzetta, Silvana (comp.), *Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 37 y ss.

(12) Sobre todo **comparativamente con otros sistemas**.

(13) Es posible ampliar en nuestros *Estudios de Historia del Derecho*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, *Cartapacio*, [en línea] <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1359/1549>, 01/09/2013.

(14) También marginación. Globalización/marginación a superar en la universalización respetuosa de las particularidades.

des relevantes en la actualidad es el contacto “espacial euroamericano-asiático”. En cuanto a los ingredientes occidentales, el elemento cultural romano tiende a dominar a la presencia griega, judeocristiana, germánica y musulmana a través de su asunción en el sentido práctico de la cultura norteamericana. Al menos hasta el presente, se viene advirtiendo minusmodación del elemento judeocristiano,⁽¹⁵⁾ e incluso del elemento griego,⁽¹⁶⁾ con fuertes sentidos de paganización y superficialización de la vida. En gran medida, se necesita el sentido superficial y práctico romano o estadounidense para manejar un vasto espacio.

Europa plantea un grandioso problema de plurijuridicidad y pluriculturalidad, en cuyo marco nacieron las interjuridicidades e interculturalidades del **derecho internacional público** y el **derecho internacional privado** expandidos por el mundo.⁽¹⁷⁾ Ese espacio complejo europeo se resolvió en las últimas décadas con una interjuridicidad y una interculturalidad **integradoras** de éxito progresivo variado, pero grande, hasta que se presentó la creación del euro.⁽¹⁸⁾ A nuestro parecer, la interjuridicidad monetaria requería una interjuridicidad política, sobre todo de responsabilidad, más consistente. Tal vez la falta de éxito de la idea constituyente debía haber sido una advertencia útil puesto que había diferencias jurídicas y culturales demasiado grandes que no fueron suficientemente atendidas.

Hay plurijuridicidades europeas, a veces intraestatales, como las que distinguen a los elementos integrantes de la diversidad suiza, e incluso a los latinos, los germanos lombardos y los eslavos vénétoes en Italia, que han sido resueltas con interjuridicidades bastante satisfactorias. Otras, como las que diferencian a los flamencos y los valones en Bélgica, a los vascos, los catalanes y el “resto de los hispanos” en España y a los europeos más

(15) No en la aspiración final de asemejarse a la grandiosidad del Dios judeocristiano.

(16) Pese al sentido prometeico del más allá del bien y del mal científico.

(17) La gran plurijuridicidad europea se proyectó al resto del mundo con diversas soluciones de interjuridicidad. Notoriamente, la plurijuridicidad **no es exclusiva** de Occidente. Optamos por referirnos a ella por ser una expresión especialmente significativa.

(18) Es posible ampliar en *Unión Europea*, [en línea] http://europa.eu/index_es.htm, 02/11/2013 y en nuestros trabajos “Europa ante los retos de la multiculturalidad y la globalización”, en *Investigación...*, op. cit., n° 32, 1999, p. 9 y ss.; “Europa entre la generalidad y la particularidad. La senda integradora de la universalidad (Un desafío de la complejidad)”, en *Revista de ECSA-Argentina*, n° 12, p. 77 y ss.; “Notas para la comprensión jusfilosófica de Europa”, “Derecho de la Integración”, n° 4, p. 117 y ss.; “Bases culturales de la Unión Europea, de su presente ampliación y de su relación con América Latina”, en Molina del Pozo, Carlos Francisco y otros (coord.), *El diálogo entre los pueblos y las culturas en el marco de las relaciones eurolatinoamericanas*, Madrid, Dijusa, 2005, p. 523 y ss.

originarios, los inmigrantes musulmanes y subsaharianos, a los europeos no gitanos (“payos”) y los gitanos que tienen gran dificultad. No es posible recordar la diversidad jurídica y cultural europea sin recordar diversos intentos genocidas producidos en su historia.

La **Argentina** es, en gran medida, un país integrado de manera occidental. Tiene cierta unidad de religión —al menos formal— y lengua, posee relevante continuidad territorial, etc. Sin embargo, está signado por la particular plurijuridicidad y multiculturalidad del sector **hispanico tradicional** y el sector **anglofrancés**.⁽¹⁹⁾ Estos sectores, cuyas diversidades y relaciones nos ocuparán de modo especial, constituyen denominadores particulares en una diversidad significativamente análoga a la española. La diferenciación de lo hispanico tradicional y lo anglofrancés es, en mucho, heredada de España. En Occidente, el Canal de la Mancha es muy relevante por la distinta manera de pensar, pero los Pirineos lo son en cuanto a lo que se piensa.

El sector **hispanico tradicional**, enriquecido con la inmigración europea meridional⁽²⁰⁾ y, de cierto modo, con aportes de los pueblos originarios, es más organicista, comunitarista, paternalista e intervencionista, y corresponde más al catolicismo tradicional. Se relaciona con la conservación del legado medieval, quizás con más influencias germánicas que romanas, y tiene afinidades con el romanticismo. Entre sus grandes exponentes se hallan Felipe II, Rosas y Perón. Cabe referirlo ideológicamente

(19) Se puede ampliar en nuestros trabajos “Bases culturales del Derecho argentino”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n° 27, 2004, p. 113 y ss., en *Cartapacio*, [en línea] <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/605/485>, 01/09/2013; *Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993, en *Cartapacio*, [en línea] <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1357/1547>, 01/09/2013. El derecho es un despliegue de la cultura, pero también hay un derecho de la Cultura.

Pese a la preponderancia de esos dos sectores, cabe referir también, en lugar significativo, la juridicidad de los pueblos originarios.

(20) Asimismo, del sur italiano, para muchos empobrecido y derrotado por el proceso de unificación; para otros, atado a un conservadurismo insuperable. Los intentos democratizadores relativamente autóctonos del sur italiano se habían frustrado. Italia, en general, y el sur, en particular, figuran entre las regiones europeas de donde partió el mayor número de emigrantes. En cuanto a la idiosincrasia siciliana, cabe citar la excelente obra de TOMASI DE LAMPEDUSA, GIUSEPPE, *Il Gattopardo*, Milán, Feltrinelli, 1958.

Fue frecuente el casamiento de italianos con mujeres afroamericanas (ver, incluso, por ej. GUDMUNDSON, LOWELL, “De ‘negra’ a ‘blanco’ en la Hispanoamérica del siglo XIX: la asimilación afroamericana en Argentina y Costa Rica”, en *Mesoamérica*, [en línea] <https://www.mtholyoke.edu/acad/latam/denegros.html>, 02/09/2013).

camente a ideas de Santo Tomás de Aquino, Suárez, Mussolini, etc. El sector **anglofrancés**, nutrido con aportes norteamericanos, es más contractualista y abstencionista y tiene ciertas afinidades no declaradas con la Reforma; es más afín a la modernidad e ilustrado. Entre sus exponentes históricos principales se hallan Carlos III, Belgrano, Moreno, Rivadavia, Mitre, Sarmiento, Roca, los Alvear, Aramburu, etc. Cabe vincularlo ideológicamente con ideas de Locke, Montesquieu e, incluso, de Marx. Tal vez el sector hispánico tradicional tenga un sentido mayor de democracia autoritaria, como el que puede viabilizar el poder dado a la mayoría en el pensamiento de Rousseau.

Quizás el sector anglofrancés sea más afín al capitalismo. Desde su punto de vista, el sector hispánico tradicional corresponde al feudalismo. En el campo literario, la tensión entre lo anglofrancés y lo hispánico tradicional se manifiesta en el conflicto entre *Facundo* y *Martín Fierro*.⁽²¹⁾

Para comprender las consecuencias de la tensión de las dos jurisdicciones, vale recordar que España y la Argentina no figuran en la historia de las grandes revoluciones burguesas ni de la Revolución Industrial. La referencia moderna es más por aspiraciones que por aptitudes políticas y económicas. Las particularidades enfrentadas de los dos sectores argentinos debilitan las posibilidades del desarrollo.

Uno de los grandes problemas jurídicos y culturales del país es el logro de la interjuridicidad y la interculturalidad. Una línea de coincidencia, a nuestro parecer nociva al fin de la interjuridicidad y la integración, es el racionalismo que llega a manifestarse no solo en el sector anglofrancés. El racionalismo se expresa a través del tomismo⁽²²⁾ y de la filosofía analítica. La atención a la "experiencia"⁽²³⁾ y a los problemas prácticos sería,

(21) Se puede ampliar en nuestros trabajos *Comprensión jusfilosófica del "Martín Fierro"*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984; "La cultura jurídica argentina en sus expresiones literarias capitales. Significados jurídicos de *Facundo* y *Martín Fierro*", en Calvo González, José (dir.), *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho*, Granada, Comares, 2008, p. 71 y ss.

(22) A nuestro parecer —cercano a Occam— el tomismo es claramente racionalista. Se debate si también lo era el propio Santo Tomás. Un acceso al debate puede verse, por ej., en TAGLIAVINI, ALEJANDRO A., *El futuro de la esperanza. Santo Tomás y el racionalismo*, Eumed, [en línea] <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/at-espe/1.8.htm>, 02-09-2013. Pese a tener discursos diversos, consideramos que también es racionalista el logicismo de la filosofía analítica.

(23) No obstante, en cuanto a los distintos sentidos de la noción de experiencia, cabe citar por ej. JAY, MARTIN, *Cantos de experiencia: variaciones modernas sobre un tema universal*, Gabriela Ventureira (trad.), Bs. As., Paidós, 2009.

a nuestro entender, un camino superador que la vocación argentina, por lo abstracto, bloquea con gran frecuencia.⁽²⁴⁾

A menudo, la interjuridicidad argentina se ha pretendido y se pretende, en sentidos de dominación, generadora de dictaduras y guerras “calientes” o “frías”.⁽²⁵⁾

2. El mundo jurídico

2.1. En general

2.1.1. Dimensión sociológica

La dimensión sociológica se desarrolla a través de **adjudicaciones** de “potencia” e “impotencia”, es decir, de lo que favorece o perjudica a la **vida humana**. De este modo, instala en la temática de nuestra vida una referencia difícil de determinar, pero no marginable, porque vivimos. También ubica en el juego de intereses y en el uso de la fuerza, e incluso del poder, que es la fuerza sobre otros. La plurijuridicidad y la interjuridicidad han de ser comprendidas en este marco. Quizás valga hacer referencia a la “plurivitalidad” y la “intervitalidad”.

Las adjudicaciones son **distribuciones** producidas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar o **repartos** originados por la conducta de seres humanos determinables que ocupan el sitio principal en esta dimensión. Las distribuciones de la naturaleza tienen, de modo principal, sentidos biológicos (por ejemplo, genéticos) e, incluso, psicológicos. Las influencias humanas difusas son originadas por la economía (ubicación en la producción, la distribución y el consumo; sistemas económicos, etc.); la religión (judaísmo, catolicismo, ortodoxia, protestantismo, islamismo, budismo, creencias de pueblos “originarios” americanos, africanos, etc.);⁽²⁶⁾ la lengua (lenguas más o menos difundidas, “impor-

(24) Es posible ampliar en nuestro artículo “La Argentina, su vocación por lo abstracto, la Jusfilosofía y la crisis actual”, en *Investigación ...*, op. cit., n° 34, 2001, p. 41 y ss.

(25) Para las **Universidades**, instituciones notoriamente complejas en cuanto a las materias, las personas, el tiempo y el espacio, es importante atender a la plurijuridicidad, la multiculturalidad, la interjuridicidad y la interculturalidad en todos sus despliegues. Los objetivos de docencia, formación profesional, investigación, extensión y promoción social son altamente complejos. Vale destacar que es necesario incorporar estas cuestiones en los programas educativos y los proyectos de investigación; desde su específica complejidad, las Facultades de Derecho tienen mucho que aportar al respecto.

(26) Importa estar advertido respecto de la discriminación que puede significar el concepto de “mitología” aplicado, por ejemplo (aunque no siempre con ese sentido de inferiorización),

tantes” y “desarrolladas”, etc.); la ciencia y la técnica; el arte; la filosofía (por ej., más o menos presencia metafísica); la historia; la antropología; la concepción del mundo, etc. En el sentido que lo referimos, el azar ocupa un lugar residual y se presenta cuando no conocemos la causalidad.

El derecho procura “enderezar”, es al fin un despliegue de la conducción de la vida humana que busca concretarse mediante repartos. Las situaciones de plurijuridismo e interjuridismo se resuelven con sentido centralmente propio del derecho cuando se producen con repartos de potencia e impotencia. La ubicación de las adjudicaciones es, a menudo, cambiante y discutida. Una perspectiva de variada situación en la plurijuridicidad y la interjuridicidad son las cuestiones de género, en ciertos tiempos atribuidas a la “naturaleza” y, en otros, más vinculadas a las influencias humanas difusas y los repartos.

Estas caracterizaciones llevan a la apreciación de **juridicidades más relevantes** a incluir en las juridicidades, las plurijuridicidades y las interjuridicidades de especial interés. Cada ser humano es un elemento de enorme pluralidad jurídica. Enfoques muy relevantes suelen ser los de “raza”, género, lengua, edad, espacio, posibilidades económicas, etc. Se puede llegar por este camino a la noción de **minoría**, en el sentido de grupo caracterizado por diversidades que resulta particularmente **débil**.

Según lo ya expuesto, parece que el euro se hizo sin advertir lo suficiente distribuciones por diferencias culturales generales, tal vez principalmente económicas y religiosas, que arraigan en lo más profundo de la región. La crisis del rigor capitalista se produjo más en países no protestantes.

En la Argentina, hay diversas influencias humanas difusas constitutivas de los ya referidos sectores hispánico tradicional y anglofrancés, muchas veces enfrentados, emergentes sobre todo de diferentes composiciones históricas, económicas e, incluso, religiosas y ocultas. En ellas suelen basarse muchos repartos, cuyos conductores inescrupulosos lucran con la discordia.

Los repartos se caracterizan según sus despliegues en cuanto a **repartidores** (conductores), **recipiendarios** (beneficiados y gravados), **objetos** (potencias e impotencias), **formas** (caminos previos para llegar a los repartos) y **razones** (móviles, razones alegadas y razones sociales). Los móviles son los

a las religiones de Grecia y Roma antiguas.

objetivos perseguidos por los repartidores: las razones alegadas forman el discurso que esgrimen y las razones sociales son las que atribuye la sociedad cuando considera que se trata de repartos valiosos. Todos estos despliegues son sentidos de posible plurijuridicidad e interjuridicidad. Cabe destacar, por ejemplo, qué es lo que, en cuanto a potencias e impotencias, reciben los partícipes de la plurijuridicidad y la interjuridicidad, las posibilidades de audiencia con que cuentan y la razonabilidad social respectiva. Siempre hay que atender a quiénes se quedan con las distintas “tajadas” de lo que se reparte. La ubicación social de las minorías en cuanto a las razones con que cuentan puede ser expresamente negativa, sea en casos inolvidables como el de los judíos en la Alemania nazi, o implícitamente negativa según aparece en ciertos casos de discursos caritativos respecto de las villas de emergencia. Basta con recorrer algunas zonas de las villas para advertir la marginalidad que se vive en ellas.

Europa y Argentina son escenarios diversos de plurijuridicidades e interjuridicidades por los repartos. Al menos hasta ahora, en Europa, las potencias e impotencias generalmente adjudicadas han sido mayores y hubo una razonabilidad más intensa. La razonabilidad hizo de la Unión Europea un gran polo de atracción para países que no la integraban. En la Argentina, hubo durante décadas una fuerte concentración de la riqueza en el sector anglofrancés. Los dos sectores argentinos generan, desde entonces, situaciones críticas de falta de razonabilidad recíproca.

Los repartos pueden ser **autoritarios**, desarrollados por imposición y realizadores del valor poder, o **autónomos**, desenvueltos por acuerdo de los interesados y satisfactorios del valor cooperación. Las dos clases de repartos importan en la constitución de la plurijuridicidad y la interjuridicidad. Es relevante la autoridad y la autonomía en el ingreso y el egreso de las juridicidades.

Uno de los discursos con que las posiciones occidentales rechazan a las islámicas es el mayor ejercicio del poder familiar que se produce en estas. Se viene prestando, a menudo, atención a la autonomía en la posibilidad de **salir** de las juridicidades.⁽²⁷⁾ De cierto modo, la pertenencia forzada a un grupo occidental, musulmán, etc., es una manera de discriminación. Una

(27) MAZZARESE, TECLA, “Diritto, diritti, pluralismo culturale. Un’introduzione”, en *Diritto, tradizioni, traduzioni, la tutela dei diritti nelle società multiculturali* (a cura di Mazzaresse), Turín, Giappichelli, 2013, [en línea] <http://www.unipa.it/gpino/Pino,%20Libert%E0%20religiosa%20e%20societ%E0%20multiculturale.pdf>, 20/10/2013.

perspectiva es la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado que elige o hace el derecho aplicable.⁽²⁸⁾ Se denuncia, a veces, que se legitima la discriminación en nombre del multiculturalismo.⁽²⁹⁾ La privación de la libertad suele traer consigo, como sucede con las penas, el ingreso a una jurisdicción indeseada.

El derecho internacional conoce situaciones de interjurisdicción más autoritarias o autónomas, principalmente en la guerra y la paz. La Unión Europea es un magnífico ejemplo de interjurisdicción interior a través de la autonomía, de la paz.⁽³⁰⁾ En la jurisdicción argentina, tal vez el sector hispánico tradicional tenga más vocación autoritaria, pero al fin los dos sectores han adoptado soluciones interjurídicas autoritarias. La interjurisdicción de la cultura dominante argentina con la de los indígenas de su territorio era mucho más autoritaria en la Constitución de 1853/60, donde se disponía la promoción de la conversión al catolicismo. Luego de la reforma de 1994 se reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.⁽³¹⁾

Los repartos pueden presentarse en situaciones de **orden**, es decir, constituir un régimen, o de **desorden**, o sea, estar en anarquía. El régimen realiza el valor orden, y la anarquía el "disvalor" arbitrariedad. Se constituye mediante el plan de gobierno que indica quiénes son los supremos repartidores (supremos conductores) y cuáles son los criterios supremos de reparto (criterios supremos de conducción). El plan de gobierno suele ser expresado en constituciones formales, leyes, decretos, sentencias, resoluciones administrativas, contratos, testamentos, etc. Cuando está en marcha realiza el valor previsibilidad. La ejemplaridad se desenvuelve por el seguimiento de repartos considerados razonables y realiza el valor solidaridad. Entre sus expresiones se hallan la costumbre, la jurisprudencia y los usos. Los órdenes de repartos pueden contener **subórdenes**. Tienen despliegues de **conservación** e **innovación** y presentan casos de

(28) El fraude a la ley y el orden público son manifestaciones de las tensiones al respecto.

(29) Se puede ver, por ej., ROCA JUSMET, LUIS, "¿Quién es el maldito Žižek?", en *Gramscimania*, [en línea] <http://www.gramscimania.info.ve/2012/03/quien-es-el-maldito-zizek.0html>, 02/09/2013.

(30) En 2012, recibió el Premio Nobel de la Paz, altamente fundado por sus realizaciones interjurídicas internas ("Unión Europea, Premio Nobel de la Paz 2012", [en línea] http://europa.eu/about-eu/basic-information/eu-nobel/index_es.htm, 02/11/2013).

(31) Ver art. 75, inc. 17.

revolución, evolución y golpe jurídico.⁽³²⁾ Asimismo, generan tendencias de atracción y rechazo.

Las jurisdicciones y las interjurisdicciones pueden tener las particularidades de orden y desorden antes señaladas. La presencia de la ordenación consuetudinaria en las minorías suele ser más frecuente que en las jurisdicciones mayoritarias, a menudo dueñas de la planificación. Las jurisdicciones especiales significan la posible existencia de subórdenes jurídicos, de plurijurisdicciones. También en la plurijurisdicción y la interjurisdicción hay casos de conservación e innovación, revolución, evolución y golpe jurídico, atracción y rechazo.

La consideración del orden como valor supremo lleva a cuestionar la plurijurisdicción. La comprensión de la plurijurisdicción y la multiculturalidad exige reconocer que la sociedad puede vivir en cierto desorden.

La tensión entre el orden interjurídico internacional y las jurisdicciones de los Estados suele ser muy grande, generando así despliegues de anarquía. En general, la interjurisdicción del orden del derecho internacional se apoyó en la costumbre, pero, y sobre todo a partir del siglo XX, se va valiendo de una planificación claudicante manifestada, por ejemplo, en la Sociedad de las Naciones y la Organización de las Naciones Unidas.

La integración europea significa la producción de una interjurisdicción ordenadora, sobre todo con una nueva y cambiante planificación que fue obteniendo satisfactoria ejemplaridad. El euro correspondió a la producción de una nueva interjurisdicción monetaria que se pretendió profundamente ordenadora a través de una planificación parcial. La moneda es mucho más que lo que expresa. Sin embargo, no encontrando la fortaleza suficiente, la interjurisdicción monetaria generó una anarquía a salvar hoy con una nueva, dificultosa y contradictoria interjurisdicción.

En la Argentina, los dos sectores principales generan frecuentes casos de anarquía porque la plurijurisdicción no se inscribe en interjurisdicción. El sector hispánico tradicional suele tener más vocación por la planificación gubernamental, pero la jurisdicción anglofrancesa procuró imponerse a través de una muy fuerte planificación expresada de modos principales en la Constitución formal de 1853/60 y la Codificación. A través de la introducción de la ciencia y la técnica modernas, la aplicación rígida de la ley

(32) Suele expresarse que hay "golpe de Estado".

de vagos y “malentretados”, la escuela, que sería laica, común, gratuita y obligatoria, la codificación referida a la propiedad privada y la libertad de contratación, hostil a la costumbre, y la inmigración europea, sobre todo originada en el Norte del “Viejo Continente” se procuró sistemáticamente, aunque sin éxito final, la eliminación del sector hispánico tradicional. El resurgimiento del sector hispánico tradicional se manifestó en la legislación intervencionista promovida, en gran medida, desde el peronismo e, incluso, de cierto modo en la reforma de la codificación civil de 1968.

Las tensiones entre los dos sectores se mostraron, durante el siglo XIX, en un largo período de anarquía y, en el siglo XX, en fuertes enfrentamientos entre peronismo y antiperonismo, aún subsistentes. Puede decirse que el país tuvo una guerra “caliente” y otra “fría”, incluso actual, de modo que sus respuestas se hacen anárquicas. En la Argentina no hay suficiente continuidad de interjuridicidad estatal, no hay, en la medida necesaria, “cuestiones de Estado”. En lugar de cambios hacia el progreso se produjeron reiteraciones anarquizantes, a veces “revolucionarias”.

A menudo, como lo evidencian en estos días los trágicos procesos migratorios hacia Europa⁽³³⁾ y las villas de emergencia⁽³⁴⁾ de la Argentina, los órdenes y las jurisdicciones, en general, suelen producir despliegues de atracción y rechazo con consecuencias muy graves, con grandes dificultades para la interjuridicidad. Muchos de los pobladores de las villas de emergencia son habitantes originarios de otras zonas atraídos por la cultura central de las grandes ciudades que, luego, quedan atrapados con consecuencias de anarquía y penales.

Los repartos y sus órdenes pueden encontrar **límites necesarios** surgidos de la “naturaleza de las cosas”, con alcances generales de carácter físico, psíquico, lógico, sociopolítico y socioeconómico, y con presencia especial en los repartos proyectados en cuestiones vitales. Cuando las cuestiones son de importancia vital, al momento de su cumplimiento los proyectos se replantean, aunque sea para decidir hacerlos realidad. Cada jurisdicción e interjuridicidad puede hallar límites necesarios. Las particularidades de las

(33) Por ejemplo, los actuales casos de Lampedusa. Ver, en tal sentido, “El papa Francisco, sobre la tragedia de Lampedusa: ‘Es una vergüenza’, en diario *La Nación*, Bs. As., 03/10/2013, [en línea] <http://www.lanacion.com.ar/1625483-el-papa-francisco-sobre-la-tragedia-de-lampedusa-es-una-verguenza>; TABOADA VARELA, DIEGO, “Lampedusa: ante el dolor de los demás”, en *Rebelión*, [en línea] <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=175665>, 18/10/2013.

(34) Villas miseria.

juridicidades suelen generar obstáculos, sobre todo psíquicos, sociopolíticos y socioeconómicos para la interjuridicidad. Con frecuencia, también hay límites con alcances vitales. La incompreensión y los intereses, a menudo económicos, bloquean los senderos respectivos.

La viabilidad de las soluciones depende de la **constitución material** formada por los factores de poder.⁽³⁵⁾ Esta constitución establece las condiciones de viabilidad, no solo de las juridicidades parciales, sino de la interjuridicidad.

La interjuridicidad del derecho internacional público ha tenido grandes tropiezos con límites necesarios de la constitución material, manifestados en grandes guerras que, en varios casos, conmovieron al mundo. La interjuridicidad europea, ante la crisis del euro, tuvo que atenerse a factores financieros de gran poder, pero encontró también factores de resistencia popular.

La solución de interjuridicidad autoritaria pretendida por el sector anglofrancés argentino se impuso durante varias décadas y dio ciertos resultados exitosos en la inserción del país en el mundo dominante, pero al final fracasó. Pese a la comunicabilidad general del territorio, y a muchos otros denominadores comunes que podrían ser decisivos, la interjuridicidad de integración argentina encuentra límites psíquicos, sociopolíticos y socioeconómicos demasiado fuertes. Es más, la desconfianza recíproca de los dos sectores tiende a convertir los repartos en cuestiones vitales que hacen replantear las respuestas.

Las **categorías básicas** de la construcción de la realidad social del mundo jurídico son principalmente la causalidad, la finalidad objetiva que "encontramos" en los acontecimientos, la finalidad subjetiva, la posibilidad, la realidad y la verdad. Todas, menos la finalidad subjetiva, son "*panónomas*" (pan=todo; nomos=ley que gobierna), es decir, se refieren a la totalidad de sus manifestaciones. Como dicha amplitud nos es inalcanzable porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarlas produciendo certeza.

Cada juridicidad y cada interjuridicidad poseen maneras diferentes de construir la realidad social del derecho. Es importante saber, por ejemplo, cómo construyen los sentidos de la realidad, las posibilidades y las realidades las diferentes juridicidades. La interjuridicidad requiere gran destreza en el manejo de las categorías y puede ser una manera de reconstrucción.

(35) Ver, por ej., LASSALLE, FERNANDO, *¿Qué es una constitución?*, W. Roses (trad.), Bs. As., Siglo Veinte, 1957.

Occidente es una cultura con muy fuerte apertura a la posibilidad, a veces excesiva. En Europa, la integración logró una sorprendente interjuridicidad que cambió la finalidad objetiva conflictiva que se había producido durante muchos siglos. La finalidad subjetiva de grandes estadistas estrategas logró variar lo que podría haber sido el sentido de continuidad de los enfrentamientos. Sin embargo, la implantación de la interjuridicidad del euro se produjo en una demasiado estrecha apreciación de las posibilidades, con un recorte excesivo de lo que sería el colapso en la finalidad objetiva de los acontecimientos.

Los sectores argentinos han pugnado por imponer los sentidos de interjuridicidad que ellos atribuyen a la realidad, por ejemplo, en cuanto a lo que es beneficioso o perjudicial para el desarrollo de la vida. Tal vez no se hayan considerado suficientemente las posibilidades de la integración y, hasta ahora, no se han alcanzado realidades satisfactorias. Casi siempre se trata de finalidades subjetivas, al fin, relativamente frustradas.

2.1.2. Dimensión normológica

En la construcción integrativista trialista las **normas** son captaciones lógicas "neutrales"⁽³⁶⁾ de repartos proyectados. Son hechas desde dicho punto de vista neutral, con sentido de cierto modo "promisorio" que asegura el cumplimiento para que tenga gran importancia la realización en la vida de las personas.⁽³⁷⁾ Cuando las normas se cumplen, son **exactas**.

Como captaciones de repartos proyectados, las normas pueden ocultar la realidad de lo que captan. Así, como se dice que "si la historia la escriben los que ganan, eso quiere decir que hay otra historia",⁽³⁸⁾ se puede señalar que si las normas las escriben los que pueden, esto significa que es posible que haya otra realidad que no se desea exponer.

Estas diferencias con la realidad pueden manifestarse en las plurijuridicidades y las interjuridicidades. El gobierno es, de cierto modo, una posibilidad de resolver plurijuridicidades en interjuridicidades. Dadas las dificultades de la interjuridicidad, a menudo sus normas tienen obstáculos para lograr la exactitud.

(36) Hechas desde el punto de vista de terceros. Un "tercero" es quien no vive las resistencias de la realidad como sucede con los protagonistas.

(37) La captación normativa promisorio no impide la captación normativa genéricamente "prescriptiva", menos utilizada porque no se relaciona tanto con la evaluación del cumplimiento.

(38) MIGNONA, EDUARDO y NEBBIA, LITO, "Quien quiera oír, que oiga", *Evita: Quien Quiera Oír Que Oiga Soundtrack album*, Bs. As., Melopea, 1996.

La exactitud de la interjuridicidad de las normas internacionales ha sido claudicante, al punto que se llegó a cuestionar la juridicidad de la materia. La integración europea se ha valido de un arsenal normativo de interjuridicidad de muy alta significación, casi siempre exacto.

La plurijuridicidad argentina fue resuelta de modo predominante a través de la interjuridicidad promovida por el sector anglofrancés. Narrada la historia, nacieron las normas que correspondían a ella. Hay en el país grandes despliegues de inexactitud, emergentes en parte por la tensión de la plurijuridicidad. Por múltiples influencias de la tensión intersectorial y de la falta de compromiso, que incluye las prácticas de incumplimiento colonial, el contrabando y el ingreso de inmigrantes "golondrina", el país suele vivir "al margen de la ley". Es más, la tensión intersectorial ha animado de manera reiterada a no cumplir las normas con "los otros".

En cuanto a su **estructura**, las normas pueden construirse como juicios dotados de **antecedentes** que describen el sector social a reglamentar y **consecuencias jurídicas** donde se describe la reglamentación. Cada uno tiene características positivas que deben estar presentes y características negativas que han de estar ausentes para que las normas funcionen.

A veces las interjuridicidades encuentran desvíos, por ejemplo, suelen presentarse "fraudes a las leyes",⁽³⁹⁾ donde se cambian los casos para burlar las leyes que deberían ser aplicables y rechazos de "orden público".⁽⁴⁰⁾

La libre circulación de capitales, bienes y personas de la integración europea hace menos posible el fraude y el tropiezo con el orden público. En la Argentina, la tensión entre los sectores suele promover el fraude para beneficiar a los "amigos" y el rechazo de lo que corresponde a los "enemigos". La tolerancia del otorgamiento de jubilaciones a personas que nunca aportaron o ni siquiera trabajaron, como si hubieran cumplido, es una manifestación de interjuridicidad que puede ser, en cierta medida, muestra de fraude a la ley con miras a solucionar un problema de plurijuridicidad por marginalidad.⁽⁴¹⁾

(39) Correspondientes a las características negativas de los antecedentes.

(40) En general, correspondiente a las características negativas de las consecuencias jurídicas.

(41) Ver, por ej., "Moratoria", [en línea] <http://www.anses.gob.ar/futuros-jubilados/moratoria-67,18/10/2013>; "¿Cómo jubilarse sin aportes?", en *Sitios Argentina*, [en línea] <http://www.sitiosargentina.com.ar/notas/2012/abril/jubilarse-sin-aportes.htm>, 01/09/2013; "Jubilaciones y Pensiones en Argentina", [en línea] <http://jubipen.com/notas-periodisticas/el-gobierno-ampliaria-el-regimen-para-jubilarse-sin-tener-aportes/>, 01/09/2013. Se dice que la facilidad del trámite ha permitido que se jubilaran personas que nunca trabajaron.

Las normas pueden recibir diferentes clasificaciones. Pueden tener **antecedentes** referidos a casos pasados o futuros. En el primer caso, son denominadas **individuales** y realizan el valor inmediatez; en el segundo, son llamadas **generales** y satisfacen el valor predecibilidad. Las sentencias suelen contener normas individuales y las leyes tienen a menudo normas generales. Hay jurisdicciones e interjurisdicciones más apoyadas en una u otra clase de normas. El derecho romano justinianeo germánico tiende más a la generalidad y el *common law* se expresa más en la individualidad. La interjurisdicción suele requerir cierto despliegue de la individualidad, cierta referencia a los casos concretos, por ejemplo a través de sentencias, pero hay muchas manifestaciones de interjurisdicción por generalidades constitucionales, legales, etc.

La interjurisdicción de la integración europea se ha valido de normas generales, pero también de grandes progresos logrados a través de normas individuales de sentencias. En la Argentina, el sector anglofrancés ha manifestado cierta orientación mayor a la interjurisdicción mediante la generalidad, por ejemplo, a través de la codificación. La codificación histórica fue en gran medida una manera de dominación.

Además de normas existen **principios** concebibles como mandatos de optimización a ponderar. Cada jurisdicción posee diversa vocación por ellos.⁽⁴²⁾ El recurso a los principios puede ser un instrumento de interjurisdicción especialmente idóneo. Al ponderarlos se pueden considerar jurisdicciones a relacionar. Así lo evidencian, por ejemplo, el derecho internacional y el derecho de la integración. En el derecho internacional privado, la interjurisdicción se refiere al principio del respeto del elemento extranjero y a los principios del orden público,⁽⁴³⁾ donde se abre o cierra la imitación del derecho extranjero. Como el recurso a los principios suele hacer más expeditos los caminos al derecho natural, lo hace más atendible para el sector hispánico tradicional. La vocación de seguridad del sector anglofrancés tiende a remitirlo más a las normas desarrolladas y al logro de la seguridad que se invoca a su respecto.

Las **fuentes** reales de las normas son materiales y formales. Las fuentes materiales son los repartos mismos, las fuentes formales son autobiografías de los repartos hechas por los propios repartidores (constituciones

(42) Se puede ampliar en nuestro trabajo "Bases de la integración trialista para la ponderación de los principios", en *Revista del Centro de Investigaciones...*, op. cit., n° 29, 2006, p. 9 y ss.

(43) Es posible ver GOLDSCHMIDT, WERNER, *derecho Internacional Privado*, 10ª ed. actual. por Alicia Mariana Perugini Zanetti, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2009.

formales, tratados internacionales, leyes, decretos, sentencias, resoluciones administrativas, contratos, testamentos, etc.). Las fuentes formales son más o menos flexibles o rígidas, elásticas o inelásticas y participativas o no participativas para los interesados. Además, tienen mayor o menor jerarquía. Las jurisdicciones y las interjurisdicciones se caracterizan por complejos de fuentes propios. A veces, la voluntad de interjurisdicción se manifiesta en constitucionalizaciones,⁽⁴⁴⁾ tratados, etc., que permiten más rigidez, elasticidad y compromiso. También hay interjurisdicción en sentencias y contratos, donde se pasa de una menor a una mayor flexibilidad, con más participación, sobre todo en los contratos. Mucho se ha desarrollado en planteos de interjurisdicción a través de las fuentes de derechos humanos referidos a todos los hombres.

En la interjurisdicción de la integración europea, mucho se ha logrado a través de tratados y de fuentes específicas, por ejemplo, las directivas. Sin embargo, hasta ahora, el nivel constitucional propio no ha podido lograrse.

En la Argentina, el sector anglofrancés se hizo fuerte en la Constitución formal de 1853/60 y las leyes codificadoras. La Constitución tuvo forma rígida para defender las ideas —en gran medida, liberales— establecidas en ella, rigidez lograda sobre todo a través de una “participación reforzada” con necesidad de una mayoría muy alta en el Congreso y la exigencia de una Convención especial. Se abrió, sin embargo, una formalización relativamente elástica que permitía soluciones relativamente diversas. Otro gran pilar de la interjurisdicción impuesta por el sector anglofrancés fue la codificación defendida, por largo tiempo, con sentido exegético. La codificación se orientó a suprimir las especificidades de la jurisdicción hispánica tradicional. El art. 17, que redactó en el Código Civil Vélez Sarsfield, es una norma de interjurisdicción autoritaria que dio fuerte primacía a la ley sobre la costumbre. Se procuró excluir la realidad de la vida gauchesca.

El sector hispánico tradicional viabilizó las condiciones de la Constitución y la codificación a través de la obra de Rosas, pero el caudillo bonaerense no tuvo interés en ellas. Su interjurisdicción invocaba al federalismo pero tendía a una materialidad unitaria. Sin embargo, el intervencionismo del sector hispánico tradicional al que pertenecía no es en sí ajeno a la voluntad legisladora. Es más, tiende a pensar más al contrato en el marco de la legislación.

(44) Hay numerosas constituciones y ordenaciones jurídicas multiculturales (en América del Sur, por ejemplo: Colombia y Bolivia. También cabe mencionar, por ej., a Bélgica, Canadá y Suiza.).

Para que los repartos proyectados captados en las normas se conviertan en repartos realizados es necesario que las normas **funcionen** a través de tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación y síntesis y, transversalmente, de argumentación. El funcionamiento, continuidad repartidora, suele contener fuertes tensiones, principalmente entre los autores de las normas (por ej., los legisladores) y los encargados de su funcionamiento (por ej., los jueces). Además del funcionamiento formal, hay otro conjetural. El funcionamiento es siempre, de cierto modo, una interjuridicidad que se vale de diferentes tareas.⁽⁴⁵⁾ La **síntesis**, necesaria cuando varias normas pretenden aplicarse a un caso en cuya realidad no encuentran cabida, es a menudo un instrumento de interjuridicidad notorio, por ejemplo, en las plurijuridicidades que pueden presentarse en el concurso.

Cada cultura jurídica y cada interjuridicidad tienen sentidos de funcionamiento al menos relativamente propios. En el Islam, el origen divino de las normas genera un funcionamiento jerarquizado en la referencia al autor, considerablemente diverso de lo que sucede en el derecho positivo occidental, donde el cristianismo enseña que el Reino no es de este mundo. La lucha por el funcionamiento de las "normas" religiosas entre católicos y protestantes generó una larga guerra, relativamente resuelta con la interjuridicidad de la Paz de Westfalia. La interjuridicidad de la integración europea logró un gran apoyo en el funcionamiento de las normas, sobre todo a través de los tribunales de las Comunidades Europeas.

Los conflictos de las juridicidades de los sectores argentinos suelen manifestarse en el funcionamiento de las normas. El gobierno federal es, al fin, un espacio de interjuridicidad más o menos respetuoso de la plurijuridicidad. Tal vez, las tensiones de la economía de la interjuridicidad argentina, manifestada en la inflación y la convertibilidad, hayan contribuido a la "quiebra" del país en 2001.

Al captar los repartos, las normas los describen y los integran. Cumplen la función integradora valiéndose de **conceptos** que determinan la realidad dándole claridad e incorporándole sentidos. Los conceptos pueden ser

(45) La línea de consideraciones al respecto incluye, por ejemplo, a Roberto Vernengo y Tecla Mazzaresse (puede citarse, por ej., MAZZARESE, TECLA, "La interpretación jurídica como traducción", en *Isonomía*, 9, p. 73 y ss., *Cervantes Virtual*, [en línea] http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12504985356703728543657/isonomia09/isonomia09_07.pdf, 02/09/2013). Ver, asimismo, MAZZARESE, *Diritto, tradizioni, traduzioni*, op. cit.

más institucionales, es decir, más cargados de ideas e indisponibles para las partes, o más negociales. Las jurisdicciones y las interjurisdicciones se construyen con conceptos. La interjurisdicción debería tener en cuenta la formación de conceptos integradores orientados a ella.

Los conceptos del derecho musulmán, referidos al fin a la institucionalidad divina, suelen ser ejemplos muy institucionales, de muy alta carga ideológica; la interjurisdicción conceptual musulmana tiene que ser "dentro" del sistema, hay un fuerte "dentro" y otro fuerte "fuera". La interjurisdicción europea puede valerse de conceptos más "comunes", pero hay diferencias, por ejemplo, entre la mayor consistencia conceptual institucionalizada del catolicismo y la relativa apertura conceptual de la libre interpretación protestante. De esta manera, la integración europea se ha valido de conceptos propios no encuadrables en los tradicionales de federación y confederación.

En la Argentina, los conceptos del sector hispánico tradicional suelen tener más carga institucional que los del anglofrancés. Por ejemplo, la conceptualización del matrimonio hispánico tradicional es, a menudo, más institucional que la anglofrancesa. La noción de discriminación puede ser un instrumento de respeto recíproco e interjurisdicción.

En la propuesta de construcción del objeto jurídico pluralista, el **ordenamiento normativo** es la captación lógica neutral de un orden de repartos. El ordenamiento es **fiel** cuando expresa con acierto la voluntad de la sociedad respecto del orden de repartos deseado. Es exacto cuando se cumple. El conjunto del ordenamiento contiene el imperativo de la **legalidad**. Cada jurisdicción posee un alcance de fidelidad y un sentido de legalidad diferentes y la interjurisdicción los abarca con otro despliegue de fidelidad y otra legalidad.

El derecho internacional público ha tenido una fidelidad a menudo claudicante, con diferencias entre las voluntades de vencedores y vencidos. Europa generó, a veces con grandes tropiezos, un sentido de la legalidad internacional. La gran infidelidad que tuvo para la vencida Alemania la llamada "Paz de Versalles" de 1919 provocó la trágica ruptura de la legalidad internacional en la Segunda Guerra Mundial. Quien conozca los hechos no puede negar que era **disparatado** que se impusiera a Alemania y sus aliados toda la responsabilidad de haber causado la guerra, al menos lo era porque nunca nadie tiene toda la responsabilidad de nada. En la integración, Europa logró construir un ordenamiento propio con una noción de legalidad europea relativamente fuerte que ha entrado en, al menos, una relativa crisis. La democracia de varios países europeos se ha resentido considerablemente.

En la Argentina, han existido y quizás existen sentidos de fidelidad y legalidad fracturados entre los dos sectores en pugna. Las diferencias en cuanto a la fidelidad y la legalidad han producido de manera repetida graves consecuencias.

El ordenamiento normativo se **construye** mediante relaciones verticales y horizontales⁽⁴⁶⁾ entre las normas, sean de producción o de contenido. Las vinculaciones verticales de producción realizan el valor subordinación y las de contenido satisfacen el valor ilación. Las relaciones horizontales de producción realizan el valor infalibilidad y las de contenido satisfacen el valor concordancia. El conjunto del ordenamiento realiza el valor coherencia. El ordenamiento suele contener **subordenamientos** con referencias propias, no solo con normas, sino con principios específicos. Los subordenamientos son jurisdicciones diferenciadas, generadores de plurijurisdicción. Cada jurisdicción y cada interjurisdicción puede tener construcciones diversas, así, los subordenamientos ponen en relativa cuestión la coherencia del conjunto.

El ordenamiento del Islam tiene en su cúspide una fuerte referencia absorbente de carácter divino que exige una coherencia final muy comprometida. Diversa es la remisión del derecho occidental actual. El derecho internacional público planteó una ardua problemática en cuanto a la relación de su interjurisdicción con las jurisdicciones de los Estados. Las cuestiones del dualismo y el monismo con sus variedades ha generado grandes tensiones. En la Europa integrada se logró construir un ordenamiento de la integración.

En la Argentina, hay un ordenamiento federal de interjurisdicción. En general, la interjurisdicción de los desenvolvimientos anglofranceses alega especialmente la forma y la coherencia; los contenidos suelen interesar más al sector hispánico tradicional, que más veces sacrifica los aspectos formales.

Según lo que deban hacer los encargados del funcionamiento en casos de **carencias** de normas (lagunas del ordenamiento), los ordenamientos pueden ser **meros órdenes** cuando los encargados deben consultar a los autores o **sistemas** donde deben resolver ellos mismos. Los sistemas pueden ser materiales cuando los encargados resuelven según sus propios criterios o formales cuando han de aplicar criterios de cierre, como el de

(46) Consideramos horizontales a las que no son verticales, aunque sean oblicuas, como las que se presentan entre las resoluciones administrativas y las leyes penales que las garantizan.

exigencia de tipicidad penal liberal. Las fuentes formales de los meros órdenes son las recopilaciones y las de los sistemas son habitualmente codificaciones.⁽⁴⁷⁾ Los sistemas materiales tienen interjuridicidad especialmente intensa.

El derecho internacional público es un ejemplo de interjuridicidad que aún es claudicante. Tiene dificultades para resolver con un tribunal de jurisdicción siempre obligatoria. Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia cuenta con vías para solucionar todos los litigios que se le presenten. En la Unión Europea, la supraestatalidad brinda una respuesta de creciente interjuridicidad con características de sistema material emergente de la obra de los Tribunales de Justicia. Europa ha resultado en gran medida de esta obra jurisprudencial. En la Argentina, el sector anglofrancés ha puesto especial énfasis en la necesidad de la interjuridicidad de la codificación, quizás de una codificación que asegurara sus propios intereses, habitualmente dominantes. La codificación de fondo a cargo del Gobierno Federal establecida en la Constitución de 1853/60 fue un poderoso instrumento del sector anglofrancés, en este caso, en su específica versión afrancesada.⁽⁴⁸⁾ Los arts. 16 y 17 del Código Civil velezano son expresiones de interjuridicidad racional como la sostuvo el sector anglofrancés.

2.1.3. Dimensión dikelógica

En la construcción trialista se incorpora un **complejo valorativo** que, en nuestra propia versión, no tiene referencia absoluta ni natural, según lo sostuvo Werner Goldschmidt,⁽⁴⁹⁾ sino también construida, como el resto del objeto de la ciencia jurídica. Ese complejo incluye en lugar culminante a la **justicia**, pero también incorpora otros valores como la utilidad, el amor, la verdad, la belleza, la santidad, etc. y los que ya hemos referido en relación con las otras dimensiones. Se refiere, al fin, al más elevado valor a nuestro alcance que es la **humanidad**, el deber ser cabal de nuestro ser.

(47) Una recopilación a la que se agregue la obligación de fallar en todos los casos se convierte en fuente formal de un sistema.

(48) Ver en relación con el tema, por ej., "Alberdi: la Constitución como programa de Gobierno: la polémica con Vélez Sarsfield", Comunicación del académico Juan Vicente Sola en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 22/09/2010, p. 414 y ss., [en línea] <http://www.ancmip.org.ar/user/files/18%20Sola.pdf>, 01/11/2013.

(49) Fundador del trialismo.

La dimensión dikelógica sirve principalmente para resolver cómo **deben ser** los repartos y las normas, pero también para proyectarla en saber mejor cómo se resuelven las cuestiones respectivas en la realidad social y en las normas, en este caso, de las diversas jurisdicciones y de la interjurisdicción. Cada interjurisdicción es, al fin, una construcción con sentido dikelógico. La interjurisdicción entre la Iglesia Romana y la Ortodoxa o el protestantismo puede ir más por un sendero de especial santidad; la de la globalización se remite a la utilidad, dejando una crítica interjurisdicción de marginalidad; vale que al fin haya una interjurisdicción referible a la justicia y a la humanidad.

Los valores pueden plantearse en condiciones de **coadyuvancia** por contribución o integración y de oposición legítima, en este caso de sustitución, o de oposición ilegítima, de subversión, inversión o secuestro. La jurisdicción y la interjurisdicción resuelven siempre problemas de composición del complejo axiológico. La interjurisdicción se afirma en el punto de vista de los valores si se tiene a la justicia en relación legítima con las otras exigencias axiológicas, sobre todo si está al fin asegurada por el reconocimiento de que todo ser humano, por diverso que sea, por "disvalioso" que se lo considere en otros aspectos, vale porque realiza al menos el valor humanidad.

Europa, cuestionada por una fuerte regresión bélica en cuanto a la condición humana, logró en la integración una plenitud axiológica que ahora parece en cuestión. En la Argentina, el sector hispánico tradicional suele hacer más referencias a la coadyuvancia de la justicia con el amor y la santidad; en cambio, en el sector anglofrancés hay más orientación a la coadyuvancia con la utilidad. La referencia de interjurisdicción integradora a la humanidad no ha tenido a menudo los resultados deseables.

Siguiendo las ideas de Aristóteles, es posible reconocer diferentes caminos para pensar la justicia, es decir, **clases de justicia**. Las principales clases de justicia son: consensual y extraconsensual,⁽⁵⁰⁾ con y sin consideración de personas,⁽⁵¹⁾ simétrica y asimétrica,⁽⁵²⁾ monológica y poli-

(50) Pensadas con referencia al consenso o sin ella (no necesariamente basadas en el consenso real).

(51) Referidas a las personas en su integridad o recortadas en roles.

(52) De fácil o difícil comparación de las potencias y las impotencias.

logal⁽⁵³⁾ y conmutativa y espontánea;⁽⁵⁴⁾ “parcial” y gubernamental,⁽⁵⁵⁾ sectorial e integral,⁽⁵⁶⁾ de aislamiento y de participación, absoluta y relativa y general y particular.⁽⁵⁷⁾ La justicia particular está más presente en el derecho privado y la general (referida al bien común) se muestra más en el derecho público. Asimismo, cabe diferenciar, por ejemplo, la justicia “de partida”⁽⁵⁸⁾ y “de llegada”,⁽⁵⁹⁾ la rectora y la correctora y la equidad.

Las diversas clases de justicia contribuyen a reconocer las jurisdicciones y la interjurisdicción. Las diferencias son caminos de plurijurisdicción. La interjurisdicción necesita, en gran medida, de la justicia polilogal y de la justicia general. También se vincula de modo especial con las más comprensivas vías de la justicia general, integral, de participación y relativa.

La interjurisdicción del derecho internacional tiene referencias públicas y privadas y lo propio acontece, de manera muy compleja, con el derecho de la integración. Suele pensarse en sentidos integradores de los pueblos y los comerciantes. En la Argentina, el sector hispánico tradicional se orienta más a la justicia extraconsensual, espontánea, gubernamental, integral, de participación y general, en tanto el sector anglofrancés se refiere más a la justicia consensual, conmutativa, “parcial”, sectorial, de aislamiento y particular. El espacio hispánico tradicional se remite más al derecho público y el anglofrancés, al derecho privado. Se trata, sin embargo, de un país que al fin suele no lograr el desarrollo necesario del bien común y el derecho público para lograr una sólida interjurisdicción integradora. A menudo, se vive “contra” y no “con” los diversos. Las tensiones generan constantes y abusivas consideraciones de “llegada” para sacrificar el presente hecho por los demás y “correctoras” de lo que hicieron los otros.

Según la propuesta de construcción integrativista trialista, el material estimativo de la justicia en el derecho es la **totalidad** de las adjudicaciones de potencia e impotencia razonadas pasadas, presentes y futuras. Esa totalidad se proyecta en complejos en lo material, espacial, temporal y personal

(53) De una o varias razones de justicia.

(54) Con o sin “contraprestación”.

(55) Proveniente de la parte o del todo.

(56) Dirigida a una parte o al todo.

(57) Orientada al bien común.

(58) Que proyecta lo existente.

(59) Que sacrifica lo existente al provenir.

y cabe diferenciar además los casos y las consecuencias. Las tramas de pasado, presente y porvenir se concretan en los cuatro complejos y las consecuencias. Todo esto significa que también la justicia es una categoría pantónoma. Como no podemos abarcarla en plenitud, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarla donde no podemos saber o hacer más produciendo seguridad jurídica. Cada juridicidad e interjuridicidad es una manera propia de construir la justicia y, consecuentemente, de producir seguridad.

Hay interjuridicidades más referidas al pasado, al presente o el porvenir, a referencias de complejos materiales, espaciales, temporales y personales y con distintas remisiones a las consecuencias. Las interjuridicidades que consideramos valiosas fraccionan debidamente, las otras procuran desviar fracturando complejos de manera indebida, haciendo asimismo que los amigos reciban las potencias y estén seguros y los enemigos reciban las impotencias y se hallen en inseguridad.

Con grandes tragedias, Europa fue comprendiendo la necesidad de tener un futuro común, de pensarse parte de un complejo personal en cuya realización todos confluyeran, y de evitar que las consecuencias negativas de los conflictos cayeran sobre personas inocentes por milenios indebidamente sacrificadas en aras de beneficios de los más amigos. En la Argentina, el sector hispánico tradicional suele tener más sentidos de complejo personal y fraccionamiento de las consecuencias procurando que ellas sean compartidas, en tanto el anglofrancés se inclina más a realizaciones individuales y a desfraccionar las consecuencias promoviendo que cada individuo reciba más de lo que le correspondería. Esto significa que, para el sector hispánico tradicional, el anglofrancés suele tener sentidos oligárquicos y, para el anglofrancés, el hispánico tradicional es a menudo camino para el abuso del sentido de la colectividad y el populismo, respecto del cual a veces se habla de demagogia.

Más allá de los planteos conceptuales y formales acerca de la justicia referidos en la Axiología Dikelógica propiamente dicha,⁽⁶⁰⁾ el trialismo propone penetrar en el muy debatible ámbito de los contenidos del valor, considerados en la Axiosofía Dikelógica. Werner Goldschmidt pretendió, para estos contenidos, fundamentos objetivos y naturales, pero, a nuestro parecer, dichas características no requieren un debate que, quizás, las muestren no

(60) Es posible ver nuestra *Metodología Dikelógica*, *op. cit.*

demostrables. Presentamos una propuesta de **construcción** del contenido de la justicia, válida entre quienes la acepten, pero consideramos que sobre ella es posible desarrollar otros contenidos con rigor metódico. El pensamiento riguroso sobre la justicia puede desarrollarse, además, sobre los **interrogantes** que haremos acerca de los repartos y el régimen justos.⁽⁶¹⁾

Proponemos considerar como **principio supremo** de justicia construido la exigencia goldschmidtiana de adjudicar, a cada individuo, la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, para convertirse en **persona**.

Las diferentes jurisdicciones e interjurisdicciones pueden ser reconocidas según los principios supremos de justicia que sustenten. Cada jurisdicción y cada interjurisdicción es una manera de la legitimación por la justicia.

Los grandes conflictos que afrontó Europa, que la integración consiguió disminuir y hoy parecen recrudecer, se refieren a las interjurisdicciones brindadas por distintos principios supremos de justicia, más humanistas, racistas, economicistas, etc. Puede sostenerse que en la Argentina los dos sectores están en condiciones de sustentar la exigencia que proponemos, pero los enfoques concretos generan importantes diferencias.

En cuanto a la justicia del contenido del **reparto**, hay que referirse a su legitimidad respecto de los repartidores, los beneficiarios, los objetos, las formas y las razones. Los **repartidores** se legitiman por la autonomía surgida de su acuerdo —como interesados— acerca del reparto;⁽⁶²⁾ la para-autonomía del acuerdo respecto de quienes han de ser repartidores (como en el arbitraje); la infraautonomía del acuerdo de la mayoría (según ocurre en la democracia) y la criptoautonomía del acuerdo que brindarían los beneficiarios en caso de conocer los repartos (como suele ocurrir en la gestión de negocios ajenos sin mandato). También tiene fuerza legitimante la aristocracia de la superioridad moral, científica y técnica. Un tema de interés respecto de la justicia de los repartidores es su **responsabilidad**, sea solo por sus propios actos o también por el régimen eventualmente injusto. Los **beneficiarios** se legitiman por la conducta o la necesidad, constitu-

(61) En este caso adoptaremos los problemas simplificados que propuso Goldschmidt, aunque creemos que es posible desenvolver otros más complejos. Se puede ampliar en nuestros libros *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica y Metodología Dikélogica*, op. cit.

(62) Porque ella los hace especialmente protagonistas de la esfera de libertad para convertirse en persona.

tivas de méritos y merecimientos y por sus referencias diversas a derechos y deberes. Los **objetos** justos son “repartideros” y se refieren de modo especialmente importante a la vida (dar y quitar vida, propia y ajena) y a la propiedad. La *forma* de los repartos se legitima por la audiencia, donde el proceso en los repartos autoritarios y la negociación en los repartos autónomos son respectivamente preferibles a la mera imposición y a la mera adhesión. La legitimidad de las **razones** de los repartos es su fundamentación.

Cada juridicidad e interjuridicidad es una manera de legitimar repartos. Hay interjuridicidades con más pretensiones de legitimidad por los repartidores, los beneficiarios, los objetos, las formas y las razones. Un tema relevante es el ya indicado del derecho y el deber de pertenecer a una juridicidad o a una interjuridicidad. ¿Existen el derecho y el deber de ser musulmán, occidental, hispánico tradicional, anglofrancés, etc.? Un enfoque importante acerca de los repartos justos es el de la vinculación de los **derechos humanos** que pueden llegar a generar tensiones entre ellos, por ejemplo, como garantía de la plurijuridicidad y la **democracia**. ¿Cuáles han de ser las relaciones entre minorías y mayorías? A menudo, entre las diferentes juridicidades hay grandes dificultades para la legitimación por la audiencia y para la fundamentación.

En la integración, Europa consiguió una interjuridicidad con un complejo de títulos de legitimidad de los repartos satisfactoriamente desarrollado, pero en los últimos tiempos la interjuridicidad democrática y, al menos supuestamente meritocrática (incluso referida a los banqueros), entró en crisis. Los merecimientos de muchos sectores fueron desatendidos. En la Argentina, el sector hispánico tradicional suele poner más énfasis en la legitimación infraautónoma; en el anglofrancés tiene más espacio la autonomía. A veces, el primero se refiere más a los merecimientos y el segundo, a los méritos.

Para ser justo, el **régimen** ha de tomar a cada individuo como un fin y no como un medio, es decir, debe ser **humanista** y no totalitario. Asimismo, ha de practicar la **tolerancia**.⁽⁶³⁾ El humanismo puede ser más **abstencionista** o **intervencionista** (paternalista). Su concreción exige respetar a los individuos en su **unicidad, igualdad y comunidad**. La unicidad se relaciona de modo especial con el liberalismo político; la igualdad se vincula más con la democracia y la comunidad se relaciona más con la “*res publica*”.

(63) En cuanto a la tolerancia, creemos que hay que marginar el sentido de que alguien es titular de “la” verdad. Utilizamos un sentido en el que todos estamos habilitados para “construir” verdad.

La plurijuridicidad y la interjuridicidad se constituyen, también, en vinculación con estas perspectivas: por ejemplo, pueden ser más o menos humanistas; atentas a la tolerancia; abstencionistas o intervencionistas y remitidas a la unicidad, la igualdad o la comunidad. La tolerancia, que es una manera de entender la interjuridicidad, tiene una historia muy difícil.⁽⁶⁴⁾ Quizás la plurijuridicidad se nutra más de la unicidad y la interjuridicidad tienda a alimentarse más de la igualdad y la comunidad. Vale considerar en qué términos una jurisdicción tiene derecho a respaldarse en la unicidad o ha de integrarse en la igualdad y la comunidad. El lema "libertad, igualdad y fraternidad" fue una invocación de aparente interjuridicidad con un fuerte sentido real de imposición de una jurisdicción sobre otra. Importa superar la globalización/marginación atendiendo a las particularidades para llegar a su respeto en la **universalización**.⁽⁶⁵⁾

La interjuridicidad de la integración europea logró, luego de grandes expresiones bélicas totalitarias, un importante despliegue humanista, quizás hoy en cuestionamiento por ciertas respuestas plutocráticas. En la Argentina, el sector hispánico tradicional suele ser más intervencionista y en lo interno se refiere más a la igualdad y la comunidad; en cambio, el anglofrancés es con frecuencia más abstencionista y en su interior se remite más a la unicidad. El sector hispánico tradicional atiende más a la democracia de mayorías y a la "res publica"; el ámbito anglofrancés suele estar más cercano al liberalismo político. En la exterioridad, el ámbito hispánico tradicional suele considerar más la unicidad de los pueblos, refiriéndose a la plurijuridicidad, y a veces el anglofrancés se remite más a cierta igualdad encaminada por el capitalismo. El sector anglofrancés tiende a acordar más en la exigencia internacional de los derechos humanos. En otras circunstancias, el sector hispánico tradicional originario fue mucho más expansivo, como lo evidenció el colonialismo

(64) Puede significar respuestas de dominación débil por parte de quienes están en "el acierto" y de coexistencia de unidades independientes respetuosas unas de otras. En el 313, el Edicto de Milán fue un avance de la interjuridicidad en tolerancia pero, en el 380, el Edicto de Tesalónica fue una de las mayores manifestaciones de la intolerancia. Una solución de relativa interjuridicidad, quizás adecuada a su época, fue la mencionada Paz de Westfalia. Una mala respuesta de interjuridicidad fue, como indicamos, la "Paz" de Versalles que puso "fin" a la Primera Guerra Mundial.

Las polémicas de San Agustín contra los maniqueos y los donatistas son expresiones de búsqueda de la interjuridicidad (cabe ampliar en nuestro artículo "San Agustín, polémico defensor de la pantonomía de la justicia", en *Investigación...*, op. cit., n° 17, p. 109 y ss.).

(65) Es posible ampliar en nuestro trabajo "Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración", en *Revista del Centro de Investigaciones...*, op. cit., n° 24, p. 41 y ss.

a menudo “misionero” de los países ibéricos. La interjuridicidad, que podría integrar los dos sectores, es muy difícil de lograr. El sentido interno de comunidad y “*res publica*” es, al fin, escaso.⁽⁶⁶⁾

Según la propuesta trialista, la realización del **régimen** de justicia debe **proteger** al individuo contra todas las amenazas: de los demás individuos como tales y como régimen, de sí mismo y de “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, desempleo, etc.). El resguardo contra el régimen incluye el fortalecimiento del individuo, por ejemplo, a través de las declaraciones de derechos humanos y sus garantías y el debilitamiento del régimen (división de poderes, federalismo, autarquías, etc.). Aparece aquí, nuevamente con gran relieve, el amparo de minorías. Los sentidos de las posibles amenazas han de ser utilizados también, a la inversa, para el amparo del individuo; por ejemplo, hay que resguardarlo mediante los demás individuos, el régimen y él mismo. Incluso, han de resignificarse los despliegues de “lo demás”. Cada juridicidad e interjuridicidad es una manera de proteger al individuo. Quizás, un modo especialmente idóneo para asegurar una debida interjuridicidad sea la **autoprotección** de cada individuo y cada juridicidad. Una interjuridicidad valiosa ha de recorrer el complejo de amparo más adecuado.

La integración europea fue, al menos hasta hace poco tiempo, un ejemplo de compleja y satisfactoria interjuridicidad protectora de los individuos. Los avances en la ampliación consiguieron progresos de interjuridicidad significativos. No obstante, en nuestros días, Europa tiene frecuentes dificultades para concretar el amparo de minorías. Se plantean importantes situaciones críticas con sectores de orígenes no “europeos”, incluyendo, por ejemplo, a los gitanos. Además, ahora no resulta idónea para resguardar a muchos individuos respecto de los demás y “lo demás” (pobreza, desempleo, etc.).

En la Argentina, el sector hispánico tradicional suele poner especial énfasis en el resguardo respecto de los demás y “lo demás” e, incluso, en relación con el propio individuo. En cambio, el sector anglofrancés se refiere, a menudo más al amparo frente al régimen. Estas diferencias han sido motivos de frecuentes conflictos y de soluciones de interjuridicidad insatisfactorias.

(66) Sin embargo, por ejemplo, el Prólogo de la Constitución Nacional de 1853/60 establece una ejemplar interjuridicidad.

2.2. Especificidades

Según lo ya expuesto, los caracteres comunes a toda expresión jurídica se especifican tridimensionalmente en lo **material**, **espacial**, **temporal** y **personal**. Cada juridicidad y cada interjuridicidad son maneras de manifestarse de estas especificidades.

Las particularidades en lo **material** constituyen **ramas jurídicas** diferenciadas tridimensionalmente, algunas más tradicionales, como el derecho constitucional, administrativo, civil, comercial, del trabajo, penal, procesal, internacional, etc., y otras relativamente nuevas, sobre todo exigidas por los derechos humanos y el respeto a las diferencias culturales y jurídicas, como el derecho de la salud y el bioderecho, el derecho de la seguridad social, el derecho del medio ambiente, el derecho de la ciencia y la técnica, el derecho del arte, el derecho de la educación, el derecho de la minoridad y la adolescencia, el derecho de la ancianidad (a veces denominado de la vejez), etc. Cada perfil de juridicidad e interjuridicidad incluye un perfil en cuanto a ramas jurídicas. Hay personas para las que son más importantes el derecho civil de los derechos reales, de los contratos y de las sucesiones, el derecho comercial y el derecho penal como protector de las víctimas, en tanto para otras son más significativos el derecho del trabajo, el derecho de la seguridad social, el derecho penal desde el lugar del posible reo, etc. El derecho constitucional es, con frecuencia, una oportunidad especial para la interjuridicidad. Cada rama jurídica ha de hacerse cargo de la plurijuridicidad y la interjuridicidad.

Europa, en principio un espacio con gran plurijuridicidad material, escindida sobre todo por el Canal de la Mancha, fue logrando, con diversos grados de conciencia, cierto desarrollo de interjuridicidad, con fuerte referencia a los derechos humanos y la democracia e importantes aproximaciones en diferentes materias, incluso con intensas búsquedas en temas aparentemente tan difíciles como el de los contratos. Sin embargo, parecería que hoy es más viable progresar en aproximaciones de interjuridicidad en el derecho de familia. Tal vez, la compleja organización familiar europea, que permite hablar de "las familias" sea más común que la economía. El euro y la pretensión constitucional generaron importantes resistencias, al punto que la segunda no llegó a concretarse.

En la plurijuridicidad argentina, el sector hispánico tradicional ha tenido especial papel en el despliegue del derecho del trabajo, en tanto el

anglofrancés ha desarrollado particular protagonismo en el derecho civil tradicional y el derecho comercial. Las tensiones entre los dos sectores se muestran en la historia del derecho constitucional: más anglofrancés en 1853/60, con más sentido hispánico tradicional en la reforma frustrada de 1949, más anglofrancés en la reforma de 1957 y en búsqueda de una interjuridicidad integradora en la reforma de 1994. Una crisis fuerte de la interjuridicidad constitucional se produjo cuando, en 1956, la reforma de 1949 fue "anulada" por un gobierno de facto. También hay tensiones en la interjuridicidad del derecho civil, más anglofrancés en 1869, y con algún avance hispánico tradicional durante el período de cierto modo abierto por el primer peronismo e, incluso, en la reforma de 1968.

Las juridicidades, plurijuridicidades e interjuridicidades son también construcciones en el **espacio**. El federalismo y el regionalismo son manifestaciones importantes en este sentido.

La Europa integrada, para la cual muchos llegamos a ambicionar una estructura federal, ha conseguido un importante despliegue de interjuridicidad común espacial, aunque hay diferencias considerables entre los sistemas romano-justiniano germánico y del *common law* y en las pretensiones regionales. En la Argentina, la solución institucional a la plurijuridicidad mediante la interjuridicidad federal no ha tenido los resultados que se invocan como deseados y que muchos, efectivamente, pretendemos.

Las especificidades en el **tiempo** se expresan en distintos momentos, edades y eras que forman plurijuridicidades e interjuridicidades. Las juridicidades, plurijuridicidades e interjuridicidades se instalan en diferentes temporalidades.

La interjuridicidad de la integración europea consiguió, en principio, armonizar las diferencias temporales, por ejemplo, entre países que protagonizaron las revoluciones políticas burguesas y la Revolución Industrial y otros prerrevolucionarios. Sin embargo, en los últimos tiempos se ha producido una crisis al respecto. En la plurijuridicidad argentina, el sector hispánico tradicional suele ser caracterizado, con o sin acierto, en mayor referencia a la medievalidad y el anglofrancés considerado con más vinculación a la modernidad. La interjuridicidad argentina, en el tiempo, tiene con frecuencia vaivenes de inmadurez.

Es también importante el derecho a pertenecer o no a una juridicidad en lo **personal**. Para aclararlo, es útil la referencia a los **pronombres personales**

en la construcción de las jurisdicciones y las interjurisdicciones.⁽⁶⁷⁾ Por ejemplo, todos los seres humanos han de ser comprendidos en los despliegues de lo que lenguas como la nuestra expresan en las tres personas del singular y del plural. Creemos que han de ser considerados en la plurijurisdicción y la interjurisdicción en los seis sentidos gramaticales referidos, de modo destacable “yo”, “tú” y “nosotros”, y es importante que no sean demasiado “él” o “ellos”. Todo ser humano tiene derecho a ser “nosotros”, pero también “yo”, en el ingreso o el egreso de una jurisdicción.⁽⁶⁸⁾ Es relevante que se atienda a los alcances en que ha de ser parte de “los otros”.⁽⁶⁹⁾

Europa integrada consiguió, más allá de las declamaciones de unión en la diversidad, cierto sentido de un “nosotros” de los pueblos europeos ahora en crisis. En la plurijurisdicción argentina, la jurisdicción hispánica tradicional suele valerse más de la referencia a nosotros y la anglofrancesa a “yo”, “tú” y “vosotros”. Lamentablemente, la débil interjurisdicción argentina se manifiesta en una excesiva presencia de los sentidos de “él” y “ellos”.

La complejidad en la materia, el espacio, el tiempo y las personas, como plurijurisdicción e interjurisdicción, produce la materialidad y la **intermaterialidad**, la espacialidad y la **interespatialidad**, la temporalidad y la **intertemporalidad** y la personalidad y la **interpersonalidad** del mundo jurídico. De maneras destacadas, de la materia se ocupa la Teoría General del derecho abarcadora de las ramas jurídicas; el espacio se trata en el derecho interregional y el derecho internacional; el tiempo se considera en la Historia y la Prospectiva Jurídicas y de las personas se ocupa el derecho interpersonal.

2.3. Horizonte político

La proyección del integrativismo tridimensionalista de la teoría tridimensionalista del mundo jurídico brinda la construcción del **integrativismo tridimensionalista de la teoría tridimensionalista del mundo político**. Este mundo se constituye con actos de coexistencia (**dimensión sociológica**) captados por normas (**dimensión normológica**) y valorados por un complejo de valores de con-

(67) Es posible ampliar, por ejemplo, en nuestro artículo “El lenguaje desde la perspectiva jurídica (Con especial referencia a los pronombres)”, en *Revista del Centro de Investigaciones ...* op. cit., n° 31, p. 55 y ss., en *Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, [en línea] <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent318.pdf>, 01/09/2013.

(68) El autor agradece a la profesora Tecla Mazzarese el diálogo acerca de este tema.

(69) En cuanto a la debatida posición de “los otros”, ver, por ejemplo, MAZZARESE, TECLA, “Noi, gli altri e la tutela dei diritti nelle società multiculturali”, en *Diritto, tradizioni, traduzioni*, op. cit., p. 251 y ss.

vivencia⁽⁷⁰⁾ (**dimensión axiológica**). Desde un punto de vista más dinámico, puede hacerse referencia a la actividad vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar actos de coexistencia captados por normas y valorados por un complejo de valores de convivencia. El mundo político se diversifica en ramas y conjuntos, de modo que cabe hacer referencia a distintos valores y diferentes maneras de encararlos: política jurídica (valor justicia, derecho), sanitaria (salud), económica (utilidad), erótica (amor), científica (verdad), artística (belleza), religiosa (santidad), educacional (expansión sistemática de los valores), de seguridad (recorte de los valores), cultural (complejo de los valores), etc. Cada juridicidad se entrelaza de modos complejos con la politicidad. A menudo, sucede de modo principal con una politicidad, sobre todo, vinculada axiológicamente (por ejemplo, el derecho comercial con la política económica y la utilidad) y lo propio sucede con la interjuridicidad y la interpoliticidad (hay interjuridicidades más comercialistas, economicistas y utilitaristas).

La Europa integrada vive diferentes interjuridicidades según los intereses políticos "generales", por ejemplo, a través de los fondos estructurales para las regiones, agricultura, seguridad y justicia, etc. Algunas áreas, como la de la política científica común, han tenido tardío desenvolvimiento. En la Argentina, el sector hispánico tradicional suele hacer una referencia más intensa a la política religiosa que el anglofrancés. En general, hay proyecciones políticas diferentes, por ejemplo en la política jurídica, erótica, educacional, de seguridad, cultural, etc., los dos espacios tienen, al fin y con frecuencia, sentidos políticos diferentes que dificultan interjuridicidades compartidas de posible beneficio común.

2.4. Horizonte filosófico general

En el horizonte filosófico general, el plurijuridismo y el interjuridismo se diversifican más cuando se hacen referencias no metafísicas, quizás más atentas a la historia. El interjuridismo requiere más apertura a la filosofía como referencia a lo que no se sabe o a la diversidad de experiencia. Resulta más fácil un interjuridismo socrático o aristotélico que otro platónico.

Europa integrada pudo avanzar por cierto suspenso de la metafísica y la historia de enfrentamiento, con más sentido de nuevas circunstancias, pero la superficialidad de sus planteos le han hecho muy difícil comprender la magnitud de sus problemas. La construcción de una historia para la

(70) Consideramos coexistencia a la convivencia valiosa.

integración ha sido insuficiente. En la Argentina, quizás el sector hispánico tradicional se remita más a la historia, sobre todo en cuanto posee vocación "popular". Por esta vía se refiere más al plurijuridismo y el interjuridismo. En cambio, el sector anglofrancés, que construyó el relato histórico "oficial", se orienta más veces hacia la razón y la homogeneidad. En el rechazo de la interjuridicidad de la historia tradicional anglofrancesa se hacen fuertes planteos revisionistas.

2.5. Horizonte estratégico

Al fin, el derecho se encuentra siempre con su necesidad interna y externa de planteos **tácticos** y **estratégicos**⁽⁷¹⁾ a menudo no considerados suficientemente. Cada juridicidad tiene sentidos tácticos y estratégicos diversos y la interjuridicidad significa una exigencia de estrategia específica, en el campo estrictamente jurídico y en el político.

La integración europea correspondió a un gran acierto estratégico, ahora en cuestión por la crisis del euro. En la Argentina, el sector hispánico tradicional y el anglofrancés presentan, de manera reiterada, respuestas tácticas y estratégicas distantes. La Argentina necesita un planteo estratégico interjurídico que, al fin, le permita superar satisfactoriamente las tensiones entre la juridicidad hispánica tradicional y la anglofrancesa.

La plurijuridicidad y la interjuridicidad son inherentes a nuestra vida, pero ahora tenemos más instrumentos para comprenderlas y resolverlas mejor.



(71) Se puede ampliar en nuestro libro *Estrategia Jurídica*, Rosario, UNR Editora, 2011, y en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, [en línea] <http://www.centrodefilosofia.org.ar/Estrategia/ESTRATEGIA%20JURIDICA1.pdf>, 02/09/2013.

Filosofía de la liberación, pluralidad cultural y derechos humanos

ALEJANDRO ROSILLO MARTÍNEZ⁽¹⁾



Palabras clave: derechos humanos; interculturalidad; pensamiento de la liberación; alteridad.

1. Introducción

La relación entre la pluralidad cultural y los derechos humanos es conflictiva, pues filosóficamente se la concibe como un choque entre el universalismo y el relativismo. Es decir, su discusión gira en torno a la dicotomía universal-particular. En términos generales se afirma que asumir la validez de los derechos humanos significa reconocer una ética universal, válida para todo ser humano en cualquier tiempo y lugar, donde los “países desarrollados” son la punta de lanza en el proceso de su implementación.

No obstante, existen pueblos que aplican los derechos humanos de forma diferente o contraria a la de Occidente hegemónico que, sin embargo suele apropiarse de ellos y resignificarlos desde sus propias cosmovisiones, espiritualidades y condiciones vitales.

(1) Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México.

Ahora bien, el fundamento de los derechos humanos muestra con claridad la dicotomía arriba descrita. Tanto las corrientes *iuspositivistas* como las *iusnaturalistas* suelen pasar por alto el hecho de la pluralidad cultural. En consecuencia, se desconocen e invisibilizan las diferentes corporalidades y la ubicación geopolítica desde la que los pueblos resignifican los derechos humanos. De manera que, de raíz, la teoría y la praxis de derechos humanos se encuentran divorciadas. Los *iusfilósofos* continúan defendiendo fundamentaciones de derechos humanos que no se corresponden con la riqueza de las prácticas de los diversos pueblos. De ahí surge la tarea de ensayar una fundamentación que sea capaz de asumir la ubicación geopolítica de cada uno de ellos, para lo cual tomamos como referente la Filosofía de la Liberación (FL), pues varios de sus conceptos y categorías pueden colaborar en una fundamentación de derechos humanos que supere el monoculturalismo.

En este artículo trataremos de delinear una reflexión sobre dicha fundamentación. En un primer momento, ampliaremos las formas en que las fundamentaciones hegemónicas de derechos humanos niegan o soslayan el pluralismo cultural. En un segundo momento, estableceremos los tres pilares que, consideramos, pueden conformar una fundamentación a partir del pensamiento latinoamericano de la liberación.

2. Fundamentaciones de derechos humanos y negación del pluralismo cultural

Las fundamentaciones de derechos humanos corren el riesgo de caer en el dogmatismo, en el pensamiento débil, en el reduccionismo y en el etnocentrismo.⁽²⁾ De estos riesgos, dos están estrechamente vinculados con la imposibilidad de hacer que los derechos humanos sean incapaces de generar lazos interculturales: el dogmatismo y el etnocentrismo.

Una fundamentación de derechos humanos es **dogmática** cuando se la justifica a partir de fundamentos absolutos. De manera que la razón es tan evidente que ninguna persona puede estar excusada en reconocerla. Así, una vez establecido el fundamento no puede posteriormente discutirse y quien se rebela a él queda, por ese hecho, excluido de la comunidad de los sujetos racionales. Esa postura niega la diversidad y la pluralidad cultu-

(2) Ver SENENT, JUAN ANTONIO, *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis*, Valencia, Trant lo Blanch, 2007, pp. 48/58.

ral. Pues al considerar que se tiene un acceso privilegiado al conocimiento del fundamento de derechos humanos, entonces aquellos que se oponen han de ser considerados irracionales o criminales. Un ejemplo claro de esto es el discurso racionalista y *iusnaturalista* de Ginés de Sepúlveda, quien teniendo como referencia lo que él consideraba el contenido de la naturaleza humana —claro reflejo de la cultura eurocristiana del siglo XVI— calificaba las prácticas culturales de los pueblos indios como reprochables para justificar la guerra justa contra ellos.⁽³⁾ También lo encontramos en John Locke. Pues en su *Segundo tratado del gobierno civil* señala que los derechos naturales son evidentes para la mente humana, y que, en quien transgrede la ley natural, no rige la ley de la razón. Por lo tanto, él mismo se excluye de la comunidad de seres racionales. Como consecuencia, es despojado de los derechos naturales que son atribuidos a quienes efectivamente poseen “condición humana”.⁽⁴⁾

El otro problema de las fundamentaciones dominantes de derechos humanos es el **etnocentrismo**. Como señala Senent,

[u]no de los problemas teóricos con que nos encontramos al tratar la cuestión de los derechos humanos es que se señala que estos representan una institución etnocéntrica, y precisando aun más, se denuncia que son una institución eurocéntrica.⁽⁵⁾

Para superar esta situación, la fundamentación de derechos humanos debe posibilitar el diálogo intercultural, y así mostrar que la experiencia de lucha por la dignidad humana, y el uso de instituciones políticas y jurídicas para protegerla, no son postulados exclusivos de Occidente. De lo contrario, la fuerza crítica del discurso de derechos humanos se ve disminuida en realidades periféricas, ajenas total o parcialmente a la tradición eurocéntrica, y se vuelven ideologizaciones e instrumentos que justifican la opresión de las clases dominantes —que suelen ser funcionales a y simpatizar con los intereses de las potencias del Norte— sobre las clases pobres y populares.

(3) Para un estudio al respecto, véase: ROSILLO MARTÍNEZ, ALEJANDRO, *Los inicios de la tradición iberoamericana de derechos humanos*, Potosí, UASLP-CENEJUS, 2011.

(4) Ver LOCKE, JOHN, *Segundo tratado del gobierno civil*, trad. Cristina Piña, Bs. As., Losada, 2004, pp. 12/13. Más adelante, al abordar la crítica a la ideologización de los derechos humanos profundizaremos sobre esta visión de Locke.

(5) SENENT DE FRUTOS, *op. cit.*, p. 56.

El etnocentrismo de la fundamentación de derechos humanos puede expresarse de diversas maneras. Dos destacables son el modelo historicista y el modelo monocultural.

Entendemos por **modelo historicista** aquel que “encadena” la reflexión sobre derechos humanos a los acontecimientos históricos concretos en que se generaron por primera vez los órdenes jurídicos que los hicieron posibles de manera expresa, y descalifica *a priori* cualquier praxis o discurso que vaya más allá o se contraponga a los presupuestos que dieron origen a dichos acontecimientos. Son aquellas posturas que, más allá de aceptar la matriz histórica, consideran que solo puede hablarse de derechos humanos desde los postulados teóricos originarios. Es decir, si una teoría, reflexión o praxis —sea en lo jurídico, en lo político o en lo ético— no asume los valores de la Modernidad hegemónica, entonces no se puede estar hablando de derechos humanos. Con lo cual, los derechos humanos quedan aprisionados a un solo tipo de organización política, a una sola clase de reflexión *iustificosófica*, y a un solo tipo de praxis político-jurídica. Cualquier intento contemporáneo de repensar los derechos humanos fuera de esas coordenadas es descalificado como impreciso o inadecuado por utilizar “herramientas” ajenas al momento histórico en donde se generaron.⁽⁶⁾

Por su parte, el **modelo monocultural** está compuesto por aquellas teorías que defienden como insuperable el paradigma eurocéntrico de derechos humanos, tanto en su reflexión ética como jurídica. Es decir, fuera de las coordenadas de la ética ilustrada —que defiende el individualismo— y del Estado moderno, no se puede hablar de derechos huma-

(6) Por ejemplo, Gregorio Peces-Barba, al analizar el reduccionismo “en la reconstrucción del Derecho Natural Clásico”, señala: “Situarse en ese campo, ajeno a la cultura jurídica en que apareció, la idea de los derechos humanos a partir del tránsito a la modernidad, exige unos equilibrios difíciles de compartir”. Y continúa: “Buscar los derechos en el ajuste de las situaciones, de las relaciones concretas, donde aflora ‘*id quod iustum est*’, lo que es justo, es intentar construir una teoría de los derechos de espaldas a la realidad histórica de la cultura jurídica en la que nacieron. Ollero pretende un imposible: un reduccionismo iusnaturalista de los derechos humanos con instrumentos premodernos” (PECES-BARBA, GREGORIO, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid - BOE, 1999, p. 47). Sin prejuzgar sobre la corrección de la teoría concreta criticada por el autor, consideramos etnocentrismo al modelo que descalifica las posturas que intentan repensar los derechos humanos sin utilizar los instrumentos iustificosóficos “de la cultura jurídica en la que nacieron”. Es decir, con el paso de la historia y el cambio de las circunstancias sociales, los derechos humanos pueden y deben ser repensados con el uso de las categorías filosóficas más pertinentes para responder a la realidad. Es probable que para eso sea necesario renunciar al uso de categorías “de la cultura jurídica donde nacieron los derechos”.

nos.⁽⁷⁾ Si seguimos a Boaventura de Sousa Santos, este modelo provoca un desperdicio de la experiencia y responde al uso de una razón metonímica y una razón proléptica.⁽⁸⁾ Este tipo de modelo hace imposible que los derechos humanos puedan conformar un discurso generado y aceptado por otras culturas para la defensa de la dignidad humana. De manera que los coloca en la peligrosa situación de convertirlos en un instrumento de ideologización que justifique la imposición de una cultura en perjuicio y destrucción de otra.

No obstante, quienes sostienen el etnocentrismo de los derechos humanos podrían argumentar el carácter universal de ellos —y, en consecuencia, su **transculturalidad**— y que, si no se acepta su eurocentrismo, entonces los pueblos están en libertad de crear otras instituciones y reflexiones que no deberían asumirse como derechos humanos. Ante estas posturas, se debe fortalecer la necesidad de superar el etnocentrismo. Por un lado, no se desea negar la universalidad de los derechos humanos y, por lo tanto, se debe buscar una fundamentación que permita su acceso a todas las culturas desde su propia dinámica. Pues lo contrario, el puro hecho de la imposición cultural, es ya una violación a la dignidad humana, con lo que estaríamos ante un proceso de implantación de derechos humanos que violenta lo que, se supone, se desea proteger. Por otro lado, ante la expansión colonial y neocolonial de Occidente —sea a través de las armas; las ideologías, incluyendo las religiones, por supuesto; o el mercado—, el discurso sobre los derechos humanos ha llegado a una “altura procesal histórica” que lo ha convertido en el discurso de legitimidad política de mayor importancia no solo de los Estados, sino, también, de las acciones populares **desde abajo** y del quehacer de las instancias internacionales. En este contexto es evidente que las luchas populares por la dignidad humana basadas en tradiciones culturales distintas a la occidental suelen utilizar un

(7) Por ejemplo, un texto de Peces-Barba, que refleja este reduccionismo monocultural, afirma: “La universalidad de los valores occidentales, expresión de la modernidad, o son discutidos, alterados o disueltos desde dentro, o son sustituidos por otros valores alternativos que vienen de otras culturas, antes silenciosas o desconocidas, que exaltan la nación, la religión, el poder, la privacidad, pero no son integrados en otra propuesta unitaria, sino por una multiplicidad de líneas, que expresan un caos cultural, que apenas se disimula con la respetable noción de pluralismo o pluralidad”. Ver PECES-BARBA, GREGORIO, *Ética, poder y derecho*, México, Fontamara, 2000, p. 16.

(8) Ver SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, “Hacia una sociología de las ausencias y una sociología de las emergencias”, en *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 151/192.

proceso de “traducción”⁽⁹⁾ para expresar sus pretensiones y sus formas de satisfacer sus necesidades de vida como “derechos humanos”. Para esto, en parte, es necesaria una fundamentación que permita dicha traducción.

3. Hacia una fundamentación liberadora de derechos humanos

La cuestión del vínculo entre lo intercultural y los derechos humanos ha estado potencialmente presente en el pensamiento de la liberación. Una muestra de esto es un artículo de Ignacio Ellacuría, escrito en respuesta a un pedido de una revista francesa, donde se plantea la relación de los derechos humanos con las luchas de los pueblos indígenas. Allí propone la construcción de una “teoría revolucionaria de los derechos humanos” que parta de las luchas de las mayorías populares por transformar y que dé más de sí a la realidad histórica, con el fin de superar las situaciones de injusticia. En este contexto, Ellacuría comprende a los pueblos indígenas como parte de esas mayorías populares, pero añade la cuestión intercultural. De ahí que establezca la necesidad de reconocer su autonomía como parte de un derecho a la insurrección o revolución, en los siguientes términos:

Una de las formas típicas de esta injusticia es la de la heterodeterminación, la de ser forzados a determinar la existencia individual y colectiva por lo que otras quieren. De ahí que el derecho de insurrección se pueda afirmar positivamente como derecho de autodeterminación, pero de autodeterminación sobre todo de quienes han sido forzados secularmente a heterodeterminarse, los secularmente heterodeterminados.⁽¹⁰⁾

Reconoce la importancia de no desperdiciar la experiencia histórica de los pueblos indígenas para poder reconstruir las luchas por la dignidad humana y lograr generar una nueva comprensión de los derechos humanos. En concreto, señala:

Desde luego la realidad indígena ofrece una perspectiva peculiar para la reconstrucción de un mundo nuevo y para la

(9) La idea del proceso de “traducción” entre culturas utilizando la “hermenéutica diatópica” es propuesto por Boaventura de Sousa Santos. Ver SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *El milenio huérfano*, op. cit., pp. 180/187). Más adelante, al hablar de la comprensión compleja de derechos humanos, ampliaremos este punto.

(10) ELLACURÍA, IGNACIO, “Respuesta a CETRAL [Mayorías oprimidas, reivindicaciones indígenas en Centroamérica y el problema de los derechos humanos]”, en Juan Antonio Senent (ed.), *La lucha por la justicia. Selección de textos de Ignacio Ellacuría (1969-1989)*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2012, p. 296.

invención de un nuevo sistema histórico de derechos, porque a su condición de mayorías oprimidas añade la peculiaridad de una tradición que puede poner en tela de juicio derechos que ideológicamente se aceptan como derechos humanos universales o naturales. No solo en su misma existencia muestran la verdad de lo que es la doctrina y la práctica de los derechos humanos sino que en su autodeterminación insurreccional podrían construir una nueva constelación de valores. Inyectarles a través del esquema de los derechos humanos el esquema axiológico y el estilo de vida de la civilización occidental puede ser una gran injusticia y es, desde luego, un radical empobrecimiento de lo que puede dar de sí el hombre y la humanidad en sus múltiples y diferenciadas realizaciones históricas.

Siguiendo esta línea, sostenemos que, a partir de la FL, se puede proponer un camino para una fundamentación de derechos humanos que asuma la interculturalidad. En efecto, podemos establecer tres líneas generales de fundamentación de derechos humanos, estrechamente ligadas entre sí. Ninguna de ellas cabe, de forma estricta y precisa, dentro de las corrientes *iuspositivistas*, *iusnaturalistas* o *iusrealistas*. Probablemente, como veremos, pudieran ser clasificadas como producto del diálogo entre las *iusnaturalistas* y las *iusrealistas*, o como una construcción entre *iuspositivismo* y *iusrealismo*; o, finalmente, como una síntesis de las tres posturas. Como sea, lo cierto es que intentar clasificar a estas vías de fundamentación dentro de cualquiera de dichas clases es una metodología poco adecuada, pues ellas están estrechamente ligadas a las elaboraciones iusfilosóficas del centro mundial, y responden de una u otra forma a la consolidación del estado moderno y de su ciudadanía desde esa ubicación geopolítica. Mientras que la FL se comprende, en cambio, como un pensamiento geopolíticamente ubicado desde la periferia. Esto no significa que defienda el relativismo; más vale, comprende la inteligencia humana considerando a la verdad, no como dada, sino como en continua construcción. Como señala Dussel, la FL "trata entonces de tomar en serio al espacio, al espacio geopolítico. No es lo mismo nacer en el Polo Norte o en Chiapas que en New York".⁽¹¹⁾ Por tanto, su fundamentación de derechos humanos busca más, como veremos, la construcción no de

(11) DUSSEL, ENRIQUE, *Filosofía de la liberación*, Bogotá, Nueva América, 1996, p. 14.

ciudadanos burgueses de un Estado moderno sino de personas, pueblos y comunidades que, ante la exclusión de la que son víctimas, se empoderen para llegar a ser sujetos de su propia historia. No obstante, tampoco se trata de despreciar los aportes que a la fundamentación de derechos realizan las *iusfilosofías* del centro hegemónico, sino de subsumirlas críticamente a la realidad del Tercer Mundo.

Si los derechos humanos no se fundamentaran, se correría el riesgo de invisibilizar sus matrices históricas y se perdería así una instancia crítica. Esto provocaría un efecto semejante a las fundamentaciones dogmáticas: los derechos humanos ya reconocidos se desvincularían de la praxis humana, colocándose en un ámbito ahistórico. Pero, aun así, seguirían teniendo una directa repercusión en los procesos políticos concretos de los pueblos. Se impondrían contenidos normativos y criterios de legitimidad política ajenos a los procesos históricos de cada pueblo, de manera que los derechos humanos terminarían siendo instrumentos de ideologización que justificarían la dominación y la opresión de unos países sobre otros, de unas clases sociales sobre otras, o de unos grupos sobre otros.

Sin fundamentación, los “derechos humanos” son presa fácil de la falacia desarrollista y se vuelven instrumentos ideologizados de opresión. De aquí se desprende otra razón más del porqué fundamentar derechos humanos: construir una instancia crítica que sirva para verificar en la realidad como ciertos los “derechos humanos” puede contribuir con los procesos de liberación de las personas y los pueblos. Si bien la fundamentación no debe ser la única instancia crítica, es de gran importancia, si se evita caer en los riesgos ya comentados sobre la negación de la pluralidad cultural.

La fundamentación de derechos humanos que proponemos se basa en tres pilares estrechamente vinculados con los procesos de subjetivización de los excluidos y las víctimas: la alteridad, la praxis y la vida.

3.1. La alteridad

La FL, aún siendo crítica de la Modernidad, no renuncia a la subjetividad. Para los procesos de liberación es importante que la víctima, el pobre y el oprimido, se constituyan en sujetos de su propia historia. Sin embargo, la FL no fundamenta los derechos humanos en el sujeto abstracto de la Modernidad ni en el individuo egoísta que solo busca su propio interés. La autonomía del sujeto no es sinónimo de la subjetividad moderna que inicia los procesos de derechos humanos. El sujeto abstracto de la Modernidad

se constituye como una **totalidad excluyente**, no abierta a la proximidad, ni a la exterioridad del **otro**. Además, como señala Hinkelammert, la moderna sociedad occidental, más que antropocéntrica es mercadocéntrica,⁽¹²⁾ porque ha concebido al mercado como un supuesto orden natural y porque la legitimidad y validez de las instituciones están en función de que permitan el libre desenvolvimiento de sus leyes. Por eso, la visión del sujeto y de la subjetividad de la Modernidad, iniciada con Descartes, terminó ligándose al dominio de la naturaleza y de la realidad social a través del capitalismo. Se trata de una concepción **egocentrista** del ser humano que sacraliza al individuo como propietario que fomenta la enajenación y mercantilización de todas las facetas de la vida humana. Reducir la dimensión subjetiva del ser humano a la subjetividad individualista de la Modernidad hegemónica significa promover un desperdicio de la experiencia. Desde otras culturas, la subjetividad se ha construido de manera distinta y, en diversas ocasiones, de forma comunitaria, en el encuentro con el Otro.

Como es bien sabido, es Enrique Dussel quien, partiendo de la filosofía de Emmanuel Levinás, ha introducido la alteridad como un elemento fundamental de la FL. Por eso, se habla de una FL concebida como una metafísica de la alteridad o una filosofía de la alteridad ética.⁽¹³⁾ A partir de ahí, se trataría de constituir subjetividades de personas y de pueblos; es decir, tanto subjetividades personales como subjetividades colectivas.

Del conjunto de categorías que Dussel aporta a la FL, algunas de ellas tienen relación con una fundamentación de los derechos humanos desde la alteridad y, además, autores juristas cercanos a los movimientos de liberación las han tomado en cuenta para la construcción de su pensamiento jurídico.⁽¹⁴⁾ Estas categorías son la proximidad, la totalidad, las mediaciones, la libertad situada, la exterioridad y la enajenación.

a. **Proximidad:** Dussel señala que la experiencia griega o indoeuropea y la moderna privilegiaron la relación ser humano-naturaleza.⁽¹⁵⁾ Comprendieron al ser

(12) Ver HINKELAMMERT, FRANZ, *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*, Heredia, EUNA, 2005.

(13) Ver GARCÍA RUIZ, PEDRO ENRIQUE, *Filosofía de la liberación. Una aproximación al pensamiento de Enrique Dussel*, México, Dríada, 2003, pp. 171/202; SALAMANCA, ANTONIO, *Yo soy guardián mundial de mi hermano. Hacia la universalización ética de la opción por el pobre desde el pensamiento de K.O. Apel, E. Dussel y X. Zubiri*, Frankfurt, IKO, 2003, pp. 65/70.

(14) Ver DE LA TORRE RANGEL, JESÚS ANTONIO, *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*, México, Porrúa, 2007, pp. 139/159.

(15) Ver DUSSEL, ENRIQUE, *Filosofía de la liberación*, Bogotá, Nueva América, 1996, p. 29.

como **luz** o como **cogito**, lo que conllevó a definir el ámbito del mundo y lo político como lo visto, lo dominado, lo controlado. En cambio, si se privilegia la relación ser humano-ser humano —la especialidad y lo político—, se puede dar un discurso filosófico con otro origen. En efecto, se trata de comenzar desde la proximidad, distinguiéndola de la proxemia.⁽¹⁶⁾ Praxis es acortar distancia; es un obrar hacia el otro como otro. Es una acción que no se acerca a las cosas, sino al otro en cuanto otro; por eso es un aproximarse y no una proxemia. De ahí que pueda hablarse de diversas proximidades —originaria, histórica, metafísica—.⁽¹⁷⁾ Ante esta equivocidad de la proximidad histórica, Dussel habla de la proximidad inequívoca, que es la que se da ante el rostro del oprimido, de la víctima, del que es exterior a todo sistema. Es la proximidad ante el que clama justicia, al que invoca responsabilidad. La proximidad inequívoca es la que se establece con el que necesita servicio, porque es débil, miserable, necesitado. De ahí que la proximidad es la raíz de la praxis y desde donde parte toda responsabilidad por el otro, y en concreto con el **otro** víctima del sistema.

- b. **Totalidad:** La totalidad es la manera en que se nos presentan las cosas. La proximidad, el cara-a-cara del ser humano con el ser humano deja, irremediablemente, lugar a la lejanía. Entonces el ser humano se acerca a los entes, a las cosas, a los objetos, que nos enfrentan en una multiplicidad casi indefinida. No obstante, las cosas-sentido, los entes, están comprendidos en una totalidad, en un sistema que los unifica. Así, señala Dussel, no nos rodean de manera caótica sino que forman parte de un **mundo**, que es una totalidad instrumental de sentido. Es decir, el horizonte cotidiano en el cual vivimos.⁽¹⁸⁾
- c. **Mediaciones:** Las mediaciones no son otra cosa que aquello que empuñamos para alcanzar el objetivo final de la acción. Mientras que la proximidad, como se dijo, es la inmediatez del cara-a-cara con el otro y la totalidad, el conjunto de los entes en cuanto tal, en cuanto al sistema; las mediaciones posibilitan el acercamiento a la inmediatez y su permanencia, constituyen en sus partes funcionales a la totalidad.⁽¹⁹⁾
- d. **Libertad situada:** Las cosas y entes que constituyen su entorno son mediaciones, posibilidades. Cuando el ser humano obra, lo hace por un proyecto. Ese proyecto determina las posibilidades, las mediaciones para su realización. Es decir, la persona está asediada por decisiones que debe tomar, y caminos que se abren y se cierran. Este estar abierto a la obligación de determinarse continuamente por esta o aquella posibilidad; el estar algunas veces desconcertado y no saber cuál elegir; el poder elegir lo mismo y no elegir nada; la capacidad o poder sobre las mediaciones, se denomina, según Dussel, la libertad. En efecto, el ser humano se realiza a partir de determinaciones electivas. Elegir

(16) DUSSEL, *ibid.*, p. 30.

(17) *Ibid.*, pp. 31/35.

(18) *Ibid.*, p. 37.

(19) *Ibid.*, p. 45.

libremente no consiste en poder determinar absolutamente las mediaciones desde una indeterminación absoluta —sería la libertad infinita, radical—. Tampoco el ser humano está totalmente determinado, condicionado; es libre y al mismo tiempo históricamente determinado. La mediación es posibilidad para una libertad. La cosa es ente porque, siendo interpretado en su sentido y estimado en su valor, es, por último, elegido y postergado en vista del proyecto.

- e. **Exterioridad:** Dussel afirma que esta es la categoría más importante para la FL porque posibilita un discurso nuevo al distinguirla de las filosofías del centro que usan también las categorías arriba descritas. Hace viable la observación de la realidad de los pueblos periféricos: “Es la novedad de nuestros pueblos lo que se debe reflejar como novedad filosófica y no a la inversa”.⁽²⁰⁾ La exterioridad parte del hecho de que del conjunto de todos los entes sobresale uno distinto a todos los demás: **el rostro de los otros seres humanos**. Alejados de la proximidad, consumidos por la proxemia —donde aun el rostro humano es asumido como una cosa-sentido, como un ente más—, la presencia de este rostro nos recuerda la necesidad de aquella. El ser humano como ente es parte de la totalidad, de los sistemas, pero la emergencia de su rostro nos vuelve a enfrentar a la proximidad; es cuando el otro se nos revela en toda su exterioridad.⁽²¹⁾
- f. **Alienación:** La alienación surge cuando se le niega al otro su calidad de Otro. El sistema tiende a totalizarse, a autocentrarse; busca eternizar su estructura presente y devorar intrasistémicamente toda exterioridad posible.⁽²²⁾ Entonces, el **otro** aparece como algo diferente que pone en peligro la unidad de **lo mismo**. En efecto, en tiempos de peligro se transforma al otro en **el enemigo** con la ideologización.

Estas categorías —propias de la FL desarrollada por Dussel y, en parte, por Scannone— nos dan la posibilidad de establecer un fundamento de derechos humanos desde la alteridad, desde el encuentro con el otro. A diferencia de los fundamentos hegemónicos de derechos humanos, basados en una subjetividad del individuo que, finalmente, son parte de la totalidad, del sistema dominante, la FL propone un fundamento en la alteridad, desde una subjetividad abierta al otro y no cerrada en la mismidad. En este contexto, la subjetividad moderna es parte de la totalidad que solo reconoce derechos a **los mismos**,⁽²³⁾ no al inequívocamente otro, al que por la totalidad es considerado extraño, ajeno y hasta peligroso al sistema. A ese

(20) *Ibid.*, p. 55.

(21) *Ibid.*, p. 56.

(22) *Ibid.*, p. 70.

(23) Esos mismos, esos que reafirman la “mismidad” del sistema son los que concretizan el concepto de ser humano como ser abstracto; como ese ser considerado “sujeto universal de derechos”. Es decir, el varón, blanco, burgués, adinerado, occidental, etc.

otro, al contrario, aunque exija la satisfacción de las mismas necesidades que **los mismos**, es catalogado de delincuente. Por eso se criminalizan la protesta y las luchas sociales. Por eso se reprimen prácticas de liberación. Pues son, finalmente, los medios en que los otros emergen para romper la alienación a la que son sometidos. En efecto, la fundamentación de derechos humanos efectuada solo desde el individuo carga con algunos de los reduccionismos que comentamos: está marcada por el reduccionismo monocultural e historicista. Derechos humanos fundamentados desde el sujeto abstracto, fácilmente se convierten en herramientas de enajenación, y son parte de lo que Dussel describe en el siguiente texto:

Vestida de nobles virtudes nietzscheanas, guerreras, saludables, blancas y rubias como los arios, Europa se lanza sobre la periferia, sobre la exterioridad geopolítica; sobre las mujeres de otros varones; sobre sus hijos; sobre sus dioses. En nombre del ser, del mundo humano, de la civilización, aniquila la alteridad de otros hombres, de otras culturas, de otras eróticas, de otras religiones. Incorpora así aquellos hombres o, de otra manera, despliega violentamente las fronteras de su mundo hasta incluir a otros pueblos en su ámbito controlado.⁽²⁴⁾

Sin negar la subjetividad como elemento de una fundamentación de derechos humanos, es imprescindible abrirla a la pluriculturalidad y a las luchas históricas llevadas a cabo por los diversos pueblos oprimidos del planeta. Se trata de una concepción de sujeto intersubjetivo, comunitario, capaz de prácticas de liberación. Es lo que propone la FL a partir de una metafísica de la alteridad, que se concretiza en comprender a la ética, a la responsabilidad por el otro, como el inicio de toda filosofía. Esta ética es una ética de la solidaridad que tiene sus consecuencias para la construcción de una juridicidad alternativa, generada desde las luchas sociales.⁽²⁵⁾

La ética de la alteridad busca una apertura del sujeto para que sea capaz de comprender lo nuevo de la historia que se construye desde la exterioridad.

El punto de partida es la víctima, el Otro, pero no simplemente como otra "persona-igual" en la comunidad argumentati-

(24) DUSSEL, ENRIQUE, *Filosofía de la liberación*, op. cit., p. 69.

(25) WOLKMER, ANTONIO CARLOS, "Bases éticas para una juridicidad alternativa", en Jesús Antonio de la Torre Rangel (coord.), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México, UAA-ITESO-Porrúa, 2002, pp. 179/180.

va, sino ética e inevitablemente (apodócticamente) como Otro en algún aspecto negado-oprimido (*principium oppressionis*) y afectado-excluido (*principium exclusiones*).⁽²⁶⁾

Desde el otro como otro —el pobre, el oprimido, la víctima—, cuya libertad es incondicionada por cuanto se desprecia su exterioridad considerándola nada —como incultura, analfabetismo, barbarie, primitivismo, incivilización—, surge en la historia lo nuevo. Por ello todo sistema futuro realmente resultante de una revolución subversiva, en su sentido metafísico, es analógico. Es decir, semejante en algo a la anterior totalidad, pero realmente distinto.

Todo lo anterior se realiza, se hace realidad, cuando alguien dice, por ejemplo, “¡[t]engo hambre, necesito alimento!”.⁽²⁷⁾ El hambre del pobre es consecuencia de un sistema injusto. En su situación de víctima no tiene lugar dentro del sistema por ser negatividad, por sufrir falta-de, por ser no-ente en el mundo. Pero, básicamente, está fuera porque saciar estructuralmente el hambre del pobre es cambiar radicalmente el sistema. En efecto, derechos humanos fundamentados desde la alteridad han de comprenderse en herramientas de lucha de quienes son víctimas del sistema, y por eso, más que elementos conservadores del sistema, han de ser subversivos, transformadores, revolucionarios. El cara-a-cara con el otro inequívoco obliga a repensar constantemente derechos humanos, pues los derechos del Otro no son parte del sistema.⁽²⁸⁾

Este encuentro con el otro, el **cara-a-cara**, queda complementado y llevado más allá con el pensamiento de la liberación de Franz Hinkelammert. Este autor habla del “**retorno del sujeto**”, pero no del sujeto metafísico, sino del sujeto viviente, corporal. Del sujeto en cuanto horizonte filosófico para una crítica radical de la globalización neoliberal. Como habíamos dicho, este autor señala que la sociedad moderna occidental, más que antropocéntrica, es “**mercado-céntrica**”.

En la filosofía de Descartes, el concepto de sujeto surge de la relación sujeto-objeto. El sujeto es visto como instancia que se relaciona con el objeto, es decir, la *res cogitans* frente a la *res extensa*. Es un sujeto del pensamiento que se enfrenta al mundo de los objetos, que abarca tanto

(26) DUSSEL, ENRIQUE, *Ética de la liberación*, op. cit., p. 417.

(27) DUSSEL, *ibid.*, p. 524.

(28) DUSSEL, ENRIQUE, *Filosofía de la liberación*, op. cit., p. 59.

la corporalidad del otro como la propia corporalidad. En este sentido, el sujeto postulado por Hinkelammert es trascendental, desde un punto de vista externo a la corporalidad del mundo juzga sobre este como mundo objetivo del que no se considera parte sino solo juez.⁽²⁹⁾ Su existencia se sostiene solamente en su autorreflexión, por eso no tiene corporalidad ni tampoco, en consecuencia, tiene sentidos.⁽³⁰⁾

Este sujeto epistemológico es, también, un individuo poseedor. En la relación sujeto-objeto, es el individuo que se dirige al mundo para dominar y poseer. Al pensar el mundo corporal como objeto, se entiende al sujeto como poseedor de aquel. Lo más grave es que la negación del sujeto trascendental realizado por la postmodernidad no ha significado una recuperación de una subjetividad liberadora e intercomunitaria; al contrario, ha fortalecido al sujeto actuante como individuo propietario. Al respecto, señala Hinkelammert:

Pero esta negación del sujeto trascendental no ha afectado al individuo poseedor, que es su contrapartida. De hecho ha sustituido el sujeto pensante por el sujeto actuante, que es un individuo propietario y calculador de sus intereses. Sigue interpretando todo el mundo corporal como objeto de acción, pero se ve a sí mismo más bien como una sustancia calculadora, que se mueve en un mundo de puros objetos, y calcula su posibilidad de acceder a este mundo consumiéndolo y acumula como propiedad partes crecientes de él. Para este sujeto calculante, el propio cuerpo sigue siendo un objeto igual como lo es el mundo exterior. No tiene cuerpo, para calcular su acción sobre cuerpos, que es su objeto. Este sujeto calculante es el individuo, que no se ve molestado por la negativa al sujeto trascendental.⁽³¹⁾

Así, basar la fundamentación de los derechos humanos en la concepción de sujeto trascendental o en su negación posmoderna será funcional a los intereses del sujeto calculante. Pues los derechos humanos se reducen a los “derechos” necesarios para acceder “al mundo a partir del consumo” y acumular propiedades. Paradójicamente, el sujeto actuante verá a los

(29) HINKELAMMERT, FRANZ, *El sujeto y la ley*, op. cit., p. 485.

(30) DUSSEL, ENRIQUE, *Ética de la liberación*, op. cit., p. 515.

(31) HINKELAMMERT, FRANZ, *El sujeto y la ley*, op. cit., pp. 486/487.

otros como objetos, la sociedad del mercado lo conduce a “[t]ransformar todo en objeto, inclusive a sí mismo, [y esto] es presentado ahora como libertad y salvación”.⁽³²⁾ Entonces los bienes protegidos por los derechos humanos no son favorables a la producción y a la reproducción de vida, sino meros objetos para ser consumidos.

En cambio la FL propone recuperar al ser humano tal y como se presenta en la realidad, como sujeto viviente entre otros, como un ser corporal en relación de cuerpo a cuerpo, de **cara-a-cara**, con otros seres corporales. La pregunta clave de este sujeto no es: “¿existo?”. La pregunta clave es: “¿puedo seguir existiendo?”. Se trata de responder a sí mismo por las condiciones de posibilidad sobre cómo vivir en tanto ser corporal, en tanto ser viviente.

Según Hinkelammert, la recuperación del sujeto, de la vida humana concreta, de la vida para todos, en las instituciones sociales y en las construcciones culturales, es la demanda más urgente del mundo de hoy. Para esto, los derechos humanos son, sin duda, una herramienta importante, pero fundamentados en un sujeto intersubjetivo. Y esto tiene que ver con la vuelta, en palabras de nuestro autor, al sujeto reprimido y al bien común.

3.2. La praxis

La FL no se comprende solo como una ética de la alteridad. También puede entenderse como una filosofía de la **praxis**. Diversos autores —por ejemplo, Ellacuría, Dussel y Hinkelammert— abordan los diferentes tipos. De una u otra forma, buscan características que la describan como praxis de liberación. Parten del análisis de la praxis humana en general y coinciden en señalar que no toda praxis es liberadora. Pues existen unas opresoras, otras homicidas, también existen las alienantes. Esta ambivalencia afecta a los derechos humanos. Pues, en la realidad histórica pueden ser utilizados como instrumentos de ideologización funcionales a prácticas opresoras o como herramientas para la liberación. De manera que fundamentar los derechos humanos desde la praxis significa encontrar un fundamento sociopolítico. Y de lo que se trata es de entenderlos como herramientas de la praxis de liberación.

Ellacuría aborda la praxis desde el análisis de los elementos y dinamos que integran la realidad histórica, desde la materialidad hasta la dimen-

(32) *Ibid.*, p. 487.

sión personal, y desde el individuo hasta el cuerpo social. Como señala Antonio González, la praxis humana “en cuanto apropiación y transmisión trascendente de posibilidades es la categoría más apropiada para comprender la originalidad de lo histórico”.⁽³³⁾ En diversos escritos, tanto en los de carácter político, filosófico como teológico, Ellacuría utiliza el concepto praxis, y en variadas ocasiones lo hace de manera adjetivada. Así se encuentran conceptos como **praxis histórica**, **praxis social**, **praxis política**, etc. Es un concepto utilizado por este autor como parte de su diálogo con el marxismo, aunque con una importante fundamentación en el pensamiento de Xavier Zubiri.

Para Ellacuría, el carácter transformador de la praxis la convierte en el ámbito que expresa con mayor claridad la interacción entre el ser humano y el mundo. Pues en ella las relaciones no son siempre unidireccionales sino respectivamente codeterminantes. A través de la praxis se muestra el poder creativo del ser humano. Este poder “está en estrecha relación con el grado de libertad que vaya alcanzado [el ser humano] dentro del proceso histórico”.⁽³⁴⁾ Si bien todo tipo de actividad humana transformadora está incluida en la reflexión filosófica de la praxis humana —pues ella incluye todas las formas del quehacer humano, tanto especulativas, educativas, técnicas, religiosas, etc.— Ellacuría pone énfasis en las praxis históricas de liberación; es decir, en aquellas que actúan como productoras de estructuras nuevas, más humanizantes.

En sentido semejante, Dussel señala que la praxis de liberación “es la acción posible que transforma la realidad (subjetiva y social) teniendo como última referencia siempre a alguna víctima o comunidad de víctimas”.⁽³⁵⁾

En el ámbito ético y político, el proceso práxico de liberación es principalmente dialéctico —aunque no exclusivamente—; pues busca negar la negación de los seres humanos y avanza afirmando lo positivo. Este proceso surge dentro del dinamismo histórico de la posibilidad y la capacitación; por lo que no existe garantía de triunfo. Ya se ha dicho que la realidad histórica puede ser principio de humanización y de “personalización”, pero también de opresión y alienación. Esto porque “la praxis histórica no es re-

(33) GONZÁLEZ, ANTONIO, “Prólogo”, en Ignacio Ellacuría, *Filosofía de la realidad histórica*, San Salvador, UCA Editores, 1999, p. 11.

(34) SAMOUR, HÉCTOR, “Filosofía y libertad”, en Cardenal, Rodolfo; Sobrino, Jon (coords.), *Ignacio Ellacuría. Aquella libertad esclarecida*, Santander, Sal Terrae, 1999, p. 110.

(35) DUSSEL, ENRIQUE, *Ética de la liberación*, op. cit., p. 553.

ducible ni a las leyes del mundo natural ni a los saltos dialécticos de algún presunto espíritu".⁽³⁶⁾ A diferencia de lo que puede suceder con posturas idealistas o mecanicistas de la historia, el mal y la injusticia en la historia no pueden ser legitimados ni justificados como necesidades lógicas en el desarrollo de una teleología o como partes de un devenir forzoso de la historia. Más bien el mal histórico es un límite real que se presenta como un desafío a la praxis de liberación.

La liberación es, entonces, un proceso a través del cual el ser humano ejerce su libertad, proceso a partir del cual se hace cada vez más libre gracias a su estructura de esencia abierta. "La liberación es, por lo pronto, un proceso. Un proceso que, en lo personal, es, fundamentalmente, un proceso de conversión y que, en lo histórico, es un proceso de transformación, cuando no de revolución".⁽³⁷⁾

La concepción de la praxis hasta ahora analizada tiene importantes consecuencias para la fundamentación de los derechos humanos, si estos se asumen como momentos de la praxis histórica de liberación. En este contexto no sería viable, y carecería de sentido, un fundamento absoluto y dogmático desde el que se proponga un tipo de "falacia desarrollista". En efecto, deberán comprenderse desde su complejidad como momentos pertenecientes a las distintas fuerzas históricas; es decir, contemplarlos como momentos tanto jurídicos como ideológicos, sociales y políticos. Esto significaría asumir una concepción compleja de derechos humanos.

Comprender los derechos humanos como momentos de la praxis histórica de liberación se constituye en un fundamento socio-histórico. Es decir, se trata de entender la praxis de liberación de los nuevos sujetos socio-históricos como fundamento de derechos humanos.

El análisis crítico que realiza Helio Gallardo tiene relación con nuestro tema. Este autor señala que el fundamento de los derechos humanos no es filosófico sino sociológico. Se constituye por la formación social moderna que contiene tensiones, conflictos y desgarramientos. Es decir, el

(36) GONZÁLEZ, ANTONIO, "Prólogo", *op. cit.*, p. 11.

(37) ELLACURÍA, IGNACIO, "En torno al concepto y a la idea de liberación", en *Escritos Teológicos*, t. I, San Salvador, UCA Editores, 2000, p. 640.

fundamento se encuentra en la sociedad civil, en su dinámica emergente liberadora, en sus movimientos y movilizaciones sociales contestatarias.⁽³⁸⁾

El fundamento de los derechos humanos tendría entonces como motor la lucha social en matrices sociohistóricas. Así, Gallardo afirma que

[d]esde el punto de vista de su práctica, el fundamento de derechos humanos se encuentra, ostensiblemente, en **sociedades civiles emergentes**, es decir en movimientos y movilizaciones sociales que alcanzan incidencia política y cultural (configuran o renuevan un *ethos* o sensibilidad) y, por ello, pueden institucionalizar jurídicamente y con eficacia sus reclamos.⁽³⁹⁾

Esta fundamentación socio-histórica es asumida por el pensamiento de la liberación, pero no solo desde el aspecto sociológico sino también desde el horizonte filosófico.

Ahora bien, la FL no solo desarrolla la comprensión del sentido de la praxis sino también de su sujeto. Toda persona puede constituirse en sujeto de la praxis de liberación, ya sea en su calidad de víctima o por ser solidario con el oprimido, en cuanto realiza acciones, organiza instituciones o transforma sistemas para que las víctimas, los pobres y los oprimidos disfruten y ejerzan efectivamente los derechos humanos.⁽⁴⁰⁾ Pero el principal análogo del sujeto de la praxis de liberación es la víctima que, al adquirir conciencia de su situación, y en diálogo con otras víctimas, emprende acciones para superar la situación que le niega las posibilidades de producir y reproducir su vida. En este sentido, Dussel afirma:

El sujeto de la praxis de liberación es el sujeto vivo, necesitado, natural, y por ello cultural, en último término la víctima, la comunidad de las víctimas y los a ella co-responsablemente articulados. El 'lugar' último, entonces, del discurso, del enunciado crítico, son las víctimas empíricas, cuyas vidas están en riesgo, descubiertas en el 'diagrama' del Poder por la razón estratégica.⁽⁴¹⁾

(38) Ver GALLARDO, HELIO, *Teoría crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos*, Murcia, DSR, 2008, p. 31.

(39) GALLARDO, *ibid.*, p. 44.

(40) DUSSEL, ENRIQUE, *Ética de la liberación*, op. cit., p. 513.

(41) DUSSEL, *ibid.*, p. 525.

El sujeto de la praxis de la liberación no supone una mera subjetividad individual sino la ya mencionada intersubjetividad. Esta no tiene que ver con la creación de un sujeto colectivo natural puesto que conllevaría finalmente a una sustantivización indebida que no considera que los sujetos socio-históricos son fluidos y fragmentarios, aparecen y desaparecen en coyunturas bien determinadas, según las tramas sociales. Suponer la intersubjetividad en el sujeto de la praxis de la liberación, más bien significa reconocer la subjetividad en cada sujeto humano concreto, reconocer el encuentro con el otro en tanto sujeto, también y que, por sus cualidades de víctimas o solidario se conforman en una comunidad de vida.⁽⁴²⁾ Como señala Dussel, la intersubjetividad

se constituye a partir de una cierta comunidad de vida, desde una comunidad lingüística (como mundo de la vida comunicable), desde una cierta memoria colectiva de gestas de liberación, desde necesidades y modos de consumo semejantes, desde una cultura con alguna tradición, desde proyectos históricos concretos a los que se aspira en esperanza solidaria.⁽⁴³⁾

Por su parte, Hinkelammert resalta el proceso de la conformación del sujeto. Para la FL significa la vuelta —la recuperación— del sujeto reprimido: "... el ser humano como sujeto no es una instancia individual. La intersubjetividad es una condición para que el ser humano llegue a ser sujeto. Se sabe en una red, que incluye la misma naturaleza externa al ser humano: que viva el otro, es una condición de la propia vida".⁽⁴⁴⁾ El ser humano para vivir requiere hacerse sujeto; la vida es un llamado a constituirse como sujeto. En efecto, el carácter de sujeto no es *a priori*, sino que resulta del proceso.⁽⁴⁵⁾ Es decir, el valor o sustancia "sujeto" depende del sentido negativo del sistema que lo hace víctima, lo que podría decirse es que ese sujeto buscará revertir su situación de víctima a través de la generación de un nuevo sistema. Pues para llegar a ser sujeto de la praxis de liberación es necesario efectuar una crítica autoconsciente del sistema que causa la victimización. Las víctimas se darán cuenta de que no participaron en el acuerdo originario del sistema —por utilizar expresiones de la ética del

(42) GALLARDO, HELIO, *Teoría crítica*, op. cit., p. 60.

(43) DUSSEL, ENRIQUE, *Ética de la liberación*, op. cit., p. 525.

(44) HINKELAMMERT, FRANZ, *El sujeto y la ley*, op. cit., p. 495.

(45) HINKELAMMERT, *ibid.*, p. 496.

discurso— y, sobre todo, de que debido a dicho sistema no pueden producir, reproducir y desarrollar su vida.⁽⁴⁶⁾

Habíamos señalado párrafos arriba que el proceso práxico de liberación es principalmente dialéctico, aunque no exclusivamente. En cuanto a derechos humanos, la praxis de liberación se constituye, en diversas ocasiones, por el enfrentamiento de un movimiento social organizado de las víctimas y un sistema formal dominante. Se genera un conflicto ético, con consecuencias sociales y jurídicas, donde la comunidad de víctimas busca modificar las tramas sociales para lograr una transferencia de poder con el fin de satisfacer sus necesidades de vida.⁽⁴⁷⁾ Si la praxis de liberación se realiza por un sujeto intersubjetivo, el principio normativo “crítico democrático” es parte de ella. La intersubjetividad en las luchas de liberación se basa en el consenso crítico de las víctimas. Un movimiento social basado, por ejemplo, en las decisiones de “líderes” y que no se guía por la voluntad consensuada de las víctimas, terminará reproduciendo el mismo sistema que excluye a las víctimas y esos “líderes” terminarán utilizando el poder como fetiche. Por eso, según Dussel, la intersubjetividad tiene que ver con “El principio normativo crítico democrático [que] apunta a promover el consenso crítico de las víctimas, por su participación real y en condiciones simétricas”.⁽⁴⁸⁾ En efecto, al fundamentar los derechos humanos en la praxis de liberación, se comprende la importancia del consenso de las víctimas para que la lucha por “nuevos derechos” signifique la creación de un nuevo sistema, que incluye la participación de los que habían sido excluidos.

De lo anterior podemos concluir que el Estado no puede ser un fundamento de los derechos humanos. Podrá ser, a lo sumo, un instrumento, un conjunto de instituciones, para hacerlos efectivos. La praxis de liberación de los pueblos es un hecho más radical que la existencia y el funcionamiento del Estado.⁽⁴⁹⁾ Si los derechos humanos se fundamentan en la praxis histórica de la liberación, se potencializa, siguiendo las categorías de Boaventura de Sousa Santos, el pilar emancipatorio de la Modernidad. En

(46) *Ibid.*, pp. 495/496.

(47) GALLARDO, HELIO, *Teoría crítica*, op. cit., p. 44. DUSSEL, ENRIQUE, *Ética de la liberación*, op. cit., p. 541.

(48) DUSSEL, ENRIQUE, *Veinte tesis de política*, México, Siglo XXI, 2006, p. 105.

(49) Ver SALAMANCA, ANTONIO, *Filosofía de la revolución. Filosofía para el socialismo en el siglo XXI*, San Luis Potosí, UASLP-CEDH, 2008, pp. 28/34.

cambio, si se fundamentan en el Estado, se potencializará uno de los pilares de control.⁽⁵⁰⁾ Por tanto, recuperando lo mejor de la Modernidad, la FL ha de insistir en que los derechos humanos deben conservarse como parte del pilar emancipatorio fundamentándolos en las praxis de liberación.

En resumen, uno de los fundamentos de los derechos humanos es la praxis histórica de liberación. Esta se realiza por una comunidad de víctimas —que se constituye en un sujeto intersubjetivo— que busca, al ejercer el derecho a generar derechos, subvertir el sistema que le niega la satisfacción de necesidades para la producción y reproducción de vida, y dar paso a un nuevo sistema. En consecuencia, la praxis se constituye como el hecho más radical, que antecede al estado o a la “naturaleza humana”, en cuanto a la búsqueda de fundamentos de derechos humanos. Es un fundamento no-dogmático, no etnocéntrico, no historicista. Defiende la necesidad del sujeto, pero no del sujeto individual y abstracto de la Modernidad hegemónica, sino el sujeto intersubjetivo que se constituye a través de la voluntad de liberación de las víctimas reunidas y organizadas en comunidad.

3.3. La producción y reproducción de vida

Uno de los temas centrales sobre los que reflexiona la FL es el “sujeto vivo” y, en conexión con él, la satisfacción de sus necesidades vitales. La recuperación del sujeto no solo está vinculada a su carácter intersubjetivo y a su concepción de sujeto de la praxis de liberación. El sujeto también es concebido como sujeto vivo, como un ser corporal cuya satisfacción de necesidades se constituye como un hecho radical. Esto no quiere decir que el sujeto intersubjetivo y el sujeto de la praxis queden relegados a un segundo lugar, otorgándole la primacía al sujeto vivo. No se trata de jerarquizar “sujetos”. Porque, para que el sujeto de derechos humanos realmente sea tal, debe ser alternamente un sujeto vivo, intersubjetivo y práxico.⁽⁵¹⁾ La ausencia de cualquiera de ellos, o la ausencia total de sujeto, provocaría la caída de la fundamentación de los derechos humanos en alguno de los riesgos analizados al inicio.

En virtud al sujeto vivo, la fundamentación de los derechos humanos se constituye como un referente crítico del sujeto de la praxis, encaminado

(50) Ver SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid-Bogotá, Trotta-ILSA, 2009, p. 31.

(51) Ver HINKELAMMERT, FRANZ, *Crítica de la razón utópica*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2002.

a responder a la interpelación que las víctimas realizan a través del sujeto intersubjetivo. Es decir, si el sujeto de la praxis dirige su actuar para lograr una liberación integral, a través de la organización y el consenso de la comunidad de víctimas que transforma el sistema a través de “nuevos derechos”, la satisfacción de necesidades para la vida es el marco material de esa praxis, de esa organización y de ese consenso entre las víctimas:

El juicio de hecho crítico (desde el marco material de la ética) se enuncia como la posibilidad de la producción, reproducción y desarrollo de la vida de los sujetos reales del sistema, y como ‘medida’ o criterio de los fines del mismo: si la vida no es posible, la razón instrumental que se ejerce en hacerlo imposible es éticamente perversa.⁽⁵²⁾

El sujeto vivo evita que el sujeto de la praxis sea un sujeto **pragmatista** que aplica la razón instrumental en función del cálculo de utilidad. Esta sería una forma de razonar que hace imposible la reproducción de la vida, pues a la larga significa el suicidio. Hinkelammert señala que entre los siglos XIV al XVI, en los inicios de la Modernidad, la racionalidad medio-fin —concebida a partir del individuo y caracterizada por ser la racionalidad económica hegemónica— se impone —o se pretende imponer— a la sociedad entera.⁽⁵³⁾ Es una racionalidad que atenta contra la vida y niega los derechos humanos. Por eso es “la irracionalidad de lo racionalizado, que es, a la vez la ineficiencia de la eficiencia.”⁽⁵⁴⁾ De la eficiencia y la racionalidad económica es valorada en tanto aporte la competitividad. Esta competitividad borra de la conciencia el sentido de la realidad, pues provoca que se perciba como “realidad virtual”. El maíz o el trigo son producidos si son competitivos, no porque alimenten; una pieza de ropa no se fabrica, aunque caliente y dé abrigo, si su producción no es competitiva. Con esta realidad virtual, según la cual todo tiene su criterio en la competitividad, desaparece el valor de uso de las cosas. No obstante, esto se extiende a todas las facetas de la vida, incluyendo aquellas relacionadas con lo jurídico y derechos humanos. Una cultura humana que no produce competitividad tiene que desaparecer. La desaparición podrá ser interpretada como un devenir natural de los acontecimientos y por el “ejercicio de la libertad” de sus miembros que optaron por dejar de utilizar, por ejemplo, su lengua

(52) HINKELAMMERT, *ibid.*, p. 523.

(53) Ver HINKELAMMERT, FRANZ, *El sujeto y la ley*, op. cit., pp. 19/23.

(54) *Íbid.*, p. 23.

—es más competitivo hablar inglés que ñañú, por ejemplo—. Igualmente desde este criterio, se ha de considerar que las transformaciones sociales que no aumenten la competitividad no deben realizarse. El dominio de la competitividad no admite acciones frente a los efectos destructores que ella produce; es más, impide siquiera verlos. Significa la afirmación de la **totalidad y la negación del Otro**; el encubrimiento del rostro de la víctima, quien lo es por su propia responsabilidad, por no ser “competitivo”. Por eso un sujeto práctico o actuante no es suficiente.

Contrario a la racionalidad medio-fin, Hinkelammert señala que la vida del actor no puede ser un fin, dado que no puede ser tratada así en competencia con otros. Quien elige la muerte, elige la disolución de todos los fines posibles. La vida es la posibilidad de tener fines, sin embargo, no es un fin. Por eso, si abordamos al actor como un ser vivo que se enfrenta a sus relaciones medio-fin, entonces lo miramos como sujeto. El actor, antes de ser actor, es sujeto humano. Solo se transforma en actor cuando ha decidido sobre el fin y calcula los medios, incluyendo en estos su propia actividad. La racionalidad reproductiva es propia del sujeto vivo. Para poder enfocar esta racionalidad, debemos asumir al actor más allá de sus relaciones medio-fin; percibirlo como sujeto y, por tanto, no como un fin sino como condición de posibilidad de los fines. El ser humano como sujeto vivo concibe fines y se refiere al conjunto de sus fines posibles. Pero no puede realizar todos los fines que bajo un cálculo medio-fin parecen posibles; por lo menos debe excluir aquellos fines cuya realización atenta contra su posibilidad de vivir. Si bien el sujeto determina sus fines, no puede desconocer la materialidad de la historia, como señala Ellacuría.⁽⁵⁵⁾ De ahí que el sujeto esté “atado” al circuito natural de la vida humana que es condición de posibilidad de su propia vida.

El criterio de vida o muerte se convierte en el criterio en última instancia. La racionalidad medio-fin pierde legitimidad en cada caso en el que ella entra en contradicción performativa con la racionalidad reproductiva; aquella racionalidad es una racionalidad subordinada a la vida. La irracionalidad de lo racionalizado no es otra cosa que la evidencia de esta contradicción performativa. Como señala Hinkelammert, “[l]a racionalidad medio-fin aplasta la vida humana (y de la naturaleza), lo que evidencia su carácter potencialmente irracional”.⁽⁵⁶⁾

(55) ELLACURÍA, IGNACIO, *Filosofía de la realidad histórica*, op. cit., p. 55 y ss.

(56) HINKELAMMERT, FRANZ, *El sujeto y la ley*, op. cit., p. 49.

La racionalidad del sujeto vivo se enfrenta a la pretensión de mostrar como racionales las acciones que producen muerte. Hinkelammert denuncia la desorientación del mercado y del pensamiento sobre él en relación con la racionalidad reproductiva. Ante el criterio del mercado, todas las acciones medio-fin son igualmente racionales, aunque desde la racionalidad reproductiva sean destructoras. Por tanto, las actividades devastadoras de la vida son promovidas por el mercado al igual que las actividades compatibles: “Cortar la rama del árbol sobre la que el actor se halla sentado, es tan racional como cortar cualquier otra”. Se genera entonces una tendencia inevitable del mercado hacia la destrucción en términos de la racionalidad reproductiva. Se trata de la muerte tanto de los seres humanos como de la naturaleza: “Esta tendencia destructiva es la irracionalidad de lo racionalizado”.⁽⁵⁷⁾ Ahora bien, esta tendencia a la destrucción no es necesariamente la finalidad de nadie, sino que resulta de la propia racionalidad medio-fin y por constituirse en una totalidad. El sistema coordinador de la división social del trabajo —el mercado— la hace surgir. Podrán tratarse de efectos externos para la racionalidad medio-fin, pero son indiscutiblemente internos para la vida y para la racionalidad reproductiva.

No obstante, cuando la racionalidad medio-fin pretende totalizarse, la racionalidad reproductiva no deja de existir y sigue haciéndose presente. Esta racionalidad no es una postura idealista, sino que responde a una exigencia material, al enfrentamiento del ser humano con la materialidad de la realidad histórica. Por tanto, se le asume para preservar la vida o se le soslaya para producir muerte. Cuanto más se niega esta racionalidad, más aumentan las situaciones que imposibilitan la satisfacción de necesidades, tales como el desempleo, la violencia, el subdesarrollo, la pauperización, etc. Entonces, como señala Hinkelammert, estas insatisfacciones se hacen sentir como exigencias y protestas, pero además

donde no hay protesta posible, como en el caso de la naturaleza destruida, la ausencia de la racionalidad reproductiva se hace presente por las crisis ambientales (...) Y donde la protesta social no es posible, la ausencia de racionalidad se hace sentir en las crisis de la convivencia, las migraciones, la descomposición social, el crimen y la corrupción.⁽⁵⁸⁾

(57) HINKELAMMERT, *ibid.*, p. 53.

(58) *Ibid.*, p. 57.

De lo anterior se desprende la relación del sujeto vivo con el sujeto de la praxis de liberación. La praxis que busca la liberación integral ha de tener como momento material y objetivo la satisfacción de las necesidades de las víctimas; la transformación del sistema y la generación de una nueva institucionalidad deben de tener como objetivo posibilitar la vida y evitar la muerte.⁽⁵⁹⁾

La toma de conciencia de la víctima para generar una comunidad y constituirse en una subjetividad emergente que genere “nuevos derechos” tiene como momento inicial el enfrentamiento ante la muerte. Si el aprendizaje de la razón medio-fin es descrito como un aprendizaje de prueba y error; el aprendizaje de la racionalidad reproductiva, en cambio, es diferente. Hinkelammert señala que es un aprendizaje que se enfrenta a la muerte para evitarla; busca evitar el derrumbe de todos los fines con la muerte. Se persigue afirmar la vida y, por consiguiente, evitar aquello que la amenace; se trata de un aprendizaje negativo. La praxis de liberación surge, en este contexto, como consecuencia de la experiencia de las víctimas, por las distorsiones que el mercado produce en la vida y en la naturaleza. Además, la afirmación de la vida no es un fin sino un proyecto de conservación del sujeto en tanto sujeto que puede tener fines. Es así como se genera una conciencia generadora de praxis de liberación:

Se trata de conservar la vida del actor, y no de realizar algún fin positivo mediante una gama de alternativas de la acción por probar. Este aprendizaje en la lógica de la racionalidad reproductiva se refiere a un futuro desconocido con la posibilidad del fracaso. De ahí que los valores implícitos de este aprendizaje son diferentes: de solidaridad; de respeto a la vida propia y a la de los otros, incluyendo a la propia naturaleza; de cuidado y sabiduría. Son valores que relativizan la racionalidad medio-fin y la transforman en racionalidad secundaria. Su relativización es, asimismo, cuestión de vida y muerte.⁽⁶⁰⁾

Si bien la comunidad de víctimas toma conciencia y se organiza generando un consenso para guiar su praxis (principio formal), esta debe tener como proyecto —y a la vez como límite— el desarrollo de la vida (principio

(59) HINKELAMMERT, FRANZ, *Crítica de la razón utópica*, op. cit., p. 338.

(60) HINKELAMMERT, FRANZ, *El sujeto y la ley*, op. cit., p. 66/67.

material). El sujeto tiene un horizonte objetivo que es de vida y muerte.⁽⁶¹⁾ Si no contara con ese horizonte no sería un sujeto vivo. Podría en cambio pretender ser un actor de la racionalidad medio-fin que no tiene como límite la vida y llegar a generar, como hemos visto, el suicidio.

Quedarse únicamente con el criterio de la producción de vida del sujeto vivo como fundamento de los derechos humanos arriesgaría a la defensa del individualismo que justifique el egoísmo que tiene por imperativo “sálvese quien pueda” o “viva quien pueda vivir”. Por eso es necesario completar este fundamento con el fundamento de la alteridad y de la praxis de liberación. En este sentido, Hinkelammert señala que

[e]l querer salvar no es suficiente, si bien es condición necesaria. A partir de esta situación, toda relación humana tiene que ser reenfocada. No hay salida, excepto por un reconocimiento mutuo entre sujetos que, a partir de este reconocimiento, someten todo el circuito medio-fin a la satisfacción de sus necesidades. Si se parte de este reconocimiento, es necesaria una solidaridad que solo es posible si este la sustenta.⁽⁶²⁾

El sujeto se hace sujeto por la afirmación de su vida, pero esta subjetividad se complementa con la afirmación de la vida del otro.

El otro aparece con claridad en las crisis de los sistemas que causan muerte:

Surge así **en y ante** los sistemas, en los diagramas del Poder, en los lugares *standard* de enunciación, de pronto, por dichas situaciones críticas, el Otro que el sistema, el rostro del oprimido o excluido, la víctima no-intencional como efecto de la lógica performativa del todo formal racionalizado, mostrando su irracionalidad desde la vida negada de la víctima.⁽⁶³⁾

4. Conclusión

A partir de los conceptos y categorías de la FL es posible construir un fundamento de los derechos humanos basado en tres pilares: la alteridad, la praxis de liberación y la producción de vida. Esta fundamentación busca superar el etnocentrismo y el monoculturalismo —que, al desconocer el pluralismo

(61) Ver HINKELAMMERT, *ibid.*, p. 70.

(62) *Ibid.*, pp. 68/69.

(63) DUSSEL, ENRIQUE, *Ética de la liberación*, *op. cit.*, p. 523.

cultural, rechaza la posibilidad de construcción intercultural de los derechos humanos— en el que se basó la mayoría de las fundamentaciones.

Sin negar la subjetividad como elemento esencial de los derechos humanos, la FL la abre a la pluralidad cultural y a las luchas históricas llevadas a cabo por los diversos pueblos oprimidos del planeta. Por eso, se trata de un sujeto **intersubjetivo**, que desarrolla una praxis de liberación para juridificar las necesidades y acceder a los bienes para la producción, reproducción y desarrollo de la vida. Para la FL, los derechos humanos deben tener el criterio de vida o muerte como última instancia. La racionalidad medio-fin pierde legitimidad cuando entra en contradicción performativa con la racionalidad reproductiva; aquella racionalidad es una racionalidad subordinada a la vida.

La fundamentación propuesta significa un **retorno del sujeto**, pero no del sujeto metafísico, sino del sujeto viviente, corporal, intersubjetivo y práctico, como un horizonte filosófico para una crítica de la globalización neoliberal. La praxis se realiza por una comunidad de víctimas —que se constituye en un sujeto intersubjetivo— que busca, ejerciendo el derecho a generar derechos, subvertir el sistema que le niega la satisfacción de necesidades para la producción y reproducción de vida, y dar paso a un nuevo sistema. Por eso la praxis es un hecho más radical que el estado o la “naturaleza humana” en cuanto a la búsqueda de fundamentos de derechos humanos. Rechaza el dogmatismo, el etnocéntrico y el historicismo; además defiende la necesidad del sujeto, no del sujeto individual y abstracto de la Modernidad hegemónica, sino del sujeto intersubjetivo que se constituye a través de la voluntad de liberación de las víctimas reunidas y organizadas en comunidad.



Diálogo y pluralismo axiológico

NICOLÁS ZAVADIVKER⁽¹⁾



Palabras clave: multiculturalismo; interculturalidad; modelo dialogal; conservacionismo.

La palabra "multiculturalismo" es una de las que, de tan usadas y abusadas, ha perdido progresivamente su significado. Evidentemente posee una denotación vaga y una connotación axiológica positiva. Esto la vuelve especialmente tentadora para su incorporación en los discursos políticos y educativos, donde puede servir perfectamente para "tapar baches" argumentativos. Es pues, un término políticamente correcto, signifique lo que signifique.

No obstante, vamos a hacer el intento de reconstruir el significado de esta palabra. Las principales áreas semánticas que cubre el vocablo son, a mi juicio, dos. En primer lugar, el reconocimiento de la existencia de sociedades en las que cohabitan personas pertenecientes a diferentes tradiciones culturales. En este caso, la palabra parece designar una situación social caracterizada por una pluralidad de formas de ser, actuar y pensar en el seno de una misma comunidad. Es el típico caso de una sociedad formada, en buena medida, por sucesivas olas inmigratorias provenientes de diferentes partes del mundo. Cabe destacar que apenas si hay sociedad actual que no tolere esa descripción. En este sentido la sociedad argentina, por caso, es claramente multicultural. Adviértase de paso que esa misma ca-

(1) Profesor de Filosofía en la Universidad Nacional de Tucumán. Investigador del CONICET.

racterización podría haber sido predicada con verdad mucho antes del inicio de la llamada globalización.

Se trata de un uso descriptivo de la palabra "multicultural". Este uso ya presupone la concesión de cierto status a los grupos sociales minoritarios: los denomina "culturas". Reconoce —al menos, a grandes rasgos— que sus prácticas son, en principio, diferentes (y no, por ejemplo, sencillamente inferiores o bárbaras). Esto se advierte cuando se compara este uso con manifestaciones correspondientes a otros modos históricos de nombrar al Otro. Así, en la Alemania nazi era común escuchar frases tales como "Europa está infestada de judíos"; la descripción de esa situación en términos de coexistencia de distintos grupos culturales no hubiera pasado desapercibida en ese momento.

Pasemos, en segundo lugar, al otro gran uso de la palabra "multiculturalismo". Esta otra acepción, más común que la anterior, es deliberadamente prescriptiva. Se refiere justamente al modo en que debe ser tratada la mencionada coexistencia de grupos culturales al interior de una sociedad. Aquí el multiculturalismo puede cobrar la forma de un proyecto político o ideológico o bien señalar, más en general, cierta actitud frente a la diversidad de culturas. Muchas veces se usa la expresión como un modo ideológico de resistencia en el marco de un discurso crítico contra el proceso globalizador, considerando que este tiende hacia la uniformidad cultural o a la imposición de la cultura norteamericana sobre las demás.⁽²⁾

En todos estos casos, el multiculturalismo no se presenta como la descripción de una situación dada sino más bien como un ideal regulador que guía el modo en que las diferentes culturas o sub-culturas deberían relacionarse entre sí y, quizás también, al papel que debería cumplir el Estado en esa relación.

1. Modelo dialogal y conservacionismo

Sobre este uso prescriptivo de la palabra "multiculturalismo" quisiera establecer algunas diferencias entre dos ideales que, entiendo, pueden distinguirse claramente aunque puedan aparecer confundidos en los discursos que circulan.

Por un lado, el ideal multicultural puede plasmarse como "propuesta de una sociedad regida por el diálogo y la convivencia entre las distintas

(2) Ver VELASCO, JUAN CARLOS, "El multiculturalismo, ¿una nueva ideología?", en ALCINA, JOSÉ y CALÉS, MARÍA (eds.), *Hacia una ideología para el siglo XXI*, Madrid, Akal, 2000.

culturas".⁽³⁾ En esta visión de la multiculturalidad (denominada usualmente "interculturalidad") se destaca no solo la coexistencia pacífica de cierta diversidad sino también una actitud de apertura que facilita el intercambio amistoso entre diversas tradiciones culturales. De allí que se haga hincapié en el diálogo, en oposición a la idea de un discurso único desde el que el grupo dominante pretende imponer su modo de vida a los demás. Por ello llamaré a esta perspectiva **modelo dialogal**.

Por otro lado, el segundo gran ideal regulativo que tolera la denominación "multicultural" se expresa, aunque habitualmente de forma disimulada, como una demanda de separación y de no interferencia entre los diversos grupos culturales. Para esta perspectiva cada tradición cultural conforma una especie de unidad ontológica, un compartimento cerrado que solo puede vivenciar quién es parte de la misma y qué está vedado a los demás. Lo que cabe practicar frente a la diversidad cultural es, en el mejor de los casos, la tolerancia entendida en su sentido más originario: tolerar aquello que no entendemos o no nos gusta sin entrometernos ni pretender cambiarlo. Tolerancia que, vista desde otro ángulo, puede simplemente presentarse como una forma de indiferencia.

Esta sería la versión negativa de este ideal que, no obstante, admite una formulación positiva, más ligada al humanismo. Esta se asienta en la valoración más habitual según la cual cada cultura constituye un bien intrínseco que debe ser protegido frente a la amenaza de la contaminación de otras. En esta última postura se intenta defender el mantenimiento de las culturas tal como están en su estado actual o incluso recuperar, en la medida de lo posible, culturas parcialmente perdidas. Esta postura percibe entonces el intercambio cultural como una forma de contaminación y la variación como un modo de degradación. Por ello propongo a esta posición **conservacionismo**.

En lo que sigue vamos a tratar de establecer algunas críticas a esta ideología en la que —como se percibe— confluyen ideas de orígenes diversos. Una de ellas es la afirmación, atribuible en principio al llamado relativismo cultural, según la cual cada cultura supone una forma singular de ver el mundo que es inconmensurable con la de las demás. Se trata de una tesis muy seductora y que cuenta con un importante número de seguidores en el pensamiento contemporáneo. Sin renegar enteramente de lo que de verdadero pueda haber en dicha tesis, quisiera problematizarla en dos sentidos.

(3) DE LUCAS, JAVIER, *El desafío de las fronteras*, Madrid, Temas de Hoy, 1994, p. 71. Citado por VELASCO, JUAN CARLOS, *ibid.*, p. 153.

Sostendré, en primer lugar, que las culturas no constituyen unidades ontológicas cerradas al exterior. Si se estudia la historia de cualquier sociedad se advertirá que ella recibió influencias externas de forma constante y que gran parte de lo que pasa por propio o específico de una cultura tiene su origen en una mixtura anterior entre grupos diversos. La visión conservacionista del multiculturalismo muchas veces es asumida por perspectivas particularistas que pretenden afirmar su diferencia. A veces recurren para ello a una suerte de mito sobre sus propios orígenes en los que su civilización se presenta en estado puro e incontaminado, fuera de la historia. Pero las culturas son, como el hombre, dinámicas.

Podemos afirmar, según creo, que la vida cotidiana de un argentino de hoy es mucho más parecida a la de cualquier habitante de otra sociedad occidental actual que a la de un argentino que vivió hace unos 100 años. Uno de los errores en los que incurre esta visión de la cultura es presentar como estático algo que es intrínsecamente dinámico y cambiante.

Hemos problematizado esta forma de entender la cultura por sus lazos con lo exterior. Cabe problematizarla también en relación con su interior. Usualmente se asocia una cierta cultura con una determinada concepción del mundo. Pero, si se la estudia con detenimiento, la aparente uniformidad de formas de actuar, sentir y creer se desvanece. Sin negar que existen elementos transversales a una cultura, estos tienen menor alcance del que usualmente se les otorga. Seguramente es posible detectar patrones de conducta comunes a la mayoría de los miembros de una sociedad, pero siempre habrá grupos e individuos que no responden al estereotipo. Como afirma el multiculturalismo en su faz descriptiva, no hay sociedad humana que no sea portadora de cierta diversidad.

Esta forma conservadora de multiculturalismo parece desempolvar el viejo, pero no por ello inactual, esencialismo. La tesis —de la prestigiosa pluma de Aristóteles— sostiene que cada cosa tiene su esencia fija y que esta es lo que hace que una cosa sea lo que es y no otra cosa. Los cambios, en fin, son superficiales, ya que la esencia de algo se mantiene siempre. Estas ideas fueron hábilmente cuestionadas al menos a partir del s. XVIII pero sus límites se revelan especialmente cuando se las aplica a lo humano. La tesis esencialista se refugió en este terreno sobre todo bajo la palabra "identidad", sea para aludir a la identidad personal o a una identidad colectiva, expresión que se utiliza casi como sinónimo de "cultura". Cuando hablamos de identidad presuponemos una continuidad y permanencia tras los cambios, una perduración de fondo que sobrevive al paso de los

tiempos. Por caso, la expresión “identidad alemana”, utilizada en el s. XIX y ahora, denota una misma realidad imperturbable.

Sin pretender profundizar demasiado en el tema —lo que excedería los límites de este breve ensayo— quisiera sostener que las identidades colectivas no son algo fijo ni preestablecido sino que se van construyendo en la historia de una sociedad y en las huellas que deja esa historia (a modo de una narración) en la memoria colectiva. La historia va variando así como van variando los modos con los que una sociedad se percibe a sí misma. Esta visión implica que no existe una identidad colectiva al modo de una esencia fija de cada cultura.

Pasemos ahora al aspecto axiológico del conservacionismo. En términos de un juicio de valor, este punto de vista puede expresarse así: “Todo lo que existe, por el solo hecho de existir, es bueno. Y lo bueno debe conservarse”. Esto implica que “Todo cambio es malo y debe evitarse”. A mi modo de ver, evaluar cualquier alteración como mala es tan arbitrario como sostener que toda variación es siempre buena. Lamentablemente una y otra actitud están presentes en algunos discursos circulantes en la actualidad sin ser sometidas a crítica alguna. El conservacionismo implicaría que costumbres moralmente cuestionables de distintos pueblos como la ablación de clítoris, los matrimonios entre niños arreglados por sus padres o el sistema que cataloga a las personas en función de su casta deberían ser defendidos de los intentos por abolirlos porque ello implicaría interferir en el desarrollo de una cultura. O, por dar ejemplos locales, el conservacionismo también supone que deberíamos avalar los pedidos de coimas por parte de los inspectores de tránsito o la violencia en el fútbol, que forman parte del folklore argentino no menos que nuestro gusto por el dulce de leche.

En suma, considero que la demanda de separación y de no interferencia entre los diversos grupos, sostenida por el conservacionismo multiculturalista, se asienta sobre bases endebles y cuestionables, aun en su vertiente más humanista.

2. Cohesión social y límites del modelo dialogal

El modelo dialogal, el otro gran ideal multicultural, destaca no solo la coexistencia pacífica de grupos diferentes sino también una actitud de apertura que facilita el intercambio amistoso entre distintas tradiciones culturales. Se trata de una actitud posible, entre muchas otras, para abordar la diversidad. Confieso que es la actitud más acorde a mi

pensamiento y a mi sensibilidad. Quisiera no obstante señalar algunos peligros que acechan si esa actitud se exagera demasiado. Para ello realizaré un breve rodeo hacia una cuestión mucho más general, aquella que indaga cómo es posible la existencia de la sociedad humana como tal.

En las sociedades de animales no humanos la cohesión social viene garantizada por la programación genética de cada especie. Sucede que los genes que configuran los rasgos anatómicos de un animal configuran asimismo su conducta. Una hormiga recolectora no llega a ser tal luego de un proceso de especialización para cumplir esa función, sino que esa conducta viene inscrita desde sus genes. No es esperable, por tanto, que un conjunto de hormigas decida, por ejemplo, realizar un paro demandando mejores condiciones de trabajo al hormiguero.

Debido a esta garantía genética en las organizaciones no humanas —especialmente en aquellas especies donde casi no existe el principio de individuación— los miembros están enteramente subordinados a su sociedad. En los seres humanos, en cambio, la mayor parte de su conducta no viene prevista en su armazón genético. Esto resulta evidente cuando se comprueba la inmensa variedad de formas en que puede ser el hombre. Esta amplia flexibilidad de conductas conlleva el peligro de convertir a cada individuo en un potencial peligro para la sociedad, pues este puede optar por no subordinarse a aquella.

La cohesión social, por lo tanto, no está garantizada: el estado de sociedad humana es precario y requiere constantemente de mecanismos de defensa contra los peligros potenciales que la acechan. Como hizo notar el filósofo Samuel Schkolnik, la sola existencia de cárceles y manicomios —espacios reservados al aislamiento y neutralización de las personas que manifiestan conductas antisociales— prueba que el comportamiento humano puede constituir una amenaza para la sociedad. Nótese, por caso, la inexistencia de esos espacios en otros animales, debido a la imposibilidad genética en ellos de una conducta verdaderamente divergente.⁽⁴⁾

(4) La comparación mencionada entre sociedades animales y humanas está basada en ideas desarrolladas por el filósofo argentino Samuel Schkolnik. Ver SCHKOLNIK, SAMUEL, "Lo civil y lo absoluto", en *Parker 51*, San Miguel de Tucumán, Fac. de Filosofía y Letras de la UNT, 2009.

En este contexto se advierte que el papel que en otras especies lo desempeñan los genes, en el caso del hombre lo desempeña la cultura. Podría decirse, en una primera aproximación, que la cultura realiza el cierre que limita las posibilidades del comportamiento humano al proveerle un abanico limitado de creencias y acciones más allá del cual se extiende la irrealidad y la locura. La cohesión social depende entonces de que la sociedad pueda llevar a cabo exitosamente el proceso de socialización sobre las nuevas generaciones de suerte que estas aprehendan y acepten el orden social vigente y logren integrarse al mismo.

¿Qué implicancias tienen estas ideas sobre la cohesión en relación al modelo dialogal? La de revelar que, para la supervivencia misma de una sociedad, resulta necesario cierto grado de integración social, de cierta uniformidad cultural. Si ese grado no se alcanza la sociedad corre el riesgo de desaparecer, de disolverse en un conjunto de agrupaciones más o menos aisladas entre sí y potencialmente peligrosas las unas para las otras.

No es obvio, no obstante, qué elementos deben ser comunes para garantizar un piso de integración social en un territorio. Me atrevo a sugerir algunos, sin menoscabo de que se puedan agregar muchos otros: la educación en una lengua común oficial (sin que eso niegue la eventual enseñanza de una segunda lengua acorde a cada minoría cultural), un gobierno que rija la totalidad de un territorio nacional, un derecho de igual alcance y un conjunto de instituciones vinculadas al mismo, una moneda común de intercambio y un conjunto mínimo de valores comunes. Todos estos puntos se presentan como un límite a la aceptación plena del potencial pluralismo axiológico propio de una sociedad culturalmente diversa. La aceptación de un conjunto mínimo de valores comunes no es solo un límite necesario sino también la condición misma de este ideal multicultural, que pone por encima de los valores específicos de cada grupo cultural al diálogo, la convivencia y la tolerancia.

Sin sostener que el diálogo siempre sea posible, ni que sea deseable como forma de lidiar con cualquier diferencia (pensemos, por ejemplo, el caso de alguien que juzga legítima la violación y la practica), quisiera destacar, no obstante, el valor del diálogo, entendido como un intercambio que excede la argumentación y que —aunque pueda no arrojar resultados sustanciales— representa en sí mismo un gesto más o menos amigable entre grupos en conflicto. Esto quizás pueda parecer poco frente a con-

troversias axiológicas de fondo, pero su peso moral se revela justamente cuando se piensa en el mismo como una situación alternativa a la violencia verbal (descalificación, difamación) o incluso física. En fin, aun cuando en ciertas cuestiones no haya ninguna perspectiva de alcanzar un consenso, el diálogo supone una disposición a escuchar al otro y a hacerse escuchar que permite limar asperezas. Esta actitud no solo implica un progreso en términos de comprensión mutua sino que —quizás, por ello mismo— nos lleva a correr al otro del lugar de enemigo en el que seguramente lo habíamos colocado.



El orden jurídico bajo el paradigma constitucionalista

MARÍA CRISTINA REDONDO⁽¹⁾



Palabras clave: orden jurídico; normas; reglas sociales; derecho; autoridad.

1. Introducción

La literatura sobre las normas y los sistemas jurídicos tiene una larga y prestigiosa tradición que se alimenta con el aporte de importantes filósofos. En este trabajo pretendo valerme de algunas de esas contribuciones que, a mi juicio, son especialmente aptas para mostrar el contraste entre distintos modelos de órdenes jurídicos. Mi propósito final es poner de relieve algunas de las características más salientes del modelo de derecho correspondiente al llamado **estado constitucional de derecho**, de modo tal que se pueda apreciar en qué sentido este tipo de orden constituye un paradigma diferente del correspondiente al **estado legislativo de derecho**.

Para llegar a este objetivo será preciso tener en cuenta algunos conceptos y distinciones ya tradicionales en la literatura sobre las normas, en general, y sobre los sistemas jurídicos, en particular. En todo caso, y como punto de partida, se presupondrá que todo orden jurídico es un

(1) Investigadora del CONICET.

orden dinámico. Desde este punto de vista, todo orden jurídico prevé un conjunto de criterios o condiciones que es preciso satisfacer para generar, eliminar o modificar normas jurídicas. Al respecto, gran parte de las reflexiones de este trabajo estarán dirigidas a caracterizar las normas que establecen estos criterios o condiciones que definen quién puede y cómo se pueden introducir cambios en el orden jurídico. Es decir, estos criterios definen a la autoridad competente para introducir, eliminar o modificar normas jurídicas. Como trataré de mostrar, la posibilidad de distinguir distintos tipos o modelos de orden jurídico depende justamente de aquellas normas que definen a las **autoridades últimas** o supremas.

2. Orden jurídico y criterios de validez

Asumiré, sin problematizar en este contexto, que toda organización estatal está indisolublemente unida a la presencia de al menos un orden jurídico. Tal como han señalado Alchourrón y Bulygin, un orden jurídico puede entenderse como una secuencia temporal de conjuntos de normas que, a su vez, pueden ser concebidos como sistemas.⁽²⁾ Asimismo, tal como ha subrayado Ricardo Caracciolo, un conjunto de elementos constituye un sistema en la medida en que tales elementos respetan algún tipo de relación que confiere al conjunto una determinada estructura.⁽³⁾ Dejando por el momento de lado todos los problemas a los que estos presupuestos están unidos, me concentraré exclusivamente en dos características unánimemente reconocidas en todos los órdenes jurídicos así entendidos. La primera es que ellos tienen carácter dinámico. Es decir, el orden jurídico cambia a lo largo del tiempo y cada cambio da lugar a un sistema de normas diferente. La segunda es que ellos mismos establecen los criterios o condiciones que han de satisfacerse para poder producir un cambio válido.⁽⁴⁾ En otras palabras, ellos mismos definen a la autoridad competente para crear, eliminar o modificar una norma

(2) Ver ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Normative systems*, Viena, Springer, 1971. También ver: ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *Doxa* 9, 1991, pp. 257/280.

(3) Ver CARACCILO, R., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 12. También ver: CARACCILO, R., "Sistema Jurídico", en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. (eds.), *El derecho y la justicia, Enciclopedia Ibero Americana de Filosofía*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 161/176.

(4) Ver KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Vernengo, R. (trad.), México, Universidad Autónoma de México, 1979, pp. 201/206.

jurídica válida. Una norma ingresa a, o egresa de, un sistema del orden jurídico cuando se respeta la relación de legalidad definida por el propio orden jurídico.

Ahora bien, si aceptamos que una de las características centrales de todo orden jurídico es que cada uno de ellos prevé los específicos criterios que se deben respetar para producir cambios admisibles, significa que dichos criterios de validez son elementos o “normas” necesariamente integrantes de los sistemas que componen un orden. Luego veremos qué tipo de normas pero, por el momento, es importante destacar que estos criterios de validez son precisamente metanormas sobre la producción jurídica; *i.e.* normas que, como mínimo, confieren poder a ciertos agentes u órganos (autoridades) para introducir, eliminar o modificar (otras) normas generales.⁽⁵⁾

Conforme a lo dicho, entonces, bajo esta concepción dinámica, todo orden jurídico contará necesariamente con un conjunto de **metanormas últimas** que son las que definen a la autoridad suprema o con mayor jerarquía en dicho orden. Estas metanormas últimas están presentes en todo sistema correspondiente a un orden jurídico. Lo están en el sistema originario puesto que, siendo el sistema que da inicio a un orden dinámico, él tiene que prever ciertas metanormas sobre la producción de otras normas. Obviamente, la autoridad suprema definida por las metanormas del sistema originario puede delegar competencias y crear nuevas normas sobre la producción jurídica. Es decir, puede introducir nuevos criterios subordinados de validez. No obstante esto, aún en la hipótesis en que el orden establezca una única autoridad que concentra todo el poder de producción normativa, los criterios o metanormas últimas del sistema originario —en virtud del llamado “principio de supervivencia” introducido por Moreso y Navarro— estarán presentes en todos los sistemas sucesivos mientras no hayan sido sustituidos por otros.⁽⁶⁾ Un cambio de estos criterios últimos significa un cambio en la relación de legalidad de base en la que se asienta el orden jurídico y, consecuentemente, implica un cambio de orden jurídico.

(5) Respecto de las metanormas sobre la producción jurídica, por ejemplo, véase GUASTINI, R., *Il diritto come linguaggio*, 2da. ed., Torino, Giappichelli, 2006, pp. 87/93.

(6) Sobre el principio de supervivencia, véase MORESO, J. J. y NAVARRO, P. E., “Algunas consideraciones sobre las nociones de orden jurídico y sistema jurídico”, en *Análisis Filosófico* 2, 1992, p. 131 y pp. 125/142.

3. Sobre los criterios últimos de validez

Apenas he sostenido que todo sistema jurídico prevé algunos **criterios últimos** de validez. Lamentablemente, esta afirmación padece de una ambigüedad importante que es preciso destacar. Para hacerlo es útil vincular lo dicho hasta aquí sobre estos criterios con dos distinciones claramente indicadas por Ricardo Caracciolo. Por una parte, aquella entre normas independientes y dependientes; por otra parte, aquella entre criterios sistemáticos y extrasistemáticos.

Si un conjunto de normas constituye un sistema, en él cabe necesariamente distinguir entre sus normas derivadas o dependientes y sus normas no derivadas o independientes.⁽⁷⁾ Las primeras pertenecen al sistema en virtud de la satisfacción de criterios de validez internos al propio sistema (criterios sistemáticos de validez). Las segundas pertenecen en virtud de la satisfacción de criterios que son necesariamente externos (criterios extrasistemáticos). Si así no fuese, la identificación del sistema comportaría o bien un regreso al infinito o bien un vicio de circularidad.

Teniendo en cuenta esto podemos detectar la ambigüedad a la que me estoy refiriendo. La expresión “criterios últimos de validez” puede referirse a aquellas metanormas que definen la competencia última o suprema. Sin embargo, también puede referirse a datos externos al sistema, no necesariamente normativos, y en virtud de los cuales ciertas normas son normas independientes, *i.e.* últimas **en** el sistema.

Una de las razones por las cuales es importante relevar estos dos sentidos en que se puede hablar de criterios últimos es que todo sistema jurídico, por razones diferentes, ha de contar necesariamente con ciertos criterios últimos, en ambos sentidos. Las **metanormas últimas** que establecen las condiciones para introducir cambios válidos (y, como mínimo, establecen a la autoridad competente en última instancia) son necesarias porque, si no estuviesen presentes, dicho sistema no sería parte de un orden dinámico. Paralelamente, si lo señalado por Caracciolo es correcto, sea o no parte de un orden dinámico, todo sistema se apoya en ciertos criterios últimos, extrasistemáticos. Estos son necesarios porque, de lo contrario, la identificación de las normas del sistema nos conduciría al infinito o a un círculo vicioso.

(7) Ver CARACCILO, R., *op. cit.*, pp. 31/34.

En síntesis, en un sistema jurídico cabe distinguir: (1) criterios extrasistemáticos de validez que no son creados por ninguna autoridad, no son válidos o inválidos y permiten identificar las normas independientes o últimas en el sistema; (2) criterios sistemáticos de validez que son metanormas internas a los sistemas jurídicos y que establecen, como mínimo, quién tiene el poder para producir nuevas normas. A su vez, estos criterios sistemáticos de validez pueden ser: (2.a) metanormas independientes o últimas en el sistema que pertenecen en virtud de que satisfacen los criterios extrasistemáticos o (2.b) metanormas dependientes o derivadas que pertenecen en virtud de que han sido creadas respetando los criterios sistemáticos de validez. En el ejercicio de su competencia las autoridades así creadas podrán delegar poder en otras, y así sucesivamente, generando una cadena de legalidad que, en última instancia, se apoya en la competencia conferida por las metanormas últimas que configuran a la autoridad suprema del orden jurídico.

La identidad y la continuidad de un orden jurídico dinámico dependen de la identidad y la continuidad de las metanormas que establecen las condiciones de base para la producción de normas y que, como mínimo, identifican a la autoridad última o suprema del orden jurídico. En otras palabras, si las normas cambian respetando directa o indirectamente estas metanormas de base, permaneciendo ellas inalteradas, estaremos frente a un **nuevo sistema del mismo orden jurídico**. En este sentido, el orden es dinámico, se modifica pero, al mismo tiempo, se mantiene idéntico puesto que su identidad depende de la permanencia de metanormas últimas. Por el contrario, si cambian estos criterios de base estaremos ciertamente también frente a un nuevo sistema, pero un sistema originario que inaugura un orden jurídico diferente.

Por cuanto se refiere a estas metanormas últimas, sobre la producción de otras normas es de suma relevancia advertir que ellas son necesariamente normas generales. Es decir, no confieren competencia a una autoridad u órgano en particular sino que establecen condiciones abstractas que deben satisfacerse para ser una autoridad u órgano con competencia. Ello es así en virtud de la presuposición conceptual —que no discutiré aquí— de que todo sistema jurídico, además de ser parte de un orden dinámico, es parte de un orden continuo o persistente en el tiempo. Si los criterios de validez últimos se limitasen a conferir competencia a un único individuo, el orden jurídico sería ciertamente dinámico, puesto que la autoridad así establecida tendría competencia para crear nuevas normas y dar lugar a

nuevos sistemas normativos. Sin embargo, una vez desaparecido el individuo o el órgano al que la norma individual ha conferido el poder, el orden jurídico finaliza junto con él; visto que, por hipótesis, no existe una norma general que haga posible identificar, *ex ante*, quien tiene derecho a suceder a esa autoridad.⁽⁸⁾

Con lo dicho hasta aquí ha quedado señalada una ambigüedad que, sin embargo, no se ha aclarado. En otras palabras, no ha sido resuelto si las metanormas de base, necesarias en todo sistema jurídico (que es parte de un orden dinámico y continuo), son normas externas, extrasistemáticas o normas internas, independientes (*i.e.* últimas en el sistema). En realidad, y como se verá a continuación, estas metanormas últimas sobre la producción jurídica pueden entenderse de ambos modos: como normas externas que funcionan como criterio extrasistemático de validez o como normas internas, independientes, *i.e.* últimas en el sistema, que pertenecen en virtud del hecho de ser efectivamente aceptadas y seguidas. En cualquier caso son metanormas que permiten identificar a la autoridad con competencia suprema en un sistema jurídico. Más adelante me referiré a este punto.

4. El orden jurídico vigente

En la medida en que nos refiramos a sistemas jurídicos estatales efectivamente vigentes en un tiempo y lugar determinados, la pregunta por las metanormas últimas sobre la producción jurídica exige una breve reflexión sobre el contraste entre dos tipos de normas: las normas legisladas y las normas consuetudinarias.

Siguiendo a J. Gardner⁽⁹⁾, las normas legisladas se caracterizan por los siguientes rasgos: (a) son deliberadamente creadas (b) por un específico autor y (c) enuncian o comunican expresamente los cambios normativos que proponen. Ahora bien, creo que es oportuno subrayar una ulterior característica, no tenida en cuenta por Gardner, y que resulta relevante en este contexto. Me refiero al sentido en el que puede decirse que una

(8) Con respecto al problema de la continuidad del orden jurídico cabe recordar la crítica que Hart formula a Austin señalando la necesidad de una norma general que confiera competencia a la autoridad suprema. Ver HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1962, pp. 49/76.

(9) El contraste que establezco, si bien no en modo completo, sigue lo propuesto por GARDNER, J., "Some Types of Law", en *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 54/88.

norma legislada existe. Estas normas solo existen en la medida en que son válidas en un sistema, *i.e.* solo si satisfacen las condiciones preestablecidas por metanormas sobre la producción de otras normas. Por este motivo, toda norma legislada presupone otra norma. Presupone, directamente, aquella que constituye a la autoridad que le da origen e indirectamente a la que confiere la competencia última o suprema. Consecuentemente, la existencia de este tipo de normas es siempre intrasistemática. Una norma legislada extrasistemática es conceptualmente imposible, constituye una contradicción en sus propios términos.

En contraste, las normas consuetudinarias (a) son no intencionalmente creadas (b) no tienen un autor específicamente delimitado (son fruto de múltiples actos, de múltiples agentes) y (c) no son el producto de actos de habla en los que expresamente se enuncia o comunica un contenido normativo. En este caso también cabe añadir una característica. La existencia de una norma consuetudinaria es un hecho social que no presupone necesariamente otras normas. Este dato puede expresarse de dos modos diferentes. O bien sosteniendo que las normas consuetudinarias son normas cuya existencia es siempre extrasistemática y que dicha existencia debe distinguirse de su validez o pertenencia a un sistema jurídico. O bien diciendo que cabe distinguir su existencia de hecho, que es extrasistemática de su existencia jurídica, que es intrasistemática.

Teniendo presente esta clasificación al momento de caracterizar a las metanormas últimas sobre la producción jurídica en un orden estatal efectivamente vigente se presenta una alternativa. Una primera posibilidad es interpretar que estas metanormas son últimas en el sistema, *i.e.* independientes. Ahora bien, en este caso no pueden ser normas legisladas. Por definición, las normas legisladas no son últimas puesto que presuponen las normas que confieren competencia para crearlas. En otras palabras, parece que deberíamos aceptar que estas metanormas son reglas sociales, consuetudinarias. Es decir, desde este punto de vista, las metanormas, que establecen las condiciones de base para la introducción, eliminación, o modificación de normas en un orden estatal vigente, son siempre contenidos normativos no escritos. Y el criterio extrasistemático que permite identificarlas es el hecho de que sean efectivamente aceptadas y seguidas en el momento y el lugar de referencia.

Es interesante advertir que esta lectura permitiría dar razón a aquellos autores que subrayan la redundancia de toda norma extrasistemática

dirigida a conferir autoridad o especificar los criterios últimos de validez en el sistema.⁽¹⁰⁾ El dato extrasistemático, relevante para identificar estas metanormas independientes en un sistema jurídico vigente, es un hecho, no una norma: ellas son creadas por un poder “de facto” que es habitualmente obedecido. Ahora bien, si adoptamos esta lectura es importante observar que las metanormas últimas sobre la producción jurídica permanecen siempre como normas no formuladas. Cualquier intento de formulación verbal será o bien una norma legislada —y consecuentemente dependiente o derivada— que intenta iterar, con o sin éxito, el contenido de ciertas metanormas independientes no escritas, o bien una descripción, verdadera o falsa, de dichas metanormas. En otras palabras, bajo esta interpretación, las metanormas de base o **últimas** de todo sistema jurídico son normas intrasistemáticas. Sin embargo, en ningún caso pueden ser normas legisladas ya que, por hipótesis, son creadas por la autoridad constituida por las metanormas últimas.

La interpretación alternativa es la siguiente. A pesar de lo dicho, es usual admitir que las normas últimas en el sistema son las normas legisladas por la autoridad suprema, por ejemplo, las normas de una primera constitución. Ahora bien, en este caso sí es preciso aceptar que las metanormas de base, que constituyen a esta autoridad suprema, son normas extrasistemáticas sobre la producción jurídica. Es decir, son normas consuetudinarias externas en virtud de las cuales pueden considerarse válidas las normas dictadas por la autoridad a la que confieren poder.

Decir que los criterios últimos de validez en todo sistema, en vigor, son el contenido de una norma efectivamente aceptada, *i.e.* una regla social, evoca la idea hartiana de regla de reconocimiento. Como sabemos, según Hart, esta regla, que estaría en la base de todo orden jurídico desarrollado, no es ni válida ni inválida, *i.e.* es extrasistemática, y contiene los criterios para identificar las normas válidas del sistema.⁽¹¹⁾ Ahora bien, cabe destacar que las reglas consuetudinarias a las que me estoy refiriendo no coinciden con la regla de reconocimiento hartiana. Entre otras diferencias, puede señalarse el dato relativo a quiénes son los individuos cuya aceptación es relevante para la existencia de las reglas últimas que constituyen a la autoridad suprema de un orden jurídico. Al respecto,

(10) Por ejemplo, GUASTINI, R., *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 2/3.

(11) Ver HART, H. L. A., *op. cit.*, pp. 97/107.

nada indica que la actitud de aceptación efectivamente requerida sea la de los órganos de aplicación. En realidad podríamos conjeturar que la aceptación que cuenta es la de un grupo más o menos amplio que el considerado por Hart. Por ejemplo, la de los jueces más la de los ciudadanos o solo la de un grupo restringido de jueces: una corte constitucional. Pero también podría darse el caso de que el grupo cuya aceptación es relevante sea uno totalmente diferente al que los órganos de aplicación se limitan a obedecer (por ejemplo, la comunidad internacional, las fuerzas armadas, una clase dominante, las propias autoridades supremas constituidas por la regla, entre otros). En todo caso, no cabe duda de que los actos de aplicación del derecho son cruciales para la identificación de las metanormas que identifican a la autoridad última del sistema. En otras palabras, si no la actitud interna, al menos el comportamiento externo de los jueces al aplicar el derecho es ciertamente parte de la práctica que constituye las reglas consuetudinarias últimas que identifican a las autoridades supremas.

No obstante la similitud entre la regla de reconocimiento hartiana y las reglas consuetudinarias que constituyen a las autoridades supremas de todo sistema jurídico en vigor, cabe observar lo siguiente. Estas últimas no establecen —como en cambio sí parece hacerlo la regla de reconocimiento hartiana— **todos** los criterios de validez de las normas de un sistema jurídico.⁽¹²⁾ Las reglas que constituyen a las autoridades supremas son metanormas que definen solo los criterios **últimos** de pertenencia de normas, *i.e.* aquellos en virtud de los cuales son válidas las normas legisladas por la autoridad suprema. En este punto cabe recordar que, entre las normas válidas en virtud de la satisfacción de estas metanormas últimas, podrá haber algunas que establezcan nuevas autoridades, sujetas a nuevas condiciones para la producción de normas. Estas, a su vez, podrán establecer normas derivadas adicionales que constituyan ulteriores autoridades con específicas competencias, y así sucesivamente. En otras palabras, aparte de las metanormas últimas, consuetudinarias, habrá otras metanormas, independientes y dependientes, sobre la producción jurídica. Reconocer estos distintos tipos de metanormas sobre la producción jurídica implica negar la existencia de una única regla maestra que contenga todos los criterios de validez de un orden jurídico.

(12) Esta es una posibilidad evaluada por R. Caracciolo en CARACCILO, R., "La noción de sistema jurídico de Hart", en *La noción de sistema en la teoría del derecho*, México, Fontamara, 1994, p. 72.

Por último, nada de lo que se ha dicho hasta aquí supone que las reglas consuetudinarias, que proveen los criterios últimos de validez en un sistema, sean reglas de obligación. Y menos aún que, como sucede con la regla de reconocimiento hartiana, ellas regulen el comportamiento de los órganos de aplicación en su función de identificación y aplicación de normas. Como veremos a continuación, este es un punto problemático. Sin embargo, aun cuando las condiciones o límites impuestos a las autoridades competentes para crear nuevas normas puedan ser vistos como deberes en sentido estricto, queda claro que el comportamiento que estas metanormas regularían sería el de las autoridades competentes para **producir** normas válidas, y no el de las autoridades predispuestas a **aplicar** dichas normas.

5. Metanormas que constituyen a la autoridad y metanormas que regulan su comportamiento

Para presentar las diferencias entre los distintos modelos de ordenamientos jurídicos es indispensable precisar algo que hasta aquí ha sido intencionalmente enunciado en términos vagos. Sean concebidas como normas intrasistemáticas, últimas **en** el sistema, o como normas extrasistemáticas, ¿cuál es precisamente el contenido de las metanormas últimas sobre la producción jurídica?, ¿son normas prescriptivas, *i.e.* regulativas?

Existen distintas formas de clasificar, en virtud de su contenido, las metanormas sobre la producción jurídica. Siguiendo a Ricardo Guastini, por ejemplo, entre estas metanormas, en primer lugar, están aquellas sobre la producción en sentido estricto que: (a) establecen quien o quienes detentan la competencia para crear, modificar o eliminar normas, *i.e.* confieren poder y (b) prevén el procedimiento mediante el cual se ejerce la competencia conferida. En segundo lugar, están aquellas normas sobre la producción en sentido lato que: (a) establecen el objeto o el ámbito material sobre el que se confiere la competencia y (b) disciplinan el modo en el que se ejercita la competencia, imponiendo límites negativos o positivos sobre el contenido de las normas que pueden dictar.⁽¹³⁾

Es problemático establecer el carácter que tienen estas normas. Específicamente si aquellas que establecen condiciones procedimentales y sustanciales para el ejercicio de la competencia conferida por el primer

(13) Ver GUASTINI, R., *op. cit.*, pp. 88/93.

tipo de normas pueden ser comprendidas dentro de la categoría de las normas constitutivas. Por ejemplo, siguiendo a Hart, cualquier tipo de límite, sea de tipo procedimental o sustancial, tendría que ser entendido no como un deber en sentido estricto sino como una falta o ausencia de poder.⁽¹⁴⁾ En mi opinión, estas limitaciones pueden verse como deberes o como ausencias de poder. En este último caso, ellas integran las normas que definen a la autoridad o al tipo de resultado institucional que ellas tienen competencia para crear (por ejemplo, ley electoral, ley de presupuesto, ley de coparticipación de impuestos, entre otras). Desde esta óptica, las condiciones —procedimentales y/o sustanciales— que las autoridades tienen que respetar son parte de normas constitutivas y no establecen un deber. Su insatisfacción no está correlacionada con ningún tipo de reprobación o sanción.⁽¹⁵⁾ En sentido estricto ellas imponen condiciones conceptualmente necesarias para la validez jurídica de los resultados que la autoridad produce. La falta de conformidad con las mismas, consecuentemente, acarrea solo la nulidad o inexistencia de los mismos.

Desde otro punto de vista, en cambio, las normas que prevén condiciones —procedimentales o sustanciales— pueden ser entendidas como auténticas normas prescriptivas que, además de establecer condiciones para producir resultados válidos, regulan la actividad productora de normas, es decir, tornan no opcional un tipo de comportamiento. En tal sentido, si bien estas normas presuponen necesariamente la existencia de normas que constituyen a la autoridad, son normas diferentes. Tienen carácter prescriptivo y, como toda norma de este tipo, la falta de observación de su contenido está sujeta a una crítica o reprobación que, a su vez, se considera justificada.

Respecto de esta disyuntiva, presentaré solo dos consideraciones. En términos generales, no hay nada en la naturaleza de las condiciones efectivamente aceptadas para el ejercicio de la competencia última que indique que ellas deban ser entendidas solo como condiciones de la validez de ciertos actos y no, también, como el contenido de un deber. Si la distinción propuesta por Hart entre estos dos tipos de normas es adecuada, entonces es contingente que tales condiciones, que son sin duda parte de lo que define a las autoridades supremas, sean o no contemporá-

(14) Ver HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 68.

(15) Ver HART, H. L. A., *ibid.*, pp. 27/35.

neamente el contenido de un deber. Ello dependerá de si dichas condiciones son efectivamente concebidas como deseables o indeseables, independientemente de la norma que las establece, y de si su incumplimiento está o no ligado a una respuesta social reprobatoria que se acepta como justificada. Consecuentemente, asumiré que los límites —procedimentales y/o sustanciales— a los que suele estar sujeta la autoridad pueden o no indicar la presencia de una obligación.

Ahora bien, lo dicho vale, en general, tanto para las que Guastini llama normas sobre la producción en sentido estricto como para aquellas en sentido lato. No obstante, hay un específico tipo de límite que no puede ser interpretado como una falta o ausencia de poder. Me refiero a aquellas metanormas que imponen restricciones, no sobre el procedimiento de creación ni sobre el objeto o contenido de las normas que las autoridades **pueden decidir discrecionalmente** crear, sino precisamente sobre la posibilidad de que lo decidan discrecionalmente. Estas normas prevén explícitamente que el ejercicio de la competencia deje de ser opcional y establecen las circunstancias en las que las autoridades tienen la obligación de actuar, *i.e.* de legislar. Un ejemplo de este tipo de metanormas puede encontrarse en las disposiciones constitucionales programáticas que imponen a la autoridad el deber de dictar ciertas normas. Estas normas delimitan un objeto sobre el que las autoridades deben legislar, aun cuando no especifican ni el procedimiento mediante el que tienen que hacerlo ni el contenido de las normas que deben dictar. Advertir que la autoridad última de un sistema jurídico puede concebirse no solo como una autoridad con competencia delimitada sino también como una autoridad sometida a exigencias prescriptivas, reviste especial interés. Como veremos, las normas que constituyen a la autoridad suprema bajo el paradigma constitucionalista la definen como una autoridad sujeta a límites regulativos.

6. *Excursus* sobre la relación entre reglas constitutivas y regulativas

Como acabamos de ver, las condiciones —procedimentales y sustanciales— que, en algún sentido, limitan el poder de la autoridad pueden entenderse perfectamente como fragmentos de normas constitutivas. Este hecho, sin embargo, no debería esconder otro quizás más importante: las normas constitutivas, en general, parecen no ser inteligibles con independencia de normas regulativas. Creo oportuno hacer este paréntesis

para reflexionar sobre la relación entre normas constitutivas y regulativas. De esta reflexión se puede traer provecho para entender mejor, por una parte, la regla constitutiva última que confiere poder a la autoridad suprema y, por otra parte, la diferencia entre estos dos tipos de reglas constitutivas presentes en el orden jurídico: aquellas consuetudinarias, extrasistemáticas, y aquellas legisladas, intrasistemáticas.

De acuerdo con Searle, entidades tales como los Estados, los ordenamientos jurídicos, las autoridades, las normas jurídicas, entre otras, son parte de una realidad socialmente construida.⁽¹⁶⁾ Uno de los objetivos principales de este autor es mostrar el mecanismo por el cual generamos este tipo de "realidad" institucional y que puede resumirse en la idea de la aceptación de reglas constitutivas que tienen la siguiente forma: "X cuenta como Y en el contexto C".

Searle distingue las reglas constitutivas de las reglas regulativas. En tal sentido una regla constitutiva no tiene, por hipótesis, carácter normativo o regulativo, *i.e.* no permite, prohíbe u obliga ningún tipo de comportamiento. Sin la pretensión de analizar en profundidad la posición de Searle creo que es relevante detenerse en algunos aspectos de su propuesta. Ellos permitirán ver en qué sentido las reglas constitutivas, que definen a la autoridad suprema, no son concebibles independientemente de reglas regulativas.

6.1. Las reglas constitutivas como reglas sociales

Toda regla constitutiva obedece siempre a la misma estructura. Así, en el caso del dinero, ejemplo favorito de Searle, podríamos decir que la regla constitutiva reza: "Dadas determinadas circunstancias C, un trozo de papel P cuenta como un medio de pago MP". Ahora bien, en este caso, el tipo de regla constitutiva en el que Searle está pensando sin lugar a dudas existe como una práctica social consuetudinaria. Que un trozo de papel sea dinero, *i.e.* que funcione como medio de pago, es algo que construimos y sostenemos mediante nuestras efectivas creencias y comportamientos. En este caso, la regla constitutiva "Bajo las circunstancias C, un determinado tipo de trozo de papel P es un medio de cancelación de deudas" existe si y solo si, efectivamente bajo las circunstancias C, el tipo de trozo de papel P es un medio de cancelación de deudas. Señalo esta característica porque, como veremos más adelante, hay reglas constituti-

(16) Ver SEARLE, J., *The Construction of Social Reality*, Londres, Penguin Books, 1995.

vas que, en cambio, no son reglas sociales y su existencia no presupone la del objeto institucional que ellas pretenden constituir.

6.2. Las reglas sociales constitutivas presuponen reglas sociales regulativas

Si lo dicho con anterioridad es correcto entonces la verdad de la afirmación “Existe una regla constitutiva” presupone o depende de la existencia de reglas sociales regulativas. Así, será verdad que la regla constitutiva del dinero existe en un grupo social solo en la medida en que, en ese grupo social, existan o estén en vigor ciertas reglas sociales regulativas tales como “Está permitido cancelar deudas entregando este trozo de papel” o “si alguien entrega este trozo de papel como medio de pago es obligatorio aceptarlo”. En otras palabras, la regla constitutiva del dinero, si bien no es en sí misma una regla regulativa, no es otra cosa que un epifenómeno respecto de la existencia de estas reglas sociales regulativas.

6.3. La realidad social es algo que hacemos colectivamente de modo no deliberado

Las reglas constitutivas mediante las que construimos la realidad social son fruto de una acción conjunta. Esta idea, en mi opinión —y apartándome de la teoría de Searle—, es compatible con admitir la ausencia de una intencionalidad colectiva. Ciertamente hay acciones colectivas intencionales —como por ejemplo tocar una sonata por parte de los miembros de una orquesta o sancionar una ley por parte de los miembros de una legislatura—. ⁽¹⁷⁾ Sin embargo, no cabe duda que también podemos hacer, individual o colectivamente, cosas que no intentamos hacer directamente. Este es sin duda el caso de la creación de reglas sociales consuetudinarias, sean constitutivas o regulativas. Searle reconoce que colectivamente podemos crear reglas constitutivas de modo no deliberado al admitir que algunas instituciones sociales —fruto de la aceptación de reglas constitutivas— son inclusive más sólidas y duraderas en la medida en que quienes las generan y sostienen no tienen siquiera conciencia de que son ellos quienes las generan y sostienen a través de sus actitudes y acciones. ⁽¹⁸⁾

(17) Ver GARDNER, J., *op. cit.*, pp. 65/74.

(18) Ver SEARLE, J., *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 107/108.

6.4. La construcción de la realidad social es algo que también podemos hacer deliberadamente

Que una regla consuetudinaria sea el fruto de una acción colectiva no-intencional no implica que no podamos ser conscientes de ese hecho. Es decir, podemos saber que dichas reglas son fruto de nuestras acciones no-intencionales. Ahora bien, al adquirir consciencia, en general, de que la realidad social es fruto de nuestros comportamientos y actitudes y, sobre todo, al conocer el mecanismo mediante el cual la generamos, podemos utilizarlo deliberadamente. Concretamente, de modo deliberado podemos constituir órganos específicos que, a su vez, puedan decidir crear otras específicas reglas constitutivas. Obviamente ellas ya no serán reglas espontáneas o consuetudinarias sino que serán normas legisladas por dichos órganos de modo deliberado. Esta advertencia permite ver con claridad cómo —si bien a la base de toda realidad social hay normas constitutivas de carácter consuetudinario— una vez que por ese mecanismo se constituyen agentes institucionales con capacidad para producir intencionalmente normas legisladas por ellos, dichos agentes pueden, mediante normas constitutivas intencionalmente creadas, decidir crear nuevos objetos e instituciones sociales, *i.e.* pueden intencionalmente reproducir la realidad social. Esto supone, sin embargo, un desdoblamiento de la realidad social o, si se quiere, da lugar a dos tipos de realidades diferentes: una, social **formal** y otra, **efectiva**. Concretamente, por ejemplo, una regla constitutiva legislada, como la que instituyen los jurados populares en la Argentina, en la medida en que es válida dentro del ordenamiento jurídico, existe y es parte de una realidad social formal. Sin embargo, dado que ella no es una regla social y no es regularmente observada, no implica la existencia de los jurados populares, que es la realidad social efectiva que dicha norma pretendía constituir.

6.5. Las reglas constitutivas creadas por una autoridad son siempre normas derivadas y presuponen reglas constitutivas efectivamente aceptadas

El uso intencional del mecanismo con el que se da lugar a instituciones específicas o a actos institucionales torna ambigua la expresión “regla constitutiva”. En ciertos casos, las reglas constitutivas son el contenido de reglas sociales o consuetudinarias no-intencionalmente creadas. En otros casos, son el contenido de normas legisladas que existen como tales en la medida en que pertenecen a un sistema de normas. La existencia de las primeras exige un comportamiento regular, uniforme y una actitud de aceptación por parte del grupo relevante. La existencia de las segun-

das es compatible con la ausencia de un comportamiento conforme, e inclusive, es compatible con una actitud de rechazo por parte de sus destinatarios. Ellas existen o son válidas no porque sean directamente aceptadas y/o obedecidas sino porque fueron creadas respetando metanormas que confieren poder para crearlas. Estas metanormas sí son normas constitutivas efectivamente aceptadas y seguidas. En mi opinión, la distinción entre estos dos tipos de reglas constitutivas es útil para dar cuenta de una de las características esenciales de todo orden jurídico estatal efectivamente vigente. En primer lugar permite observar que todo orden jurídico vigente se apoya en una metanorma constitutiva. Pero, a la vez, permite ver por qué esta metanorma no puede ser creada por ninguna autoridad sino que tiene que ser una regla social o consuetudinaria.

7. Distintos modelos de orden jurídico

Las metanormas últimas que constituyen a la autoridad suprema de un orden jurídico reflejan una determinada concepción política que, o bien es parte de un orden ya imperante, o bien es parte de un ideal que se desea imponer. En cualquier caso, me interesa aquí retomar la distinción entre las metanormas que constituyen a la autoridad jurídica suprema y las (eventuales) normas que establecen límites regulativos a su comportamiento. En concreto señalaré cuatro modelos de orden jurídico basados en cuatro correspondientes modos de concebir a la autoridad suprema.

7.1. *Autoridad absoluta*

En una primera concepción —que podríamos llamar de la “autoridad absoluta”— la metanorma última del orden jurídico es, exclusivamente, una regla constitutiva que confiere poder y deja en manos de la autoridad constituida la creación de cualquier otra norma o metanorma, comprendidas aquellas que disciplinan su propio comportamiento institucional. En otras palabras, la regla constitutiva de base, entre las condiciones para ser una autoridad, no prevé ninguna exigencia normativa.

Conforme a este modelo, las condiciones para llegar a ser una autoridad suprema pueden ser condiciones de carácter biológico, histórico y económico, entre otras, pero, en ningún caso, la exigencia de aceptar —y menos aún, acatar— algún tipo de regla de comportamiento. Esta autoridad está constituida de modo tal que es jurídicamente libre de todo vínculo regulativo, ya sea respecto a su génesis como respecto al ejercicio del poder conferido.

De hecho, este tipo de autoridad tiene en sus manos —mediante el ejercicio de su competencia— la posibilidad de auto-limitarse creando normas específicas en las que establezca restricciones procedimentales y/o sustanciales o en las que se comprometa a ejercitar su autoridad. Sin embargo, dado que a excepción de las reglas que la constituyen, todas las restantes normas jurídicas dependen de ella, también tiene en sus manos la posibilidad de desembarazarse de semejantes restricciones. En otras palabras, en este modelo las normas jurídicas que imponen cualquier tipo de límite regulativo son siempre normas derivadas, legisladas por la autoridad constituida.

Los sistemas jurídicos que corresponden a este modelo pueden o no receptorlo explícitamente mediante normas legisladas. Por ejemplo, en una constitución que establezca explícitamente que la autoridad suprema no está condicionada ni a la aceptación ni al efectivo respeto de vínculos normativos. Sin embargo, cabe recordar que, si este es el modelo de autoridad efectivamente imperante en una sociedad, no lo será porque esté establecido por estas normas legisladas sino en virtud de las reglas sociales últimas (intra o extrasistemáticas)⁽¹⁹⁾ que, en este caso, imponen un modelo que Herbert Hart llama de “omnipotencia continua”.⁽²⁰⁾ Es decir, constituyen una autoridad cuya soberanía no puede ser limitada en ningún momento. La autoridad suprema de este tipo de orden jurídico en cualquier momento podrá decidir auto-limitarse pero no puede imponer esas limitaciones a sus sucesores, que gozan de la misma competencia ilimitada de la que gozan las autoridades supremas precedentes y posteriores. En síntesis, la característica fundamental de este tipo de autoridad, conforme a las metanormas no escritas que la definen, es su no-sujeción a reglas regulativas.

7.2. Concepción iusnaturalista de la autoridad

Una idea radicalmente opuesta a la anterior corresponde a la que podríamos denominar “la concepción *iusnaturalista*” de la autoridad. Bajo esta perspectiva, la metanorma que constituye a la autoridad suprema, entre las condiciones para serlo, impone la necesidad no solo de aceptar sino también de respetar ciertas normas de comportamiento. En esta concepción ser una

(19) Recuérdese que hay dos posibles interpretaciones. Conforme a una, las metanormas que definen a la autoridad última son necesariamente reglas extrasistemáticas. Conforme a otra, ellas pueden ser normas intrasistemáticas (*i.e.*, las normas de una primera constitución). En ambos casos debe admitirse que las metanormas que identifican a la autoridad suprema nunca son normas legisladas y, si corresponden a un orden jurídico vigente tienen que ser efectivamente aceptadas y practicadas.

(20) Ver HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 146.

autoridad presupone necesariamente la satisfacción de ciertos vínculos establecidos por reglas regulativas. Solo la autoridad justa es autoridad. En esta visión, las normas que imponen estos deberes de justicia —sean procedimentales y/o sustanciales— no son normas derivadas, creadas por la autoridad. Por el contrario, ellas son parte de las condiciones que se deben satisfacer para ser y ejercer autoridad. Integran la metanorma que define a la autoridad. En otras palabras, en esta perspectiva *iusnaturalista* no existe la posibilidad de separar las reglas de justicia a la que la autoridad está sujeta de las reglas que constituyen a la autoridad. La autoridad no solo no puede desembarazarse de estos límites normativos, en realidad, no puede abstenerse de respetarlos porque si lo hiciese, por hipótesis, dejaría de ser una autoridad.

Asimismo, es interesante notar que, si la autoridad decidiese legislar y hacer explícitas las normas de justicia a las que se encuentra sometida, ella solo estaría reproduciendo los deberes que ya la vinculan. Ciertamente, la explicitación de los deberes que la autoridad debe cumplir puede tener altísimo valor fáctico, político o simbólico. Sin embargo el modelo no depende de estas normas legisladas. Y, si la metanorma efectivamente aceptada configura una autoridad *iusnaturalista*, dicha autoridad solo podría derogar formalmente las normas que la limitan. No tendría, en cambio, competencia para eliminarlas del sistema.⁽²¹⁾

En este caso, las metanormas de base prefiguran un tipo de autoridad que, lejos del modelo de “omnipotencia continua”, obedecen a un modelo que podría denominarse de “sujeción continua”. Así como en el paradigma de la autoridad absoluta, la autoridad suprema conserva su omnipotencia en todo momento y no puede limitar a sus sucesoras, en este caso, el modelo instaura una idea de autoridad sujeta a límites permanentes que ninguna autoridad puede remover ni para sí misma ni para sus sucesoras.

7.3. Estado legislativo de derecho

Entre estas dos concepciones extremas podemos identificar dos visiones intermedias. Una de ellas es la que usualmente se asocia al denominado “estado legislativo de derecho”. En este caso, las metanormas de base del orden jurídico (sean ellas concebidas como criterios extrasistemáticos o como normas independientes no escritas) constituyen a la autoridad suprema confiriéndole un poder limitado. Estos límites, constitutivos de la

(21) Ver ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., “Sobre el concepto de orden jurídico”, en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 393/407.

autoridad, establecen distintos tipos de condiciones —procedimentales y/o sustanciales—, ya sea para llegar a ser una autoridad como para el ejercicio de la competencia conferida. En todo caso, aun cuando estas condiciones puedan ser vistas o aceptadas como límites regulativos, el modelo no impone que lo sean. En rigor, cualquiera de estos límites puede ser adecuadamente descrito como una ausencia de un poder. Aun cuando el poder del que dispone esta autoridad es un poder delimitado, ella es totalmente libre de ejercitar el poder del que dispone.

Un sistema jurídico que responda a este modelo probablemente contendrá normas legisladas —por ejemplo, en un texto constitucional— que enuncien explícitamente los límites a los que la competencia de la autoridad está sometida. No obstante, como ya se ha dicho, es importante no confundir estas normas de una constitución formal —creadas por la autoridad suprema dentro de los límites de su competencia— con las normas no escritas que confieren esta competencia y constituyen a la autoridad suprema. Estos dos tipos de normas podrían ser idénticas porque la autoridad suprema podría iterar, en el texto constitucional, el contenido de las normas no escritas. Sin embargo, como hemos visto, la diferencia es crucial. La autoridad suprema puede remover las normas constitucionales legisladas por ella, sin embargo, no puede remover las metanormas que la constituyen. Esto vale para todos los tipos de autoridad: ninguna autoridad tiene a su disposición los límites impuestos por las reglas que le confieren el poder del que dispone. En el modelo de la autoridad absoluta la autoridad puede cancelar cualquier tipo de límite puesto que, en virtud de las reglas que la constituyen, dichos límites dependen de que ella conceptualmente sea una autoridad ilimitada. En este caso, en cambio, en virtud de las reglas no escritas que la constituyen, estamos ante una autoridad que, conceptualmente, tiene una competencia procedimental y sustancialmente delimitada. Un punto importante es el siguiente. Esta autoridad podría no actuar, *i.e.* podría no ejercer su competencia. Sin embargo, si actúa solo puede hacerlo válidamente si respeta las condiciones impuestas por las metanormas que la constituyen. Al igual que en el modelo *iusnaturalista*, si esta autoridad decidiese derogar las formulaciones constitucionales que expresan los límites a los que está sujeta, en rigor, tal derogación —si no es un acto revolucionario que de hecho da lugar a un cambio de modelo— será solo formal. Es decir, ella puede extraer las formulaciones normativas pero carece de competencia para eliminar del sistema las normas que demarcan su competencia.

7.4. Estado constitucional de derecho

El último modelo de autoridad y orden jurídico corresponde al estado constitucional de derecho. En este caso, las metanormas de base del orden jurídico no solo confieren un poder limitado a la autoridad suprema; también confieren derechos a los destinatarios de esta autoridad que, consecuentemente, está sujeta a deberes correlativos. Conforme a estas metanormas, los individuos son titulares de derechos fundamentales. Ello significa, entre otras cosas, que no dependen de la autoridad sino que, por el contrario, imponen restricciones a su comportamiento. Podría decirse que, bajo este paradigma, la autoridad es vista no solo como una posición de poder, *i.e.* un conjunto de competencias y ausencias de competencia. Sino también la autoridad es vista como un haz de posiciones normativas (potestades, inmunidades, privilegios, pero también de incompetencias, sujeciones y deberes) correlativo a otro haz correspondiente a los sujetos a dicha autoridad.⁽²²⁾ En este modelo tener o ser autoridad solo puede ser entendido como una relación entre quienes la detentan y aquellos sobre los que se tiene autoridad. En cualquier caso, de esta relación interesa destacar que todos aquellos límites o condiciones a los que está sujeta la autoridad —en la medida en que correspondan a derechos fundamentales de los individuos sujetos a ella— tienen que ser entendidos, no solo como una ausencia de competencia, sino también como el contenido de un deber.

En la perspectiva del estado constitucional, como en cualquier otra, la autoridad no puede despojarse de los límites y/o características que la definen porque, si lo hiciese, dejaría de ser una autoridad conforme a ese paradigma. Lo peculiar de este tipo de autoridad es que, entre sus características definitorias, no figura solo el hecho de estar limitada con respecto a la forma o al contenido de su actividad legislativa. Esta autoridad también está sujeta a la obligación o a la prohibición de llevar a cabo esta actividad, *i.e.* dictar normas; concretamente lo está en todos aquellos casos en que así lo exijan los derechos de sus destinatarios.

Ciertamente, lo dicho no significa que la autoridad necesariamente respete los límites marcados por derechos fundamentales de los individuos. Significa que el deber de respetarlos forma parte del concepto de autori-

(22) Las categorías de Hohfeld pueden ser útiles para caracterizar las distintas posiciones normativas correspondientes a los individuos titulares de derechos como las correlativas posiciones en la que se encuentra la autoridad, en este caso. Ver HOHFELD, W. N., *Concetti giurici fondamentali*, Torino, Einaudi, 1969 [1923].

dad bajo este paradigma. Nadie puede presentarse como una autoridad y negar estos vínculos normativos. Si lo hiciese, no se estaría presentando como una autoridad sino como un mero detentor de poder. Esta última característica es importante porque es lo que distingue a este modelo de la concepción *iusnaturalista* de la autoridad. Bajo el estado constitucional de derecho la autoridad no es necesariamente justa. Ser una autoridad no supone el acatamiento sino la aceptación del deber de respetar ciertos derechos de sus destinatarios. A su vez, entre otras razones, estos derechos son fundamentales justamente porque son concebidos como límites indisponibles y constitutivos de toda autoridad, inclusive la suprema. En este paradigma todo ejercicio de autoridad está ligado conceptualmente a la pretensión de estar obrando en cumplimiento de estos deberes/derechos. Este es uno de los rasgos que distingue un acto o ejercicio de autoridad de un acto o ejercicio de un mero poder.

Este último modelo, entonces, requiere distinguir dos tipos de **límites** a los que la autoridad suprema está sujeta. Por un lado, aquellos que identifican **ausencias de competencia** y suponen solo la nulidad de los actos pretendidos por la autoridad. Y, por otro, aquellos que identifican derechos de los individuos —*i.e.* **exigencias regulativas**— que la autoridad acepta pero que bien podría violar sin dejar de actuar como una autoridad competente. Esta distinción, a su vez, requiere necesariamente otra, entre dos tipos de respuesta a las que la acción y/o abstención de la autoridad está sujeta. Por una parte, visto que las acciones legislativas podrían fracasar en el cumplimiento de los límites regulativos cuya aceptación proclaman, las normas por ellas producidas, dentro de los límites de su competencia, si bien son válidas en un sentido, podrían no resultar válidas en un segundo sentido o, inclusive, perder su validez inicial. Al mismo tiempo, por otra parte, en la medida en que las acciones u omisiones de la autoridad constituyan la violación de un deber (correlativo a un derecho fundamental), aunque no esté previsto explícitamente ningún tipo de sanción, dicha violación está conceptualmente asociada al deber de reparar o compensar el daño que ocasiona.⁽²³⁾

(23) No es posible desarrollar con profundidad estas consecuencias. En cualquier caso, es oportuno advertir que la distinción de dos niveles o tipos de invalidez no corresponde a la distinción entre la invalidez por falencias de forma y por falencias sustanciales. Las normas que prevén tanto las condiciones formales como sustanciales pueden configurar ausencias de poder, cuya no-satisfacción conduce solo a la nulidad de un acto. Sin embargo, ellas también pueden identificar derechos, *i.e.* exigencias regulativas, cuya violación, más allá de la pérdida de los efectos jurídicos de actos de la autoridad, da lugar a una responsabilidad frente a los individuos afectados por la violación.

8. La asunción explícita del modelo del estado constitucional de derecho

En este último apartado me limitaré a recapitular algunas consideraciones ya destacadas y referidas a la hipótesis en que un modelo de orden jurídico, en este caso el correspondiente al estado constitucional de derecho, es explícitamente asumido a través de normas legisladas.

Gran parte de los ordenamientos jurídicos contemporáneos se caracterizan por el hecho de adherir expresamente a este último modelo de autoridad. Ellos contienen una norma legislada, considerada *última*, i.e. una constitución formal, en la que prevén expresamente no solo el conjunto de condiciones que han de satisfacerse para ser titular y ejercer el poder supremo, sino que también enuncian un conjunto de deberes —negativos y positivos— que vinculan a dicha autoridad. Es decir, contienen formulaciones normativas explícitas que pretenden identificar tanto los límites de la competencia de la autoridad suprema como las exigencias regulativas a las que ella reconoce estar sometida.

Estos deberes —que, como vimos, son correlativos de derechos fundamentales de los individuos sujetos a la autoridad— están protegidos de modo rígido. Es decir, se reconocen, o bien como modificables mediante procedimientos agravados respecto de los aplicables a la legislación ordinaria, o bien como totalmente indisponibles por parte de la autoridad. El reconocimiento expreso de que los límites constitutivos de la autoridad —sino no enteramente indisponibles— pueden ser alterados solo mediante procedimientos muy exigentes, puede ser visto como un indicador de la —al menos parcial— consciencia, por parte de la autoridad, del hecho de que estar sometida a límites constitutivos significa precisamente eso: que ella no puede modificarlos.

La ley constitucional es sin duda un documento de importancia crucial y sus normas, según algunos autores, tendrían la función —que aquí ha sido atribuida a normas no escritas, independientes o extrasistemáticas— de definir a la autoridad suprema. De este modo, la ley constitucional sería una norma última que tornaría innecesario presuponer ulteriores normas que cumplan esta función. En otras palabras, tornaría innecesaria, por ejemplo, la norma fundamental en la que pensó Kelsen o la regla detrás del parlamento de la que hablaba Hart. La Constitución (o, mejor dicho, aquella parte de la Constitución que configura a la autoridad suprema)

establece la regla última de cambio o, en otros términos, las metanormas últimas sobre la producción jurídica.⁽²⁴⁾

Sobre la base del análisis presentado anteriormente debería ser claro el tipo de error en el que incurren estas tesis. Ellas (a) o bien ignoran que si la ley constitucional es válida es porque, de hecho, se presupone alguna norma que confiere competencia para dictarla (norma que no puede ser dictada por la misma autoridad que crea la constitución, si hemos de evitar un círculo vicioso, y no puede, en general, ser legislada, si hemos de evitar un regreso al infinito); (b) o bien se comprometen con una idea auto-contradictoria (además de políticamente controvertida) según la cual las normas constitucionales, que definen a la autoridad suprema, aun cuando son normas legisladas, no son normas ni válidas ni inválidas. Serían normas extrasistemáticas que permiten identificar las normas válidas del sistema.⁽²⁵⁾ Como hemos visto antes, la idea de norma legislada extrasistemática es una contradicción en sus propios términos.

Un argumento adicional que muestra por qué las normas sobre la autoridad última, incluidas en la constitución formal, no pueden ser consideradas el criterio extrasistemático requerido en todo sistema es el siguiente: que la ley constitucional establezca los criterios últimos de validez del sistema es solo contingentemente verdadero y lo es en la medida en que en esta norma legislada se replique correctamente el contenido de los criterios efectivamente aceptados. En otras palabras, el modelo de autoridad o de orden jurídico depende del paradigma efectivamente vigente y no de lo que la autoridad creadora de la ley constitucional declara. Como ya se ha dicho, cualquier intento de formulación lingüística de las metanormas constitutivas de la autoridad suprema dará lugar a una norma válida o inválida en el sistema o a un enunciado descriptivo, verdadero o falso, que enuncia dicho contenido. Que estas normas sean reglas sociales no escritas es un dato que

(24) Como vimos, esta posición puede ser atribuida a R. Guastini. Otro ejemplo puede encontrarse en WALDRON, J., "Who Needs Rules of Recognition?", New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, 2009. [en línea] http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/128

(25) Por ejemplo, según R. Guastini, "el concepto de validez es simplemente inaplicable a las constituciones. Una constitución no es ni válida ni inválida" (la traducción es mía). Ver GUASTINI, R., *op. cit.*, p. 103. La misma idea se repite en GUASTINI, R., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 10. Al respecto cabe poner atención, porque si bien Guastini cita a Caracciolo y usa, entre otras, la expresión "norma independiente" para referirse a la constitución, lo hace atribuyéndole un significado diferente del que propone Caracciolo. Según este autor, las normas independientes son válidas en el sistema, en virtud de criterios extrasistemáticos. Según Guastini las normas "independientes", "supremas" u "originarias" son normas extrasistemáticas, ni válidas ni inválidas.

permanece inalterado, aun cuando las autoridades del sistema intenten reproducir o explicitar su contenido mediante normas legisladas.

La afirmación de que el modelo de estado constitucional de derecho conforma un nuevo paradigma respecto del modelo de estado legislativo de derecho es, en algún sentido, indiscutible. La regla constitutiva de la autoridad es, en este caso, diferente de las reglas constitutivas de los modelos de autoridad precedentes y, para dar cuenta de ella, necesitamos la noción de regla regulativa del comportamiento. Bajo este paradigma las metanormas, que definen a la autoridad suprema, imponen dos tipos de restricciones: aquellas que delimitan el poder que se confiere a la autoridad y aquellas que regulan la actividad productora de normas. Ambos tipos de condiciones son **constitutivas** de la autoridad que definen. La no satisfacción de las primeras da lugar a actos inválidos. El incumplimiento de las segundas comporta además, un daño a los individuos sujetos a la autoridad y los autoriza a requerir algún tipo de reparación. Estas últimas restricciones (basadas en normas que confieren derechos fundamentales) no pueden entenderse como ausencia de un poder jurídico puesto que, no solo delimitan lo que la autoridad puede decidir legislar, sino que también imponen el deber de legislar que, en rigor, es imposible describir como una ausencia de poder jurídico.

El modelo no puede establecer cuál es efectivamente el contenido de estas restricciones a las que la autoridad está sometida (*i.e.* el contenido de los derechos fundamentales) porque es algo que es relativo a cada orden jurídico específico, según cuáles sean las específicas reglas no escritas (extrasistemáticas o independientes) que efectivamente se aceptan en un tiempo y lugar determinados. Es por ello que esta nueva concepción de la autoridad y del derecho puede ser adecuadamente explicada mediante una teoría jurídica de corte positivista. Es decir, una teoría conforme a la cual todo derecho es producto del comportamiento humano. Una teoría de este tipo permite mostrar que este nuevo tipo de orden jurídico (esta nueva "realidad institucional"), como todos los restantes tipos, se apoya en una regla social constitutiva, que es la que determina su identidad.

Advertir que la regla constitutiva de base es de tipo consuetudinario permite explicar la indisponibilidad de su contenido por parte de la autoridad constituida, aquello que algunos autores denominan "la esfera de lo indecidible".⁽²⁶⁾ Efectivamente, el contenido de dichas reglas, como el de

(26) Ver FERRAJOLI, L., "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", en *Doxa* 34, 2011, pp. 15/53.

toda regla consuetudinaria, puede cambiar solo de modo no deliberado, es decir, no puede ser objeto de una decisión intencional.⁽²⁷⁾

Asimismo, poniendo el acento en la contracara de los deberes que vinculan a toda autoridad, es interesante advertir que el modelo correspondiente al estado constitucional de derecho podría presentarse de un modo alternativo. En este caso cabría afirmar que, conforme a la regla constitutiva de este paradigma, los individuos son definidos como necesariamente unidos a ciertos derechos (poderes, pretensiones, inmunidades, privilegios) que, por tal motivo, son irrenunciables. El análisis de esta idea permitiría dar cuenta de otra característica estructural de los sistemas jurídicos contemporáneos y que es típica de los sistemas estáticos. Me refiero al principio según el cual a estos sistemas pertenecen no solo las normas dictadas por una autoridad competente sino también aquellas cuyo contenido puede derivarse directamente de los derechos fundamentales previstos por la regla de base, sin necesidad de la intervención de una autoridad. Muchos autores entienden que este principio de derivación directa está dado exclusivamente por un criterio de deducibilidad. Sin embargo, en muchos casos también se aceptan como criterio de pertenencia la abducción, la especificación y otros tipos de inferencias materiales. Este no es el contexto en el que se puedan analizar en profundidad estas propuestas.

Otra idea que la caracterización presentada permite explicar con claridad es que los derechos fundamentales —si efectivamente son derechos que limitan a toda autoridad jurídica, comprendida la autoridad suprema— no pueden ser —o al menos no pueden ser solo— el contenido de normas legisladas, aun cuando ellas estén protegidas y garantizadas mediante procesos especiales de reforma y de control. Estos derechos/deberes fundamentales son, ante todo, el contenido de reglas no escritas que no han sido creadas por ninguna autoridad y tampoco pueden ser modificadas por ellas. El acto de introducir derechos/deberes en una constitución tratando de sustraerlos al cambio por parte de las autoridades del sistema puede verse como un intento, más o menos eficaz, de incidir en el proceso causal que conduce a la preservación de las reglas constitutivas de base que los imponen. Si estos límites normativos (los derechos fundamentales) fuesen solo el contenido de normas legisladas, creadas deliberadamente por una

(27) Respecto de aquello que no podemos hacer intencionalmente, ver WILLIAMS, B., "Deciding to Believe", en *Problems of the Self. Philosophical Papers* (1956-1972), Cambridge, Cambridge University Press, 1973, pp. 136/151.

autoridad, no constituirían límites a esta autoridad sino que, por el contrario —y al igual que en el modelo de estado legislativo de derecho—, dependerían de ella. Este representa uno de los argumentos fundamentales para mostrar que la mera presencia de textos constitucionales rígidos y garantizados no cambia en absoluto el clásico paradigma conforme al cual el derecho es la voluntad de un legislador dotado de un poder soberano, jurídicamente no sujeto a restricciones regulativas. Sin embargo, este es justamente el argumento que cae por tierra cuando se advierte que el modelo de estado constitucional de derecho (como cualquier otro modelo de orden jurídico) depende de las metanormas de base que lo definen y no de lo que digan las leyes, ni siquiera de lo que diga la llamada ley fundamental. Consecuentemente, la efectiva vigencia de un orden de este tipo dependerá de que dichas metanormas sean efectivamente aceptadas y practicadas.

En términos diferentes, aun cuando la propia regla constitutiva de base habilite a ciertas autoridades a decidir —dentro de ciertos márgenes— cuál es el contenido de los derechos/deberes que la limitan; la afirmación, según la cual la autoridad está sujeta a ciertos deberes y los individuos son titulares de ciertos derechos, es verdadera, no en virtud de las decisiones de esas autoridades, sino en virtud de la regla consuetudinaria-constitutiva que está en la base del ordenamiento. Esta, como toda regla consuetudinaria, puede permanecer estable, modificarse parcialmente o dejar de existir. Y los individuos, mediante acciones voluntarias —individuales y colectivas— son los principales responsables de esos resultados. Sin embargo, como vimos, es conceptualmente incoherente sostener que tales resultados sean fruto de una acción intencional directa: una regla consuetudinaria no se mantiene, ni se modifica, ni se extingue mediante actos intencionales dirigidos a hacerlo.

Lo que por cierto sí pueden hacer intencionalmente las autoridades es modificar o eliminar las cartas constitucionales o las leyes ordinarias que receptan el modelo de autoridad y orden jurídico. En este caso, las posibilidades son dos. Si la regla que define al modelo de estado constitucional está efectivamente en vigor, la eliminación completa de las normas legisladas que establecen los derechos/deberes asociados a todo individuo/autoridad, respectivamente, si bien es empíricamente posible, sería una violación de la regla social vigente y, como tal, una acción ilegítima o injustificada. La alternativa es que las autoridades, al desembarazarse de esos límites, solo estén haciendo explícito un cambio de paradigma

y que, efectivamente, estemos ante un modelo de autoridad y orden jurídico diferente. Esto obviamente presupone que se haya modificado la regla social que está en la base del orden.

La presencia de constituciones formales, aunque no sea necesaria, es claramente típica o paradigmática en los Estados que corresponden a este modelo. En tal sentido, una característica distintiva de este tipo de orden jurídico es el hecho que la autoridad reconoce explícitamente su carácter constituido y normativamente limitado. Puede decirse que **ser autoridad**, bajo este paradigma, es una propiedad normativa en dos sentidos diferentes. En un primer sentido porque tiene origen en una norma que la confiere. La advertencia de que “ser una autoridad” es una propiedad no-natural, conferida por una regla, no es un rasgo distintivo de este modelo de orden jurídico. Sin embargo, sí lo es la advertencia de que, en cualquier caso, el contenido de esta regla que confiere el poder no está a disposición de la autoridad constituida por ella. En un segundo sentido ser una autoridad es una propiedad normativa porque, en este caso, está constitutivamente condicionada a la aceptación de específicas reglas regulativas. Concretamente, la aceptación de un conjunto de prescripciones respecto de lo que ella puede, debe o le está prohibido hacer. Esta sujeción a deberes negativos y positivos es parte de lo que significa, bajo este modelo, ser una autoridad y es una característica novedosa con relación a los modelos precedentes. Por este motivo, en este paradigma, la idea de una autoridad con poder soberano carece de sentido, es un concepto en sí mismo auto-contradictorio que cabría abandonar o reinterpretar de un modo radicalmente diferente.⁽²⁸⁾

Un rasgo efectivamente novedoso del modelo de orden jurídico constitucionalista es justamente el que la autoridad suprema acepta y se auto-concibe como una autoridad limitada por normas que la preceden y no dependen de ella. En modo exagerado puede decirse que el modelo constitucionalista supone una especie de judicialización de la autoridad suprema. Un juez crea normas individuales, *i.e.* dicta sentencias. Pero, a la vez, también interpreta e identifica las normas generales a las que se presupone vinculado y que justifican las normas individuales que emana. Del mismo modo, también las autoridades supremas —en el modelo constitucionalista— desempeñan estas dos funciones. En primer lugar,

(28) Ver FERRAJOLI, L., *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 854.

crean normas dirigidas a los individuos sujetos a su autoridad pero, al mismo tiempo, hacen explícitas e interpretan las normas a las que se presuponen vinculadas y en virtud de las cuales tienen autoridad. Esta característica explica por qué, cuando esta autoridad crea la ley constitucional e identifica los derechos/deberes fundamentales que la vinculan, se ve a sí misma como reconociendo límites que ya tiene y no creando derechos/deberes *ex nihilo*.



La globalización y la cultura

ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL⁽¹⁾



*“... Ha soñado el mar y la lágrima./ Ha soñado el cristal./
Ha soñado que Alguien lo sueña”.*
Jorge Luis Borges, “Alguien sueña”, 1985

Palabras clave: globalización; posmodernidad; cultura; identidad.

La globalización y la posmodernidad son dos conceptos que se han incorporado a nuestro lenguaje con un énfasis especial a partir de la caída del Muro de Berlín, con una muy rica expresión de matices.

Particularmente, la globalización, que algunos titulan mundialización y los más volubles prefieren mentarla como un fenómeno planetario o cosmopolita, tiene una fuerte dimensión internacional, algunas especializaciones y también hasta diferentes cunas de nacimiento.

Lo que pareciera evidente es que hay una globalización que compromete la economía y las finanzas de los países occidentales, que se ha trasladado a los mercados de la mano del neoliberalismo y que paso a paso ha ido inficionando el virtual escenario político.

Hay también una incipiente globalización en el desarrollo de las organizaciones no gubernamentales preocupadas en la salvaguarda del medio

(1) Profesor de Enseñanza Medida en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias de la Educación, UNL. Profesor titular en Filosofía del Derecho y en Introducción al Derecho, en la Universidad Nacional de Rosario (UNR) y en la UNL.

ambiente, que son los espacios, tal vez, más universales y, por ende, los menos nacionalistas.

Hay otra globalización que tiene que ver con lo que podríamos llamar la estatura más entrañable de las personas, que se refiere a su entidad, a su sensibilidad, que se relaciona con su espíritu, con su libertad y con la igualdad que nos reclamamos los unos a los otros y que se propone la necesidad de reestructurar el propio sistema de valores que ha construido nuestra civilización.

Esta última, como era de suponer, aunque se insinúa vigorosamente desde las páginas más nobles de la filosofía helénica, en las ideas de Aristóteles, persigue mejorar al ser humano en el conocimiento de la ciencia y en la práctica de la virtud, acentuando el rol ético de los atributos más puros de la condición humana, que es el que más cuesta universalizar.

La globalización tiene algunas especializaciones como las que hemos querido ejemplarizar hasta aquí y también diferentes cunas que parecieran haberse plasmado en Europa, concibiendo un modelo que amalgama la contribución creativa del Derecho y del Estado con un alto contenido de moralidad en sus estructuras. Ese prototipo se enfrenta al capitalismo individualista y competitivo que propone la economía norteamericana y a su vez se enfrenta a las tradiciones más honorables que soplan desde algunos países orientales.

Todos estos aparentes paradigmas se ejercen a través de cerrados tejidos y redes transnacionales, que se mueven obedeciendo decisiones que provienen de los centros del más genuino poder económico manejado por las más poderosas potencias mundiales.

Uno de los más recientes informes sobre el desarrollo humano, producido por la Organización de las Naciones Unidas —por lo menos, en la no muy actualizada agenda de mis conocimientos económico-globales— nos hace saber que si lográsemos convencer a los aproximadamente cuatrocientos multimillonarios globales del planeta, cuyos patrimonios serían equivalentes a los ingresos de aproximadamente el 45% del total de la población mundial, para que los cedieran, automáticamente dejarían de haber pobres, aunque cada uno de esos millonarios conservara un capital de cinco millones de dólares —lo que los mantendría en su condición de multimillonarios— y que, así sugerido, resolvería uno de los sueños más acariciados de la Humanidad, dando sentido a la breve cita del copete del

increíble poeta mayor de la lengua castellana, Jorge Luis Borges, que se constituye en el pensamiento cimero de estas palabras inaugurales.

La globalización que ha conquistado esa denominación parece ser menos sincera que opresión o dominación y se ha caracterizado como muy vinculada a la moneda o, por lo menos, el dinero ha sido casi siempre el carburante que la ha congregado.

Y como, por otra parte, la guerra ha sido el instrumento que la sociedad ha utilizado casi siempre para movilizar la riqueza, beneficiarse con la conquista de nuevos mercados y tomar posesión de recursos ajenos, la globalización es la excusa que la sociedad posmoderna ha puesto en movimiento para hacer respirar los capitales a través de la conquista de la paz, ya que la guerra hoy es mucho menos aceptada que la armonía.

El costo de la guerra se ha agravado seriamente en términos de dolor y de sacrificio, tanto desde el espacio de lo político como desde lo económico y entonces el pacifismo y la neutralidad se nos presentan como soluciones enormemente más prácticas que las invasiones militares o el envío de misiles desde naves estacionadas en los mares adyacentes a los objetivos que se persiguen.

Hasta hace muy poco tiempo, el único modo de activar el dinero, o por lo menos uno de los recursos del que más ha echado mano el mundo de nuestro tiempo, han sido los conflictos bélicos. Sin embargo, últimamente el mundo occidental se ha propuesto representar a los campeones de la libertad y ha descubierto que es posible conquistar a los países comunistas comprándolos, recurso que ha sido tanto más beneficioso en términos económicos y también sociopolíticos que lanzar misiles con narices atómicas y a veces todavía mejor que recurrir al uso de armas químicas.

Globalización es la denominación con la que introducimos conceptos como dominación o absolutismo, o modernidad contemporánea y cuando a todas esas actitudes pretendemos aglutinarlas, las pensamos como la aventura de una época o la épica de una circunstancia.

Especialmente cuando asumimos que estamos transitando una supuesta posmodernidad, aun cuando todavía no estamos seguros de haber llegado a ser siquiera modernos.

El primer rasgo que anotamos para caracterizar la posmodernidad es el conflicto que se plantea entre los poderes instituidos en las naciones políticamente organizadas, la crisis de legitimidad de los gobiernos en el

mundo actual y, correlativamente, la inusitada fuerza que han adquirido las llamadas organizaciones no gubernamentales.

La globalización se nos aparece como un panorama imaginario del desenvolvimiento de una idea que tiene como protagonista al dinero, que está en posesión de los grandes capitales internacionales y que incluye también los ahorros de todas las gentes que pretenden todavía incorporarse a la muchedumbre de esas minúsculas microactividades económicas que se desenvuelven en el crepúsculo de los tiempos, sin saber a ciencia cierta para quienes trabajan y empeñan sus esfuerzos.

En cuanto a la crisis de legitimidad de los gobiernos como un índice elocuente de este perfil de la globalización, nos sería suficiente como ejemplo solo mencionar que el expresidente de los Estados Unidos de Norteamérica, George W. Bush, asumió su cargo en comicios que todavía muchos estadounidenses consideran que fueron elecciones malversadas. Y si miramos en derredor, muy cerca de nosotros y olvidándonos de nuestros propios problemas, basta pasar la vista por México, Ecuador, Perú, Bolivia y Venezuela, por nombrar solo algunos de nuestros vecinos más próximos, en los que la crisis de legitimidad es, por lo menos, frecuentemente denunciada.

Por otro lado, estamos siendo testigos del crecimiento del poder de organizaciones no gubernamentales, que no sabemos siempre a qué intereses responden y quiénes realmente han elegido a los que las representan.

Existe también —y es bueno poner aquí un cierto énfasis— lo que podríamos llamar una globalización nítida, nimbada de pureza, y otra tenebrosa que produce estragos que nos amenazan.

Ejemplarizando la primera, no dudaríamos en proponer el efecto sorprendente ocurrido en la intimidad de la Iglesia Católica desde el advenimiento mismo de la asunción del Papa Francisco, produciendo un cambio notable entre los mil millones de católicos de todo el mundo, desafiando la burocracia vaticana, plagada de inercias y de intrigas palaciegas y aun cuando difícilmente pueda modificar la milenaria estructura de la Iglesia no sería improbable que inaugure un nuevo estilo a su gobierno episcopal.

Si intentáramos ilustrar la segunda, no dudaríamos en sugerir el catastrófico deterioro padecido por la vida social como consecuencia directa de los efectos del obrar de las bandas mafiosas en la producción y co-

mercantilización de todo tipo de drogas y estupefacientes que seducen a nuestros jóvenes en ese lucrativo tráfico que infecta todos nuestros espacios.

Desde la dialéctica platónica hasta las enseñanzas intuicionistas de Bergson y las inefables propuestas de "conjeturas y refutaciones"⁽²⁾ en Karl Popper hemos aprendido que, mientras el diálogo sea el modo de expresión científico filosófico que responde a un modo de pensar no dogmático, se podrá mantener un equilibrio deseable.

La neutralidad moral en el mundo de hoy es casi impensable y quien la sostenga, en realidad, se miente a sí mismo. La modernidad de la Ilustración era una modernidad "sólida", "pesada". En la actualidad, lo que se viene fluidificando es la noción de orden y sus derivados.

La eternidad es, evidentemente, la gran marginada de este proceso. El término individuo apareció en la conciencia social de nuestro mundo occidental en el siglo XVII en el inicio de la modernidad y hacía referencia al hecho de que, si dividimos el conjunto de la población humana en partes constitutivas cada vez más pequeñas (naciones, regiones, provincias, ciudades, pueblos, aldeas), nos resultará imposible ir más allá de cada persona considerada separadamente.

Esto produce como consecuencia inevitable que el libre albedrío, es decir, lo que llamamos la práctica de la libertad de elección de nuestro destino está, la mayoría de las veces, fuera del alcance de muchos hombres y mujeres. Cada uno de los miembros de esa sociedad individualizada encuentra obstáculos en su camino hacia la individualidad de hecho. Entiéndase bien, entonces, que no es lo mismo la individualidad de derecho que la individualidad de hecho. Esta última no es fácil de alcanzar y muchos menos de conservar.

Lo mártires son personas que actúan contra abrumadoras probabilidades adversas, no solo en el sentido de que su muerte está casi siempre anticipada, sino porque es muy poco probable que su sacrificio final sea apreciado y obtenga el respeto que casi siempre se merecieron.

Los evangelios son un irrefragable testimonio de lo expuesto: todos los testigos de la crucifixión se comportaron como una cuadrilla de fieras. La

(2) POPPER, KARL, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, 4ª reimpr., Barcelona, Paidós, 1994.

furia de la multitud fue contagiosa y casi nadie fue inmune a ella ya que en medio del revuelo todos se unieron a la jauría. Puede que alguno como Pedro o quizá como Pilatos se pueda haber desentendido de la muchedumbre, pero no hicieron absolutamente nada por atemperarla y mucho menos por oponerse a ella.

Relacionando a esta altura de nuestra exposición los dos términos que se amalgaman en este papel, recordamos que en alguna oportunidad cuando los hemos vinculado, dijimos que la relación entre naturaleza y **cultura** se podía relacionar a la que tanto se ha elaborado entre derecho natural y derecho positivo. Entendíamos, desde ese escorzo, que naturaleza era lo que el hombre recibía y cultura lo que sobre ella el mismo hombre construía.

Cultura venía a significar el modo en el que un tipo de conducta normativamente regulada difería de otros modelos gestionados de manera diferente. Así, el término cultura se introdujo en el vocabulario como una actividad deliberada dentro de la familia de vocablos que como crianza o cultivación denotaban la idea de mejora. Lo que el agricultor hace con la simiente es lo que los seres humanos hacemos con nosotros mismos; no nacemos sino que nos hacemos. Nacidos, teníamos que convertirnos en humanos y mientras nos hacíamos personas, teníamos que ser guiados por otras personas, educadas, formadas en el arte de instruir, de formar a seres humanos.

En la esencia misma de ese concepto de cultura se muestra implícitamente, una relación social desigual, asimétrica, una división entre los conoedores y los ignorantes entre los refinados y los primitivos y como no podía ser de otro modo, el panorama que percibe quien ve la relación desde el lado de los ignorantes, tiende a ver el escenario como una represión injustificada y fuera de lugar, ilegítima e injusta.

Una de las más notables pensadoras de nuestro tiempo, Hannah Arendt, nos ha hablado de "tiempos de oscuridad", revelándonos la diferencia entre lo público y lo privado y el énfasis que se le da o se le quiere dar a lo privado en detrimento de lo público.

La lógica de la responsabilidad planetaria no se puede enseñar. O se asume o el Apocalipsis, será definitivo.

Estamos en desacuerdo con el "masomenismo" de la posmodernidad y no creemos en el fin de la Historia o en la decidida posibilidad de cambiarla.

Pocas veces hemos estado más convencidos del enorme valor e importancia de esta actitud, particularmente frente al avance de una sociedad fuertemente individualizada en la que los seres humanos estamos condenados a una existencia fragmentada.

Llegamos al fin de estas reflexiones. Cultura e identidad han sido los conceptos alrededor de los cuales se desenvuelven las ideas del mundo contemporáneo.

En definitiva, vivir —que es siempre la aventura más riesgosa pero irremplazable—, supone aceptar la responsabilidad hacia el otro, su dignidad, su dolor, su hambre y su derecho a ser lo que cada uno ha elegido y ha decidido ser (siempre conscientes del estrechísimo ámbito en que se desenvuelve ese sintagma del *homo eligen*s). Esto es lo que nos convierte en personas y hace nuestra vida digna de ser vivida, comprendiendo que el amor y la alegría que implica no es algo que se encuentra y que alguien nos brinda sino, hasta cierto punto, lo que se construye todos los días, en un cotidiano esfuerzo que comienza todas las mañanas y renace al rayar el alba.



La violencia de género es una cuestión social

Debate sobre los derechos y la ciudadanía de las mujeres

ANA ESTHER KOLDORF⁽¹⁾



Palabras clave: violencia de género; poder; igualdad; derechos humanos; mujeres.

1. Introducción

La violencia de género es un tema complejo y delicado, difícil de abordar, no solo porque nos introducimos en el análisis de problemáticas históricas, profundas en el tiempo, sino porque debemos indagar en las relaciones entre varones y mujeres.

En 1997, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en su "Informe sobre desarrollo humano", exponía: "Ninguna sociedad trata a sus mujeres tan bien como a sus hombres",⁽²⁾ y al plantear esto no se estaba pronunciando sobre la anormalidad o la excepcionalidad de los hombres violentos sino, muy por el contrario, hablaba de la rutina, de la costumbre, de la moral y de la normalidad.

(1) Investigadora en Universidad Nacional de Rosario (UNR).

(2) PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), "Informe sobre desarrollo humano (1997)", Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 2004.

En referencia a esto, hace unos años leí un libro de Miguel Lorente Acosta, un médico español que, en el consultorio del hospital donde trabajaba, había atendido en varias ocasiones a una señora con diferentes lesiones; en una de sus consultas, él le dijo: "... no puede ser que te caigas tan seguido o te golpees contra las puertas o ventanas tantas veces, eres una persona adulta y nada necia, tú me tienes que contar, porque es evidente que tu marido te pega", a lo que ella le contestó: "Sí, Doctor, pero me pega lo normal". Ese es, justamente, el título del libro escrito por Lorente Acosta: *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer, realidades y mitos.*⁽³⁾

En ese sentido, ¿de qué hablamos cuando lo que debería ser anormal entre dos seres que dicen amarse, es decir la construcción de las relaciones entre ellos sobre estructuras violentas, se convierte en normal? Nos encontramos aquí ante dos posibilidades: por un lado, la violencia contra las mujeres se ha convertido en una anomalía tan generalizada, tan "natural", que no produce reacción, choque o dolor de la conciencia por esta aceptación y, por el otro, hay una intencionalidad por ocultar, disfrazar y presentar como normal lo que no lo es.

Que este tipo de relaciones se haya naturalizado nos demuestra que la violencia contra las mujeres no es un hecho reciente, ni se trata de sucesos aislados, sino que ha estado presente en el desarrollo histórico y en diferentes sociedades y, como hasta ahora, ha sido justificada, ocultada y considerada como algo que encuadraba dentro de la normalidad.

La naturalización y/o normalización del lugar que las mujeres "deben" ocupar en la estructura social está avalado por la asignación histórica dada a estas, es decir: el espacio privado, el del hogar, la maternidad y la crianza de los hijos, la responsabilidad de mantener la cohesión familiar y la atención de las necesidades cotidianas de todos los miembros de la familia —hombres, niños, niñas, ancianos/as—. Este es el lugar de la reproducción social, de la producción de sujetos. De los hombres, en cambio, se espera que ocupen el espacio de lo público, el mundo del trabajo, el estudio y que sostengan económicamente a la familia. Este mundo de lo masculino, que incluye la política, la ciencia, la tecnología, el espacio de la producción social de objetos —mercancías— tiene mayor valor social que el mundo femenino. Hay, por lo tanto, inequidad en la distribución y asignación de los recursos tanto

(3) LORENTE ACOSTA, MIGUEL, *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer, realidades y mitos*, Barcelona, Editorial Crítica, 2001.

en lo social como en la esfera del hogar —es decir, relaciones jerárquicas— y cuando hay desigualdad hay ejercicio del poder y, por lo tanto, violencia.

Para comprender cómo se inscriben y normativizan la femineidad y la masculinidad es necesario analizar los mecanismos que la cultura utiliza para producir y reproducir esta diferencia, como también las mediaciones psíquicas intervinientes en la constitución del sujeto. Existe en la cultura una operación básica de oposición entre lo femenino y lo masculino, división que atraviesa todas las actividades de la vida cotidiana y estructura la percepción y la organización de toda la vida social, tanto a nivel de lo concreto como de lo simbólico. La primacía del orden masculino está tan naturalizada que se impone como auto-evidente. La relación dominante/dominado se inscribe en los cuerpos y en las subjetividades como natural.

El grado de naturalización de la relación dominante/dominado y el maltrato derivado de la misma se evidencia en que, a pesar de la existencia de datos, estos suelen ser imprecisos, parciales, dudosos por el tipo de realidad que indagan; se cuenta con estadísticas mundiales y nacionales de la violencia de género, conocemos los tipos, las modalidades —en nuestra ley 26.485 están ambos especificados—, pero sabemos también de la imposibilidad de confiar totalmente en los números cuando el escenario es, la mayoría de las veces, el ambiente doméstico, y de las dificultades para denunciar, procesar y punir en estos casos.

Por lo tanto, nos parece necesario reflexionar sobre esta cuestión porque atraviesa todos los sectores sociales y está inserta en el proceso histórico y, además, se nos revela en sociedades diversas. La violación de los derechos de las mujeres y la violencia de género, como ya lo dijimos, no son problemas nuevos; suponen conductas que hasta hace poco eran socialmente aceptadas y, en muchos casos, poco conocidas por pertenecer al ámbito de la vida privada. Bajo el concepto “violencia de género” se consideran delitos: la violencia sexual, física y psicológica, el incesto, el asedio sexual en el trabajo y en las instituciones de educación, la violencia mediática, la violencia sexual contra mujeres detenidas o presas, el tráfico de mujeres y la violencia intrafamiliar.

La figura penal de femicidio (ley 26.791) —homicidio o asesinato de la mujer por el simple hecho de pertenecer al sexo femenino— sancionada el 14 de noviembre de 2012 por la Cámara de Diputados, tanto como los abordajes existentes sobre la violencia hacia las mujeres son útiles y convenientes para enumerar y describir sus distintas manifestaciones. Reconocer su existencia

revela la diferente distribución del poder, sobre la que se basa la desigualdad y la subordinación social de las mujeres y favorece que estas se transformen en las destinatarias de distintas violencias estructurales y coyunturales; el reconocimiento de la violencia de género permite organizar conocimientos y prácticas sociales para comprender, apoyar y evitar la exclusión psicológica y social de las mujeres.

El uso de la expresión “violencia de género” es tan reciente como el propio reconocimiento de la realidad del maltrato a las mujeres. Lo reconoce el Parlamento Europeo en su resolución de 1997 cuando declara, en uno de sus considerandos, que las mujeres que son objeto de una violencia continua “terminan padeciendo un estado de dependencia y son incapaces de reaccionar frente al problema”.⁽⁴⁾ Es decir que una mujer que ha sufrido violencia crónica, de forma permanente en su cotidianeidad, es probable que presente una subjetividad atomizada, destrucción de su autonomía, negación de la evidencia de la percepción propia, terror ante la posibilidad de ser dañada o asesinada ella o sus hijos/as. **Porque las mujeres no somos vulnerables sino que somos vulneradas.**

Cientos de miles de mujeres mueren cada año a causa de este tipo de violencia. La Organización Panamericana de la Salud, en el Informe de 2003 declara que, hasta ese momento, llegaban a 800 mil las víctimas por esa causa, en tanto que la OMS, en su Informe del 20 de junio de 2013, llamado “Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer: prevalencia y efectos de la violencia conyugal y de la violencia sexual no conyugal en la salud” —elaborado en Ginebra y realizado en colaboración con la Escuela de Higiene y Medicina Tropical de Londres y el Consejo de Investigación Médica de Sudáfrica—, revela que la violencia de pareja es el tipo más común de violencia contra la mujer, ya que afecta al 30% de las mujeres en todo el mundo, y plantea que cerca del 35% de todas las mujeres experimentarán hechos de violencia de género, ya sea en la pareja o fuera de ella en algún momento de sus vidas. En agosto de 2012, en todos los diarios de nuestro país se publicó una noticia que expresaba que, según un relevamiento del Observatorio de Femicidios en la Argentina —coordinado por La Casa del Encuentro—, en el primer semestre de ese año hubo 119 homicidios de mujeres por violencia de género; mujeres que, al menos en 16 casos, habían llegado a hacer denuncias. Por estas

(4) PARLAMENTO EUROPEO, “Resolución sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres”, *Diario Oficial* N° C 304, 06/10/1997, p. 0055, considerando T.

mueres, 161 hijas e hijos perdieron a su madre. A pesar de la magnitud de las cifras, todavía se desconoce el real alcance del problema. La necesidad de contar con información fidedigna sobre esta violencia cotidiana se enfrenta con dificultades para obtener datos consistentes.

Obviamente, la violencia cotidiana tiene consecuencias que pueden ser graves para la salud física y psíquica de las personas, como para las estructuras familiares. Sus secuelas, sin embargo, sobrepasan ese ámbito al incidir en la forma de vida y las actividades que muchas mujeres pueden desarrollar y que dejan de hacer por temor: abandonan el trabajo y se recluyen en sus casas; no participan en cultura, en política, en organizaciones sociales o de recreo y reducen sus oportunidades educativas. La combinación entre la violencia real, su percepción y la respuesta psicológica del miedo llevan a la autocensura y a la reducción de la autonomía, lo que necesariamente significa una disminución en el bienestar y en la calidad de vida de las mujeres.

2. Testimonios

Los testimonios que voy a presentar surgen de una investigación cualitativa sobre el uso de los espacios de la ciudad y el tránsito por ella por parte de las mujeres de los diferentes barrios, llevada a cabo en el año 2004 con las Redes de Mujeres de los Distritos de nuestra ciudad,⁽⁵⁾ entre los equipos de trabajo del Área de la Mujer de la Municipalidad de Rosario y los del Centro de Intercambio y Servicios para el Cono Sur Argentina —CISCSA (ligado a ONU Mujeres)— en los que se trabajó mancomunadamente:

... vi venir el auto, disminuyó la marcha y uno de los tipo se asomó, abrió la puerta y me empezó a hablar, me apuré y me metí en la casa de un vecino. Ya me había pasado otras veces, así que me agarró como una fobia, un miedo, ahora agarro un colectivo por 5 o 6 cuadras. Yo pensaba si era como me había vestido, que si la pollera estaba corta o el pantalón muy ajustado, pero hablé con una amiga y me di cuenta que no somos nosotras las que tenemos la culpa...

(5) BLANES, PAOLA y PÉREZ, SOLEDAD, "Ni solas ni silenciadas, en la calle libres y desatadas": construyendo una ciudad sin violencia y más segura para todas y todos. La experiencia organizativa de las mujeres en tres distritos de la ciudad de Rosario, Argentina", en *Construyendo Ciudades seguras. Experiencias de redes de mujeres en América Latina*, Santiago de Chile, Red Mujer y Hábitat de América Latina, 2011.

Una se cuida ahora más. Yo no tomo cualquier calle, sino que elijo las que pienso pueden ser más seguras. Además, camino por el medio de la calle. Y en la tarde, a las 7:00, trato de estar ya en mi casa.

Para no sentir tanto miedo, me junto con otras mujeres que trabajan en mi mismo turno y que viven en mi barrio. Así nos vamos juntas y nos protegemos mutuamente.⁽⁶⁾

Este tipo de violencia tiene, muchas veces, su máxima expresión en el seno de la familia, ese espacio pensado como acogedor, afectivo, de contención de aquellos que llegan cansados de su estadía en el afuera, en el ámbito público, en el mundo del trabajo, el mundo de la lucha cotidiana y que, en lugar de eso, se puede convertir en el peor de los infiernos para los miembros más dependientes, más vulnerables de la unidad familiar. El medio familiar es, muchas veces, propicio al ejercicio de las relaciones de dominio propias de la violencia de género, ya que constituye un espacio privilegiado para el desarrollo de los roles de género más tradicionales, esos que reservan a la mujer los clásicos valores de subjetividad, cuidado y subordinación a la autoridad masculina.

De todas maneras, sabemos que se han producido transformaciones en la relación entre varones y mujeres y que estas modificaciones se han venido forjando históricamente, sobre todo por la resistencia y la lucha de los movimientos de mujeres. Sabemos, igualmente, que el hecho de que muchas mujeres puedan atreverse a denunciar la violencia ejercida sobre ellas es ya un signo de cambio muy importante —o sea, que las mujeres puedan rebelarse—, pero debemos reconocer que solo en los casos extremos la violencia aparece como lo que es. Es decir, que lo que se descubre y aflora públicamente es lo que “está en los límites de la normalidad”, mientras que lo otro, lo que permanece debajo y, en muchos casos ni siquiera asoma al exterior, sigue siendo “normal” y esa normalidad debilita las leyes e, incluso, la ética. Ulrich Beck se pregunta: “¿Cómo se convierten, pues, la libertad y la democracia no solo en forma de gobierno, sino también en forma de vida?”.⁽⁷⁾ Al mismo tiempo, plantea que la desigualdad entre hombres y mujeres, en todos los niveles, ha cambiado durante las últimas décadas; es decir, que se han producido cambios memorables,

(6) Distrito Sur Red de Mujeres.

(7) BECK, ULRICH, *Hijos de la Libertad*, España, FCE, 2001, p. 194.

pero que son más bien transformaciones en la conciencia y sobre el papel porque frente a estos cambios se observa una constancia en el comportamiento y las situaciones entre hombres y mujeres. Los hombres, dice, han adquirido una retórica de igualdad, sin que sus palabras se traduzcan en actos.

Otro intelectual varón, en este caso Manuel Castells,⁽⁸⁾ plantea que la conciencia que han ido adquiriendo las mujeres de su rol subordinado y la necesidad de cambiar este tipo de relación se está extendiendo rápidamente por todo el mundo. Que esta es, dice, la revolución más importante porque llega a la raíz de la sociedad y al núcleo de lo que somos. Y es irreversible. Pero, continúa Castells, este proceso no significa que los problemas de discriminación, opresión y maltrato de las mujeres hayan desaparecido o disminuido en intensidad de forma sustancial. De hecho, plantea, aunque se ha ido reduciendo la discriminación legal y el mercado de trabajo muestra tendencias igualadoras a medida que aumenta la educación de las mujeres, la violencia interpersonal y el maltrato psicológico se generalizan debido precisamente a la ira de los hombres, individual y colectiva, por su pérdida de poder.⁽⁹⁾

Por lo tanto, nadie que se precie de una mínima inteligencia y lucidez se atrevería a afirmar hoy, públicamente, que la mujer y el hombre no son iguales, como sí lo proclamaron en tiempos pasados insignes intelectuales.⁽¹⁰⁾ La discriminación por razones de género es, hoy, política y socialmente incorrecta. Sin embargo, las mujeres seguimos, en general, siendo víctimas de maltrato, y muchas se encuentran entrampadas en la vida cotidiana sin poder realizar sus deseos, sus necesidades, sus intereses propios.

Algo falla o no se ha resuelto del todo, y tenemos el convencimiento, como muchas, que lo que queda por resolver no podrá solucionarse echando mano únicamente de reformas jurídicas o de proclamas teóricas.

Porque las mujeres podemos votar, participamos en el mundo laboral, en la vida política, pero nuestros derechos son formales, por la falta de igual-

(8) CASTELLS, MANUEL, "La era de la información: Economía, Sociedad y Cultura", en *El poder de la identidad*, México, Siglo XXI. 1999, vol. II, p. 160.

(9) CASTELLS, *ibid.*

(10) Ver, entre otros, ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *Emilio, o De la educación*, Ricardo Viñas (trad.), 2000, [en línea] www.elaleph.com; MOEBIUS, PAUL JULIUS, *La inferioridad mental de la mujer*, Barcelona, Bruguera, 1982.

dad, por las inequidades que se hacen concretas en el hogar, en las calles, en el mundo del trabajo (menos salario por las mismas capacidades, acoso sexual en el trabajo, etc.). Este desafío de la búsqueda de la igualdad y de la no discriminación no ha sido asumido por todos, aunque está magníficamente proclamado en las muchas y reiteradas declaraciones de derechos fundamentales de los últimos años. Es el reto que tiene pendiente, aún, la democracia.

La violencia de género es, por lo tanto, un asunto de DDHH, de pleno ejercicio de la ciudadanía y por esto es una “cuestión social”; por ello son diversos los actores sociales que deben intervenir. Por un lado el Estado, en todas sus variantes —nacional, provincial, municipal—, que tiene la responsabilidad de cumplir y hacer cumplir las diferentes leyes y normas que se han ido dictando para terminar con este flagelo. Pero, como se ha dicho, con las leyes solamente no se resuelve: se requiere de una política global que, sin dejar de prestar asistencia a quienes denuncien y soliciten atención inmediata, tanto establezca la realización de estudios empíricos que recojan datos reales que sean sistematizados con seriedad y rigor, y permitan determinar los factores de riesgo, los grupos más vulnerables y las políticas específicas que se requieren en distintos contextos geográficos y regionales, como el desarrollo de estudios exploratorios sobre el grado de eficacia de la ley y de los servicios que se prestan.

Ello, porque ninguna ley será efectiva si no se han previsto los mecanismos necesarios para garantizar el acceso a la justicia, como el patrocinio jurídico gratuito y las políticas sociales activas que sostengan a las mujeres durante el proceso iniciado una vez que se han decidido a formular la denuncia pertinente. La violencia de género debe constituir un tema prioritario de la agenda pública y debe constituirse en una “política de Estado”. Para ello se requieren políticas públicas (coordinadas y suficientemente financiadas) a nivel nacional, provincial y local que formen parte de la programación y que tomen en cuenta las características específicas de cada grupo social, del lugar donde viven y de los factores de riesgo que enfrentan.

Desde el Estado se deben crear programas y profundizar y extender los que están en marcha, para sensibilizar a la población en general e, incluso, al interior de su propia estructura, capacitando al personal estatal de todos los niveles y formar cada vez más recursos profesionales especializados en la problemática, a fin de hacer un trabajo de prevención.

Pero todas las mujeres y todos los varones debemos comprometernos para eliminarla. Por ello, la propuesta más efectiva, aunque más lenta y difícil, es ir construyendo relaciones cada vez más democráticas, sin orden jerárquico ni de dominación/subordinación ejercidas mediante el poder en el interior de los hogares, en la familia y en todos los espacios sociales. Este es un trabajoso proceso de cambios de las pautas de convivencia, que implica la revisión de los patrones de desigualdad existentes y el replanteo de la subordinación de género; para ello es necesario la inclusión de todos los integrantes de la familia en una nueva dinámica de construcción de las relaciones, más flexible en la toma de decisiones, y que facilite el reconocimiento de las necesidades y deseos de cada miembro. Se trata de cambios en la estructura familiar y, a través de ella, en la sociedad toda.

Por último, debemos reconocer que lo más importante es desentrañar la violencia de género tal y como es, quitándole todas las capas que la cubren y desvestiéndola de los disfraces que —en forma de mitos, creencias, explicaciones y justificaciones— la han intentado presentar de las maneras más diversas, ocultando o invisibilizando el núcleo del problema; es decir, se ha conseguido que aparezca como algo que puede ocurrir dentro de la normalidad, se lo ha naturalizado sin aceptar que se trata de un "problema social". El resultado resulta muy efectivo, la violencia de género sirve como elemento de control y como mecanismo para perpetuar la desigualdad en todos los sentidos y en cualquier circunstancia, dentro del hogar y fuera, en la vida en sociedad. Por lo tanto, la violencia contra las mujeres es un problema que involucra a toda la sociedad, es una cuestión de defensa de los derechos humanos de las mujeres. Erradicarla requiere ni más ni menos que transformar la cultura, una cultura que considera a la mujer como objeto o como persona moralmente inferior a los varones. Y esto no puede modificarse por decreto, con un golpe de tinta; es dificultoso deponer el universo de los mandatos culturalmente promovidos que conducen, al final, al resultado perverso de la violencia. Ni es por decreto que podemos transformar las formas de desear y de alcanzar una convivencia democrática, sin relaciones jerárquicas y de poder. Aquí, el trabajo de la conciencia es lento pero indispensable. Es necesario removerlo, instigarlo, trabajar por una reforma de las subjetividades y de los afectos.

Quizá desenmascarando esa visión que nos ha perseguido a lo largo de la historia logremos encontrar los elementos suficientes para enfrentar ese

desafío, seguir con el trabajo iniciado y poder, entre todos y todas, buscar los elementos más adecuados para solucionar este problema social, no solo en sus diferentes manifestaciones sino en su centro, en su corazón, global e integralmente. Es necesario replantearnos el orden social establecido sobre estas estructuras de la violencia, porque la violencia cuando se aplica para someter a otros, no puede formar parte de los pilares de la sociedad. Necesitamos trabajar para ir creando nuevas estructuras flexibles y resistentes, basadas en la equidad, en la igualdad de oportunidades y en todo aquello que conlleva respeto, consideración, compromiso, inclusión.



Pluralismo jurídico y principio de igualdad

CARIDAD VELARDE⁽¹⁾



“Las ideas uniformes nacidas en pueblos enteros desconocidos entre sí deben tener un motivo común de verdad”,
Giambattista Vico, *Principios de Ciencia Nueva*, 1744

Palabras clave: Diversidad; multiculturalismo; principio de igualdad.

1. Introducción

El objeto de este trabajo viene preocupando a los estudiosos de las ciencias sociales desde hace decenios y constituye probablemente, la cuestión más importante del cambio de siglo, al menos desde la perspectiva socio-jurídica. La diversidad es la característica fundamental de las sociedades contemporáneas, frente a la homogeneidad (quizá más querida que real) que caracteriza al modelo de Estado-nación, uno de los logrados productos de la modernidad. Ciertamente, la diversidad, en sí misma, no es un problema, pero sin duda se trata de un fenómeno que presenta facetas problemáticas. De ahí que su estudio no pueda reducirse a pura descripción, en sí misma bien interesante, sino que han de aventurarse propuestas de solución.

Es posible que sea común el sabor a *déjà-vu* del discurso de la diversidad. Pero conviene no llamarse a engaño porque la historia no se repite, por más que encontremos similitudes entre épocas; sobre todo, entre

(1) Profesora de la Universidad de Navarra, España.

momentos de cambio de época. En apariencia (pero solo en apariencia) tenemos ante nuestros ojos el mismo giro que contemplaron los testigos de la transición entre Ilustración y Romanticismo: de la exaltación de lo universal, a la de lo particular, lo diferente, lo identitario. Y hay muchos elementos comunes entre ambos momentos. Llevamos ya algún tiempo en el que el protagonismo de lo universal cede el paso a lo plural, al menos en lo que a la concepción de los derechos se refiere. Pero la pregunta que se trata de responder ya no es la misma. Si en el constitucionalismo del s. XIX la cuestión en debate era que el pueblo había de ser el protagonista de su futuro y debía manifestar su voluntad a través de sus representantes, hoy la pregunta es: ¿quién es el pueblo?, ¿existe un “nosotros” que pueda llamar suya a la comunidad política?

Esa pregunta se plantea hoy en todo el mundo, si bien de maneras muy diferentes. Para los alemanes (y quienes estrenaron constitución después de la Segunda Guerra Mundial) la cuestión a la que hay que dar respuesta es a la del cambio constitucional⁽²⁾. La pregunta acerca del poder constituyente⁽³⁾ implica responder al intento de romper con el pasado y sustituirlo con una nueva razonabilidad: en la práctica eso se traduce en una quiebra entre dos modelos que, incurriendo en un claro reduccionismo, son tachados de progresistas o conservadores. Pero también implica, como veremos en seguida, plantear con premisas nuevas la cuestión de la protección de la comunidad frente al cambio que imponen los que vienen de fuera que, de modo generalizado se entiende que deben respetar el modelo que encuentran al llegar.⁽⁴⁾

(2) En el caso alemán, como es sabido, se trata de un tema especialmente relevante debido a su cláusula de inmodificabilidad. De este tema se ocupa E. W. Böckenförde quien insiste en la necesidad de distinguir entre los diversos significados del término “cambio constitucional” y de puntualizar a cuál de ellos se está haciendo referencia. Ver, BÖCKENFÖRDE, ERNST W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, R. de Agapito Serran (trad.), Valencia, Trotta 2000, p. 181 y ss. La versión clásica del problema se encuentra en G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswaanelun. Eine staatsrechtlichpolitische Abhandlung*. Citamos por la versión castellana, JELLINEK, GEORG, *Reforma y mutación de la constitución*, C. Förster y P. Lucas Verdú (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Más interés aún tiene para nosotros su distinción entre formas de representación democrática.

(3) Sobre la discusión ver DE VEGA, PEDRO, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 240 y ss.

(4) El término históricamente utilizado en este caso es el de “tolerancia” y el problema intelectual acuciante, el de sus límites, pero también el del diálogo necesario para poder distinguir con claridad si la propuesta es o no intolerable. Entre otros, es de interés la tesis de MACINTYRE, ALASDAIR, “Tolerancia y bienes del conflicto”, en *Ética y política. Ensayos escogidos*, II, S. Montiel (trad.), Granada, Nuevo Inicio, 2009, p. 327: “Los desacuerdos sobre

En otros lugares, en cambio, se trata más bien de reconocer lo que existía antes de la llegada de los invasores que son, por otra parte, los que todavía hoy ostentan el poder. En realidad, la sensibilidad ante la cuestión indígena, de un modo análogo a lo que sucede con la cuestión de la negritud, hace patente la existencia de un problema antiguo ante el que se ha tardado mucho tiempo en reaccionar.⁽⁵⁾

De modo que el multiculturalismo y el interés que suscita guardan relación con una de las manifestaciones más claras del cambio social operadas en los últimos tiempos, esto es, la transformación de las sociedades occidentales en comunidades compuestas por personas de identidad diversa. Lo que (simplificando mucho) en Europa se asocia básicamente a la inmigración,⁽⁶⁾ en América y en otros lugares guarda relación, sobre todo, con las minorías indígenas. Pero también está vinculada con el hecho de que vivimos en un mundo cada vez más interrelacionado, en el que la política y el derecho internacionales no son más una cuestión solo de Estados sino también de otros agentes como multinacionales, organismos internacionales o comunidades de Estados. De ahí que cada vez se haga notar más la necesidad de establecer un acuerdo de mínimos éticos globales del que participen estos otros agentes.

Digamos que se dan, al mismo tiempo y no por casualidad, dos órdenes de cuestiones: uno (solo en apariencia), estrictamente jurídico y otro, sociológico. O —quizá fuera mejor decir— uno, formal y otro, real. Por una parte, junto con la realidad social, económica y cultural ha cambiado también el marco conceptual en el que se desarrolla la ciencia del derecho.⁽⁷⁾

cuestiones concretas pueden siempre estar enraizados, y a veces resulta que lo están de hecho, en desacuerdos más sistemáticos (...) Los grupos tienen que gestionar el conflicto y a veces lo hacen mal: cuando lo evitan no dando al disidente los medios para expresarse, también cuando se produce una ruptura que impide el consenso. Pero en ocasiones, una de las partes malogra su estatus de participante porque su declaración se ha convertido en intolerable. ¿Cuándo es eso? Lo intolerable es todo aquello cuya tolerancia tendería a frustrar o a impedir el logro de los bienes en conflicto”

(5) Sobre la invisibilidad de la cuestión, especialmente en el ámbito internacional, ver ANAYA, S. JAMES, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005.

(6) Se discute sobre la existencia o no de población indígena en Europa. Habitualmente, el único grupo considerado como tal es el de los lapones en Escandinavia y el norte de Rusia.

(7) En ese cambio de paradigma jurídico se distinguen algunas cuestiones que afectan al conjunto del fenómeno jurídico como es el proceso de constitucionalización y otras que son más bien propias de ámbitos jurídicos concretos: pérdida de liderazgo por parte del derecho civil, reaparición de teorías como la del derecho penal del enemigo, entre otras.

Pero también lo ha hecho nuestra concepción de la vida en sociedad.⁽⁸⁾ Los dos cambios muestran la modificación del concepto y, sobre todo, la realidad del Estado y su relación con la sociedad. Por una parte, difícilmente puede considerarse hoy como la única fuente de derecho. Por otra parte, se pone en cuestión la identificación entre Estado y comunidad política de tal manera que es preciso justificar, en su caso, que la cohesión social sea un bien a mantener. Me parece importante puntualizar esta cuestión puesto que, al hablar de pluralismo jurídico, puede hacerse referencia a cualquiera de las dos cosas que, como ya he dicho, no necesariamente están conectadas en la práctica.

Lo dicho hasta el momento constituye el encuadre de la cuestión de la que nos vamos a ocupar, esto es, del pluralismo jurídico. Un encuadre necesario puesto que, aunque a continuación hablemos de él en términos abstractos, nos interesa distinguir entre el pluralismo que responde a la divergencia de opiniones entre una comunidad política y el que es consecuencia de la diversidad cultural. Concretamente, debemos llegar no solo a la diversidad sobrevenida, como consecuencia de los movimientos de población, sino a la de origen, que se da en comunidades en las que se puede hablar de poblaciones indígenas que no han sido totalmente asimiladas, que no se han identificado absolutamente con el sector gobernante y las directrices establecidas por él. Pero no es posible hablar de esto último sin atender a lo primero. De modo que en las páginas que siguen desarrollaremos tres cuestiones diferentes aunque relacionadas entre sí: el pluralismo normativo, característico de estas primeras décadas del s. XXI, el pluralismo social e ideológico, en que está derivando la presunta uniformidad moderna y, por último y ya específicamente, el pluralismo de las sociedades en las que hay un elemento indígena pujante.

2. Pluralismo normativo

El fenómeno del pluralismo jurídico, como tantos han puesto de manifiesto y nosotros veremos a continuación, no es en absoluto novedoso. Pero no es posible obviar que el Estado-nación se erigió a sí mismo en artífice y unificador del derecho existente, por lo que la reaparición del fenómeno supone un reto intelectual.

(8) El cambio social comenzó a generalizarse como problema intelectual a mediados de los 60; entre las obras más representativas, ver ETZIONI, AMITAI Y ETZIONI-HALEVI, EVA, *Social change: sources, patterns, and consequences*, Nueva York, Basic Books, 1964.

La cuestión ha sido tratada desde diversas perspectivas⁽⁹⁾ pero hoy no cabe eludir su relación con el contexto general de un cambio de paradigma en el fenómeno jurídico. El antiguo *ius gentium* y tantas otras manifestaciones se desarrollan hoy en un contexto jurídico y político novedoso, en una gran transformación que exige responder a quién es el creador del derecho y quiénes son sus garantes. Se trata, en realidad, de una pregunta acerca del concepto mismo de derecho.

2.1. Del viejo pluralismo a la homogeneidad y vuelta

Veamos, en primer lugar, el pluralismo jurídico entendido como pluralidad de fuentes jurídicas.⁽¹⁰⁾ No se trata de un fenómeno nuevo en la historia del derecho. Por el contrario, desde una perspectiva temporal, es más bien el monopolio jurídico el que constituye una anomalía. Paolo Grossi, entre otros muchos, habla del pluralismo jurídico medieval frente a la tendencia a la unificación del poder y a su atribución del monopolio en la creación del derecho, propia de la modernidad.⁽¹¹⁾ La pluralidad social y sus consecuencias jurídicas son claramente visibles en la Edad Media y en buena parte de la Moderna. La diversidad estamental implica la aplicación de normas diferentes a los miembros de cada estamento, al tiempo que la pluralidad de instancias de poder genera diversidad de fuentes de derecho que quedan muy lejos de nuestra idea de un sistema de fuentes organizado y compulsivo. En la baja Edad Media el cambio del panorama socioeconómico condiciona al derecho. La protagonista es la ciudad en la que confluyen los trabajos de los hombres y en la que impera la división del trabajo. La nueva complejidad exige otros protagonistas jurídicos. Y, como al príncipe, el derecho (por lo menos el derecho privado) le resulta relativamente indiferente, ocupan su lugar los juristas y comienza a desarrollarse la ciencia del derecho. Son ellos los que crean un auténtico

(9) Una muestra de esa variedad en la obra colectiva: RUIZ MIGUEL, ALFONSO, *Entre Estado y cosmópolis*, Madrid, Trotta, 2014.

(10) Ver PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Madrid, La Ley 2011, p. 90 y ss.

(11) Lo hace en varias de sus obras, una especialmente interesante es GROSSI, PAOLO, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996. Y en otro lugar utiliza una imagen sugestiva: frente al monarca-juez medieval, el monarca moderno es legislador fundamentalmente, "(...) el periodo protomedieval (...) es el escenario del triunfo del particularismo y de la micro-diversidad". Y en él los protagonistas jurídicos son dos técnicos: el notario y el juez. Muy indicativo porque el notario está para dar fe de lo que hacen los particulares que son los que crean el derecho. Y el juez para hacer cumplir los compromisos asumidos. Ver GROSSI, PAOLO, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, C. Álvarez (trad.), Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 84.

ordenamiento.⁽¹²⁾ Ellos construyeron lo que llamamos *ius commune* que convivió pacíficamente durante siglos con los derechos propios, manifestación del pluralismo jurídico del que venimos hablando.

Juristas, príncipe legislador y complejidad condujeron paradójicamente a una tendencia a la unidad que desembocaría, tras las revoluciones liberales, en la codificación⁽¹³⁾ y, más adelante, en la noción de ordenamiento jurídico con la consiguiente primacía de la ley (que es la única o principal fuente de derecho) y el sometimiento del juez al contenido de la ley, al menos en los países de tradición continental. A ello, la iuspublicística alemana sumaría las bases necesarias para el concepto de ordenamiento jurídico⁽¹⁴⁾ con sus características señas de plenitud y coherencia.

Desde la perspectiva de los individuos la noción de ciudadano sustituye a la de súbdito, una de cuyas principales notas es precisamente que las normas que condicionan las vidas son las mismas para todos. Pero al menos un lugar tan importante como ese lo ocupa el hecho de que su carácter de participante, aún más, de protagonista en el juego de la construcción de la comunidad política. Nos encontramos en una nueva vuelta de tuerca en el argumento del discurso de Constant,⁽¹⁵⁾ que no es, por otra parte, más que una manifestación de esa visión dialéctica tan característica de Occidente.⁽¹⁶⁾ Pero la trascendencia de la participación política de los ciudadanos se ha limitado, en la mayor parte de los casos, a la elección de representantes que ejercen por ellos la función de crear la ley que, a su vez, ha de regir a todos. Las consecuencias son conocidas: es preciso establecer un procedimiento para hacer posible tal cosa y el procedimiento del que

(12) *Ibid.*, p. 87.

(13) Ver CAPPELLINI, PAOLO, "Codici", en FIORAVANTI, MAURIZIO, *Lo Stato moderno in Europa*, Roma-Bari, Edizioni Laterza, 2002, p. 102 y ss. En el caso español, hay que hacer notar que la codificación ha convivido con la subsistencia de derechos históricos, desde mucho tiempo antes del advenimiento de la Constitución de 1948 y el advenimiento de las autonomías. Desde el punto de vista histórico, ver GARCÍA PÉREZ, RAFAEL D., *Antes leyes que reyes. Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)*, Milán, Giuffrè, 2008, p. 2 y ss. Acerca de la tendencia a la nacionalización de los derechos, ver LESAFFER, RANDALL, *European Legal History. A cultural and Political Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 356 y ss.

(14) El término se lo debemos a Santi Romano pero el concepto tal y como ha sido utilizado a lo largo del s. XX es kelseniano. Una exposición clásica del tema en BOBBIO, NORBERTO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960.

(15) Ver CONSTANT B., *De la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos*, M. Antonio López y M. M. Truyol (trad.), Madrid, Tecnos, 2003.

(16) Ver FUMAROLI, MARC, *Las abejas y las arañas*, C. Martínez (trad.), Madrid, Acontilado, 2008.

nos hemos dotado pasa por el principio de mayoría, por la constitución de partidos políticos y por buscar el equilibrio de fuerzas que permitan gobernar en muchas ocasiones a través de pactos y consensos que desvirtúan el voto de los ciudadanos. Pero aunque no lo hicieran, no cabe duda de que un porcentaje de ciudadanos ha de someterse a los contenidos jurídicos propuestos por los representantes de la mayoría.

Todo esto, sin embargo está siendo retado tanto en el terreno de los hechos como en el de las argumentaciones. Por una parte nuestro contexto jurídico está lejos de responder a la idea de un ordenamiento jurídico único. El término generalizado para denominar esta situación es el de pluralismo,⁽¹⁷⁾ pero allí donde se parte de una situación de unidad previa quizá sea admisible utilizar el término fragmentación. Aunque no es posible obviar que este último sugiere un matiz negativo, por oposición al pluralismo en sí mismo meramente descriptivo e incluso entendido como un valor a fomentar. Por otra parte, sea cual sea el término que se utilice, pluralismo o fragmentación, están sin duda relacionados con la noción de Estado-nación y con la, según generalizada opinión, crisis en la que hoy se encuentra y que nosotros asumimos como hipótesis más adelante.

La relación entre unidad del ordenamiento jurídico y Estado-nación es clara: no solo el Estado ha sido, a lo largo de los siglos XIX y XX la clave de la construcción de los sistemas jurídicos sino que además, los codificadores iniciales veían (como ya se hiciera en la época de la recepción del derecho romano justinianeo)⁽¹⁸⁾ en el derecho un arma política de concentración del poder.⁽¹⁹⁾ Los sistemas jurídicos modernos, a su vez, caracterizan de modo especial a los codificados, por constituir un intento de búsqueda de unidad. Los motivos para ello son, al menos, de dos tipos: responden a una necesidad política, o ideológica incluso si se quiere, que deriva de la noción de ciudadanía. Pero también son una exigencia de la pretensión de racionalidad y de sistematicidad del derecho a la que responde el ideal

(17) Entre todos los posibles, puede ser útil la consulta de M. VAN DE KERCHOVE y F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, París, Presses Universitaires de France, 1988. Hemos utilizado la versión española, MICHEL, VAN DE KERCHOVE, y OST, FRANÇOIS, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, I. Hoyo (trad.), Madrid, Universidad Complutense, 1997.

(18) Ver C. A. Cannata.

(19) Según Grossi, el universo medieval expresa un poder político incompleto, esto es, que "no pretende controlar todos los ámbitos de la sociedad" en tanto que con la codificación "el viejo pluralismo jurídico, que tenía a sus espaldas, aunque con varias vicisitudes, más de dos mil años de vida, se sofoca en un rígido monismo", GROSSI, PAOLO, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003, p. 30 y 75.

mismo de la codificación. De hecho, se habla de unidad como de uno de los dogmas del ordenamiento jurídico. Podríamos decir que la unidad es, al tiempo, punto de partida y de llegada en el sentido de que se trata de un objetivo. Digamos que la codificación no es solo un método jurídico que dará lugar a la construcción de una ciencia jurídica, sino que parte de una visión de los individuos y de la sociedad que considera que se les puede tratar de forma única. Es decir, la unidad del sistema es una consecuencia de la igualdad ante el derecho.

Como decíamos al inicio, si observamos la historia, el pluralismo jurídico ha ocupado mucho más espacio temporal que el monismo. De hecho, de unidad solo se puede hablar, y con dificultad, en los dos siglos que ha durado lo que se ha dado en llamar el nuevo régimen, que no es otra cosa que las consecuencias de llevar a la práctica la Ilustración en sus dimensiones social y política. Pero nos habíamos acostumbrado y pensábamos que esto iba a ser así para siempre, y quizá no lo sea.

La pregunta es precisamente, si ese ha sido el ideal durante estos años, ¿cuál es la razón de su actual pérdida de relevancia? Y quizá, del mismo modo que la unidad guarda relación tanto con la igualdad ante la ley como con la unicidad de la fuente de la que surge el derecho, la pérdida de relevancia de esta última esté, a su vez, relacionada con la valoración de la diferencia; pero también con la proliferación de fuentes del derecho que es, a su vez, consecuencia de la complejidad de las sociedades contemporáneas, de la pérdida de peso de los estados (que guarda relación con la globalización, aunque no solo) y de la falta de interés de los juristas en hablar del derecho como de un sistema. Si esto es cierto, la vuelta al pluralismo se produce por la confluencia de factores inversos a los que dieron lugar a la unicidad del sistema jurídico.

Podríamos decir que las razones son de dos tipos: unas afectan estrictamente al concepto de derecho, otras a la noción de ciudadano. Es claro que no hay una separación radical entre ambos pero la distinción nos puede servir como punto de partida en las líneas que siguen.

2.2. La crisis del Estado

El derecho es como es y como ha sido a lo largo de los s. XIX y XX porque, al menos en teoría, era creación de una entidad política estatal. Esta entidad, a diferencia de lo que ha sucedido en otras épocas históricas, ha sido el único modelo en que se ha dividido políticamente el globo desde el fin del proceso descolonizador. En este sentido puede hablarse también de

uniformidad, aunque estaremos de acuerdo en que no puede decirse que, por el hecho de contar con fronteras estatales, las comunidades que lo habitan tengan todas ellas el mismo, ni siquiera parecido, peso específico en la comunidad internacional.

Pero hoy en día constituye un tópico hablar de crisis del Estado⁽²⁰⁾ o de su modelo de organización. Aunque hay que reconocer que, en este punto, las opiniones no son unánimes. Lo que para unos constituye una evidencia, para otros no es más que un espejismo.⁽²¹⁾ Tomemos esa crisis, por el momento, como hipótesis que todavía necesita de comprobación.

Lo que es claro es que el Estado de principios del s. XXI no es el mismo que contempló el inicio de la Primera Guerra Mundial. En los años veinte nadie hubiera podido imaginar que un ciudadano pueda reclamar a través de su Estado a la comunidad internacional. Tampoco, que la elaboración del derecho interno pudiera verse condicionada por normas dictadas por entes políticos superiores o, al menos, que los engloben.⁽²²⁾ Ni desde luego, que llegaría un momento en que nadie custodie la frontera terrestre entre dos estados del llamado “primer mundo”.⁽²³⁾

Sin duda, alguna responsabilidad tiene ese omnipresente fenómeno al que llamamos globalización que está dando la vuelta a todas las evidencias sociales, políticas y jurídicas que componían nuestro mundo. Pero, a su vez, la globalización resulta intelectualmente problemática, e incluso, cuestionable. En primer lugar porque no es un fenómeno totalmente espontáneo aunque alguna de sus manifestaciones lo sean. Pero además porque, mientras escribo estas líneas, estamos asistiendo a modos de resistencia más o menos conscientes frente a sus consecuencias. Los intentos de construir comunidades, trabajos, ocupaciones, comercios, entre otros, a escala humana no han hecho más que empeazar a manifestarse.⁽²⁴⁾

(20) En un nivel profundo de discurso, ver: CARPINTERO, FRANCISCO, *La crisis del Estado en la edad posmoderna*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012.

(21) Ver LÓPEZ CALERA, NICOLÁS, *Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado*, Madrid, Trotta, 1992.

(22) Sobre el ideal de la justicia global, ver: Martha Nussbaum, *The frontiers of justice*. Hemos consultado la versión castellana: NUSSBAUM, MARTHA, *Las fronteras de la justicia*, R. Vilá (trad.), Barcelona, Paidós, 2007, p. 102 y ss.

(23) Acerca de la cuestión de las fronteras como delimitación territorial, ver SARACENI, GUIDO, *Luoghi della giustizia*, Nápoles-Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 7 y ss.

(24) Digamos que de los treinta años de vida con que cuenta aproximadamente el concepto de globalización hemos estado la mitad discutiendo sobre si su existencia era real o no y

Podría alegarse que la organización estatal no es la de una comunidad a escala humana.⁽²⁵⁾ Y, sin duda es así, puesto que se trata de una comunidad artificial, por más que haya filósofos políticos dispuestos a negarlo. Las manifestaciones de ese carácter artificial son muchas pero, entre otras, está la de la existencia de comunidades políticas más pequeñas en su interior y la del hecho de que la ciudadanía pueda ser adquirida conforme a criterios burocráticos. Pese a las transformaciones que la noción de ciudadanía ha sufrido a lo largo de la historia, puede decirse que siempre ha mantenido un ingrediente común, que es la pertenencia a una comunidad lo suficientemente grande como para exceder al núcleo familiar pero, al mismo tiempo, limitada y excluyente de quienes pertenecen a otras comunidades, y que a lo largo de la Modernidad se ha venido identificando con la figura del Estado. Pues bien, la globalización, con su superación de las fronteras, fundamentalmente estatales, pone sobre el tapete la cuestión de si la ciudadanía no estará también superada, o al menos, de si debe considerarse de un modo diferente. Pero sobre el pluralismo en relación con la ciudadanía hablaremos un poco más adelante.

Por el momento es preciso aceptar que hay una pérdida de significación jurídica de las fronteras territoriales. Y ello por diferentes razones: la existencia de realidades que no se pueden regular solo estatalmente (piénsese en el medio ambiente o en la energía); la multiplicación de las instancias supraestatales con capacidad jurídica (quizá el más desarrollado, hasta el momento, sea la Unión Europea pero abundan cada vez más las formas de integración multiestatal); y por último, debido al auge de las formas de autorregulación que muchos llaman "gobernanza". La consecuencia es que se producen dos efectos contradictorios y que, sin embargo, obedecen a las mismas razones: tanto el derecho público como el privado tienen la sensación de que el otro sector del derecho está asumiendo posiciones en ámbitos del ordenamiento que anteriormente le correspondían a él. Quizá pudiera decirse que lo que se multiplica es el derecho mismo, que se hace cada vez más complejo y más fragmentado, correspondiendo por otra parte, a las características de la época. Esteve

quizá ahora estemos asistiendo al final de parte de sus dimensiones. Por supuesto, en cuanto al origen, discuten los autores. Para unos está en la aldea global de MacLuhan enunciada en 1961, para otros en el artículo de 1983 de Levitt "La globalización de los mercados".

(25) Aquí encontraríamos las tesis de la mayor parte de los autores llamados (a su pesar) comunitaristas. ver: WALZER, M., *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Nueva York, Basic Books, 1983. Hay una versión castellana, WALZER, MICHAEL, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, H. Rubio (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

Pardo lo expresa de una manera gráfica, como veremos a continuación: la pretensión reguladora y el choque con la complejidad generan el recurso a la autorregulación.

2.3. La autorregulación

Se trata de una cuestión que obedece a razones aparentemente técnicas pero que tiene un efecto inmediato en la ciudadanía y, de hecho, guarda relación con el concepto de partida acerca de la relación entre Estado y ciudadanos.

Hay que partir del modelo de Estado ante el cual nos encontramos. Ciertamente, con todos los riesgos que lleva consigo generalizar, es posible decir que, una vez superado el Estado liberal, policía, que opera como mero regulador del tráfico y está instaurado en buena parte del mundo, le sigue el Estado social. La situación actual es la de una tesitura complicada en la que el Estado no es capaz de hacer frente a las expectativas que ha generado;⁽²⁶⁾ y resuelve su problema de diversas maneras: entre otras, dejando que otros ocupen su lugar tradicional. Como dice Esteve Pardo: “el auge de la autorregulación se debe, según creo, a diversas tendencias correlativas y convergentes que afectan, por un lado a la sociedad (...) y por otro, al propio Estado que, al verse desbordado en muchos frentes, ha de tomar en consideración de algún modo las reglas, referencias y decisiones que proceden de la autorregulación social”.⁽²⁷⁾ Llamar al Estado liberal “Estado policial” es reducir en mucho su papel, puesto que no solo se ocupaba de mantener la seguridad y el orden social sino que asumió la tarea de dinamizar la economía a través de diversas políticas públicas. El Estado social que lo siguió (en la medida en que se pueda hablar en términos de sucesión cronológica) buscó limitar las enormes desigualdades entre las clases sociales. Ahora nos encontramos ante otra transformación que, a diferencia de las anteriores, no viene protagonizada por el Estado sino por una sociedad cada día más fuerte.⁽²⁸⁾

(26) Habría que hacer alguna referencia a cómo hemos pasado del Estado liberal al Estado de derecho y de ahí al Estado constitucional. Sobre esto último ver: PRIETO SANCHIS, LUIS, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

(27) ESTEVE PARDO, JOSÉ, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, p. 21.

(28) Acerca de esta transformación del Estado, ver también ESTEVE PARDO, JOSÉ, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 19 y ss.

Pero como a nadie se le oculta, la sociedad no es un ente articulado, de modo que sus mecanismos de poder son infinitamente complejos. Digamos que la pérdida de poder del Estado no se traduce en un empoderamiento de los individuos. En realidad, casi podría presumirse que sucede al contrario, puesto que la idea misma de Estado pretende ser una racionalización del poder. Racionalización que se derivaría, según Hegel, "de la unidad y compenetración de la universalidad y la individualidad".⁽²⁹⁾ El Estado es la dimensión fáctica del derecho, de carácter ideal o de deber ser.⁽³⁰⁾

La cuestión es, como muchos ponen de manifiesto,⁽³¹⁾ que los poderes se multiplican y se desmandan. El objeto de todas las iras es, en este momento, el poder económico y financiero. Pero sin duda a la misma altura está el que se deriva del conocimiento científico y técnico, el de los antiguos servicios públicos o sectores estratégicos, y no digamos la comunicación que, como Lipovetsky pone de manifiesto, desde hace más de medio siglo ha sido objeto de las iras de los intelectuales quienes acusan a los medios de comunicación de masas "de constituir instrumentos de manipulación y de alienación de esencia totalitaria".⁽³²⁾

Todas estas formas de poder se mantienen en equilibrio, sostiene Esteve Pardo, gracias, en parte, a más o menos complejos sistemas de autorregulación. Eso explica fenómenos como la aparición de agencias de *rating*, que condicionan la vida económica de los Estados sin haber recibido autorización de ellos, en razón exclusivamente de su competencia técnica y de la correlativa incompetencia de los Estados.⁽³³⁾

(29) Ver HEGEL, FREDRICH, *Principios de la Filosofía del Derecho*, J. L. Vermal (trad.), Barcelona, Edhasa, 1999, p. 258.

(30) Sobre esto las fuentes más relevantes son JELLINEK, GEORG, *Teoría general del Estado*, F. de los Ríos (trad.), Bs. As., B de f, 2005; y Kelsen. Sobre este último ver: BOBBIO, NORBERTO, "Kelsen e il problema del potere", en *Diritto e Potere. Saggi sul Kelsen*, Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 103/122. Como Bobbio pone de manifiesto, los estudios sobre teoría del derecho habitualmente tienen en cuenta el problema del poder en tanto que lo contrario no sucede con la misma frecuencia.

(31) Ver: CLAVERO, BARTOLOMÉ, *El Orden de los poderes*, Madrid, Trotta, 2007. Su visión es histórica pero muy ilustrativa del problema que nos ocupa.

(32) LIPOVETSKY G., *Métamorphoses de la culture libérale*. Citamos por la versión castellana, LIPOVETSKY, GILLES, *Metamorfosis de la cultura liberal. Ética, medios de comunicación, empresa*, R. Alapont (trad.), Barcelona, Anagrama, 2002, p. 99 y ss. El autor coincide con algunas de las críticas sobre la responsabilidad de los *mass media* en el debilitamiento de la vida política y social, pero cree que es una responsabilidad que debieran compartir otras muchas instancias.

(33) ESTEVE PARDO, JOSÉ, *La nueva relación...*, op. cit., p. 23.

De todo lo anterior puede deducirse que, si el Estado debe seguir existiendo, tiene que volver a encontrar su razón de ser, su ámbito propio y exclusivo. Y es claro que ninguno de los poderes a los que hemos hecho referencia guarda relación con la misión propia del Estado: la búsqueda del bien común,⁽³⁴⁾ del bien de todos, y la protección de los más débiles.⁽³⁵⁾ La tarea de la política sigue, en consecuencia, en vigor. Pero el Estado puede desarrollar mal su labor si no comprende cómo funciona el sistema y si no asume que hoy no cuenta con las mismas armas con las que contaba.

Lo primero será determinar cuál es su misión y lo segundo cómo hacerlo. No puede renunciar a su papel de garante de los derechos no solo de la primera sino también de la segunda y de la tercera generación. Por más que resulte complicado en épocas de crisis. Probablemente deba empezar por adelgazar todo el aparato burocrático que, con la excusa de su misión prestacional, ha ocupado en realidad un terreno que no le correspondía. Y desde luego, deberá eliminar todos los elementos que lo lastran en forma de prebendas y demás formas de corrupción.

3. El pluralismo social como valor jurídico

Hay temas que se asocian a autores y el pluralismo, desde 1993, se relaciona en buena medida con la figura de John Rawls.⁽³⁶⁾ El título de su segunda obra fundamental es, como es sabido, *Liberalismo político*. Pero desde la primera página el autor se encarga de dejar claro que leerlo literalmente podría llevar a equívocos: "el significado que yo le atribuyo a esta noción es bastante diferente, creo, del que el lector estará inclinado a suponerle".⁽³⁷⁾ El punto de partida son dos cuestiones que, combinadas dan lugar a una tercera. La primera plantea la búsqueda de una concepción de la justicia que permita a ciudadanos considerados libres e iguales cooperar equitativamente en la sociedad. La segunda indaga en el fundamento de la tolerancia ante la realidad de un pluralismo razonable que es, a su vez, consecuencia necesaria de la existencia de instituciones duraderas libres. Las dos conducen a la pregunta central: "¿cómo es posible la

(34) Ver D'ORS, ÁLVARO, *Bien común y enemigo público*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

(35) ESTEVE PARDO, JOSÉ, *op. cit.*, p. 135.

(36) Aunque el tema se haya tratado anteriormente por autoridades como Walzer cuyo argumento es el siguiente: la razón de ser de la sociedad humana es ser una comunidad distributiva. Pero no hay una única forma de distribución.

(37) RAWLS, JOHN, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993. Usamos la versión castellana de RAWLS, JOHN, *El liberalismo político*, Antoni Domenech (trad.), Barcelona, Crítica, 1996, p. 33.

existencia duradera de una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales que no dejan de estar profundamente divididos por doctrinas religiosas, filosóficas y morales razonables?".⁽³⁸⁾

La pregunta es clara: ¿cómo convivir pacífica y libremente de forma plural o, lo que es lo mismo, desigual?, teniendo en cuenta que esa desigualdad es una consecuencia necesaria⁽³⁹⁾ y positiva de la libertad. De este modo los ingredientes de la fórmula se multiplican: la convivencia ha de ser pacífica pero no pasiva sino cooperativa. Tal cosa implica algún tipo de objetivo común salvo que la cooperación no vaya más allá del mantenimiento de la paz.⁽⁴⁰⁾ Y por otra parte, el pluralismo no es individual, esto es, no es consecuencia de la acción libre de los individuos (o no solo), sino de la existencia de instituciones que perpetúan en el tiempo determinadas opciones de vida. Podría entenderse que eso implica la existencia de comunidades (excluyentes o no) y de formas jurídicas más o menos desarrolladas. Pero hay un ingrediente en el que radicará en su mayor parte la discusión acerca del libro de Rawls y es este: la dificultad de determinar cuándo el pluralismo es razonable. Luego volveremos sobre este tema.

Durante los años 30 del pasado s. XX se libró una importante discusión acerca de la relación entre el pueblo (el *demos*) y el Estado. Los protagonistas fueron Smend⁽⁴¹⁾ y Kelsen⁽⁴²⁾ pero, en realidad, no hicieron otra cosa que continuar una discusión del s. XIX. Según Gregorio Robles, en los dos últimos siglos la máxima preconizadora del pluralismo jurídico ha sido la rama germanista de la escuela histórica alemana.⁽⁴³⁾ Para germanistas como

(38) *Ibid.* Un resumen de la cuestión del consenso en Rawls en PEÑA, CARLOS, "Verdad y política en Rawls y Habermas", en *Estudios sobre Rawls*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011, p. 153 y ss.

(39) Necesaria en el sentido fáctico de que no existe un modelo único de sociedad. Pero también en el sentido de que no respetar esa diversidad constituye una forma de injusticia. Ver: BARRY, BRIAN, "*Spherical justice and global injustice*", en David Miller y Michael Walzer, *Pluralism, justice and equality*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 67 y ss.

(40) Ver KELSEN HANS, *Peace through Law*, L. Echávarri (trad.), Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1944. Usamos la versión castellana: KELSEN HANS, *La paz por medio del derecho*, Madrid, Trotta, 2013. Sobre lo mismo, BOBBIO, NORBERTO, *Il terzo assente*, Milán, Edizioni Sonda, 1989; *El tercero ausente*, P. Linares (trad.), Madrid, Cátedra, 1997.

(41) SMEND, RUDOLF, *Constitución y derecho constitucional*, J. M. Beneyto Pérez (trad.), Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1985.

(42) KELSEN, HANS, *El estado como integración. Una controversia de principio*, J. A. García Amado (trad.), Madrid, Tecnos, 1997.

(43) División, hasta cierto punto, artificial como pone de manifiesto E. Wolf en su biografía de Gierke, puesto que el *usus modernus pandectarum* era una mezcla indisoluble de elementos alemanes y romanos y solo los últimos discípulos de Savigny practicaron un "romanismo

Otto von Gierke la sociedad no está solo formada por individuos sino también por asociaciones, esto es, por grupos humanos. El Estado solo sería una asociación más. En la misma línea se posicionaría Ehrlich años más tarde. Y Robles, citando a Teubner,⁽⁴⁴⁾ aporta una razón sociológica y es que Bucovina (entonces imperio austrohúngaro, hoy perteneciente a Rumania), la región de la que procedía Ehrlich, estaba habitada por nueve etnias diferentes: armenios, alemanes, judíos, rumanos, rusos, rutenos, eslovacos, húngaros y gitanos. En este marco no se puede hablar de jerarquía normativa sino de heterarquía y de pluralidad de fuentes sociales del derecho.

Pero hoy en día la discusión ha dejado de mantenerse en el terreno de la doctrina y ha pasado al de las normas y los órganos jurisdiccionales. La mayor parte de las constituciones contemporáneas recogen el pluralismo como valor (la española, sin ir más lejos, lo recoge entre los valores superiores del ordenamiento jurídico).⁽⁴⁵⁾ Pero de nuevo, hay una diferencia entre el pluralismo político, que es necesario para la existencia misma del sistema democrático, y el pluralismo social, cultural y lingüístico. Estos últimos se están reconociendo en multitud de constituciones latinoamericanas. Así por ejemplo, el pluralismo étnico y el respeto a la autodeterminación de los pueblos, en Nicaragua; Bolivia se reconoce en su constitución como una república multiétnica y pluricultural; Colombia protege la diversidad étnica y cultural; la Constitución de Ecuador reconoce al Estado como "pluricultural y multiétnico"; México declara que su Nación es pluricultural y se asienta originalmente sobre sus pueblos indígenas; Perú consagra el derecho de toda persona a su identidad étnica y cultural; Venezuela habla también de una sociedad multiétnica y pluricultural. Otros Estados latinoamericanos se limitan a reconocer la existencia de comunidades indígenas. Un último grupo, si bien es cierto, muy reducido, consagra la igualdad entre sus ciudadanos.

Esa misma diversidad de modelos de reconocimiento es aplicable al resto de los países que cuentan con población indígena (no solo del área latinoamericana sino de Oceanía, Asia, América del Norte e incluso Europa).

unilateral". Ver: Wolf, E., Von Gierke, Otto; A. Truyol Serra (trad.), publicada en la Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 75 y ss.

(44) TEUBNER, GUNTHER, *Global Law without a State*, Burlington, Ashgate, 1997. El libro trata sobre las manifestaciones jurídicas de la globalización. De modo harto significativo, a la aldea global Teubner la rebautiza "Bucovina global".

(45) En su artículo primero dice "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

Digamos que las posibilidades son básicamente tres: una es la de la negación (al menos a efectos jurídico-políticos), otra la del mero reconocimiento sin mayores consecuencias y, por último, la del reconocimiento del componente multiétnico y multicultural del país.

Pero, pese a lo que pueda parecer, todas esas frases no pasan de ser meras declaraciones más o menos bien intencionadas. Salvo en el caso de que se niegue la diversidad y se opte por la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (en cuyo caso las consecuencias jurídicas son inmediatas), proclamar la pluralidad étnica y cultural no significa nada si no va acompañada de medidas jurídicas y políticas. Y hay que reconocer que esas medidas no son fáciles de adoptar si implican conflictos de intereses (como es el caso de las reclamaciones de tierras, por ejemplo) o exigen inversiones económicas importantes (como en el caso del derecho de los niños a recibir educación en su lengua materna).

Pero la mayor dificultad no radica en problemas técnicos o financieros sino en tres cuestiones que podríamos enunciar de la siguiente manera. En primer lugar, en la fragmentación social, en la falta de cohesión que puedan originar (eso exigiría, por supuesto que pueda hablarse previamente de cohesión, cosa que en muchos casos será harto dudosa). Pero, en segundo lugar, desde la perspectiva de los derechos individuales, plantea muchas dudas; especialmente en ámbitos como la familia y las costumbres sancionadoras de los pueblos. Por último, asumir esta posición implica partir de la idea de que las comunidades de las que estamos hablando son incomunicables entre sí y no son capaces de llegar a acuerdos de convivencia más allá de la separación mutuamente aceptada.

De estos problemas, el primero quizá no se adecue del todo a la realidad; sobre todo si se tiene en cuenta el abandono en que en muchas ocasiones han quedado estas comunidades. Los otros dos, en cambio, son mucho más preocupantes.

4. Estado, comunidad y comunidades. Modelos de convivencia

En la actualidad el fenómeno de la diversidad renace, como decíamos en las primeras líneas de este trabajo; si bien por distintas razones en diferentes puntos del globo y también en diferentes ámbitos del derecho. El derecho internacional es uno de los más afectados. De esta cuestión se ha ocupado el finlandés Martti Koskenniemi,⁽⁴⁶⁾ a quien la ONU encargó un

(46) Dirigió una comisión de investigación sobre el tema *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from Diversification and Expansion of International Law*.

informe sobre la fragmentación que se está operando en el derecho internacional que, a su juicio, lo hace inviable en la práctica. Ni Koskenniemi ni Teubener ni Robles ven una cara positiva a esta Bucovina sino que, más bien, comparten la sensación de estar ante un enorme caos.⁽⁴⁷⁾ De hecho no se puede hablar de un derecho global sino que habría que hablar de pluralidad de derechos globales.

Por lo dicho anteriormente, el problema no es nuevo sino que se ha dado (sobre todo si tomamos como punto de referencia el pensamiento jurídico-político alemán) en oleadas sucesivas: en la discusión sobre la codificación, en el momento de entreguerras, en la segunda posguerra mundial y después de la caída del muro y con el consiguiente nuevo papel de Alemania en la nueva Europa. Y aquí el nuevo protagonista de la discusión es Habermas. Sería posible pensar que el debate está relacionado con la cuestión de la identidad alemana. Pero aunque esto fuera cierto, no significa que la discusión no sea trasladable a otras situaciones análogas en las que esté comprometida la identidad de individuos y comunidades.

Y esto nos conduce a la segunda parte de esta sesión, que respondería a la pregunta: ¿qué se ha de entender por comunidad? A su vez lleva aparejadas otras preguntas como ¿cuál es la relación de la comunidad con el Estado? Sin olvidar la más comprometida: ¿cuál debería ser esa relación? Quizá convenga perfilar aún más una terminología que no está totalmente asentada y que, en consecuencia, depende en parte de la elección de quien la utilice. Entenderemos por Estado una comunidad política capaz de generar normas generales y de establecer políticas comunes. Pero, sobre todo, una comunidad política exclusiva y excluyente, delimitada formalmente y respecto a la cual la pertenencia no genera dudas. Esa exclusividad es la que es preciso perfilar si se quiere hacer compatible con la existencia de otras comunidades en su interior.

El término comunidad, en cambio, según viene siendo utilizado en los últimos años guarda relación más bien con la cultura y con lo diferencial. Y, desde luego, tiene un matiz emotivo que no puede pasarse por alto. Como dice Bauman al comienzo de su libro *Comunidad*: "Las palabras tienen significados, pero algunas palabras producen, además una 'sensación'. La palabra comunidad es una de ellas. Produce una buena

(47) INNERARITY, DANIEL, *Un mundo de todos y de nadie. Piratas, riesgos y redes en el nuevo desorden global*, Barcelona, Paidós, 2013, p. 75.

sensación".⁽⁴⁸⁾ El tema que nos preocupa no es, como en los autores antes citados de comienzos del s. XX, si el Estado es una forma de comunidad en este segundo sentido o si debe serlo. En realidad, nosotros ya partimos de la existencia de Estados multiculturales, esto es, de entidades políticas que albergan dentro de sí muchas comunidades.⁽⁴⁹⁾

Pero a partir de esa afirmación inicial, se plantea una serie de cuestiones de no fácil solución. Una primera sería la determinación de los requisitos necesarios para que se pueda hablar de comunidad así como su relación con la identidad de sus miembros. En segundo lugar, y este es el tema verdaderamente complejo, la posibilidad de coexistencia de comunidades (entendidas en un sentido fuerte) diversas englobadas bajo una misma comunidad política. Por último y como consecuencia de lo anterior, cómo conciliar la diversidad (la pluralidad) con la existencia de un orden jurídico común y, en ese sentido, cuál es el papel del derecho tanto de la comunidad política como de cada una de las comunidades que se integran en ella.

Las opciones, tal y como hemos visto en el epígrafe anterior, básicamente se reducen a tres: la asimilación, el reconocimiento formal y el reconocimiento que implica la admisión de formas jurídicas autónomas, más o menos complejas, dentro del sistema jurídico estatal.

La asimilación es el modelo que se corresponde con un Estado-nación que no quiere renunciar a las características propias de ese modelo político. Esta opción puede verse desde una óptica positiva, según la cual entiende que no hay diferencia entre un indígena y el resto de los ciudadanos. La vertiente negativa es la de que el Estado cierra los ojos a la realidad que, con seguridad, ha sido injusta con esa comunidad durante siglos; al tiempo que no reconoce la diversidad cultural como una riqueza.

Sin embargo, como decíamos antes, no es un debate fácil y ya ha sido ensayado en Europa antes del desastre ideológico que desembocó en la Segunda Guerra Mundial. El que utiliza la expresión "integración" es Smend y lo hace en *Constitución y derecho constitucional*. Desde su pun-

(48) Ver BAUMAN, ZIGMUNT, *Community. Seeking Safety in an Insecure World*, Polity Press, 2001. Citamos por la versión castellana, BAUMAN, ZIGMUNT, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, J. Alborés (trad.), Madrid, Siglo XXI editores, 2003.

(49) Charles Taylor es el iniciador de un conocidísimo debate. Ver TAYLOR, CHARLES et al, *Multiculturalism and the politics of recognition*, Princeton-Nueva Jersey, Princeton University Press 1992. Ver también ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *La virtud de la duda*, J. M. Revuelta (trad.), Madrid, Trotta, 2012: "La primera tarea del derecho constitucional es la unidad, la convivencia pacífica, o mejor, la cohesión social".

to de vista, el Estado es una realidad preexistente al derecho que exige una integración entendiendo por tal cierto sentimiento de pertenencia a una comunidad. Digamos que la integración es la clave de la existencia del Estado y, por tanto, es previa no solo al derecho sino al Estado mismo.

Pero si nos preguntamos por el individuo y su relación con la comunidad, Smend trata de encontrarla con el método de las ciencias del espíritu: individuo y comunidad no son realidades independientes sino que están interrelacionadas siendo lo más interesante de esta interrelación que sin el Estado no se realiza el individuo. La integración se ha de entender como comunidad de vivencias que es, a su vez, la base común para la convivencia.

Con la perspectiva de cerca de un siglo, nosotros somos conscientes de las catástrofes a las que pueden conducir nociones como raza, espíritu o identidad, entre otras, pero no cabe duda de que integración es lo que pedimos a los inmigrantes que llegan a nuestro país. Por lo menos es lo que pide un país que no considera a los inmigrantes como mano de obra para una temporada, como ha sido el caso de Alemania durante tanto tiempo. A Kelsen toda esta "palabrería" le pone muy nervioso y su propuesta es precisamente la opuesta de un modo que nos puede recordar al Habermas del Patriotismo constitucional.

Ahora nos estamos planteando el mismo problema, identidad incluida, pero, eso sí, en un contexto histórico y cultural diferente. El contexto es históricamente diferente cuando hablamos de la integración de Estados en la nueva entidad política a la que llamamos Europa.⁽⁵⁰⁾ Y también cuando hablamos de integración de recién llegados a una comunidad. Es en cambio culturalmente diferente cuando se trata de reconocer una identidad preexistente que ha sido invisible hasta épocas muy recientes.⁽⁵¹⁾

Hasta ahora hemos hablado de fragmentación/diversidad como opuesta a unidad. Pero lo cierto es que paradójicamente, aunque opuestos, las tendencias a la fragmentación y a la integración conviven. La pregunta a día de hoy sería: ¿seguimos abogando por la integración o pactamos

(50) Como dice Habermas, la gran crítica a la constitución europea es la inexistencia de *demos*. Si no hay pueblo, cómo va a haber constitución; ¿cómo será posible hablar de comunidad política?

(51) Como dice Espinoza, Fran, la visibilidad de los pueblos indígenas empieza a generalizarse en la década de los 90. ESPINOZA, FRAN, "Pueblos indígenas. ¿Y después de la emergencia?", Working Paper n° 24, *Centre de recherches interdisciplinaires, Développement, Institutions, Subjectivité*, enero 2011.

con la fragmentación? Si se entiende por integración la aceptación de las bases del juego en el que uno quiere ser admitido, ¿cuáles son las bases del juego en la moderna sociedad multicultural? En realidad, ¿es posible establecer unas bases razonables?

Como sucede con tantos términos de uso habitual, la noción de “integración” es más problemática de lo que puede parecer a primera vista y se resiste a ser definida de un modo que abarque con precisión su significado. La acepción que aquí se va a desarrollar es propia del ámbito sociológico y encaja dentro de la definición genérica que identifica integrarse con incorporarse a un grupo para formar parte de él. Conviene también tener en cuenta que por “integración” se entienden la acción y el resultado tanto de integrar como de integrarse, lo que implica que puede ser tanto una acción propia de quien se adhiere al grupo como del grupo mismo que incorpora al que antes era extraño. Pero una vez en ese ámbito hay que puntualizar aún más, porque aquí va a cobrar el significado preciso de formar parte plenamente de una comunidad político-cultural.

La apreciación anterior no es ociosa puesto que el uso del término “integración” en el contexto social sugiere cuestiones de diversa índole. Así, en el terreno de la pedagogía, la integración está relacionada con una visión de las minusvalías físicas o psíquicas que, en lugar de ser ocultadas o recibir un tratamiento separado, se considera que los individuos que las padecen resultarán más beneficiados (y en realidad, también lo será el conjunto de la comunidad) si se les procura un trato todo lo parecido posible al de quienes no las sufren. En una línea análoga se encontraría la integración social de los presos o de los delincuentes, como uno de los objetivos del paso por una institución penitenciaria. En ambos casos el sujeto beneficiado de modo inmediato es aquel cuya integración se pretende, si bien indirectamente también lo será el conjunto de la sociedad (como sucede, por otra parte, con todos los derechos individuales).

Por tanto, hablar de integración precisa una serie de elementos: una estructura política, una cultura, pero también un convencimiento de que lo que se impone merece ser impuesto. Dicho de otra manera, la exigencia de un cambio en el modo de ver la vida de los recién llegados se sostiene sobre dos argumentos no siempre coincidentes. El primero es netamente político: el que se incorpora a un grupo ha de respetar las reglas del juego. El segundo, hay una serie de principios elementales de convivencia que merecerían respeto universal y, si bien no es posible evitar que, fuera de

las propias fronteras, esos principios sean vulnerados, sí es posible garantizarlos en el propio ámbito de competencias y se harán valer en la medida en que lo permitan las reglas del equilibrio mundial. Estamos hablando de una concepción cultural fuerte, que va más allá del orden político entendido como superación del desorden.

Como ya he dicho, ambos argumentos pueden coincidir o no. Esto es, la exigencia de integración del extranjero puede apoyarse sobre valores que se conciben como coyunturales pero merecedores de respeto en cuanto constituyen o representan el orden establecido (una forma de organización territorial, el sistema de gobierno, los símbolos de la nación, entre otros) o sobre bienes acerca de los cuales no es posible transigir (libertad, igualdad u otros). Conviene no confundir unos con otros y la tradición no sirve en ese sentido. Hay que tener razones que justifiquen esa imposición y sospecho que ahí radica una de nuestras principales carencias. Se trata de una pregunta aparentemente sencilla pero hoy en día se ha convertido en una de las de más difícil respuesta. Integración es aceptar las bases del juego en el que uno quiere ser admitido, hasta aquí conformes.

En el caso del primer argumento: respetar el orden establecido cuando se llega a un nuevo lugar, no sirve para la discusión sobre las sociedades multiétnicas. En cambio, sí puede servir el segundo de los argumentos: la existencia de valores acerca de los cuales no es posible transigir. Llegaríamos, de nuevo, a una de las cuestiones que mencionamos al comienzo de estas páginas: el límite de lo tolerable.

Para Habermas no puede perderse de vista la capacidad civilizadora del derecho democráticamente establecido. Derecho y política tienen una larga tradición de ir unidos y no debería darse otra situación. Pone un ejemplo interesante: la juridificación de las relaciones internacionales las civiliza: la guerra ya no es modo para resolver los problemas; por lo menos en teoría.

Pero si lo que civiliza es un derecho democráticamente establecido, hay que saber qué significa democracia. Es el gobierno del pueblo, pero de nuevo, ¿de qué pueblo? Y por otra parte, si hay una conexión entre la soberanía del pueblo y la del Estado, ¿qué pasa si la soberanía estatal queda mermada como parece que sucede en el momento en que la expresión "crisis del Estado" es un lugar común? Sutilmente hemos pasado del derecho al Estado. El problema del déficit democrático no estaría en el poder del Estado sino en su sustitución por otras instancias como corporaciones internacionales, y la falta de juridificación de todo eso es la nueva forma de barbarie.

Habermas, en parte, tiene razón, pero no totalmente; o al menos no basta para solucionar nuestros problemas. El derecho democráticamente establecido civiliza, si es bueno; si los criterios que contiene lo son. Por tanto, lo que hace que el derecho sea bueno no es el número de individuos que hayan tomado parte en su confección sino que sirva para la función que le ha sido asignada. Por supuesto que el sistema democrático ofrece, en ese sentido, garantías de las que otros carecen.

Pero podemos volver el argumento al revés: el derecho indígena no elaborado democráticamente, por ello no ha de ser desechado como no civilizado. Su razonabilidad tampoco depende del modo a través del cual se ha construido. Ahora bien, esto nos coloca en la posición que sospechábamos: el pluralismo jurídico, cuando hablamos de comunidades preexistentes, parece partir de una imposibilidad de diálogo entre formas jurídicas y entre concepciones de la vida en sociedad. Y precisamente esa incapacidad es la que deberíamos poner en cuestión. Pero el desarrollo de ese tema deberá quedar para otra ocasión.



Relaciones socio-étnicas e interculturalidad

MARGOT BIGOT⁽¹⁾



Palabras clave: Interculturalidad, pueblos indígenas, derechos, educación bilingüe.

1. Concepto de relaciones socio-étnicas

En primer lugar, voy a tratar las relaciones entre los grupos tobas y la sociedad de contacto para luego definir el concepto de interculturalidad aplicable a esta situación. En el contexto de nuestras investigaciones referidas a los indígenas tobas —qom— de los asentamientos de la ciudad de Rosario, llamamos “relaciones socio-étnicas” a las resultantes de la interacción de los grupos tobas con segmentos de la sociedad regional/nacional. Estas relaciones están marcadas por la desigualdad y la asimetría.

- son **desiguales** porque existe una sociedad política y económicamente dominante cuyos sistemas educativo, jurídico, o de salud fueron diseñados en vistas de una población mayoritaria donde los indígenas tobas resultan subalternizados o excluidos;
- y son **asimétricas** entre la minoría toba y la sociedad mayoritaria hegemónica que ejerce una fuerte dominancia, esto es, una presión no deliberada —o “dominación simbólica” según Bourdieu—⁽²⁾ por su prestigio lingüístico y cultural.

(1) Profesora de la Universidad Nacional de Rosario.

(2) BOURDIEU, PIERRE, *¿Qué significa hablar?*, Madrid, Akal, 1985.

Estas relaciones conflictivas han generado así una situación sociolingüística de bilingüismo diglósico toba-español y han incidido en la lengua toba y en las representaciones sociolingüísticas.

Consecuentemente, se han modificado las categorías cognitivas mediante las que se aprehende la realidad y que están muy ligadas al uso lingüístico.

También se han ido delineando procesos de síncretismo en la cultura, en la religiosidad, en el derecho y en la salud con restricciones al avance de la cultura dominante, mediante estrategias de resistencia étnica que se despliegan entre los tobas y que entrecruzan la conservación y la ruptura de lo propio, y el rechazo y la apropiación de pautas, conceptos y objetos de la sociedad dominante en beneficio de su propia reproducción cultural ante las cambiantes circunstancias de vida.

Y, en relación con distintas variables —como tiempo de residencia en el asentamiento, edad, sexo o escolaridad—, se han producido heterogéneos procesos identitarios.⁽³⁾

Si bien los documentos internacionales más recientes proponen actuar sobre la desigualdad de los grupos, que se reconoce como principal causa de conflictos que afectan a lenguas y culturas, el ejercicio de los derechos enunciados, tendientes a lograr sociedades más igualitarias basadas en una democracia participativa, política y lingüístico-cultural, y, aunque muchos Estados adhieren a estos documentos y lo incorporan al derecho interno en constituciones, leyes, en la práctica se cumplen parcialmente o no se cumplen.

Los pueblos originarios de América latina denuncian constantemente ser víctimas de lo que definimos como “discriminación indígena”, cuyas expresiones en distintos ámbitos y modalidades afectan su vida cotidiana y su supervivencia lingüístico-cultural.

El concepto “discriminación indígena” refiere en general al conjunto de prácticas —acciones, actitudes y discursos— que consisten en tratar desfavorablemente a personas o grupos en razón de su pertenencia a un grupo étnico indígena. Dichas prácticas pueden ser explícitas, o implícitas (falta de cumplimiento de los derechos reconocidos, o que disimulan o niegan la intención discriminatoria) y aparecen a nivel institucional y en la vida cotidiana.

(3) BIGOT, MARGOT, *Los aborígenes qom en Rosario*, [en línea] http://rephip.unr.edu.ar/bitstream/handle/2133/2335/LOS_ABORIGENES_QOM_EN_ROSARIO_MB.pdf?sequence=1

Estas formas de discriminación se asemejan a lo que Wiewiorka⁽⁴⁾ describe como “nuevo racismo” que, descartando el principio de la jerarquía biológica en que se basaba el racismo clásico científico, se funda ya no en los atributos naturales, sino en razones culturales, como la lengua, la religión, las tradiciones o las costumbres. Según esta perspectiva, se le niegan al “otro” sus valores y su ser cultural.

A nivel de las instituciones —como se ha destacado en la Conferencia de Durban—,⁽⁵⁾ las estructuras e instituciones creadas desde el Estado homogeneizador, que aún persisten, y no acordes con las características multiculturales y multilingües de la población, constituyen un factor de discriminación que limita el acceso de los indígenas a servicios que se ofrecen a otros miembros de la sociedad.

No se puede dejar de señalar que el personal de las instituciones, además de los condicionamientos estructurales —y en algunos casos como parte de los mismos—, muchas veces carece de la formación necesaria para atender población indígena, y su relación con los indígenas frecuentemente no se distancia de la perspectiva etnocentrista que tiende a la minusvaloración de los otros e hipervaloración del grupo propio y que, operando prejuicios y estereotipos, genera prácticas discriminatorias a nivel popular en el trato cotidiano.

Estas modalidades de discriminación en los ámbitos de la salud, la educación, la justicia, y en el comportamiento de las fuerzas de seguridad, se expresan claramente en las numerosas denuncias que los indígenas latinoamericanos realizan constantemente.

2. Los efectos de la discriminación

Las dificultades constantes en el desarrollo de la vida cotidiana de los tobas lesionan la autoestima y dificultan la educación de niños y jóvenes. Desde una perspectiva psicosocial, Hamers y Blanc expresan que las relaciones interpersonales que el individuo mantiene con otros individuos en el interior de una estructura social dada articulan los factores de orden sociológico y cultural como los factores de orden psicológico —perceptuales, cognitivos, afectivos— que intervienen en el desarrollo lingüístico y cultural.

(4) WIEVIORKA, MICHEL, *El racismo: una introducción*, Barcelona, Gedisa, 2009.

(5) Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Durban, Sudáfrica, 31 de agosto al 7 de septiembre, 2001.

Cuando el conjunto de la sociedad, el grupo de pertenencia y la familia atribuyen valores positivos a ambas lenguas y culturas, cada una de ellas aporta elementos complementarios para el desarrollo del niño en una situación de contacto. En cambio si la comunidad rechaza sus propios valores socioculturales en provecho de los correlacionados con la lengua/cultura dominante, y esta tiende a reemplazar a la lengua/cultura materna, se producen efectos perjudiciales sobre el desarrollo intelectual y a personalidad del niño.⁽⁶⁾

Desde este punto de vista es central la formación de representaciones positivas de las culturas indígenas, tanto en los indígenas —autovaloración de su pertenencia étnica— como en la sociedad mayoritaria.

3. El concepto de interculturalidad

Las complejas relaciones que existen entre los grupos diversos en contacto y las propuestas de gestión sobre estas situaciones conforman una temática que está presente en numerosos documentos, trabajos, investigaciones y publicaciones actuales en los que irrumpen los conceptos de multiculturalidad, pluriculturalidad e interculturalidad que, respectivamente en distintas concepciones, y a veces con significados parcialmente solapados, marcan un giro importante en las interpretaciones acerca de las relaciones grupales en aspectos lingüísticos y socio-culturales.

Aplicado al ámbito indígena americano, Hamel designa con los términos multilingüismo y multiculturalismo una situación de facto que existe independientemente de su valoración por parte de los actores sociales. Si se reconoce parcialmente la existencia de la población indígena, se trata como problema a resolver y, en la mayoría de los casos bajo el concepto de integración se apunta a una asimilación de los pueblos indígenas a la sociedad nacional.

En oposición a esta orientación, Hamel utiliza los conceptos de plurilingüismo y pluriculturalismo para caracterizan situaciones donde los principales actores sociales, tanto de las sociedades dominantes como de los pueblos indígenas, reconocen y asumen las diferencias étnicas y lingüísticas como factores de enriquecimiento cultural.⁽⁷⁾

(6) BLANC, M. Y HAMERS, J. F., *“Reseaux sociaux et comportements langagiers en milieu de contact des langues”* en *L'intirdisciplinarité en sciences sociales*, Québec, CIRB, 1987.

(7) HAMEL, R. E., “Políticas del lenguaje y estrategias culturales en la educación indígena”, en *La educación indígena hoy*, Instituto Estatal de Educación Pública de Oaxaca, México, 1997.

La opción intercultural trata la diversidad cultural no ya a partir de culturas tomadas como estados, como entidades independientes y homogéneas, sino a partir de procesos, de interacciones, de relaciones entre grupos. Se tienen en cuenta los cambios en las culturas que devienen de procesos y relaciones producidos por los individuos y los grupos en virtud de interacciones, de negociaciones y tensiones.⁽⁸⁾

El término “intercultural”, hizo su aparición en Francia en la década de los 70 en relación a la educación de inmigrantes. En ese momento, se trataba de implementar una educación compensadora pensando la diferencia como déficit para lograr una mejor inserción de los alumnos extranjeros en la escuela, y al mismo tiempo introducir los elementos culturales propios de los educandos en vistas a un retorno a los países de origen.

Actualmente se ha instalado como criterio prioritario de la educación intercultural una formación para la ciudadanía democrática, que es condición necesaria para la apertura a la diversidad, igualdad de oportunidades y equidad.

Abdallah-Pretceille sostiene que el lugar propio de la ética de la diversidad es la relación entre los sujetos y no la acción sobre el otro, aún si esta acción es justa o generosa. Toda asimetría en la relación conlleva una relación de poder real o simbólico que es fuente de violencia. Desde su perspectiva de la interculturalidad, se trata de actuar “con” y no “sobre” el otro, y la validez de los actos se funda en un acuerdo sobre los valores, y este acuerdo —retomando a Habermas— reposa sobre un consenso, de donde emergen los valores comunes, elaborado en la comunicación.⁽⁹⁾

En Latinoamérica, el término intercultural se comienza a incorporar a la educación indígena en la década de los 80. La educación intercultural bilingüe ha marcado un giro importante en la educación indígena, ya que sus inicios —en distintas modalidades— inauguran precisamente la tendencia a revertir una educación indígena hasta el momento integracionista y asimilacionista, pero han sido escasas las menciones a una extensión de la educación intercultural hacia toda la población y su necesaria relación con una democracia pluralista, participativa.⁽¹⁰⁾

(8) GOHARD-RADENKOVI, A., “De la diversité a la différence, de la différence a la différenciation” en Thesee; Carignan et Carr (coord.), *Les faces cachées de l’interculturel*, Paris, L’Harmattan, 2010.

(9) ABDALLAH-PRETCEILLE, M., *L’ éducation interculturelle*, PUF, Paris, 1999.

(10) VIII Congreso Latinoamericano de Educación Intercultural Bilingüe, Buenos Aires, 2008. La interculturalidad debe promover la ampliación de la democracia social, económica y cul-

Desde nuestra perspectiva, en el contexto de las relaciones socio-étnicas entre grupos indígenas y sociedad dominante, interpretamos la interculturalidad de manera relacional y extensiva a toda la población —en la educación formal y no formal— de manera tal que la enseñanza de conocimientos, contenidos culturales, actitudes y comportamientos promuevan el respeto recíproco, se reconozca la diversidad sin discriminación, y se elimine el etnocentrismo.

En 1996, por pedido del INAI, y a través de la Universidad Nacional de Rosario, elaboramos con nuestro equipo de investigaciones un Programa de educación bilingüe intercultural para escuelas de Rosario a las que concurrían niños tobas.⁽¹¹⁾ El programa incluía seminarios para capacitar a los maestros de grado y talleres para coordinar tareas con los maestros indígenas. Esto debía comenzarse previamente a la instrumentación del programa y debía continuarse con un plan de apoyo permanente, lo que exigía un mayor esfuerzo de parte de los maestros. El programa, a pesar de que fue aceptado por el INAI, no se pudo implementar.

Esto nos hizo reflexionar sobre el modelo de interculturalidad que se requería para que los proyectos de educación intercultural bilingüe fueran exitosos.

En primer lugar, la educación indígena, que tiene especificidades propias, no puede aislarse de la educación de la totalidad de la población, en el marco de una sociedad cuyo sustento pluralista puede leerse en Argentina a nivel de la Constitución Nacional, leyes nacionales, ratificación de convenios y pactos internacionales, y constituciones y leyes provinciales. Avances que deben, en muchos casos, su existencia a las insistentes demandas e iniciativas de las organizaciones indígenas, pero que tienen muy escasa incidencia en las prácticas sociales.

El discurso oficial y la sociedad en general reconocen desde no hace mucho tiempo que Argentina es un país multilingüe y multicultural. Reconocimiento que no ha dejado de estar permeado por un etnocentrismo que mueve repetidamente actitudes prejuiciosas, discriminatorias y estigmati-

tural, que solo tiene posibilidades de ser si se incrementan las posibilidades de generar conocimientos específicos sobre tales desigualdades y diferencias, y si se promueven transformaciones en el marco de las mismas relaciones sociales.

(11) BIGOT, M.; RODRÍGUEZ, G. y VÁZQUEZ, H., "Programa de Educación Bilingüe e Intercultural de Orientación Pluralista (Modelo de Mantenimiento) para niños Tobas de los asentamientos de Rosario", 1996.

zantes tanto en la sociedad en general como en los ámbitos educativos, de salud, o laborales, y que inciden en la exclusión de los indígenas del sistema socioeconómico.

No es posible una transformación de esta situación sin la elaboración de estrategias de gestión que conviertan la realidad multilingüe/multicultural en una sociedad pluralista en la que los indígenas reencuentren los espacios de actuación que constantemente reclaman como reivindicatorio de su carácter de pueblos preexistentes a la conquista y colonización. En esta transformación, la educación intercultural se concibe como el medio privilegiado, y si bien nuestro enfoque se centra en grupos tobas, un programa de educación intercultural bilingüe para indígenas solo es posible en el contexto de una política educativa general. Por lo tanto, es necesario pensar en un programa intercultural que involucre no solo al sistema de educación indígena sino a la totalidad de la población en la educación formal e informal.

Desde nuestra perspectiva, en el contexto de las "relaciones socio-étnicas", el concepto interculturalidad proyecta una forma de interacción social en la que la cohesión social se funda en una ciudadanía basada en una democracia política y social participativa, pero también lingüística y cultural, que asegure el pleno ejercicio de los derechos lingüístico-culturales y educativos, y en la que los indígenas puedan participar y situarse como ciudadanos de acuerdo a su pertenencia étnica.

4. Educación de toda la población

La escuela tiene una gran responsabilidad en la formación de ciudadanos para una sociedad democrática y pluralista, y en esa dirección debe implicarse en la superación de los obstáculos a las relaciones interculturales: desarticular prejuicios, estereotipos, estigmatizaciones y discriminaciones que se configuran a partir de una visión etnocéntrica que consiste en evaluar las otras culturas desde los parámetros de valor y las características propias.

La pertenencia a una cultura impone una representación del mundo que de manera no consciente se considera como lo "obvio", y que actúa como un prisma a través del cual se construye la percepción del otro. En este contexto, el encuentro con otros sistemas culturales, con otras visiones del mundo, constituyen puntos de fricción. Por lo tanto, se deben analizar en la escuela los mecanismos que generan una adhesión ciega a los valores propios como plataforma para pensar la diversidad de las conceptualiza-

ciones de la realidad, la lógica de otras culturas, y habilita para discutir las causas de las actitudes discriminatorias, estereotipos y prejuicios.

Rodrigo Alsina, profesor de la Facultad de Ciencias de la Comunicación de la Universidad Autónoma de Barcelona, plantea que para la producción de una conducta intercultural adecuada se tiene que lograr una sinergia de los ámbitos cognitivo y emotivo.

La competencia cognitiva supone entonces tener un mayor conocimiento de las otras culturas, de trabajar con interpretaciones alternativas, menos rígidas, lo que obliga a aumentar el nivel de complejidad cognitiva incorporando nuevas categorías que permitan dar sentido adecuado a las conductas de los otros.

La competencia emocional es la facultad de sentir lo que siente el otro a partir de sus referentes culturales, para comprender otros modelos de interpretación de la realidad. La reflexión intercultural lleva a constatar que la verdad es plural Y que cada cultura tiene que superar sus propios horizontes para comprender los valores del otro.

Respecto de la escolarización de los niños indígenas, la educación intercultural bilingüe garantizada por la Constitución Nacional (art. 75, inc. 17), hasta ahora muy dificultosa, debe ser pertinente a sus necesidades y expectativas en el contexto de las actuales relaciones socio-étnicas. Debe alcanzar metas de calidad y eficiencia que, en base a las especificidades lingüístico-culturales acordadas con el grupo destinatario, asegure el derecho a la diversidad y, paralelamente, los indígenas adquieran las competencias necesarias para acceder a los más altos niveles de educación e una inserción laboral en las mismas condiciones que el resto de los conciudadanos dentro de la sociedad nacional.⁽¹²⁾

Para terminar voy a citar un párrafo del Informe del Relator Especial de la ONU, Rodolfo Stavenhagen, sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas:⁽¹³⁾

La educación es un instrumento indispensable para que la humanidad pueda progresar hacia los ideales de paz, libertad y

(12) ANAYA, JAMES, "La situación de los pueblos indígenas en Argentina", [en línea] http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/21/47/Add.2&referer=http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/427/11/PDF/N1342711.pdf?OpenElement&Lang=S

(13) STAVENHAVEN, RODOLFO, "Los pueblos indígenas y sus derechos", [en línea] <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2008/Indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavenhagen%20UNESCO.pdf>

justicia social, que está al servicio de un desarrollo humano más armonioso, más genuino, para hacer retroceder la pobreza, la exclusión, las incomprensiones, las opresiones y las guerras. El derecho a la educación se revela clave para millones de indígenas en todo el mundo, no solo como un medio para salir de la exclusión y la discriminación que han sufrido históricamente, sino también para el disfrute, mantenimiento y respeto de sus culturas, idiomas, tradiciones y conocimientos.

El problema principal, sin embargo, es la "brecha de la implementación", es decir, el vacío entre la legislación existente y la práctica administrativa, jurídica y política. Este hueco entre el nivel formal y el nivel real constituye una violación de los derechos humanos de los indígenas.

Cerrar el hueco, colmar la brecha, constituye un desafío y deberá plantearse como un programa de acción de derechos humanos indígenas en el futuro. Una parte del problema se ubica en los propios procesos legislativos, en la composición de las legislaturas, en la escasa representación y participación de los indígenas en el quehacer legislativo, en la falta de consulta con los pueblos indígenas, en los sesgos y prejuicios contra los derechos indígenas que se encuentran entre numerosos participantes de la vida política, entre legisladores y partidos políticos de diverso signo. No se trata solo de legislar sobre cuestiones indígenas, sino de hacerlo con los pueblos indígenas.



Pluralismo Jurídico

LUCÍA ASEFF⁽¹⁾



Palabras clave: pluralismo jurídico, multiculturalismo, pueblos originarios, Convenio 169 OIT.

1. El pluralismo y su abordaje disciplinar

El del pluralismo jurídico ha sido, desde sus inicios, uno de los temas específicamente abordados por las teorías críticas —aun antes de que emergiera el énfasis con el que hoy se lo está analizando en otras áreas del derecho, incluso por fuera de la teoría general y más allá de las elaboraciones que sobre este tema se hicieran desde la sociología jurídica— porque si bien no aparece en sus reflexiones en forma recurrente y primordial, es evidente su conexión con el abordaje sociológico que estas teorías hacen del derecho y con su vocación interdisciplinaria.

Como acertadamente lo señala la antropóloga Graciela Beatriz Rodríguez en el texto citado en la bibliografía de este trabajo,⁽²⁾ se trata de un concepto que abriga distintas tradiciones disciplinares y diferentes referentes empíricos, cuya marcada ambigüedad ha sido señalada por numerosos investigadores de su área, quienes indican que se alude a él de diversas formas: como una temática específica dentro del amplio campo de la sociología o la antropología jurídicas, como línea de investigación científica,

(1) Profesora de la Universidad Nacional de Rosario.

(2) RODRIGUEZ, GRACIELA BEATRIZ, "Notas sobre el pluralismo jurídico desde la Antropología y Sociología Jurídicas", en *Papeles de Trabajo*, n° 14, Rosario, Centro Interdisciplinario de Ciencias Etnolingüísticas y Antropológico sociales (CICEA), Universidad Nacional de Rosario, 2006.

como espacio de reclamos ideológicos por parte de diferentes segmentos sociales o, simplemente, como ámbito de fenómenos socialmente observables, aunque, a su juicio, su problemática central es la que se ocupa del acceso a la justicia y su redistribución equitativa, núcleo duro a partir del cual se pueden comenzar a describir e interpretar las diferentes modalidades de hacer justicia desde una visión plural del derecho y la sociedad.

En estos sectores de las ciencias sociales, la noción de pluralismo jurídico se encuentra ligada al análisis de las relaciones de poder a partir de actores y centros de decisión múltiples, tomando como punto de partida la observación empírica de los fenómenos sociales y analizando el derecho en la pluralidad de sus formas, sin reducirlo a una única naturaleza, teniendo como común denominador una visión plural del campo social y abordando todo aquello relacionado con el derecho exceptuando, claro está, las normas —que dejan a los juristas— y ocupándose de lo que está fuera de los órdenes normativos, esto es, de la gente y sus diversas interacciones: diseñando y gestionando instituciones, resolviendo conflictos y disputas de distinta índole y conformando cuerpos profesionales (jueces, fiscales, abogados, etc.) que comparten sistemas de valores y lealtades en torno a la “cultura jurídica” de la que se sienten partes y partícipes, estableciéndose de tal modo una clara dicotomía entre los juristas y los científicos sociales o, si se quiere, entre la dogmática jurídica y los estudios sociológicos y antropológicos del derecho —que a menudo han producido una marcada hostilidad entre ambas profesiones— y que encuentros como el presente, afortunadamente, pretenden desterrar, porque se ha abierto paso una conciencia generalizada sobre la importancia fundamental de abordar este tema interdisciplinariamente entre la antropología, la sociología y el derecho, a partir de una visión de las sociedades desde la perspectiva de la alteridad y de un análisis del orden jurídico que permita comprender los mecanismos de la legalidad y sus dinámicas de formalización y control.

Porque hay quienes consideran que el problema radica en las políticas centralistas de los Estados, unidas a la ausencia de percepción de la pluralidad de las estructuras sociológicas de base que, en definitiva, no tienen debidamente en cuenta la correspondencia entre pluralismo jurídico y pluralismo social.

Aun así, no se debe pasar por alto que somos herederos de la tradición liberal clásica que se expresó fuertemente en la constitución de los Estados nacionales y que esta empresa teórico política necesitaba para su conso-

lidación el establecimiento de unas normas generales, proclamadamente iguales para todos y con pretensión de neutralidad, que le impedían detenerse en los particularismos de cada organización social, política y económica preexistente, porque hacerlo era contrario a su proyecto universalista. Es decir, que ante la incontestable existencia de la pluralidad social, el camino fue ignorarla, recurso que tuvo una alta dosis de utilidad porque contribuyó eficazmente al aplanamiento de las diferencias que el derecho moderno presupone y requiere para su operatividad. Mas se trató de una suerte de ilusión que más temprano que tarde el nacimiento de las ciencias sociales —y entre ellas, fundamentalmente, la antropología— iba a desvanecer, no obstante lo cual esta obstinación monista de los juristas todavía, en gran medida, persiste.

2. Ubicación espacial de esta problemática

Sea cual fuere el abordaje elegido —y aclaro que habré de dedicarme solamente a los que considero de mayor pertinencia mediante una exposición sumaria del tema— es necesario destacar que si bien los escenarios iniciales de reflexión sobre la noción de pluralismo jurídico fueron los de las sociedades no occidentales, en estas breves líneas habré de ceñirme a las occidentales y luego a algunas situaciones puntuales de nuestro país, sin dejar de tener en cuenta, por la trascendencia que implica, que más allá de sus diferencias en unas y otras, el derecho estatal tradicional ha tenido, de hecho, un gran poder colonizador en relación a modalidades de dominio, jerarquización y control en el accionar de todos los miembros de un grupo social, que se ha proyectado en conceptos tales como el de sujeto de derecho, capacidad, régimen de la propiedad y del matrimonio, sistemas sucesorios y de intercambio, definición de conductas delictivas y sus sanciones y procedimiento judicial para hacer efectivos estos derechos, entre otros.

Es así que estos primeros estudios sobre pluralismo jurídico se dieron en sociedades no occidentales porque eran las “distintas”. En tal sentido, se puede mencionar, a modo de ejemplo, que en algunas comunidades africanas la investigación empírica de los antropólogos indicaba que son las edades sociales y no las biológicas las que marcan la adquisición de la existencia social a través del pasaje a la sexualidad socializada, a partir del cual los jóvenes quedaban sometidos al poder de decisión de la generación de los mayores, quienes ordenaban las uniones matrimoniales mediante un reparto de esposas en estrecha relación con los sistemas de

alianzas que, obviamente, tornaban inaplicable el concepto de unión legal propio del derecho occidental moderno de origen estatal.

Solo en épocas posteriores, fundamentalmente a partir de los años 80, los antropólogos retomaron el análisis del pluralismo jurídico en el interior de sus propias sociedades, mas sin arribar a una definición pacífica ni uniforme.⁽³⁾ Pero en esta nueva etapa comienzan mayormente a investigarse, además, las formas alternativas que ofrece el propio sistema jurídico —y que, por ende, no le son ajenas— para resolver disputas a través de la proliferación de agencias de diversa índole: servicios al consumidor, defensorías del pueblo, asesorías a campos profesionales, rondas campesinas, etc., cuyos propósitos fundamentales, según afirma Graciela Rodríguez, están centrados en dar cuenta, analíticamente, de nuevos fenómenos sociales que están ocurriendo en relación con el funcionamiento de la administración de justicia ante su incompetencia para resolver conflictos, con el fin de que a través de estas agencias adquiera un carácter más distributivo y haya una mayor posibilidad de acceso a la justicia, favoreciendo al mismo tiempo una instancia de autorreflexión crítica de las partes involucradas en el conflicto mediante una discusión orientada por un tercero ajeno y neutral, especializado en estos procedimientos, que las impulse a encontrar soluciones satisfactorias para ambas, y donde el sentido y la solución se buscan en forma casuística —o sea, de manera descentralizada, en función de las dificultades que presenta el nivel de los sujetos, el barrio, la rama profesional, etc.— antes que en forma global.

Y aunque la coherencia sigue siendo el objetivo porque no se trata de sacrificar la unidad del derecho que representa el sistema jurídico nacional, se trata de una cualidad que no viene dada de entrada, sino que constituye, más bien, un punto de llegada, dado que para resolver pragmáticamente los conflictos el énfasis no está puesto en la naturaleza de las normas, sino en la metodología a seguir, en el procedimiento, cuestiones que son analizadas por sociólogos y antropólogos del derecho como nuevas dimensiones empíricas de pluralismo jurídico, quienes rescatan la distinción de E. Ehrlich entre “derecho vivido o derecho viviente” y “derecho regulado por el Estado”.

(3) Dicho esto, sin dejar de tener en cuenta que la temática referida al derecho consuetudinario o costumbre jurídica sigue siendo materia de debate permanente entre antropólogos y sociólogos del derecho, centrándose en América Latina, básicamente, en los grupos de sus pobladores originarios.

Ello implica asumir, afirma A. Garapon, que esta descentralización del derecho contradice la ficción del legislador racional como único autor del orden normativo. Pero tal como las conocemos y funcionan hoy estas instituciones en las concentraciones urbanas, no podemos dejar de señalar que quienes ostentan el carácter de mediadores o componedores en este tipo de solución individual de los conflictos suelen ser abogados, con una formación jurídica de base clásica o tradicional centrada en el orden nacional estatal, a la que posteriormente suman el entrenamiento en unos determinados procedimientos que favorecen la autocomposición del conflicto pero sin que, a mi criterio, estas alternativas de resolución de conflictos que entusiasman a los antropólogos puedan ser enmarcadas dentro del pluralismo jurídico.

Como decía C. Geertz,⁽⁴⁾ el pluralismo jurídico atrae al abogado porque es jurídico y al antropólogo porque es plural, juego de palabras que resulta ingenioso, pero no del todo adecuado en relación a la emergencia de las corrientes críticas y su interés por el tema, que como antes mencioné se viene desarrollando hace bastante tiempo, y ya estaba presente en la fecha en que se publica su obra. Pero sucede que el derecho ya no es el mismo y los cambios ocurridos han traído nuevas modalidades, tal vez subsumibles en una conceptualización más amplia del pluralismo jurídico, a lo que habré de referirme más adelante.

3. El fenómeno del pluralismo jurídico desde la teoría general del derecho y las teorías críticas

Dando paso al costado legalista de este fenómeno, corresponde señalar que desde un punto de vista estrictamente jurídico esta expresión tiene que ver con la existencia de diversos órdenes jurídicos o sistemas jurídicos paralelos dentro de un mismo territorio o Estado, que coexisten con el orden estatal y, a veces, lo suplen o lo confrontan, lo que nos remite a la clásica distinción entre monismo y pluralismo o, para decirlo en términos más actuales, entre derecho estatal y derechos paralelos. O sea, con la existencia de otros focos de juridicidad o, como algunos autores lo han denominado, de un "policentrismo jurídico", que existe por fuera del monopolio de los Estados nacionales e implica, de hecho, distintas lógicas de gestión en torno a un conflicto por fuera de este monopolio; porque el

(4) GEERTZ, CLIFFORD, *Conocimiento local*, Barcelona, Paidós, 1994.

pluralismo supone, dentro de una misma sociedad, la existencia de diferentes mecanismos legales aplicables a casos idénticos.

En relación a las teorías críticas debe destacarse que su concepción del derecho excede el marco normativo vigente, en la medida en que lo describen como una práctica social específica de naturaleza discursiva que se desentraña a partir de analizar **cómo** funciona, de hecho, el derecho, en un Estado moderno, entendiendo que lo específico no radica en la opresión —o no solamente—, sino en el carácter abstracto y separado de la sociedad civil, pero donde igualmente se sustenta una cierta desconfianza en el poder del Estado y en la legalidad como mecanismo de emancipación social, considerada una forma de hipertrofia jurídica del Estado en detrimento de la construcción de esferas jurídicas autónomas en el seno de la sociedad civil.

Mas se debe tener presente, si se mantiene este concepto —como acertadamente lo señala Carlos Cárcova— que la incorporación de este tema en el análisis conceptual del derecho no implica una propuesta política ni tampoco identificar al pluralismo jurídico como una situación ideal o deseada en el sentido de una sociedad tolerante con la diversidad o sin explotados, sino que se trata de un tópico tradicionalmente utilizado para identificar una situación problemática consistente en un conflicto normativo dentro de un mismo ámbito territorial que puede encontrar distintas vías de solución y que concierne a la potencial ilicitud de una conducta así considerada desde el derecho oficial que, sin embargo, es vivida por su autor como permitida u obligatoria, en virtud de una norma u ordenamiento no oficial (como se está destacando en recientes decisiones judiciales). Cuando este autor se refiere a la problemática de la no comprensión del derecho que sintetiza en el concepto de **opacidad**, la entiende como un subproducto de la marginalidad, la anomia y la aculturación, que son las vías mediante las cuales enlaza este concepto con el fenómeno del pluralismo jurídico.

Esta situación de coexistencia de regímenes jurídicos diversos se ha dado más intensamente en algunos países de Latinoamérica, con mayor presencia de pueblos originarios con tradiciones culturales fuertes como México, Brasil o Perú, y en menor medida en Chile, Ecuador o Argentina, entre otros, si bien en nuestro país se advierte una emergencia si no de un derecho especial o distinto, sí de comunidades que reclaman para sí ciertos derechos en relación, sobre todo, a la propiedad de la tierra, que además

han comenzado a ser considerados en algunas políticas públicas, como habrá de advertirse al analizar la sanción de legislación específica relativamente reciente.

4. Del derecho romano a la era de la globalización. Derechos civiles, políticos y socioeconómicos

Volviendo muy atrás en la historia, tal vez se podría pensar en términos similares —*mutatis mutandi*— en el fenómeno producido en el derecho romano expresado en la coexistencia, dentro del vasto imperio dominado por Roma en la antigüedad, del *ius civile* —que regía a los ciudadanos romanos— con el derecho de gentes o *ius gentium*, que la autoridad imperial reconocía a los pueblos conquistados como una forma, sin duda inteligente, de evitar conflictos innecesarios y de tender a la pacificación y al desarrollo económico luego de la devastación de la guerra y la conquista. Mas en el presente existe, además del que podríamos llamar más tradicional, un nuevo pluralismo nacido de los fenómenos migratorios que caracterizan la actual sociedad global, multiétnica y multicultural y también, en menor medida, el que fue emergiendo a partir de la década del 90 de algunas prácticas autogestivas de los sectores populares que buscaron llenar los vacíos dejados por un Estado en retirada y por una juridicidad incapaz de satisfacer demandas generalizadas que hacen a la protección de los derechos y garantías fundamentales.

En todo caso, se trata de otra expresión de que la cultura de una sociedad es una compleja suma de procesos políticos y sociales donde visiones alternativas y contradictorias conviven en un equilibrio no siempre pacífico, porque el pluralismo jurídico no es un fenómeno que pueda caracterizarse como unívoco y causal, sino que debe ser abordado dentro de la complejidad propia de lo social y, también, como antes señalé, como una muestra de la opacidad de lo jurídico, lo que para las corrientes críticas resulta relevante en la medida en que proponemos estudiar el derecho como un hecho social, producto de prácticas sociales de naturaleza discursiva productoras de sentido y no solamente como un sistema de ideas expresadas en los textos normativos. Porque hoy la diversidad, la multiculturalidad y los problemas que tales hechos generan están instalados en el mundo global que compartimos y nos obliga a asumir mejores formas de socialidad, nuevos criterios de solidaridad y otras dimensiones de la tolerancia.

Es por ello que al abordar este tema se debe tener presente que contra la tendencia de los movimientos en pro del pluralismo jurídico a impugnar en bloque y sin matices el formalismo del derecho oficial y los que suelen ser sus correlatos, como el normativismo o el positivismo, entre otros, se impone establecer ciertas distinciones necesarias entre los derechos civiles y políticos y los derechos socioeconómicos, ya que una cosa son las demandas de esta naturaleza no atendidas por el derecho positivo y otra muy distinta las garantías individuales a él incorporadas, porque si en el primer caso está en juego la posibilidad de crear nuevos derechos que contemplen esas demandas, en cuanto a las garantías personales se trata de hacerlas respetar de manera estricta. En tal sentido, dice Luciano de Oliveira —citado por Cárcova en su obra— un derecho alternativo como el de las favelas, lejos de significar una praxis liberadora, suele cristalizar prácticas de dominación notoriamente violatorias de la tradición de los derechos humanos heredada del iluminismo. Habida cuenta de que cuando el derecho deja de adecuarse a las singularidades del presente, la interpretación de los textos jurídicos a la luz de los principios receptados en las declaraciones de derechos humanos, nacionales e internacionales, permite al operador jurídico su actualización.

Porque así como muchos autores se ilusionaron prematuramente con la idea de que el derecho nacido espontáneamente entre los pobres, los desposeídos y los vulnerados sería, por su origen, necesariamente emancipador, la experiencia probó que no siempre era así, porque los órdenes privados estaban cruzados por criterios muy primitivos y despiadados de hacer justicia o simplemente se organizaban conforme a la lógica de un grupo delictual hegemónico.

Existe, asimismo, otro tipo de pluralismo que no es el que aquí se trata cuya vigencia es, obviamente, invalorable: el que alude a derechos particulares producidos por una pluralidad de grupos que no son legítimos porque no pueden justificarse éticamente, tales como la mafia, las reglas que rigen las cárceles o el narcotráfico, etc.

También se pone en cuestión en este tema el papel de los operadores jurídicos, los modos de producción del conocimiento del derecho, es decir, las prácticas pedagógicas, y los usos estratégicos de la legalidad, que ponen de manifiesto tanto su carácter histórico como su articulación con la ideología y el poder, lo que se abordará más adelante.

5. Monismo y pluralismo en la producción de normas

Se puede afirmar entonces, inicialmente, que el pluralismo jurídico implica la aceptación de que **varios órdenes jurídicos pueden convivir en un mismo espacio y tiempo, negando la exclusividad estatal en la producción de normas jurídicas.**

Sin embargo, en orden a precisar el modo en que esta expresión puede ser utilizada, se debe advertir que el término “pluralismo jurídico” también tiene **otra acepción** que cree posible reconocer subsistemas en el interior del ordenamiento jurídico, que incluso pueden tener principios distintos y hasta opuestos a este, pero que son **permitidos** por la actividad estatal cuando no **delegaciones** de la propia norma jurídica.

Existen órdenes jurídicos diferenciados dentro de cualquier estado, tales como la iglesia, los sindicatos o las entidades deportivas, pero que expresamente autorizan el ordenamiento jurídico (lo que el art. 33 CC conceptualiza como “personas jurídicas”), pero la producción normativa que emana de esos grupos, en cuanto entes, parte de dicha autorización estatal y no implican poner en cuestión el ejercicio monopólico que tiene el Estado moderno sobre la producción de normas, sino que constituyen la expresión de la tesis monista, donde todo derecho es creado o **permitido** por él.

El monismo jurídico o teoría estatista del derecho sostiene la tesis de que existe un único derecho que es el creado por el Estado y es el producto histórico de la formación de los grandes Estados nacionales que surgieron luego de la desaparición del mundo feudal. Como lo explica Borello en su texto, con cita de Norberto Bobbio:⁽⁵⁾

Esta sociedad fue pluralista, es decir, formada por varios ordenamientos jurídicos, que se oponían o integraban: por encima de lo que hoy son los Estados nacionales había ordenamientos jurídicos universales como la Iglesia y el Imperio, y había ordenamientos particulares por debajo de la sociedad nacional, como los feudos, las corporaciones y los municipios. También la familia, considerada en el pensamiento cristiano como una sociedad natural, era en sí misma un ordenamiento. El Estado moderno —así— se fue formando a través de

(5) BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Temis, 1987, p. 9.

la eliminación y absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores por la sociedad nacional, por medio de un proceso que se podría llamar de **monopolización de la producción jurídica**. Si por poder entendemos la capacidad que tienen ciertos grupos sociales para promulgar normas de conducta válidas para todos los miembros de la comunidad, y de hacerlas respetar aún con el recurso de la fuerza —el llamado poder coactivo— la formación del Estado moderno corre paralela a la formación de un poder coactivo cada vez más **centralizado** y por lo tanto a la supresión gradual de los centros de poderes inferiores, lo que tuvo como consecuencia la **eliminación de todo centro de producción jurídica que no fuera el mismo Estado**.

La tendencia a identificar derecho con derecho estatal, que todavía hoy existe, es la consecuencia histórica del proceso de concentración de poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del Estado nacional moderno. La elaboración teórica más depurada de este proceso es la filosofía de Hegel, en la cual el Estado es considerado como el dios terrenal, como el sujeto último de la historia que no reconoce ningún otro sujeto ni por encima ni por debajo de él.

Con todo esto, queda claro que en la medida en que el Estado moderno, en función de su propia supervivencia y poderío, superaba los órdenes plurales del feudalismo, al mismo tiempo necesitaba instituirse de modo centralizador y monopólico, negando el reconocimiento a cualquier otro sistema jurídico en el mismo territorio donde ejercía su soberanía.

Esta concepción de la exclusividad estatal en la producción normativa será formulada en el positivismo jurídico del siglo XIX, que en el siglo XX se expresa con elevada claridad conceptual en autores como Kelsen y Hart. De hecho, casi todos los conceptos que el primero de ellos expresa en la teoría pura —como validez, sistema, orden jerárquico, constitución, norma fundante— tienen esa impronta en la medida en que remiten a un concepto central de esta teoría, que es el modo de creación del derecho sosteniendo; asimismo, que el hombre solo debe estar sometido al orden jurídico estatal puesto que el Estado moderno no consiente otras fuentes de producción de normas y Estado y Derecho son, entonces, las caras de una misma moneda.

6. Los aportes de la sociología jurídica

El pluralismo jurídico surge como respuesta a esa aspiración monopolista del Estado y es así como la Escuela Histórica del Derecho de Hugo y Savigny, al destacar la tradición y la costumbre que encarnan en el **espíritu del pueblo** por sobre la ley positiva, puede ser vista como una primera y embrionaria respuesta a esa tendencia aunque, como luego se verá, será recién la sociología jurídica del siglo XX la que proporcionará mejores fundamentos para el tratamiento plural del derecho, dado que lo que la escuela histórica pretendía era que al momento de legislar se tuviera en cuenta el espíritu del pueblo, a fin de que la ley sea una forma de expresión de la conciencia popular, mas sin cuestionar la estatalidad del derecho.

También la **teoría de la institución** con Hauriou y Renard en Francia y Santi Romano en Italia reacciona contra el estatismo positivista cuando sostiene que el elemento decisivo del derecho es la **organización**, en el sentido de que lo jurídico nace cuando un grupo social pasa de una fase inorgánica a una orgánica, manifestándose en una organización, que cuando necesita establecer un orden crea su propio derecho, teoría que según Bobbio rompió el círculo cerrado de la teoría estatista del derecho, en la medida en que reconocía que el Estado tiene una tendencia irresistible a absorber los demás ordenamientos, pero reconocía al mismo tiempo que por encima del Estado había una tendencia igualmente irresistible de la sociedad a generar siempre nuevos ordenamientos, por lo que siempre quedaba fuera de él un margen más o menos amplio de socialidad no controlada por el Estado y, por lo tanto, en ciertos aspectos pre estatal y, en otros, francamente antiestatal. Guido Fassó se enroló en ella, entendiendo que reafirmaba el principio de la pluralidad de ordenamientos jurídicos, proporcionando una versión del derecho no limitada a un ámbito restringido, sino extendida a muchos aspectos de la vida humana.

Pero es en el ámbito de la sociología jurídica donde el pluralismo jurídico se va a convertir en una categoría con peso propio, al punto de confundirse con su mismo objeto de estudio, dado que en la medida en que esta disciplina se ocupa de las relaciones entre el derecho y la sociedad, ello trajo el reconocimiento de otras esferas jurídicas frente al Estado, ampliando el concepto de "fuentes" y señalando que la producción jurídica excede la puramente estatal, reconociendo asimismo la existencia de lo jurídico como **diverso**, y admitiendo el derecho plural como derecho realmente existente.

Gurvitch y Ehrlich son dos de los autores más reconocidos dentro de la sociología jurídica clásica, siendo este último quien llega a negar la dependencia del derecho frente al Estado, afirmando que su despliegue debe rastrearse en la propia sociedad, cuyo orden jurídico se manifiesta en el “entrecruzamiento de una pluralidad de ordenamientos autónomos de agrupamientos particulares”, entendiendo que todo el derecho es “derecho de asociaciones” y la vida de la asociación es independiente de la fuerza exterior del Estado, siendo la fuente del poder coercitivo de las normas. Por eso el fenómeno jurídico no debe ser estudiado por las palabras de la ley sino a partir de las relaciones de dominación y posesión que los usos asignan a cada miembro de la asociación y el derecho a estudiar sería el derecho viviente, aun si no se ha plasmado en normas jurídicas.

Este argumento del pluralismo jurídico también fue desarrollado más tarde por Jean Carbonnier, quien sostuvo que: “... nuestra época ha puesto el monismo en cuestión y de nuevo la diversidad ha invadido el medio jurídico”, porque al contrario de lo que había sucedido en los siglos XVI al XIX, donde el nacimiento de los Estados nacionales se corresponde con el monismo jurídico, en las sociedades industriales de hoy hay innumerables centros generadores de derecho e innumerables focos autónomos que rivalizan con el estatal, lo que implica la existencia de una pluralidad de derechos concurrentes.

Actualmente, estos fenómenos, expresivos de una determinada diversidad cultural y normativa, suman otros elementos al momento de pensar la complejidad de lo jurídico y tienen antecedentes teóricos en el pensamiento jurídico europeo que probablemente deban ser resignificados a partir del fenómeno del multiculturalismo que se ha expandido, sin dejar de tener en cuenta que actualmente podría llegar a darse una cierta modalidad de borramiento de fronteras en función de la existencia de un fenómeno en permanente desarrollo, como lo es hasta el presente la generalización de Internet y las redes sociales, así como en virtud de la globalización en sus diversas manifestaciones. Porque a las concepciones tradicionales acerca del pluralismo jurídico se están sumando elaboraciones provenientes de la antropología jurídica —que inicialmente estudiaron los fenómenos producidos por el colonialismo y, posteriormente, los efectos de las migraciones contemporáneas— que actualmente abordan con singular énfasis la multiculturalidad y la globalización.

7. El pluralismo jurídico en Latinoamérica. Otras modalidades

En Latinoamérica las investigaciones orientadas a la existencia de situaciones de pluralismo jurídico tienen ya varias décadas y en general se encaminaron principalmente a la búsqueda de dos situaciones:

1. La producción normativa alternativa, y
2. La creación de espacios diferentes para la solución de conflictos dentro de un grupo mediante la creación de normas procedimentales.

Ernesto Garzón Valdés ha presentado los estudios desarrollados por Gessner en México en el año 1970 cuyas investigaciones mostraron la reducida importancia que tiene la actividad judicial para la solución de conflictos principalmente en zonas rurales, donde prácticamente no se recurría a los tribunales. En caso de conflictos entre desiguales se impone el más fuerte sin que el derecho tenga allí ningún papel; y si el conflicto es entre iguales se recurre a árbitros, quienes en su solución casi nunca aplican normas jurídicas.

Las investigaciones realizadas por Boaventura de Sousa Santos en Río de Janeiro —en la favela de Pasargada (nombre imaginario otorgado a un lugar real)— lo llevan a concluir que en esas experiencias se desarrollaban procesos sociales de pluralismo jurídico como **alternativa a la legalidad**, aunque el derecho de las favelas incluye normas del derecho oficial y otras que no pertenecen a él. Dice este autor que los lugares retóricos del discurso jurídico de estos asentamientos marginales son el equilibrio, la cooperación y la buena vecindad, mientras que aun cuando una parte gane más que la otra no se da la fórmula vencedor/vencido, probablemente porque el aparato coercitivo en que se basa es precario. Tampoco hay mucha separación entre lo legal y las consideraciones ético sociales, y la formalidad no existe ni tampoco una ruptura lingüística como la que a menudo exhibe el lenguaje del derecho, convirtiéndose en inaccesible para personas no especializadas, porque quienes deciden utilizan un lenguaje común que todos entienden debido al bajo grado de institucionalización de la función jurídica, experimentándose un derecho consensual, accesible y participante. También ha sido interesante, en su momento, la investigación desarrollada por algunos estudiosos en la comunidad peruana de Calahuyo.

Asimismo, puede mencionarse que existen prescripciones jurídicas que no son impuestas por la autoridad pública, no solo porque encontramos derechos supranacionales e infranacionales, sino también porque los hay

de naturaleza religiosa, íntimamente ligados a lo jurídico, como sucede con el derecho musulmán, puesto que tanto la Biblia como el Corán regulan conductas que están más allá de la relación de los hombres con la divinidad y que comprenden, a menudo de manera minuciosa, cuestiones de familia, de obligaciones recíprocas, relativa a los bienes, etc.

Cárcova, entre otros, sostiene que todavía quedaría por destacar otro tipo de pluralismo que es el que se articula con la lógica universalizante de la *lex mercatoria*, que se expresa en la emergencia de reglas que regulan el comportamiento de las corporaciones internacionales, que ellas mismas crean para resolver sus conflictos de competencia comercial o territorial y mediante las cuales apuran una solución más rápida, segura y previsible que la que podría proveer el procedimiento ordinario, intrincado y lento, propio de la jurisdicción estatal, de lo cual una muestra serían los tribunales arbitrales.

Este fenómeno se da también localmente e involucra a muchas empresas no transnacionalizadas y se encuentra resignificado en términos de posmodernidad y globalización, cuyo ideal panprivatístico no se detiene siquiera ante la mismísima actividad de juzgar sino que tiende, en cierto modo, a privatizar también la jurisdicción.

Actualmente hay quienes aluden a un pluralismo en las fuentes del derecho —que **no** es lo mismo que hablar de pluralismo jurídico pero, desde otra perspectiva, pone en cuestión el tema de la exclusividad de la regulación estatal— en atención a la incorporación de los tratados internacionales que han sido enunciados en el art. 75 inc. 22 CN, pero también por algunos fallos recientes de la CSJN que consideran obligatorios, por ejemplo, los dictámenes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y por la invocación que muchos doctrinarios y la propia Corte hacen de las normas del *ius cogens*, cuestión sin duda controvertida —porque se trata de reglas no sancionadas por el Estado aunque en oportunidades coincidan con las que sí lo han sido— que no habré de abordar aquí pero dejo planteada.

8. La cuestión en Argentina.

El genocidio de los pueblos originarios

Analizando esta cuestión en nuestra geografía —con relativamente escasa población indígena si la comparamos con otros países latinoamericanos— surge que el pluralismo jurídico ha sido un tema más bien de reflexión teórica antes que de aplicación práctica, pero también que se trata de una

situación que, lenta pero progresivamente, viene experimentando algunos cambios.

Tal vez el marcado desinterés por estas cuestiones —que ha sido predominante en la historia de nuestra cultura jurídica y política— tenga que ver con un hecho negado o atemperado por la historiografía oficial, que siempre ha ensalzado los logros de la generación del 80 sin reparar que esta suerte de refundación de la Argentina moderna que se le adjudica a quienes la integraron se hizo sobre la base de un genocidio cometido contra las tribus indígenas, que eran las auténticas dueñas de la tierra, a quienes les fueron arrebatadas a sangre y fuego para luego ser distribuidas entre los jefes del ejército vencedor, lo que de algún modo genera en nosotros una deuda, cuanto menos en el ámbito del conocimiento, pero no solo ahí, porque la reparación que les debemos debe ir más allá del reconocimiento cultural y debe materializarse mediante la posesión de las tierras que les reconoce la Constitución Nacional y demás formas de reparación. Tratándose de un delito de lesa humanidad como lo es el genocidio, sus consecuencias deberían ser imprescriptibles; no ya para punir a los muertos lo que —va de suyo— sería imposible, sino para reparar en los más diversos sentidos posibles a los vivos.

En tal sentido es interesante lo afirmado por Diana Lenton⁽⁶⁾ en su tesis doctoral, en la cual analiza los discursos circulantes sobre los pueblos indígenas y el diseño de políticas nacionales entre 1880 y 1970, quien considera que es así porque los pueblos originarios fueron sometidos a exterminio y saqueo mediante ataques a su población civil, confinamiento en campos de concentración de los que salían como esclavos (campos que existieron en Valcheta, Martín García, Chichinales, Rincón del Medio, Malargüe, entre otros), asesinatos y fusilamientos masivos y niños robados, donde, en pos de su configuración homogénea, el Estado se aseguró de que no hubiera más diversidad interna dentro de su territorio, intentando al mismo tiempo destruir la continuidad cultural de estos pueblos.

Hasta Mitre llegó a decir en el Diario La Nación que lo que hacía Rudecindo Roca, hermano de Julio Argentino, eran crímenes de lesa humanidad, porque se fusilaban prisioneros desarmados y se apresaba a mujeres y niños, y no porque criticara en sí misma la Campaña del Desierto, sino

(6) Doctora en Antropología Social (UBA).

porque cuestionaba que el gobierno minara su propia legitimidad al desoír lo que eran avances de la civilización.

Lenton sostiene que los pueblos originarios son víctimas de un genocidio, que aún no se terminó y que a gran parte de los intelectuales, incluidos los progresistas, no les importan porque, en definitiva, los ven como “otros” y lo sucedido como algo que le pasó a esos otros sin que los afectara particularmente, como si no fueran parte de la historia argentina. Y si bien reconoce que hoy existen espacios de apertura interesante y admite que esta problemática ha ganado visibilidad, cuando se confrontan paradigmas, dice, el que sale ganando es el racista, porque si hay petróleo en el territorio los conflictos no los resuelve el INAI o el INADI ni una oficina de interculturalidad, sino la Secretaría de Energía y allí no hay discusión posible.

Tampoco se puede dejar de mencionar la constante y dilatada campaña del intelectual y escritor argentino Osvaldo Bayer en defensa de las comunidades indígenas, de la Patagonia sobre todo, promotor de que en algunas ciudades de esa región el nombre y la efigie de Julio A. Roca asignado a calles y plazas sea removido y reemplazado por los héroes —vencidos— de aquella gesta exterminadora, quien siempre ha señalado que la avanzada militar del Estado argentino sobre los pueblos originarios a fines del siglo XIX tuvo un reconocido motivo económico que fue el de incorporar tierras al mercado, las que fueron entregadas sobre todo a latifundistas luego considerados “próceres” de este país. Y hoy son ambicionadas por compañías mineras y petroleras, cuya actividad comenzó a intensificarse al mismo tiempo que la soja expandía sus fronteras, sin que, a su criterio, se tome debida cuenta de los reclamos formulados por las comunidades indígenas que se encuentran en muchas regiones del país.

9. Los reconocimientos normativos

La reforma de la Constitución Nacional del año 1994 estableció, en el inc. 17 del art. 75 que corresponde al Congreso de la Nación:

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la en-

trega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

Anteriormente, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) había adoptado en su 76ª Reunión, el 27/06/1989, el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales que lleva el número 169, y que comenzó a regir el 05/09/1991 y fue ratificado por Argentina el 03/07/2000.

Este Convenio se dictó observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales del año 1957, pero considerando, además, la evolución y los cambios experimentados en la materia, a fin de reconocer la aspiración de estos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y su desarrollo económico y a fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven, por haber advertido que en muchas partes del mundo no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una perjudicial erosión.

El Convenio 169, a cuya lectura remito a la brevedad, aborda diversos temas, entre ellos el de la posesión y propiedad de sus tierras, así como también la necesidad de consultar con los pueblos indígenas cualquier medida administrativa o legislativa que los afecte estableciendo en su art. 6º los lineamientos a seguir en estos casos, previendo que las consultas se realicen mediante procedimientos apropiados, de buena fe y a través de sus instituciones representativas, a fin de que los pueblos involucrados tengan la oportunidad de participar libremente en todos los niveles de formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que les conciernen directamente.

En el año 2006 se sancionó en nuestro país la ley 26.160, que forma parte de las medidas que el Estado argentino adoptó para integrar un sistema de protección efectivo en virtud de lo establecido en los arts. 2º y 12 del Convenio 169, y declaró por el término de 4 años la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan

las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscrita en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes, que luego, mediante la ley 26.554, fue prorrogada hasta el año 2013, y luego otra vez, en la que se encargaba al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) el relevamiento técnico jurídico catastral de la situación dominial de esas tierras y se creaba un Fondo Especial para la asistencia de las comunidades indígenas por un monto de treinta millones de pesos, destinados no solo al relevamiento técnico antes mencionado, sino también a programas de regularización dominial, y suspendía por el plazo de la emergencia la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en el art. 1º.

Más recientemente, el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial ha generado profundos debates sobre la cuestión de la propiedad de la tierra de los pueblos originarios, en los que ha participado el titular del INAI, quien ilustró a los legisladores sobre el tema informando que en el país existen más de 900 comunidades indígenas y unas 950.000 personas que integran la población de los pueblos originarios, siendo uno de los puntos que trata la Reforma, precisamente, el derecho a consulta a estas comunidades cuando un emprendimiento privado puede afectar el lugar donde viven. Claro que todo aquello que se sancione como ley general, al mismo tiempo que reconoce el pluralismo cultural y antropológico, absorbe lo que de jurídico tiene el concepto en la medida en que ya no pertenece a otra regulación, paralela o alternativa a la del Estado, sino que queda incorporada a ella en igualdad de condiciones y jerarquía con cualquier otra norma estatal.

Estos derechos reconocidos por la ley, que durante mucho tiempo operaron prácticamente como letra muerta, van generando una regulación más específica en virtud de los cambios culturales que se han profundizado en épocas relativamente recientes, tanto desde las reflexiones que sobre esta cuestión, escuelas como la teoría crítica del derecho (que ya no es la única) han llevado a cabo desde sus comienzos, como por la acción inicialmente aislada pero cada vez más generalizada de algunos operadores jurídicos, que paulatinamente van configurando una mirada plural en el abordaje de estos temas.

A modo de ejemplo, menciono que en las elecciones generales del 27/10/2013 se hizo en cuatro provincias de la Argentina —Chaco, For-

mosa, Buenos Aires y Jujuy— la primera experiencia bilingüe a través de instructivos a disposición de los integrantes de las comunidades indígenas que habitan en ellas, experiencia cuya finalidad fue la de comenzar un proceso de mayor integración de los pueblos originarios en las elecciones, monitoreada por el Estado Nacional, que prevé llegar a todas las provincias en el año 2015 y procura que las agrupaciones políticas publiciten sus plataformas electorales también en idiomas nativos. El integrante del Consejo Nacional de Políticas Indígenas, Juan Namuncurá, indicó que fueron bien recibidos por los referentes políticos de muchos partidos, y que este es el primer paso en el proceso hacia una mayor y mejor participación originaria en los actos electorarios que se celebran en el país, siendo solo el comienzo de un proceso de integración que se encamina a ampliar y mejorar la participación de los 34 pueblos y más de 1500 comunidades existentes. En dicha elección los materiales elaborados por la Cámara Nacional Electoral fueron traducidos al quechua, mapuche, mocoví, qom y pilagá.

También se registran iniciativas de reconocimiento y participación en diversos municipios del país tales como, por ejemplo, la ciudad de Rosario.

10. Mojonés jurisprudenciales

En el mes de agosto del año 2011 se tuvo noticia de un fallo donde la justicia de Tucumán, por decisión del Dr. Carlos Arraya, titular del Juzgado en lo Civil y Comercial de la 2ª Nominación, invocando la vigencia de la ley 26.160, impidió el desalojo de una comunidad de indios quilmes en Colalao del Valle, quienes habían sido desalojados tres veces por orden de un mismo juez, pero siempre habían vuelto a recuperar ese territorio ancestral a pesar de que niños, ancianos, mujeres y hombres habían sido reprimidos con gases lacrimógenos y balas de goma y de que hubo detenidos, además de sufrir la destrucción de viviendas y mercadería, no obstante lo cual permanecieron en el lugar, siendo un caso que llegó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la mano del colectivo Abogados y Abogadas del NOA en Derechos Humanos y Estudios Sociales (Andhes) donde se remarcó el incumplimiento de la ley 26.160, la Constitución Nacional, el Convenio 169 de la OIT y la Constitución Provincial.

La Unión de los Pueblos de la Nación Diaguíta a la que pertenece la Comunidad India Quilmes (CIQ), está conformada por 54 comunidades

de 5 provincias: Tucumán, Catamarca, Salta, Santiago y La Rioja, y recuerda que la Corona Española emitió una Cédula Real en el mes de abril del año 1716 —prueba reconocida por el derecho local provincial y nacional y también por tratados internacionales— que fue aceptada por el Ministerio Público de Buenos Aires en 1853, reconociendo ambas partes la posesión y derecho territorial de las comunidades que hoy habitan el noroeste provincial. Este documento no especifica leguas ni hectáreas, pero sí montañas, lagos y arroyos que aún perduran, en base a los cuales estos pueblos estiman un piso propio de 120.000 hectáreas, de las cuales más de la mitad les fueron arrebatadas en el último siglo.

En el mes de septiembre del año 2011 la Cámara de Apelación del Noroeste de Chubut falló a favor de la comunidad mapuche “Santa Rosa Leleque”, reconociendo la vigencia de la ley de emergencia, posesión y propiedad indígena 26.160 y, por ende, suspendiendo el llamado de autos para sentencia en un juicio donde la demanda, promovida por la Compañía de Tierras del Sud Argentino SA, estaba destinada a recuperar la posesión de un predio que esta comunidad reivindica como propio en función de la posesión comunitaria ejercida por sus miembros.

En esa causa, los abogados de la comunidad citaban dos precedentes: “Lof, Casiano c/ Provincia de Río Negro s/ Contencioso Administrativo” en trámite por ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la IIIª Circunscripción de la Provincia de Río Negro, con sede en San Carlos de Bariloche; y “Cañupán, Manuel c/ Empresa Minera Pacific Rim Mining Corporation Argentina s/ Ordinario”, en trámite por ante el mismo Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral del Noroeste de Chubut con sede en Esquel.

Otro elemento importante para destacar es que al reconocerse formalmente en juicio a la Comunidad Mapuche, también el Estado reconoció su preexistencia étnica y cultural, y la ocupación tradicional de su territorio, lo que adquiere relevancia ya que el decreto 1122/2007 que reglamentó la ley 26.160, indica que se aplica incluso a las comunidades preexistentes, es decir, a las que no tengan su personería jurídica registrada, dado que esta misma Cámara había sostenido en ese mismo juicio que esta Comunidad no existía hasta que no se registró en la Escribanía General de Gobierno de Chubut.

En el mes de octubre de 2011, en Bariloche, el Dr. Martín Lozada, hijo del ilustre Salvador María Lozada⁽⁷⁾ en un fallo ejemplar sobreeseyó a una mujer de la comunidad mapuche Huayteka acusada de cortar un camino vecinal para impedir que una empresa petrolera desmontara un bosque que es sagrado para su pueblo, basado en una pericia antropológica que requirió antes de resolver el caso a fin de analizar la problemática del multiculturalismo “para poder juzgar con conocimiento y no desde un paradigma de hegemonía cultural”, explicando que “se llama delito culturalmente motivado a determinados comportamientos que, si bien contradicen la norma penal, se explican en razón de la cultura a la que pertenece el infractor”, estableciendo en su resolución la legitimidad de los pobladores ancestrales sobre las tierras en cuestión.

Respecto de la mujer acusada señaló que no es posible “que hubiera estado en condiciones de inspirarse en la expectativa subyacente a la previsión normativa prevista en el art. 181 CP, y ello por cuanto, en lo esencial, su sistema de creencias la llevó a hacer prevalecer lo que entendió como un bien jurídico de mayor trascendencia”, considerando, entonces, que “estamos en ausencia de cualquier forma de culpabilidad penal...”.

La pericia estuvo a cargo de la Dra. Claudia Briones, profesora de la Universidad Nacional de Río Negro y titular de la Escuela de Humanidades de esa casa de estudios, y la sentencia quedó firme al ser consentida tanto por el fiscal como por la parte querellante, lo que pone de manifiesto la progresiva importancia de los actores no juristas en los procesos en los que se juzga una cultura, tornando el campo del derecho más acotado no solo por los parámetros provenientes de otras ciencias, sino también por una clara opción ético política.

En tal sentido cabe traer a colación la contribución de Zaffaroni al tema que nos ocupa, puesto que si bien en su Tratado de Derecho Penal deja claramente establecido que de acuerdo con el sistema que inspira nuestro ordenamiento constitucional y la estructura del régimen penal que es su consecuencia el derecho argentino es un derecho de culpabilidad, establece como prerrequisitos de la reprochabilidad la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad de la conducta del autor del delito y su actuación dentro de un marco situacional que permita un cierto ámbito de autodeterminación, fuera de los cuales el reproche quedaría jurídicamen-

(7) Quien además de juez penal es Catedrático de la UNESCO en Derechos Humanos, Paz y Democracia por la Universidad de Utrecht, Países Bajos.

te excluido. No existe la posibilidad de comprensión cuando media incapacidad psíquica o un error de prohibición invencible (inc. 1° art. 34 CP), y no se da la autodeterminación cuando se produce un estado de necesidad exculpante (inc. 2° del mismo artículo).

Porque cuando son muy marcadas las diferencias en la comprensión del mundo se puede tornar inexigible la comprensión de la antijuridicidad, dado que el sujeto no puede internalizar la pauta de conducta disvaliosa para el sistema jurídico oficial como propia.

El 13/07/2013, la Dra. Gladis Beatriz Regoski, a cargo del Juzgado del Menor de Edad y la Familia de J. J. Castelli, VIª Circunscripción Judicial de la provincia del Chaco, hizo lugar a una acción de amparo promovida por Epifanio Leiva en representación de la comunidad Qom, ordenando a un particular la restitución de un inmueble situado en la localidad de Miraflores de esa provincia, por considerar ilegal el contrato de compraventa oportunamente celebrado sobre tierras de esta comunidad, en un proceso donde intervinieron como *amicus curiae* del tribunal el Presidente de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, la Presidenta de las Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora, el Presidente de la APDH La Matanza y la Coordinadora de Pueblos Originarios de la APDH. Y considerando que el juez de paz de la localidad había sido responsable de certificar un contrato de compraventa ilegal, comunicó lo actuado al Superior Tribunal de Justicia para que arbitre las medidas que estime pertinentes, intimó al Poder Ejecutivo Provincial para que mediante los organismos correspondiente haga efectivo el cumplimiento del Convenio 169 OIT e impuso las costas por igual al particular comprador del inmueble y al Estado Provincial.

A los instrumentos legales nacionales e internacionales vigentes la jueza sumó en los fundamentos de su fallo definiciones y recomendaciones de la CIDH.

También pueden mencionarse algunas medidas cautelares dictadas por un magistrado de la provincia de Catamarca, el Dr. Fernando Luis Adet Caldelari, con competencia en la localidad de Recreo, Departamento La Paz de esa provincia, quien en la sentencia interlocutoria N° 93/2012 y en la N° 87/2013 —prórroga de la anterior—, a pedido de la Fiscalía de Instrucción Distrito I, Turno 1° de la 1ª Circunscripción judicial de la ciudad de Córdoba, entre otras, mediante sendas medidas cautelares de no innovar decidió el mantenimiento de la situación existente ante un conflicto planteado con pobladores ancestrales de la región hasta tanto se resolviera el fondo de la cuestión.

Estas decisiones, todavía aisladas pero de sólidos y profusos fundamentos —que lo acotado de este espacio me impide reproducir, pero cuya lectura fervorosamente recomiendo— hacen que si bien puede ser prematuro afirmar que estamos asistiendo al comienzo de un cambio de paradigma dentro del Poder Judicial, no deje de ser auspicioso que los jueces comiencen a resolver esta clase de conflictos, respetando la cultura y los derechos de los pobladores ancestrales de estas tierras, sujetándose a la normativa vigente, nacional e internacional, sobre la materia.

A todo esto, debemos sumar que el Instituto en Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) sostiene, entre los diez puntos mínimos que deben estar en la agenda de cualquier programa real de democratización de la justicia, el “Reconocimiento de la administración de justicia de los pueblos indígenas” que en nuestro país ascienden a aproximadamente un millón de personas y son preexistentes por siglos a la creación del propio Estado, lo que se considera como un derecho elevado al rango constitucional (cf. Andrés Harfuch y Alfredo Pérez Galimberti en nota publicada el día 28/02/2013 en el diario *Página/12*).

En el año 2013 la comunidad mapuche Cheuquel, ubicada a 30 kilómetros de Zapala, denunció al Gobierno de Neuquén porque mediante un decreto —el 1482/2013— propuso otorgar el título de tierras comunitario, pero a cambio de otorgar derechos de exploración y explotación petrolera a las empresas Pluspetrol y GYP (Gas y Petróleo) de Neuquén, porque de tal forma se violaba su derecho a la autodeterminación y a la consulta previa que exige el Convenio 169 OIT. El decreto otorgaba un título gratuito por 3.500 hectáreas, pero la comunidad posee 12.000; además establecía que el adjudicatario, o sea la comunidad, permitía el libre acceso a estas empresas, tanto la estatal como la privada.

Además, en un fallo de alta trascendencia, tras 11 años de litigio, el 10/12/2013 la Confederación Mapuche obtuvo un fallo favorable de la CSJN que declaró la inconstitucionalidad del decreto 1184 firmado por el entonces gobernador Jorge Sobisch en el mes de agosto del año 2002, donde reafirmó la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas cuando tomen medidas que pudieran afectarlos y se hizo hincapié en el derecho a la auto identificación de las comunidades, en el sentido de que no se requiere que el Estado “reconozca” a una comunidad para que esta tenga derechos como tal, destacando que este decreto era inconstitucional en la medida que no se adecuaba al “umbral mínimo”

establecido por el orden normativo federal en la medida que contradecía la ley nacional 23.302 y el Convenio 169 OIT, revocando lo decidido por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén y exigiéndole a la provincia que ajuste su legislación en materia de derechos y política indígena.

11. Modificaciones simbólicas y culturales

Otros hechos pueden señalarse en el lento camino iniciado para lograr el reconocimiento e integración de los pueblos originarios a la Nación Argentina, algunos de los cuales seguidamente cito, en orden cronológico:

- a. La marcha de las comunidades originarias a Buenos Aires durante la fiesta del Bicentenario, celebrada el 25 de mayo de 2010 donde, superando dificultades de diversa índole, se organizaron los pueblos mapuche, qom, kolla y diaguita para confluir, desde distintos puntos del país, en la Capital de la República, donde pudieron entrevistarse con la Presidenta de la Nación para decirle lo que necesitaban, lo que querían como organizaciones indígenas y también que querían aprovechar las puertas que se habían abierto para poder organizarse, porque antes eran perseguidos y no podían hacerlo.
- b. Que, oficialmente, en nuestro país, por un decreto presidencial del mismo año se dejó de festejar el 12 de Octubre como "Día de la Raza", siendo celebrado desde entonces como "Día del Respeto a la Diversidad Cultural" (recordemos que el 11 de octubre es considerado por los pueblos indígenas como "el último día de libertad") porque también el lenguaje y el simbolismo que entraña la expresión inciden materialmente en la conformación de un discurso alternativo al predominante.
- c. La conformación, en el año 2013, del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (ODHPI), que creó el Centro de Documentación Cristina Linkopan para visibilizar las múltiples formas de discriminación a las que están expuestas las mujeres indígenas.
- d. También se puede mencionar que en la Primera Reunión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe que se realizó en Montevideo, también en el año 2013, las mujeres indígenas pidieron que se las atiendan en los centros de salud desde una perspectiva que respete su cultura. El Enlace Continental de Mujeres Indígenas de las Américas (ECMIA) recordó a los Estados que tienen "la obligación de proteger y garantizar el más alto nivel de salud intercultural que contemple los derechos sexuales y reproductivos y la salud materna de las mujeres indígenas como parte fundamental del derecho a la salud".

Aun cuando falte todavía un largo camino por recorrer, todas las investigaciones que se hicieron desde las distintas disciplinas que abordaron esta

diversidad antropológica y sus proyecciones sobre la cultura y la juridicidad —algunos de los cuales he mencionado sumariamente— así como las acciones políticas de los grupos afectados y la decisión de los tres poderes del Estado, han contribuido a darle a esta cuestión no solo una visibilidad que no tenía, sino también la posibilidad de erigirse en alternativa válida de regulación legal, inclusión cultural y legítimo reclamo de medidas protectorias al Estado.

12. Tentativas de integración desde la educación formal

Desde la perspectiva de la educación formal, mencionaré dos ejemplos que confirman tanto la asunción explícita del pluralismo cultural existente en nuestro país, como la tendencia a la integración desde el reconocimiento de la diversidad.

La Universidad Nacional de Rosario ha becado a 28 alumnos de pueblos originarios —22 de los cuales ingresaron en el año 2013— que pertenecen a las comunidades Qom, Kolla, Ava Guaraní, Mocoví, Mapuche, Omaguaca y Tilián y han elegido carreras tan diversas como Odontología, Medicina, Ciencias de la Educación, Abogacía, Historia, Psicología, Trabajo Social, Antropología, Ingeniería Civil, Arquitectura y Música, así como, algunos de ellos, hacer el secundario en la Escuela Agrotécnica de Casilda. Además, la Universidad se ha propuesto garantizar el ingreso, permanencia y egreso de estos alumnos mediante la creación del Programa Intercultural para Estudiantes de Pueblos Originarios, que no solo les otorga becas integrales sino también un acompañamiento que respete sus pertenencias a través de espacios interculturales de diálogo, aprendizaje e intercambios de saberes. Tienen pase libre para el transporte urbano de pasajeros, cuentan con material de estudio y alimento, más un monto fijo mensual de mil pesos para solventar otros gastos relacionados con su estudio, y reciben acompañamiento personal pedagógico, académico y sociocultural permanente a cargo de estudiantes avanzados y docentes de la facultad con formación intercultural, encontrándose nucleados en el Consejo de Estudiantes de Pueblos Originarios, un instrumento de participación política indígena donde se generan y discuten todas las propuestas a trabajar en coordinación con el programa.

Desde otra perspectiva —más ligada a la consolidación de la propia cultura que a la integración— también se debe mencionar la creación de la Universidad Campesina (Unicam) impulsada por el Movimiento Nacional

Campesino Indígena (MNCI) que se ha creado este año 2013 en la localidad de Villa Ojo de Agua, ubicada en el sur de la provincia de Santiago del Estero, casi en el límite con Córdoba, y se encuentra avalada por cuatro universidades nacionales: La Plata, Quilmes, Córdoba y Río Cuarto que, respetando la propia lógica de sus impulsores, certificaron los distintos trayectos pedagógicos y las profesiones propuestas por esta organización para avanzar en la soberanía alimentaria, la reforma agraria integral y la unidad de los pueblos latinoamericanos logrando, asimismo, que los estudiantes tengan títulos universitarios y no terciarios, previéndose un número de 250 para el año 2014.

Su finalidad es la de promover espacios de formación para los jóvenes de comunidades rurales desarrollando un espacio educativo y productivo orientado a la agroecología. El coordinador general de la Unicam, Ángel Strapazon, ha expresado que "Los hijos de los campesinos fracasan en las universidades clásicas y por eso hay que desarmar ese contenido y enraizarlo en el sustrato indoamericano de transformación y justicia social". Es así que la enorme mayoría de la población indígena y de los jóvenes provenientes de los pueblos originarios jamás pudieron acceder a las universidades nacionales, sostiene, porque "la universidad tradicional no está preparada ni metodológica ni políticamente para ellos. No convoca ni entusiasmo a estos sectores para convencerlos de que ellos también tienen derechos a títulos universitarios".

La idea de los organizadores es que los estudiantes alternen períodos en el aula y en los territorios, con el fin de fortalecer el vínculo entre el estudiante, la comunidad de base (que es el lugar donde viven), el conocimiento y la acción o práctica transformadora. Desde el MMCI han expresado:

No queremos darle un sentido competitivo y por eso no nos parece que haya carreras universitarias a la manera tradicional. La idea es que los trayectos integren la defensa de la cultura campesina, sus valores y las formas de producción en contra de los agronegocios del tipo del cultivo transgénico, porque el avance del agronegocio ha acarreado un proceso de concentración en la producción, la tierra y los recursos naturales que dejaron por el camino a miles de campesinos indígenas, que perdieron la posibilidad de continuar con su actividad.

13. Interrogantes y —provisorias— conclusiones

Aunque el tema ha sido abordado desde diversas perspectivas finalizaré este análisis desde lo estrictamente jurídico, planteando algunos interrogantes y conclusiones, a saber:

1. El pluralismo jurídico entendido como hecho es una situación ampliamente registrada por la sociología jurídica, pero pretendido como derecho o como argumento para la solución de conflictos jurídicos presenta mayores dificultades y sobre todo, desafíos, algunos de los cuales parecen ir teniendo una respuesta positiva a través de las iniciativas y acciones de orden legal, jurisprudencial, cultural y educativo antes mencionadas.
2. ¿Es realmente derecho el que encontramos y se aplica en comunidades como las de Pasargada y Calahuyo? Borello dice —y no puede sino compartirse— que la respuesta que demos a esta pregunta dependerá de nuestra propia concepción acerca del derecho y que este marco teórico la condicionará, entrando en una suerte de círculo vicioso.
3. La sociología jurídica, en la mayoría de sus expresiones, no dudará en aceptar el derecho plural como derecho realmente existente. De Sousa Santos da una definición que puede abarcar estos fenómenos: “conjunto de procesos regularizados y de principios normativos, considerados justiciables en un grupo social dado, que contribuyen para la creación y prevención de litigios y para su resolución, a través de un discurso argumentativo de amplitud variable, apoyado o no por la fuerza organizada”.
4. En la ciencia jurídica, en cambio —en su actual modelo hegemónico de corte positivista— el derecho plural queda expresamente excluido porque la producción jurídica está vinculada solamente a la actividad estatal. Por eso se debe mirar con atención la evolución tanto de la legislación como de la jurisprudencia, así como tomar nota de las ofertas educativas específicamente destinadas a dar cabida y adecuada respuesta a esta diversidad cultural desde la institucionalidad organizada del Estado, porque tal vez estén expresando una tendencia destinada a morigerar lo que de discriminatorio emergía, de hecho, de este pluralismo sociológico, mediante la vía de la incorporación de estas diferencias al sistema legal que nos rige.
5. En la consolidación de estas tendencias se habrá de tener el suficiente cuidado en llevar adelante auténticos procesos de integración cultural, evitando el riesgo siempre presente de consolidar algún tipo de discriminación que mediante alguna irracional perpetuación de lo propio —de ambos lados— impida una superadora mixtura con lo otro.
6. Otra característica a tener en cuenta es la siguiente cuestión paradójica: mientras que en los países centrales el pluralismo jurídico aparece como una forma de **resistencia** a la omnipotencia estatal (por exceso de Estado) —uno de cuyos ejemplos sería, por ejemplo, el afán independentista de Cataluña— en Latino-

américa la ecuación es inversa, pues el desarrollo de una normatividad paralela surge ante la **ineficacia** de la actividad estatal para contener a variados sectores sociales (por ausencia del Estado).

En definitiva, el “argumento” del pluralismo jurídico se ha presentado en Latinoamérica, típicamente, de dos modos diferentes, al que ya se agregaría un tercero, en consonancia con lo que hasta aquí he expuesto: El que intenta aplicar el pluralismo sociológico asociado a la construcción de una legalidad propia, eficaz para ese grupo social y que de algún modo es producto de la ausencia estatal.

El que se construye por medio del pluralismo antropológico, que no tiene que ver solamente con la ineficacia estatal sino por la reacción a patrones culturales diferentes, que reconoce antecedentes en la resistencia colonial a la pretensión imperialista del derecho “moderno”, establecido a partir de la constitución de los Estados nacionales.

El que actualmente pretende integrar a la legalidad estatal esta diversidad cultural y normativa pero no, estrictamente, desde lo que el derecho liberal moderno es y ha significado desde sus orígenes, sino respetándola en su especificidad aun cuando esta integración se produzca dentro de sus márgenes.

Se trata, en suma, de determinar cuáles son los criterios para valorar y legislar en consecuencia, y cuál es el modo en que se construyen esos criterios, lo que nos conduce a asumir la necesidad de mantener y defender el pluralismo ideológico, valorativo y cultural, a partir de un análisis sociológico de esa pluralidad que muestre las causas que dan origen a estos diferentes sistemas de legitimidad y sus implicancias socioeconómicas, sin dejar de tener en cuenta, sin embargo, que cualquier cultura, sea la oficial o una alternativa, puede ser susceptible de crítica si está asentada en estructuras que mantienen la desigualdad humana sosteniendo formas denigrantes de vida.

Y se trata, también, de tener presente que la presencia del pluralismo —sea de tipo jurídico, antropológico, sociológico o cultural— pone de relieve la necesaria interrelación entre los distintos saberes jurídicos al ensanchar el horizonte del derecho como fenómeno social complejo en constante modificación, no siempre adecuado a los parámetros impuestos por el Estado. Por lo que resulta imprescindible abreviar en la interdisciplina, principio que desde las teorías críticas propugnamos como una de las exigencias epistemológicas insoslayables del conocimiento jurídico.

Borello concluye expresando:

Si el derecho es —en definitiva— una técnica de organización social, el análisis de las características y modalidades que ad-

quiere cuando no es elaborado u operado por el Estado desde sus aparatos burocráticos, sino por sus propios agentes, pone de manifiesto necesarias condiciones para que sea **accesible a todos**, como las que hemos visto, de consenso, participación, igualdad, flexibilidad en sus rituales, comprensión de su lenguaje, etc. Desconocer o desvalorizar el aporte de estos argumentos implica un innecesario empobrecimiento (y desfiguración) del derecho, pues por sí solos, los conceptos del positivismo jurídico (y, por ende, de la Ciencia del Derecho) son **necesarios pero insuficientes** para la comprensión del derecho. Y también de su diversidad, cuyo desconocimiento pone en juego la misma legitimación del derecho, si este es insensible a la pluralidad de valores en la sociedad.”

Finalmente y a modo de cierre, he de destacar que tanto el pluralismo jurídico como el multiculturalismo —que, desde ya, no son la misma cosa pero tienen insoslayables puntos de contacto— tienen que ver con dos dimensiones propias del ser humano que lo definen y dividen aguas: **la identidad y la dignidad** como rasgos en permanente construcción que nos constituyen y tanto nos acercan como nos alejan de nuestros congéneres. Pero, también, con la necesidad de integración, respetando las diferencias como requerimientos subyacentes fundados en los derechos humanos básicos, no solo en cualquier planteo de pluralismo jurídico, sino también en las problemáticas multiculturales e interculturales y, desde ya, en la de los migrantes, quienes con su diversidad y las dificultades propias de su condición las nutren y les otorgan sentido y densidad, lo que nos habla de un mundo espacial y virtualmente interconectado, pero que no por ello ha eliminado las diferencias y las desigualdades.



Homenajes



Werner Goldschmidt y Robert Alexy: *corsi e ricorsi* del integrativismo jurídico⁽¹⁾

MARÍA ISOLINA DABOVE⁽²⁾



Palabras clave: derecho; integrativismo; repartos; normas; libertad; dignidad; justicia.

1. Introducción

Hoy haremos una homenaje a un hombre que logró niveles de multiculturalismo en su vida personal realmente elevados. Werner Goldschmidt fue un judío alemán, un paria en su propia tierra, un migrante forzado, refugiado político itinerante y católico converso. Él fue un hombre que atravesó distintos niveles de riqueza y pobreza, profesor universitario en Argentina, un hombre que llegó a viejo. Todas estas son causales de su profunda multiculturalidad que dio lugar a diversas situaciones de discriminación múltiple, no por cierto, merecidas.

(1) Una versión más completa puede verse en: CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL (coord.), *Dos filosofías del derecho argentinas anticipatorias: homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.

(2) Investigadora de CONICET. Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UNR.

En esta oportunidad intentaré hacerle un homenaje relacionando su vida y su obra con otro profesor alemán con quien presenta grandes similitudes biográficas y filosóficas: Robert Alexy. Repasaremos precisamente los puntos de contacto y de diferenciación que observamos entre la **Teoría Trialista** de W. Goldschmidt⁽³⁾ y la **Teoría No Positivista del Derecho** de R. Alexy.⁽⁴⁾ Esperamos que, con ello, puedan abrirse vías reflexivas que enriquezcan el discurso y la práctica jurídica de este tiempo.

2. Goldschmidt y Alexy: una lectura de sus vidas

Werner Goldschmidt nació el 9 de febrero de 1910 en Berlín en el seno de una familia judía signada por la tragedia del nazismo. Era el segundo de cuatro hermanos y todos se formaron en el marco de una educación humanista y abierta.⁽⁵⁾ Su preparación jurídica de grado transcurrió sobre carriles muy dinámicos. Tal como el mismo Werner relata en *Justicia y Verdad*: estudió el primero, segundo, quinto y último semestre en la Universidad de Berlín. Cursó el tercero y el cuarto en Kiel; curiosamente, en la misma Casa en la que años después trabajaría Robert Alexy. El último seminario lo realizó en Hamburgo durante el semestre de invierno de 1929/30.⁽⁶⁾ Sus maestros fueron, entre otros, Hermann Kantorowicz, Gerhardt Husserl, Emil Lask, Arturo Nussbaum, Martín Wolff, Heinrich Triepel, Martín Havenstein y James Goldschmidt, su padre, profesor de derecho penal y derecho procesal, decano, incluso, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berlín durante dos períodos.⁽⁷⁾

(3) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio", en *Investigación y Docencia*, Rosario, FIJ, n° 6, 1988, pp. 65/68; CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL (coord.), *La Filosofía del Derecho en el MERCOSUR*, Bs. As., Ciudad Argentina, 1997.

(4) Los trabajos más importantes de Alexy comenzaron a publicarse a comienzos de la década del 80. Así, la Teoría de la argumentación jurídica data de 1981 y sus traducciones, inglesa y española, corresponden a 1989. No obstante, Rodolfo Vigo señala que "La obra de Alexy se halla desperdigada en una gran variedad de artículos, incluso publicados en diferentes lenguas, la que termina exhibiendo un panorama reticular en tanto las tesis centrales se reiteran, pero encontrando permanentemente nuevos matices, ajustes, interrelaciones y hasta denominaciones..." (VIGO, RODOLFO, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, 2a ed., Bs. As., Lexis-Nexis, 2006, p. 293). Ver también: VIGO, RODOLFO, *La injusticia extrema no es Derecho (de Radbruch a Alexy)*, Bs. As., La Ley, 2006, p. 25 y ss.; "Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy", en *Doxa*, n° 26, Alicante, 2003, pp. 203/224.

(5) PERUGINI, ALICIA M., "Homenaje a Werner Goldschmidt", en Ciuro Caldani, Miguel Ángel (coord.), *La Filosofía del Derecho en el MERCOSUR. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, Bs. As., Ciudad Argentina, 1997, p. 158.

(6) GOLDSCHMIDT, WERNER, "Enseñanza de la verdad y de la justicia", en *Justicia y Verdad*, Bs. As., La Ley, 1978, p. 525 y ss.

(7) PERUGINI, ALICIA M., *op. cit.*, p. 158 y ss.; CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio", *op. cit.*, p. 65; CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Werner

Werner obtuvo el título de Doctor en Derecho en 1931, gracias al desarrollo de su tesis sobre la conciencia de antijuricidad en el delito de allanamiento de morada, que se publicó en Berlín. A partir de entonces, inició su carrera académica y judicial en Kiel.⁽⁸⁾

El nacionalsocialismo frustró el examen de Habilitación del joven doctor judío alemán y su actividad en la magistratura de Kiel. También le impuso una expatriación forzada de por vida. Como recuerda Alicia Perugini, "Se fue solo a Suiza y no volvió a vivir nunca más con su familia. A partir de entonces, con 22 años, comenzó a vivir su nueva nacionalidad: la de inmigrante".⁽⁹⁾ España será el segundo destino y Argentina, su último refugio. Allí, en 1949, la Universidad Nacional de Tucumán le permitirá retomar su vida académica al contratarlo como profesor. A partir de entonces, y atravesando innumerables peripecias, dio clases en la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Nacional del Litoral y en la Universidad Nacional de Rosario, entre otras.⁽¹⁰⁾ De este modo su labor llega a nuestra ciudad, Rosario, dando paso al desarrollo de la Escuela Trialista del Derecho.

Goldschmidt murió el 21 de julio de 1987 en la ciudad de Buenos Aires. Tan solo un año antes, la Fundación Konex le otorgaba el Diploma al Mérito en Humanidades por su contribución a la Teoría General y a la Filosofía del Derecho en Argentina. Su teoría ya había sido sembrada en tierra fértil. Veinte años después, esta misma Fundación reconocerá también a su fructífero discípulo: Miguel Ángel Ciuro Caldani.

Robert Alexy nació en Oldenburgo, en el marco de una típica familia alemana, el 9 de septiembre de 1945, a una semana de concluida la Segunda Guerra Mundial.⁽¹¹⁾ Vivió la división y la reconstrucción de su país y también fue testigo de la caída del Muro de Berlín y la democratización de toda Alemania. Entre 1968 y 1973 estudió Derecho y Filosofía en la Universidad de Göttingen. Quizás por ello, como señala el propio Alexy, arribó

Goldschmidt, diez años después", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Rosario, FIJ, n° 22, 1997, pp. 11/14.

(8) PERUGINI, ALICIA M., *op. cit.*, p. 159.

(9) PERUGINI, ALICIA M., *ibid.*, p. 160.

(10) *Ibid.*

(11) Al respecto, recordemos que "... como conflicto mundial, comenzó el 1° de septiembre de 1939 (si bien algunos historiadores argumentan que en su frente asiático se declaró el 7 de julio de 1937) para acabar oficialmente el 2 de septiembre de 1945", [en línea] http://es.wikipedia.org/wiki/Segunda_Guerra_Mundial, consultado el 4 de julio de 2007.

pronto al campo de la Filosofía del Derecho; haciendo de este espacio su profesión.⁽¹²⁾ Seguramente Goldschmidt hubiese visto con simpatía a este joven estudiante que, con su formación, hacía realidad aquella Universidad pensada en tierras tucumanas.⁽¹³⁾

Durante su carrera conoció a Günther Patzig y trabajó junto a Ralf Dreier en su tesis doctoral. Obtuvo el título de Doctor en 1976 con una tesis sobre la Teoría de la Argumentación Jurídica. En 1984 logró la Habilitación en la Universidad de Göttingen con la obra que luego se publicara como *Teoría de los Derechos Fundamentales*. En 1986 se incorporó a la Universidad de Kiel, en la que aún hoy se desempeña. Desde entonces ha dado clases en numerosas universidades, logrando asimismo un amplio reconocimiento internacional. En este sentido, a modo de ejemplo, basta recordar que la *Teoría de la argumentación jurídica* se publicó por primera vez en Alemania en 1981 y en 1989 se tradujo al español y al inglés.⁽¹⁴⁾ Alexy fue Presidente de la Sección Alemana de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Filosofía Social —IVR— entre 1994 y 1998 y, desde el año 2002, es miembro de la Academia de Ciencias de Göttingen.

Pese a sus diversas experiencias vitales ambos juristas abrevan en una fuente teórica común para el desarrollo de cada una de sus posiciones: la razón práctica o ética kantiana. En la teoría formulada por W. Goldschmidt esta influencia se manifiesta de manera especial en el planteo de la dimensión dielógica del derecho. En tanto, en la teoría de R. Alexy las ideas de Kant se receptan a partir de la aplicación de la doctrina neokantiana, particularmente de Gustav Radbruch y su famosa fórmula según la cual la injusticia

(12) Como dice Alexy: "... Quien estudia a un tiempo ciencia jurídica y filosofía llega pronto por sí mismo a la Filosofía del Derecho...", en ATIENZA, MANUEL, "Entrevista a Robert Alexy", en *Doxa*, Alicante, n° 24, 2001, pp. 671/687, [en línea] <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=17210>, consultado el 4 de julio de 2007; ALEXY, ROBERT, "La naturaleza de la filosofía del derecho", en *Doxa*, Alicante, n° 26, 2003, pp. 5/32.

(13) Goldschmidt se preguntaba "... ¿Cuál será el papel de las universidades y de la filosofía universitaria en Alemania, después de la Segunda Guerra Mundial?" (GOLDSCHMIDT, WERNER, *op. cit.*, p. 555). Al respecto, recordaba que A. Müller decía: "... desde los días de Hegel la filosofía nunca fue estimada tanto como ahora, después de la guerra. Todos anhelan filosofía. En los años de postguerra ningún libro se ha vendido tanto como los de este tema. Los estudiantes de las universidades se atropellan en los cursos de filosofía...". Pero también se planteaba: "... ¿cuál ha de ser la tendencia de la actual universidad alemana en la que de nuevo tan formidables energías intelectuales se congregan? (...) formulemos votos de que Alemania organice sus universidades como instituciones nacionales dentro de lo universal, que rechace la nacionalismo universal y que ices la bandera del universalismo nacional".

(14) Al respecto, ver [en línea] <http://www.uni-kiel.de/alexyl/>, consultado el 4 de julio de 2007.

extrema no es derecho. Esta tesis, según veremos en el próximo apartado, ocupa un lugar importante en la pretensión jurídica de corrección.⁽¹⁵⁾

Sin embargo, es relevante destacar que cada autor, a su vez, se ha visto beneficiado por el auxilio de perspectivas filosóficas específicas que merecen destacarse. Así, la obra goldschmidtiana se vio enriquecida por los aportes de Aristóteles, Santo Tomás, Savigny, Gény, las escuelas neokantianas y Max Weber, entre otros.⁽¹⁶⁾ Al mismo tiempo, la teoría de Alexy ha sido marcada por el aporte del pactismo hobbesiano, la filosofía analítica de Hare y Baier y la teoría crítica de Habermas. Mediante este enfoque Alexy logra canalizar las posibilidades que ofrece la racionalidad práctica discursiva hacia el derecho.⁽¹⁷⁾

3. Teoría Trialista y Teoría No Positivista: corsi e ricorsi del integrativismo jurídico

3.1. Carácter complejo y tridimensional del derecho

La primera tesis compartida por la Teoría Trialista de Goldschmidt y la Teoría No Positivista de Alexy es la referida al **carácter complejo y tridimensional del derecho**. Por ello no es desacertado afirmar que ambas perspectivas constituyen claros ejemplos de **Teorías Jurídicas Integrativistas**.⁽¹⁸⁾ En este sentido observamos que las dos admiten que el mun-

(15) GOLDSCHMIDT, WERNER, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987.; VIGO, RODOLFO, *La injusticia...*, op. cit.; GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

(16) Resulta pues interesante porque estos aspectos de la teoría aristotélica fueron resaltados por R. Alexy en la entrevista que le hiciera Manuel Atienza, al considerar a Aristóteles uno de los tres filósofos mas grandes de la historia de la filosofía.

(17) VIGO, RODOLFO, op. cit., p. 27.

(18) Acerca del integrativismo puede verse, entre otros: ZUCCHI, HÉCTOR A., *El Derecho como objeto tridimensional*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001; ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia*, 3º ed., trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1999; PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Fontamara, 1997; AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*, Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; PECZENIK, ALEXANDER, *Derecho y Razón*, E. Garzón Valdés (trad.), México, Fontamara, 2000; BAYON, JUAN CARLOS, "El contenido mínimo del positivismo jurídico", [en línea] <http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/Cerdio/teoria%202/bulygin.doc>, consultado el 14 de julio de 2007; VEGA GOMEZ, JUAN, "El positivismo excluyente de Raz", [en línea] <http://info.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/110/art/art9.pdf>, consultado el 14 de julio de 2007; SERNA, PEDRO, "El positivismo incluyente en la encrucijada", [en línea] <http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/Cerdio/teoria%202/bulygin.doc>, consultado el 14 de julio de 2007; RÓDENAS, ÁNGELA, "¿Qué queda del positivismo jurídico?", en *Doxa*, Alicante, n° 26, 2003, pp. 417/448, [en línea] <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482866462359391865846/index.htm>, consultado el 10 de julio de 2007;

do jurídico se compone en su estructura básica de **conducta, norma y justicia**,⁽¹⁹⁾ aunque difieran en la forma de referirse a estos componentes y en las categorías de análisis que emplean para su comprensión. Para el profesor de Kiel el concepto del derecho adecuado: "... tiene que relacionar tres elementos: la legalidad conforme al ordenamiento, la eficacia social y la corrección material...".⁽²⁰⁾ De manera que, respecto de cada uno de ellos, "le corresponden tres conceptos de validez: el sociológico, el jurídico y el ético"⁽²¹⁾ respectivamente.

3.2. Crítica a las teorías jurídicas no integrativistas

Una segunda coincidencia importante de las teorías abordadas se infiere del análisis de las perspectivas jurídicas no integrativistas y del panorama que cada una elabora para su clasificación. **Goldschmidt** denomina a estas teorías como **infradimensionalistas**; siendo **uni o bidimensionales** en función de los componentes que la teoría esté dispuesta a reconocer como constitutivos del derecho.⁽²²⁾ Para **Alexy**, las teorías generales del derecho pueden agruparse en dos tipologías: las posiciones positivistas y las no positivistas.⁽²³⁾ El positivismo entiende que el derecho, o bien es legalidad conforme al ordenamiento, o bien es legalidad dotada de autoridad y de eficacia social. En cambio, las posturas no positivistas sostienen que el derecho es legalidad conforme al ordenamiento, socialmente eficaz y dotada de justificación moral. Las **teorías no positivas** definen al derecho, pues, a la luz de las tesis que sostienen su vinculación con la moral.⁽²⁴⁾

3.3. Composición y funcionamiento del derecho

La tercera similitud relevante que presentan las teorías integrativistas de referencia consiste en señalar la necesidad de una comprensión estática y dinámica del fenómeno jurídico. Veamos un poco más de cerca estos puntos de conexión, a través del análisis de los componentes de las dimensiones del derecho y de su funcionamiento.

ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, "Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica", en *Doxa*, Alicante, n° 26, 2003, pp. 417/448, [en línea] <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482866462359391865846/index.htm>, consultado el 10 de julio de 2007.

(19) GOLDSCHMIDT, WERNER, Introducción..., *op. cit.*, p. 18.

(20) ALEXY, ROBERT, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., Jorge M. Seña (trad.), Barcelona, Gedisa, 1997, p. 21.

(21) ALEXY, ROBERT, *op. cit.* p. 87.

(22) GOLDSCHMIDT, WERNER, Introducción..., *op. cit.*, pp. 33/36.

(23) ALEXY, ROBERT, *El concepto...*, *op. cit.*, p. 13 y ss.

(24) ALEXY, ROBERT, *ibid.*, p. 21.

Para la Teoría Trialista de Goldschmidt, la **dimensión sociológica** del derecho está constituida, principalmente, por repartos. Es decir, por conductas intersubjetivas adjudicatarias de potencia e impotencia.⁽²⁵⁾ Alexy, por su parte, alude a este despliegue cuando desarrolla la problemática de la eficacia en tanto indicador de la validez social del fenómeno jurídico.⁽²⁶⁾ Sin embargo, la jurística sociológica goldschmidtiana resulta más abarcativa. El trialismo trata en igualdad de condiciones los repartos autoritarios y los autónomos e incluye a las distribuciones. En cambio, Alexy identifica el problema de la eficacia solo con los repartos autoritarios. De igual modo, mientras el jurista rosarino sostiene que en el derecho cabe el orden y el desorden de repartos, el maestro de Kiel se refiere únicamente al primero.

Por su parte la **dimensión normológica** —o el campo de la validez jurídica— incluye el estudio de las normas aisladas y del sistema en su conjunto. Así, desde este enfoque es posible diferenciar a las normas —proposiciones descriptivas construidas por los operadores jurídicos— de los preceptos legales —proposiciones normativas provenientes del legislador—. ⁽²⁷⁾ La teoría de Alexy, en sentido semejante al Trialismo, distingue entre norma y enunciado normativo, siendo la primera el significado del segundo.⁽²⁸⁾ Con ello bien puede entenderse que los enunciados normativos vienen a cumplir la función de los preceptos legales antes mencionados. A su vez, según Alexy, las normas pueden adquirir o bien la forma de reglas o bien, la de principios. Para Goldschmidt esta distinción entre reglas y principios adquiere importancia cuando desarrolla la problemática del funcionamiento de las normas.⁽²⁹⁾

Por último, la Teoría Trialista considera que el sistema jurídico se configura en atención al conjunto de normas que captan de manera lógica, neutral y coherente todo el orden de repartos, efectivamente en marcha.⁽³⁰⁾ El maestro de Kiel, en concordancia con lo anterior, también admite que "... la condición de la validez jurídica de un sistema (...) es que las normas que a él pertenecen sean eficaces en general, es decir, que valgan socialmente".⁽³¹⁾

(25) GOLDSCHMIDT, WERNER, *op. cit.*, p. 49 y ss.

(26) ALEXY, ROBERT, *op. cit.*, p. 88.

(27) GOLDSCHMIDT, WERNER, *op. cit.*, pp. 194/214.

(28) ALEXY, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Ernesto Garzón Valdés (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 49/55.

(29) GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 280/286.

(30) GOLDSCHMIDT, WERNER, *ibid.*, p. 323.

(31) ALEXY, ROBERT, *El concepto...*, *op. cit.*, p. 90.

Con esto una vez más se resalta el paralelismo entre la Teoría Trialista y la No Positivista alexiana, en el esfuerzo de hacer posible la conexión entre normas y realidad social.

La **dimensión valorativa** —para las dos posturas integrativistas estudiadas— completa el cuadro constitutivo del mundo del derecho. Goldschmidt, como se sabe, reconoce a la **justicia** como valor principal del fenómeno jurídico. Pero también otorga gran relevancia al **humanismo**, en tanto criterio orientador para la construcción del Estado de derecho o régimen de justicia. Alexy llega curiosamente a la misma conclusión, aunque partiendo de una posición axiológica constructivista.⁽³²⁾ En efecto, de la mano de la tesis que vincula el derecho a la moral, de la pretensión de corrección y del argumento de la injusticia extrema, viene a considerar —junto con Habermas— la necesidad de legitimación moral o validez ética del derecho.⁽³³⁾

En relación al contenido jurídico de la justicia y del régimen humanista Goldschmidt y Alexy coinciden en afirmar el papel protagónico de la libertad y la igualdad en su configuración. El respeto a la libertad asegura la consideración del individuo como sujeto distinto y diverso, en suma, su realización como persona. Mientras, la consagración de la igualdad garantiza su pertenencia a la comunidad y la distribución proporcionada de premios y castigos en su seno. La libertad y la igualdad, junto con la dignidad de la persona son, para ambos, **conceptos básicos de la Filosofía Práctica** y representan **los principios más importantes del derecho racional moderno**. Tanto es así que **su precisión y su ponderación conducen a los problemas de la justicia**.⁽³⁴⁾

La cercanía entre ambas teorías se corona con las propuestas que realizan en torno a los medios para la construcción del régimen de justicia o Estado de derecho humanista. Así, mientras el maestro rosarino señala la necesidad de acudir a los derechos fundamentales como herramientas para el fortalecimiento del individuo contra el régimen y los otros individuos; Alexy los incluye como criterios básicos del principio de corrección. Pero este esquema no resultaría operativo si a ello no se le sumara un último ingrediente de demarcación que protege “puertas adentro” el coto de derechos humanos positivados. Este no es otro que la tesis reformulada de Radbruch de la injusticia extrema considerada desde el punto de vista del participante del mundo jurídico. Concretamente Alexy escribe:

(32) ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 149/151.

(33) ALEXY, ROBERT, *El concepto...*, op. cit., p. 92 y ss. y p. 41 y ss.

(34) ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 525/526.

“... el umbral a partir del cual las normas pierden el carácter jurídico está fijado por exigencias morales mínimas. Por ejemplo, el derecho humano elemental a la vida y a la integridad física...”.⁽³⁵⁾ De esta manera la pretensión de corrección funciona, para Alexy, como factor decisivo y característico de toda sociedad democrática y de todo estado social y constitucional de derecho.⁽³⁶⁾

Mención especial requiere el tratamiento de la **dinámica jurídica** ya que alude, a nuestro juicio, al tratamiento del funcionamiento del derecho en su conjunto.⁽³⁷⁾ En este sentido, el trialismo actual reconoce la necesidad de profundizar en el análisis de las tareas de reconocimiento, interpretación, aplicación y argumentación respecto de las normas, siempre necesarias para el progreso del fenómeno jurídico. También considera apropiado el estudio y la comprensión cabal de las funciones de determinación y elaboración de normas, en caso de resultar alguna de ellas requerida para el caso.⁽³⁸⁾

En la obra alexiana la dinámica se pone de manifiesto al abordar el problema de la construcción del derecho como **modelo completo**. Es decir, como modelo integrado de **reglas/principios/procedimiento**. En efecto, según nuestro autor, las reglas y los principios que conforman el costado pasivo del fenómeno jurídico no regulan por sí mismos su aplicación. Por ende, debe adosársele un conjunto de procedimientos que constituyan el costado activo del derecho. Esta última dimensión no es otra cosa que su teoría de la argumentación jurídica, entendida como caso especial de la racionalidad práctica general.⁽³⁹⁾

(35) ALEXY, ROBERT, *El concepto...*, op. cit., p. 54.

(36) ALEXY, ROBERT, “La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático”, en *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, año V, enero/junio, n° 8, 2000, pp. 21/41; “La institucionalización de la justicia”, J. A. Seoane, E. R. Soderó (trads.) y P. Rodríguez, J. A. Seoane (ed. y pres.), Granada, Comares, 2005; PECZENIK, A. “Derecho...”, cit., pp. 11/52; pp. 123/144; ZAGREBELSKY, G., “El Derecho...”, cit., pp. 93/88; COFRÉ LAGOS, JUAN OMAR, “Recensión”, en *Revista de Derecho*, vol. XVIII, Valdivia, n° 2, Diciembre 2005, pp. 247/250, [en línea] http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950200500020, consultado el 7 de junio de 2007.

(37) En este sentido cabe recordar que, para Goldschmidt (GOLDSCHMIDT, WERNER, op. cit., p. 280); el funcionamiento de las normas es siempre “tridimensional”.

(38) GOLDSCHMIDT, WERNER, “Introducción...” op. cit., pp. 250/302; CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 18/25, 88.

(39) ALEXY, ROBERT, *Derecho y razón práctica*, 2° ed., Wistano Orozco (trad.), México, Fontamara, 1998, pp. 17/18; *El concepto...* cit., pp. 172/174; ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 203/204;

4. Conclusión

En este homenaje traté de mostrar los puntos de contacto entre la Teoría Trialista del mundo jurídico de W. Goldschmidt y la Teoría No Positivista de R. Alexy. De esta exposición se desprende que las coincidencias son muchas y ricas para el análisis. En efecto, desde el marco del integrativismo jurídico, la teoría formulada por Alexy puede perfectamente considerarse, a los fines de potenciar el desarrollo de las categorías jurídicas, creada por el trialismo. Más aún, tal integración es deseable, toda vez que ambas producciones vean al derecho como el instrumento de realización de la libertad de la persona, en salvaguarda de su dignidad.

Goldschmidt y Alexy no se conocieron. No compartieron generación ni contexto cultural aun cuando se hallaban unidos por un mismo origen. Sin embargo, no es osado decir que el maestro rosarino suscribiría, una por una, las palabras de Alexy cuando dice:

“... el derecho consiste en tres elementos: 1) la legalidad en conformidad con el ordenamiento, 2) la eficacia social y 3) la corrección en cuanto al contenido. El primer elemento representa la institucionalidad del derecho; el segundo, su facticidad y el tercero, su moralidad. La gracia de este concepto trialista de derecho está en que los tres elementos no están relacionados simplemente de cualquier manera. Entre ellos existen muchas relaciones necesarias. La eficacia sin legalidad supone inmutabilidad, la legalidad sin eficacia carece de fuerza, y ambas conjuntamente no es (*sic*) todavía derecho si no se plantea al menos una pretensión de corrección...”⁽⁴⁰⁾

Así pues, qué mejor homenaje podemos hacer de Werner Goldschmidt que mostrar la rica vida que aún hoy siguen teniendo sus originarias líneas de investigación al ser transitadas por *iusfilósofos* relevantes de este tiempo.



Derecho y Argumentación, Cartagena, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 31/37; GASCÓN ABELLÁN, MARINA; GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2003, pp. 340/346.

(40) ATIENZA, MANUEL, “Entrevista a Robert Alexy...”, *op. cit.*, p. 34.

¡No te vayas, campeón!⁽¹⁾

ESTEBAN LUIS FRANICHEVICH⁽²⁾



“Es condena extrema la que la Historia académica impone al profesor Cossio, y cuando bien hubiera venido reconocerlo fue olvidado, quizás en interpretación de que la ingenuidad y la esperanza son el oportunismo y la sagacidad de los maquiavélicos, quizás por envidia disimulada propia de los mediocres”.⁽³⁾

En esta oportunidad quiero recordar a un hombre que —conforme a la reforma universitaria a la que dedicó su tesis doctoral— no solo supo asombrar a las escuelas de derecho de la época con ideas originales y únicas sobre la conducta humana (objeto cultural),⁽⁴⁾ a partir de lecturas filosóficas atrevidas y sorprendentes; sino que también denunció las debilidades y flaquezas ideológicas de las escuelas jurídicas a servicio del capitalismo cruel, y denunció siempre los intereses capitalistas de la Iglesia con estricto respeto para con sus fieles. Tuvo la valentía de polemizar con todos, sin distinciones de estatus y procedencia.

Dedico estas palabras al profesor Cossio, porque desde sus cátedras estudió y divulgó a filósofos y a pensadores del territorio jurídico; introdujo a Marx en los programas de iusfilosofía y nos obsequió la ideología como herramienta de lectura jurídica, trayendo a nuestros claustros universitarios la Teoría pura del derecho que hizo recular a Hans Kelsen en su

(1) En recuerdo al Maestro Carlos Cossio (1903/1987)

(2) Profesor Titular Facultad de Derecho (UNR).

(3) COSSIO, CARLOS, “Epílogo”, en *El Pensamiento*, Rosario, UNR editora, 2009.

(4) Es el primero que caracteriza la conducta como objeto cultural, al que denomina en el año 1941 “objeto egológico”. Ver COSSIO CARLOS, “La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho”, en *Revista Universidad, Santa Fe*, n° 8, 1941.

primera concepción acerca de la norma jurídica y repensar su concepción sobre el tema.

Rindo homenaje al hombre que, con su Teoría egológica del derecho —primera y única escuela iusfilosófica argentina—, despertó el interés de —incluso— autores extranjeros; razón por la que su teoría fue traducida a varios idiomas, convirtiéndose en cita “obligada” para toda una legión de autores, aunque no todos hayan tenido la honestidad de evidenciarlo.

El Maestro Carlos Cassio nos legó un tesoro académico que excede el derecho. Pues sus reflexiones sobre la axiología (egológica) y la justicia, la interpretación del derecho, la decisión judicial, el conocimiento de protagonista, la objetividad y la imparcialidad, el conocimiento y la verdad, la política, la historia, los partidos políticos, la revolución, la opinión pública, el ser existencial, etc.; son posibles de proyectar a todas las ciencias sociales como herramientas de conocimiento. Incluso, luego de ser depuesto de su cargo de profesor de la UBA, sus ideas proscriptas continuaron “dando vueltas” en el aire universitario; porque, sin dudas, es un gran símbolo de los estudios *iusfilosóficos* argentinos del siglo pasado.

Por toda su obra, tan inmensa y singular: ¡no te vayas, campeón!

”Así es que bien vale conocer su creación, inacabable yacimiento de ideas en el cual siempre encontraremos un filón más para el desafío y el asombro”.



Seminario



¿Qué decimos cuando hablamos de multiculturalismo?⁽¹⁾

Coordinado por GRUPO DE DOCENCIA E INVESTIGACIÓN⁽²⁾



Palabras clave: multiculturalismo; educación; praxis dialógica; interculturalidad; derecho; teoría freireana.

El uso de técnicas de taller en el marco metodológico de lo que Paulo Freire denominó “círculo de cultura” es una modalidad de enseñanza aprendizaje priorizada por el Proyecto Educativo Cátedra/Instituto: un proyecto centrado en abordar las problemáticas que se nos presentan en torno a la formación del estudiante y del perfil profesional del graduado en abogacía, en una ética social que exige a la formación académica mucho más que la mera capacitación técnica. A propósito de esto, Carlos Rodrigues Brandao expresa:

A partir da crítica formulada por Paulo Freire a respeito do que ele denominou de ‘educação bancária’, o círculo de cultura dispõe as pessoas ao redor de uma ‘roda de pessoas’, em que

(1) Trabajo de Taller realizado en el marco de las XXVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social “Multiculturalismo, Interculturalidad y Derecho”, organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, celebradas los días 10, 11 y 12 de octubre de 2013, en la sede de la Facultad de Derecho, de la Universidad Nacional de Rosario.

(2) Participantes y co-organizadores del taller: Prof. Lic. Lilians M. López, Docente Titular Cátedra III y Directora IPF/Rosario; Profesores/as: Oscar Lúpori, Sandra Bartolomé, Marianela Pierobón, Paula Negroni, Stella M. Firpo y jóvenes educadores; Adscriptas, Auxiliares y Ayudantes Estudiantes de Cátedra III: Julieta Urmeneta, Pablo Mengascini, Malcon Perucca, Lilén Yuste, Rebeca Marti, Franco Cicerchia.

*visivelmente ninguém ocupa um lugar proeminente. O professor que sabe e ensina quem não-sabe e aprende aparece como o monitor, o coordenador de um **diálogo** entre pessoas a quem se propõe construir juntas o saber solidário a partir do qual cada um ensina-e-aprende. Era ponto de partida a ideia de que apenas através de uma pedagogia centrada na igualdade de participações livres e autônomas seria possível formar sujeitos igualmente autônomos críticos, criativos e conscientes e solidariamente dispostos a três eixos de transformações: a de si-mesmo como uma pessoa entre outra; a das relações interativas em e entre grupos de pessoas empenhadas em uma ação social de cunho emancipatoriamente político; a das estruturas da vida social (...) No círculo de cultura o diálogo deixa de ser uma simples metodologia ou uma técnica de ação grupal e passa a ser a própria diretriz de uma experiência didática centrada no suposto de que aprender é aprender a "**dizer a sua palavra**".*

Esta metodología parte de una concepción de la educación que no considera la transmisión de conocimientos como lo fundamental del acto educativo. En este sentido, afirma:

*Alfabetiza-se, educar-se (e nunca: 'ser alfabetizado', 'ser educado') significa algo mais do que apenas aprender a ler palavras e desenvolver certas habilidades instrumentais. Significa aprender a ler crítica e criativamente 'o seu próprio mundo'. Significa aprender, a partir de um **processo dialógico** em que importa mais o próprio acontecer partilhado e participativo do processo do que os conteúdos com que se trabalha, a tomar consciência de si-mesmo (...); **tomar consciência do outro (...); e tomar consciência do mundo (...)**.⁽³⁾*

Paulo Freire apostó a crear teoría pensando nuestras prácticas. Otros autores, entre ellos Cornelius Castoriadis, nos hablan de **elucidación crítica**, concepto que refiere no solo a **saber** lo que se hace, sino también **pensar** lo que se hace. Entendemos por ello un proceso de reflexión continua, la premisa de mirar nuestras propias prácticas, de poder mirar(nos), con todo

(3) BRANDAO, CARLOS RODRIGUES, "Círculo de cultura", en Danilo R. Streck, Euclides Redin, Jaime J. Zitkoski (orgs.), *Diccionario Paulo Freire*, Belo Horizonte, Autentica Editora, 2008.

lo que ello significa en la inserción áulica. En otras palabras, se trata de un proceso dialógico, espacio/tiempo, donde puedan convivir **conocimiento científico y conocimiento cotidiano**.

Una **pedagogía de la pregunta**⁽⁴⁾ permite escuchar, repensar la realidad social; el discurso/los discursos en contexto.

Nos propusimos el taller como una instancia educativa que nos permitiera elaborar **algún** conocimiento y, sobre todo, develar qué discursos se asocian, en el diálogo, a la **pluralidad cultural** planteada como tema de estas Jornadas.

En esta línea, nos interrogamos desde la **pedagogía de la pregunta** de Freire y decimos: ¿qué y para qué nos interesa filosofar en derecho problematizando(nos) en esta contemporaneidad?

En el plano del **anuncio**, de la propuesta, ¿cómo hacer frente a la lógica "estandarizadora" y "homogeneizadora" (pensamiento único)⁽⁵⁾ que actualmente persigue la educación superior en un mundo cada vez más globalizado/fragmentado? ¿Educamos y nos educamos sosteniendo naturalizaciones/valores que refuerzan la histórica asimetría; tanto las minorizaciones como las desigualdades entre culturas dominantes y subalternas?

Nuestra opción es re-trabajar estereotipos⁽⁶⁾ "entre", develando significaciones propias y ajenas, construcciones culturales e históricas enraizadas en profundas relaciones de poder. Esta praxis educativa hace a una crítica reflexiva del posicionamiento ético político en la especificidad del conocimiento.

Estamos inmersos en políticas académicas hegemónicas que valoran la dimensión consciente del sujeto de la cultura, relegándolo a un supuesto sujeto epistémico que legitima aquellas políticas que lo silencian en su profundidad humana/simbólica y que dan lugar a lo que Paulo Freire denominó "**cultura del silencio**":

Para Paulo Freire a cultura do silêncio é produzida pela impossibilidade de homens e mulheres dizerem sua palavra, de manifestarem-se como sujeitos de práxis e cidadãos políticos,

(4) FREIRE, PAULO, "Pedagogía de la pregunta", en *Educación y Cultura*, n° 11, Bogotá, Ceid-Fecode, 1987.

(5) BAYARDO, R. y CASALLA, M., *Globalización e Identidad cultural*, Bs. As., Ciccus, 1997.

(6) IV Curso Interdisciplinario Formación Formadores, realizado por el Instituto de Investigaciones Paulo Freire en Rosario en el año 2011.

sem condições de interferirem na realidade que os cerca, geralmente opressora e/ou desvinculada da sua própria cultura. Ela é o resultado de ações político-culturais das classes dominantes, produzindo sujeitos que se encontram silenciados, impedidos de expressar seus pensamentos e afirmar suas verdades, enfim, negados em seu direito de agir e de serem autênticos. Eles constituem a classe dos oprimidos que não conseguem reconhecer-se como sujeitos criativos capazes de transformar aquilo que os cerca, estando sem condições de apresentar novas idéias ou de manifestar práticas culturais diferentes daquelas ás quais estão submetidos.⁽⁷⁾

Los sistemas educativos formales se basan en un contexto de formación que escinde la **lectura de la palabra** y la **lectura del mundo**,⁽⁸⁾ lo científico y lo popular, el dato y la interpretación, el concepto y la sensibilidad, la razón y lo inconsciente, el sujeto cognoscente y el sujeto del deseo, lo académico y lo político, etc., en fin: **la objetividad y la subjetividad, el saber y el poder.**

Oscar Steimberg, en una nota previa a una obra suya,⁽⁹⁾ plantea un:

... efecto de provisoriedad que surge de una de las evidencias de esta contemporaneidad: la de que todo texto ha pasado a remitir a cambiantes definiciones y clasificaciones culturales, originadas en distintas instancias críticas y en la imposibilidad de cerrar el debate acerca de las formas y alcances de cada producción de sentido. (...) Un efecto de conversación —de deriva tratable, temática y enunciativamente—, parece aceptarse, tal vez desearse, en cada encuentro. Como si el pasillo, en congresos y simposios —en general esto suele decirse, no escribirse— hubiera llegado definitivamente a prevalecer por sobre las salas de exposición y debate.

El efecto de provisoriedad aludido fue previsto por Nietzsche y, quizá, eso haya sido lo que lo condujo a un **nihilismo** que excluyó la **esperanza**.

(7) BRANDAO, CARLOS RODRIGUES, "Cultura do silêncio" en *Diccionario Paulo Freire...*, op. cit.

(8) FREIRE, PAULO y D'OLNE CAMPOS, MARCIO en Revista *El Correo UNESCO*, 1990.

(9) STEIMBERG, OSCAR, *Semióticas. Las semióticas de los géneros, de los estilos, de la transposición*, Bs. As., Eterna Cadencia, 2013.

Las filosofías del siglo XX que reivindicaron al primer filósofo antimetafísico (y al primer filósofo moderno, según Foucault) plantearon que la ausencia de seguridades absolutas no implica una absoluta inseguridad, sino que son las **reglas de juego**, provisorias y cambiantes, del suelo que pisamos.

En relación a las reconvenções del sistema capitalista, y en las condiciones presentes del ordenamiento global, el **pensamiento único** se impone en discursos socioeducativos circulantes como llave de acceso al conocimiento, clave en el ejercicio de los demás derechos.

Sostener un "multiculturalismo", en este marco, instala la crisis de un paradigma hegemónico como la crisis (universal) de los paradigmas. La crítica al sujeto cartesiano ya es centenaria.

Las ciencias sociales ya incorporaron al sujeto de la cultura, de la historia, del lenguaje, del poder, etc., pero otras —como el derecho y la economía política, entre otras— son todavía refractarias al sujeto del deseo y de lo inconsciente. Este sujeto fue relegado por la razón moderna al campo de la literatura y de las bellas artes, un campo de la cultura que, desde Aristóteles hasta Freud, solo tenía el atractivo de ser bello o, a lo sumo, catártico.

En el campo educativo, este modelo se expresa en **múltiples pobrezas**⁽¹⁰⁾ en los procesos de toma de decisiones y participación, en tanto atañen al sostén necesario para las resoluciones colectivas. Esta conceptualización nos resulta una categoría pertinente en la revisión de praxis y posiciones en el ámbito de la discusión académica.

José Eustaquio Romao⁽¹¹⁾ confronta y nos invita a atender a la **razón**, término que denota y acrecienta el sentido de **tener razón** en los argumentos y juicios. Dice el autor: "en los últimos años se habla sobre la crisis de los paradigmas", al tiempo que afirma que "no hay crisis de los paradigmas ni tampoco del conocimiento; lo que acontece es una verdadera "debaque, no 'del' ni de un paradigma ni de una epistemología típica sino de un tipo de saber".

No se trata de un problema de contenidos ni una simple cuestión metodológica, sino de que está surgiendo una **nueva geopolítica del conocimiento**:

(10) SIRVENT, MARÍA TERESA, *Múltiples pobrezas, violencia y educación*, Bs. As., Quirquincho, 1990.

(11) Doctor en Educación en la Universidad de Sao Paulo, educador, amigo de Paulo Freire, cofundador del IPF, creado en São Paulo, Brasil, en 1991.

en el plano hegemónico es un problema político con profundas implicaciones gnoseológicas, mientras que del lado del saber contrahegemónico es un problema epistemológico con fuertes consecuencias políticas. Es decir: la nueva geopolítica del saber del **reconocimiento de varios conocimientos**, de la convicción de que hay varios lugares de enunciación científica (diversidad de culturas) **no remite ni a nuevas gramáticas** y/o simple sustitución de paradigmas. Plantea, en consecuencia, el respeto/reconocimiento de las **razones oprimidas**.⁽¹²⁾

¿Desde qué **lugar** confrontar esta realidad? Existe un compromiso de poner en debate y trabajar desde la perspectiva freiriana de la **esperanza**,⁽¹³⁾ en tanto la dimensión del **otro**⁽¹⁴⁾ es fundante para la condición humana, no solo en su constitución, sino en su productividad histórica y recreación social.

Pensamos que el diálogo,⁽¹⁵⁾ en Freire, es una actitud que cuestiona la intolerancia y la masificación.

Como educadores, esto significó salir de ese lugar asignado de transmisión de un mundo ya interpretado al socializar esas miradas con/entre, donde el lenguaje connotado (lo cotidiano) llevó a recrear otros enlaces, saberes..., habilitando hacia otros vínculos socioeducativos.

Una **praxis dialógica** en la que es posible asumir las diferencias en el andar; ir generando un poder que viabiliza otro camino.⁽¹⁶⁾

En sintonía con el legado de Paulo Freire, pensamos que el conocimiento es una construcción. Los elementos que aprehendemos y se nos transmiten nos sirven como materia prima hacia esa construcción, así como la filosofía se nos perfila como una **caja de herramientas**.

(12) ROMAO, JOSÉ EUSTAQUIO, "Los-las intelectuales en el proyecto de integración del Mercosur. Una mirada freireana", disertación en el *Seminario de Actualización Interdisciplinar*, realizado en el IPF/Rosario, Facultad de Derecho, UNR, 2004.

(13) "La Historia en que me hago con los otros y en cuya hechura participo, es un tiempo de posibilidades y no de determinismo (...) Insisto tanto en la problematización del futuro, rechazo su inexorabilidad" (FREIRE, PAULO, *Pedagogía de la Autonomía*, México, Siglo XXI, 1997).

(14) FREIRE, PAULO, *Cartas a quien pretende enseñar*, México, Siglo XXI, 2004.

(15) El autor señala: "El diálogo aparece como la forma de superar los fundamentalismos, de posibilitar el encuentro entre semejantes y diferentes" en FREIRE, PAULO, *Pedagogía da Esperança*, Río de Janeiro, De Paz e Terra, 1992.

(16) Afirma Freire: "esta categoría encierra toda una creencia en el sueño posible y en la utopía que vendrá, si los que hacen su historia así lo quieren" (y "... es aquello que está más allá de las situaciones límite; es algo del orden del sueño", en FREIRE, PAULO, *Pedagogía de la Esperanza*, México, Siglo XXI, 1999, pp. 194/195.

Es en el diálogo entre educandos y educadores donde puede llegar a producirse el conocimiento y donde siempre aprendemos a enseñar y aprender a partir de lo ya experimentado y recreado mutuamente. Por eso, también priorizamos los aportes metodológicos de **la investigación participativa** o lo que Isabel Hernández denomina "**Antropología de mutua transferencia**".⁽¹⁷⁾

Aludimos a la propuesta educativa de Paulo Freire en tanto supera algunas dicotomías tradicionales: teoría y práctica, investigación y docencia, conocimiento vulgar y conocimiento académico. **El educador no siempre solo enseña y el educando no siempre solo aprende.**

Con el taller que nos propusimos hacer tratamos de poner en cuestión otra dicotomía tradicional y habilitar cierta "denuncia en el anuncio": llevar lo más rescatable del pasillo (el diálogo y la democratización del espacio compartido) al interior de una sala donde funcionaba un foro formal de las Jornadas.

Trabajamos con **tres grupos** de participantes y cerramos el trabajo con **una exposición plenaria** con el fin de socializar lo trabajado en cada grupo. Este último momento nos sirvió para escucharnos, esclarecernos e intercambiar saberes, opiniones, experiencias y, también, para que cada grupo pudiera, eventualmente, reelaborar lo elaborado.

La preparación de este taller partió de diferentes encuentros entre los educadores y educadoras que asumimos la coordinación y elaboramos preguntas orientadoras para el trabajo grupal, tomando como eje la articulación **cultura/derecho/educación**.

Además de la pregunta que dio título al taller, planteamos otras que sirvieron como cuestiones disparadoras del diálogo para todos los grupos, a saber: ¿Qué cuestiones interesan, en el debate de nuestra universidad, en torno a **multiculturalismo, interculturalidad y derecho**? ¿En qué discursos anclamos cuando filosofamos en derecho o cuando trabajamos en ciencias sociales, aún con mirada interdisciplinar? ¿Cómo entamar la **formación jurídica** en una educación vinculante con la lucha de los sectores **oprimidos**?

A su vez, hubo interrogantes específicos para cada grupo.

(17) HERNÁNDEZ, ISABEL, "Antropología de mutua transferencia", en *Autonomía o ciudadanía incompleta. El pueblo Mapuche en Chile y Argentina*, Santiago de Chile, Pehuén/CEPAL, 2003.

Grupo 1: ¿Hay reflexión sobre los discursos que circulan y los que usamos en las **praxis socioeducativas**? ¿A qué aludimos cuando hablamos de intercambios culturales o de interculturalidad? ¿Qué decires se imponen en el proceso educativo en el **acto de enseñar/aprender**?

Grupo 2: ¿Qué desconocimientos encontramos en la educación jurídica centrada en la mera aplicación de la ley? ¿Qué silencios se nos revelan? Si decimos **diversidades** para hablar de multiculturalismo, por ejemplo, en el derecho: ¿cómo podemos pensar el **hacer** justicia; la “Justicia”? ¿Sería justo el igual tratamiento de las culturas?

Grupo 3: ¿Qué discursos identificamos o, bien, circulan entre los científicos sociales/juristas y/o en las **praxis jurídicas**? **Reflexionemos(nos)** en el acto cotidiano de **enseñar/aprender**. ¿Qué mandatos recaen sobre la educación como llave de acceso al conocimiento y al ejercicio de los demás derechos?

El taller se inició con las palabras del Dr. Jorge Douglas Price, **como una ampliación de la participación en las Jornadas**, dando lugar a una apertura a cargo de la profesora titular de la Cátedra III de Introducción a la Filosofía y Ciencias Sociales, Lilians M. López, quien se presentó como educadora y trabajadora de la educación y nos expresó, entre otros conceptos, que: “... el punto de vista eurocéntrico es el que no tiene en cuenta el sujeto como sujeto del deseo, del lenguaje, de la cultura... y el que sostiene el mito de que cuanto más nos alejamos de la subjetividad mayor es la rigurosidad científica que alcanzamos: la distancia que coloca lo diferente como inferior”.

La formación eurocéntrica es unilateralizada, busca homogeneizar y aplanar, donde “aplanar no es hacer lugar a la vida”. En nuestra región, más que una colonización hubo una conquista —*ego conquiro* (yo conquisto), del filósofo Dussel—.

¿Por qué será que siempre a lo diferente lo reprimimos, lo resistimos, lo rechazamos, cuando lo que caracteriza la condición humana es la **diferencia**? Este planteo interpeló a los participantes de uno de los grupos en cuanto se preguntaron: “¿Qué nos pasa con la diferencia?”.

Reflexionaron que teorizar, hablar de respetar y tolerar las diferentes culturas se entiende como algo sencillo. Al reconsiderar experiencias propias, directas, de vivenciar otras realidades culturales, se encontraron con que en la acción se diluía o atenuaba tal respeto y tolerancia a la diversidad.

En el grupo se escuchó la pregunta: ¿qué experiencias teníamos en el momento de conocer otra cultura? a partir de este cuestionamiento, se problematizaron estos relatos de la siguiente manera:

¿Cómo vivenciamos el **respeto** y la **tolerancia**? ¿Cómo encarnamos la **cultura**, la **interculturalidad**? ¿Por qué el miedo a la diferencia? ¿De dónde viene?

Algunos participantes contaron experiencias que daban cuenta de que, al aproximarse a otra cultura, esa situación implicaba más un choque que una armonía.

Nos preguntamos, entonces, cómo pensar esos lugares/encuentros históricos desde una visión crítica, y para ello nos remitimos al abogado y antropólogo argentino Adolfo Colombres que sostiene que:

Cultura es entonces el conjunto de los valores materiales y espirituales acumulados por el hombre en el proceso de su práctica histórico-social. A los fines de una programación estratégica de la cultura, resulta útil la caracterización que hace de ella Claude Lévi-Strauss, quien la define como todo conjunto etnográfico que presenta variaciones significativas con respecto a otros. Quiere decir con ello que toda cultura posee su propia visión del mundo, una originalidad que constituye su primer requisito. Originalidad no implica superioridad ni la disposición de un talento especial, sino tan solo la comprobación de una diferencia. Ser distinto del modelo dominante, lejos de atraer la atención o constituir una prerrogativa, aún hoy sirve de argumento para discriminar, para considerar al otro como inferior, con lo que termina aboliendo el pluralismo tan proclamado por los documentos oficiales.⁽¹⁸⁾

Una participante del taller expresó: “hoy se tiende a la globalización, que aplanan la diversidad cultural, con imaginarios instituidos de que ser diferente es ser inferior”.

La cultura occidental silenció otras culturas, inferiorizándolas con sus pretensiones de universalidad, globalización y mundialización. Al respecto, nos dice Boaventura de Sousa Santos:

Aún, cuando todas las culturas tienden a definir sus valores últimos como los más extendidos, solo la cultura occidental

(18) COLOMBRES, ADOLFO, “La Cultura y su dialéctica”, en *La Marea*, n° 25, año XII, verano 2005/2006.

tiende a concentrarse en la universalidad. La pregunta por la universalidad de los derechos humanos traiciona la universalidad de lo que interroga por la forma como lo pregunta. En otras palabras, la pregunta por la universalidad de los derechos humanos es particular de la cultura occidental.

Más adelante, agrega:

El dilema cultural es el siguiente: desde que en el pasado la cultura dominante consideró como impronunciables algunas de las aspiraciones a la dignidad humana de la cultura subordinada, ¿es ahora posible pronunciarlas (...)? El imperialismo cultural y el epistemicidio son parte de la trayectoria histórica de la modernidad occidental. Tras siglos de intercambios culturales desiguales, ¿es justo el igual tratamiento de las culturas? ¿Es necesario considerar impronunciables algunas de las aspiraciones de la cultura occidental para dar espacio a la pronunciabilidad de otras aspiraciones de otras culturas? De manera paradójica —y en oposición al discurso hegemónico— es precisamente en el campo de los derechos humanos en donde la cultura occidental debe aprender del Sur, si la falsa universalidad que en el contexto imperial es atribuida a los DDHH quiere ser convertida en un diálogo intercultural en la nueva universalidad del cosmopolitismo.⁽¹⁹⁾

En otro de los grupos se abordó el tema de lo extranjero como imposición cultural en la vida cotidiana, mencionando como ejemplos la música de moda y los programas televisivos de entretenimiento.

En el plenario compartido entre los grupos surgió, a modo de pregunta, si podemos considerar dominante todo lo que provenga de otra cultura: un debate que incluyó como tema a los **nacionalismos**.

Voces de otro de los grupos manifestaron, con referencia al derecho, que “las luchas sociales son parte del ejercicio de los derechos. El derecho evidencia conflictos y no armonías. El derecho es un ejercicio del poder”.

(19) SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, “Hacia una concepción multicultural de los DDHH”, [en línea] http://webiigg.sociales.uba.ar/grassi/textos/Sousa_DDHH.pdf

Nos proponemos enriquecer estos dichos desde una perspectiva teórica proveniente del campo de las teorías críticas del derecho, la cual sostiene que:

El derecho se despliega como discurso ideológico en tanto promete, con la finalidad de organizar el consenso, lo que no da: igualdad, libertad, protección, garantías. Pero, como toda ideología, cuando desconoce, al mismo tiempo reconoce: cuando elude, alude. Así, nos priva de la igualdad, pero nos reconoce como iguales. Habilita con ello, y legitima, nuestro reclamo por igualdad, libertad y protección. (...) A la vez, si el poder (...) se reformula en términos de una relación, el carácter paradójico atribuido aquí al derecho se percibe más claramente.

Una vez más: el poder asentado en el conocimiento del modo de operar del derecho se ejerce, en parte, a través del desconocimiento generalizado de ese modo de operar. La preservación de ese poder requiere la reproducción del efecto de desconocimiento. Requiere, en fin, opacidad.⁽²⁰⁾

Una ingresante de derecho compartió su decir:

Yo soy de Formosa, capital, y estoy muy ligada a los Qom. Una ciudad como Formosa no organiza su vida como es en una ciudad como Rosario. Si bien Rosario es el segundo lugar con mayor cantidad de presencia Qom, sin embargo, allá la misma presencia Qom va a exigir otro posicionamiento.

En relación a la multiculturalidad y el derecho se preguntó:

¿Cómo trabajas y estudias derecho civil sin tener en cuenta la organización e interpretación de la propiedad, por ejemplo, como la entienden ellos? ¿Qué hacemos?... Se repite el cuerpo doctrinario.

El cuestionamiento de esta estudiante es muy importante porque hoy en día, a pesar que existe un derecho positivizado, los integrantes de la comunidad Qom que viven en Rosario se sienten muy discriminados, marginados y quieren ser respetados. El derecho impuesto no proviene de su cultura y evidencia un desconocimiento de esta sociedad.

(20) CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, "La opacidad del Derecho", en *Derecho, Política y Magistratura*, Bs. As., Biblos, 1996.

Ello nos plantea la cuestión de que no basta con conocer la norma en cuanto a la positivización de derechos para los pueblos originarios. El poder mirar el derecho multiculturalmente implica conocer ese derecho de los pueblos originarios como creación de su cosmovisión, y así poder entrar en aquello que Boaventura de Sousa Santos denominó “diálogo intercultural”. En términos de Paulo Freire, el diálogo es posible entre **semejantes** y entre **diferentes**.

El diálogo intercultural se perfila como una herramienta privilegiada para superar discriminaciones y segregaciones. El diálogo es una construcción que implica lucha, encuentros, confrontación de lugares, es decir: juegos de poder y, sin dudas, decisiones ético-políticas. Una educadora rememoró en el grupo las palabras de un representante de pueblos originarios mexicanos, un investigador y profesor de Chiapas, que manifestó:

... nosotros somos diferentes. Pero yo creo que las otras culturas no indígenas están entendiendo poco a poco de que los pueblos indígenas no son aquellos grupos incapaces, aquellos grupos marginales, no, sino que es un grupo diferente que debemos convivir de manera conjunta con las diferentes culturas y que platiquemos y que dialoguemos siempre y que nos entendamos. Que la otra cultura nos entienda y que nosotros los entendamos a ellos también.⁽²¹⁾

Otro de los grupos en la socialización expresó:

Nos costó ponerle palabras a esa palabra **multiculturalismo** y se abrieron otras preguntas:

- ¿Qué decimos cuando algo que nos calma no es componedor, sino conflictivo?
- ¿Qué nos pasa cuando se entiende el derecho o la cultura como algo ideal y/o cuando aparece lo peor justificado como peculiaridad (variable cultural)?

En la universidad, trabajamos núcleos problemáticos que hoy nos interpelean y nos llevan a la reflexión con aportes disciplinarios e interdisciplinarios que tematizan diferentes niveles de experiencias de actores sociales.

(21) Participación de Lucas Ruiz en el Foro con los Pueblos Originarios, en el marco del Primer Congreso Latinoamericano de Antropología, efectuado en Rosario, desde el 11 al 15 de julio de 2005. Las participaciones de ese Foro pueden consultarse en FERNÁNDEZ, ANA MARÍA (comp.), *Foro con los Pueblos Originarios*, Facultad de Humanidades y Artes, Rosario, UNR, 2005.

En nuestra reflexión adherimos al derecho que se explicita como práctica social, como conciencia ética de la sociedad —que se define como lucha— donde la sola codificación no la concluye, porque surgen nuevas demandas y/o nuevas violaciones en los sujetos de la vida cotidiana que sufren y saben de sus carencias, aunque no de sus derechos... “no son quienes los construyen”.

Nos proponemos trabajar con educandos que tengan una mirada más omnicompreensiva en la formación del profesional, del intelectual y del universitario.

El taller permite desnaturalizar preconceptos, inaugurar una visión diferente de la naturalizada. En la medida en que confrontamos experiencias y teorías, podemos construir un objeto de estudio, de análisis, ponerle palabras a la mirada que cada uno trae de la sociedad y no partir de (pre) supuestos de una clase social.

Es decir que en este trabajo intersubjetivo se argumenta y se interpreta el mundo en los términos de la Dra. Alicia Ruiz, para quien la ciencia del derecho interviene en la producción de su objeto y lo construye en tanto lo explica mediante categorías y conceptos. En el abordaje y trabajo de estas cuestiones es central la noción de poder que utilizamos para comprender intereses que juegan en nuestra realidad y actuar.

En la producción y continuidad de proyectos socio-políticos culturales, los denominados “nuevos sujetos sociales” resisten y promueven nuevas formas políticas aceptando el desafío de recrear posibilidades hacia una vida digna. El taller nos permitió incorporar esas voces y experiencias en el ámbito académico.

¿Desde dónde?

En el contexto sociocultural latinoamericano no es cualquier ciencia social la que podrá afrontar el desafío de estas cuestiones, sino las ciencias sociales que, en palabras del epistemólogo argentino Juan Alfonso Samaja: “... sean capaces de concebir la constitución de la subjetividad desde el profundo drama que pone al individuo en la encrucijada de tener que reconocer a los demás si quiere acceder a lo propio, y de tener que arriesgar lo propio inmediato, para preservar su **derecho** a tener proyectos”.⁽²²⁾

(22) SAMAJA, JUAN ALFONSO, Palabras de cierre del Seminario “El Menor, Los Menores NOS otros”, Cátedra III Introducción a la Filosofía y Cs. Sociales, Facultad de Derecho, UNR, 1990.

Así, la enseñanza del derecho como acto educativo que haga lugar a estas voces silenciadas se presenta como un sostén importante en el proceso de la **multiculturalidad**. Es lo que hacemos en el Instituto Paulo Freire, en la asignatura de primer año, ya que deviene como objetivo de esta confrontar la realidad y los tiempos de ordenamiento global en un escenario histórico que presenta cierta desintegración del espacio social y simbólico, fragmentaciones que desdibujan la trama intersubjetiva de **semejantes y diferentes**.

Así, la/s Filosofía/s: ¿Es un lugar desde donde nos conmueven ciertos anudamientos? ¿Es un lugar que tiene que ver con las rupturas de las formas de conocimiento? Ni intentos reduccionistas ni miradas absolutas de la realidad, sino que entendemos el **discurso filosófico** como un saber reflexivo, entre otros, dentro del amplio espectro **pluricultural**. Asimismo, constituye un tipo especial de saber que crea y construye preguntas, indicios, configuraciones conceptuales que serán instrumentos válidos para la interpretación de la realidad en la especificidad/diversidad de sus formas textuales. En este sentido, el quehacer filosófico supone interrogarnos de manera continua respecto de los saberes que hay que **saber** para diferenciarlos de aquellos **vinculantes al para qué** en la formación de ciudadanos críticos.

Las praxis educativas son prácticas que juegan como ordenadoras de lo social en una dimensión cotidiana. Aprender a filosofar, en derecho, implica problematizar el lugar desde donde pensar(nos). Esta mirada cobra sentido al pensar el espacio universitario en nuestra contemporaneidad, en tanto nos exige actualizar la reflexión/acción (praxis) y relevar las experiencias (voces diversas y plurales/movimientos sociales) respecto de cuáles son las condiciones, la significación y la incidencia de educabilidad actuales.

Cuando nuestras praxis socioeducativas no son legitimadas como un **bien social**, como un derecho humano, coincidimos con el Dr. Eduardo Barcesat en que estas conllevan implicancias no solo teóricas, sino también cuestionamientos ético políticos.

La **reflexión sobre la acción**, aplicable a la enseñanza del derecho en tanto proceso y construcción histórica, nos significa una asunción de posición teórica dentro de las teorías críticas del derecho; lo consideramos, en términos de Carlos M. Cárcova, como una especificidad dentro de la totalidad social en un tiempo histórico concreto, situado. Estudiarlo y comprenderlo conlleva, por lo tanto, un análisis que admite la convivencia discursiva en lo social.

A modo de síntesis conclusiva, atendiendo al perfil técnico específico, no alcanza acotar el derecho a sus aspectos normativos, en tanto concepto reduccionista como pura norma. De esta manera, entender al derecho como una práctica social específica es considerar la forma en que se expresan las tensiones, los conflictos y los acuerdos de una sociedad determinada como un quehacer entramado socio-político, económico y cultural.

En la escucha colectiva, retomamos el derecho a la educación, en tanto permite una construcción de conocimiento y acerca al ejercicio de los demás derechos, desde una perspectiva crítica de los derechos humanos.

Para nuestra praxis es un desafío defender el derecho sostenido a la educación desde una **perspectiva de respeto por el otro**. En este sentido, que asuma el reconocimiento de lo diverso plural. **Interjuego de hacer derecho y rehacer(nos), encontrar(nos), en un ejercicio cotidiano de los derechos humanos, y dejándonos interpelar** mediando el uso de la **pedagogía de la pregunta** de Paulo Freire.

Uno de los sentidos principales es subrayar la importancia de la relación, en todo lo que hacemos en nuestra experiencia existencial, en cuanto experiencia social e histórica.

La importancia de las relaciones entre las personas, de la manera como se unen-la agresividad, la amorosidad, la indiferencia, el rechazo o la discriminación subrepticia abierta.

Las relaciones entre educandos y educadoras, entre sujetos cognoscentes y objetos cognoscibles... relaciones que están englobadas en las que se dan entre el contexto concreto y el teórico, en relación el uno con el otro. Creo que ... es preciso afirmar que la relación ya sea en el mundo animado o en el inanimado, es una condición fundamental de la propia vida y de la vida con su contrario.

Nos proponemos pensar en algo nuestro, comprender las nuevas configuraciones del poder sociocultural incidentes en lo local cotidiano y regional latinoamericano, interrogando matrices heredadas y elaborando nuevas preguntas y proyectos que reivindiquen la vigencia del orden democrático en una ética de los derechos humanos para **Nuestra América**.



Debate



El constitucionalismo transformador sudamericano como fundamentación de la teoría constitucional⁽¹⁾

ALEJANDRO MEDICI⁽²⁾



Resumen: En este texto tomamos la experiencia del llamado “nuevo constitucionalismo transformador sudamericano” como fundamentación de la teoría constitucional situada con voluntad descolonizadora.

Palabras claves: constitución, giro decolonial, pluralismo, poder constituyente, democracia intercultural.

1. Teoría constitucional crítica y situada vs. separación de los saberes prácticos del *ethos*

Nos interesa especialmente el nivel constitucional del campo jurídico porque es allí donde resulta más evidente la conexión entre la moral, la política y el derecho; por ende, la politicidad del derecho. Nos interesan los presupuestos, los fines y las subjetividades que el derecho considera para regular ámbitos relevantes de la convivencia en una comunidad política.

(1) El siguiente texto es una versión ampliada del presentado en las XXVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social: Multiculturalismo, Interculturalidad y Derecho, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD) en octubre de 2013.

(2) Profesor Titular de Derecho Político en la Universidad Nacional de La Pampa. Profesor Adjunto de Derecho Político en la UNL y de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional del Noroeste de Bs. As.

La teoría constitucional es la reflexión acerca de las prácticas, las instituciones y normas del derecho constitucional. Dada su vocación de fundadora y articuladora del sentido, de la validez jurídica y de la moral, y la legitimidad política del derecho en general y, por lo tanto, condicionante de las ramas jurídicas especiales; recurre a los principios de la filosofía política, moral y jurídica con el fin de comprender un sector específico y peculiar de la juridicidad.

El derecho no ha escapado de la tendencia contemporánea a la fragmentación de los saberes prácticos. Las doctrinas de separación tajante entre derecho, moral y política —a la manera del *iuspositivismo* acrítico— resultan reduccionistas e inadecuadas para una teoría constitucional que pretenda dar cuenta de la complejidad de las funciones y contenidos del nivel constitucional del campo jurídico. Por lo que creemos de especial relevancia reflexionar sobre esta problemática del derecho (constitucional).

Según Antonio Enrique Pérez Luño, pese al intento que las disciplinas hacen por distinguirse, una vez que se pasa de las delimitaciones teóricas a la complejidad de la experiencia jurídica los límites entre ellas devienen relativos, sinuosos y opacos. Pues aquella parece empeñada en recordar y religar la unidad originaria de la conducta práctica. Entendemos que no le falta razón al *iusfilósofo* sevillano cuando sugiere que, pese a toda la diferenciación sistémica en las sociedades complejas y al esfuerzo de las ciencias sociales por demarcar sus respectivos campos, la unidad de la experiencia social y humana se resisten a esa parcelación de sus reglamentaciones y denuncia las premisas ilusorias en que, muchas veces, se sustentan.⁽³⁾ El *ethos* o moralidad práctica existente está entre la moral ideal, la teoría ética, el derecho positivo y la política. Al mismo tiempo, intercede en ellos. Será entonces el “inquieto mensajero” que nos permita pensar sus relaciones, sus articulaciones, sus solapamientos, pero también su eficacia específica y su autonomía relativa. La teoría constitucional es un *locus* privilegiado para empezar a recuperar la articulación de los saberes prácticos en la experiencia jurídica y una mirada totalizadora del campo jurídico.

Por nuestra parte, creemos necesario completar la crítica a la tendencia fragmentadora desde los márgenes del sistema mundo moderno/colonial señalando esa parcelación en “disciplinas” como un efecto de la fetichización de la Totalidad y de la construcción del tipo de subjetividad y competencia cog-

(3) PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Teoría del derecho, una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 105/107.

noscitiva funcional a la misma. La complejidad que se reduce desde la mirada sistémica traduciéndola como diferenciación funcional, vista desde el “entorno” o, mejor, desde la **exterioridad**, es violencia epistémica, reducción de lo plural o lo único, pérdida de complejidad, desperdicio de la experiencia.

Esta división del campo de saberes prácticos, al decir de Enrique Dussel, se radicaliza en la modernidad por el proceso de incapacidad ética a partir del supuesto filosófico de la subjetividad moderna como *ego cogito*. Solipsista, el sujeto moderno reduce a lo óntico la alteridad, la naturaleza y su propia corporalidad construyendo el grado cero desde donde se puede enunciar el discurso epistémicamente competente. De esta forma una ética material intersubjetiva es imposible. Con el sujeto trascendental kantiano se consuma la separación del saber práctico en una “doctrina del derecho” y en una “doctrina de las virtudes”. La primera, dirigida a la manifestación externa de la conducta de las personas. La segunda, solo posible en la esfera de la moralidad individual. “De esta manera, el ámbito político vino a depender de la juridicidad no ética que tenía reglas propias, francamente inspiradas en un maquiavelismo inmoral. La ética quedó relegada al ámbito de la conducta individual y solo juzgada por la equívoca conciencia moral personal”.⁽⁴⁾

La especialización y la formación de las “disciplinas” humanas y sociales, significó, incluso en aquellas vinculadas a cuestiones normativas básicas —la economía, el derecho y la política nacional e internacional, por ejemplo—, la descarga de las valoraciones éticas en sus respectivos campos diferenciados. Al decir de nuestro autor,

lo que ha pasado en verdad, es que de hecho se afirma immoralmente un 'sistema', una Totalidad, a la que no puede criticársela 'científicamente' porque la ciencia admite sus axiomas y dichos axiomas son momentos internos obviamente aceptados de dicho sistema cultural, histórico, ontológico. La ética se transforma así en una mera moral 'óntica' de la conciencia privada, mundo de conformidad con las normas naturales que la Totalidad imperante (el sistema vigente) hacía pasar como sacralmente válido para todos los hombres de todos los tiempos.⁽⁵⁾

(4) DUSSEL, ENRIQUE, *Para una ética de la liberación latinoamericana. Volumen II: Erótica y pedagógica*, Bs. As., Docencia, 2012, p. 455.

(5) DUSSEL, *ibid.*, p. 456.

La pretendida inocuidad y objetividad del sujeto que reflexiona desde su "grado cero" —más allá de toda ciudad o comunidad— con una supuesta posición apolítica, viene a apoyar la política del *status quo* de la Totalidad. El *ego cogito* es fungible con, y precedido o preparado por, el *ego conquiro*. No existe conocimiento que no se construya guiado por un interés. No existe poder sin sus correspondientes saberes. De ahí la integración de la matriz de colonialidad que articula el poder, el saber, el ser y el hacer, al decir de los autores de la perspectiva modernidad/colonialidad/decolonialidad. Cuestión que había sido adelantada por la filosofía de la liberación. Especialmente las vertientes que desarrollaron el método analéctico desde la relación Totalidad-Exterioridad y una ética intersubjetiva desde la apertura y donación a la alteridad concretada en los sectores populares oprimidos, excluidos, explotados y dominados en Nuestra América. Reflexión análoga y pertinente al pensamiento crítico que acompaña los procesos de descolonización afroasiáticos durante el siglo XX.

Sin duda el giro descolonizador y la cuestión de la colonialidad está en la base de las críticas y el malestar cultural de las ciencias sociales, en especial frente a las pretensiones epistémicas racistas que niegan la posibilidad, la pertinencia y/o la competencia de saberes situados y *epistemes* otras construidas desde las fronteras y desde las alteridades y márgenes del sistema mundo moderno/colonial. Estos saberes y *logos* diferentes tendrán un interés liberador en tanto provienen de comunidades de necesidad, de grupos históricamente invisibilizados y subalternizados.

Esta crítica y malestar cultural —no representada en la teoría constitucional—, solamente a la vista de experiencias prácticas de "reconstituyencia popular" —de las que resultaron las nuevas constituciones de Venezuela de 1999, de Ecuador de 2008 y de Bolivia en 2009, con innovaciones profundas en la agenda de la teoría constitucional y jurídica como son el estado plurinacional, los derechos de la naturaleza, la "demodiversidad", la recuperación de un concepto fuerte de poder constituyente, etc.—, empieza a ser problematizada desde la tradicional cultura de los operadores y doctrinarios del derecho constitucional.

Esas experiencias nos hacen pensar que la rearticulación de los momentos del *ethos*, con el consecuente dinamismo y desbloqueo del circuito de reacción cultural,⁽⁶⁾ no es un resultado evolutivo ni puede esperarse

(6) HERRERA FLORES, JOAQUIN, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, Sevilla, Aconcagua Libros, 2005, pp. 109/140.

por el desarrollo propio de los sistemas e instituciones de los campos jurídico y político *per se*; sino que es resultante —siempre diversa y plural— de su articulación desde la exigencia histórica, moral, política y jurídica de las situaciones. El estatalismo de la teoría jurídica y constitucional tiene tradicionalmente, a este respecto, un punto ciego que no terminan de resolver ni las filosofías políticas de cuño liberal, ni las comunitarias, ni las republicanas, ni las de democracia deliberativa. Todas ellas parten de ciertos presupuestos epistémicos que restringen las diversidades y variables a lo que es considerado posible en el marco cultural de la academia hegemónica de la teoría política y constitucional “eurousamericana”. No obstante, la idea de analéctica y alteridad presente en el pensamiento de liberación, las teorías de los movimientos sociales y populares desde la sociología latinoamericana crítica y el pluralismo epistémico que propone el giro decolonial, nos dan pistas para ver de qué forma los movimientos populares de resistencia a la matriz de poder imperante históricamente han articulado en sus reivindicaciones presupuestos morales que surgen de sus plurales cosmovisiones narrativas y simbólicas, cómo las han usado para enmarcar culturalmente sus necesidades sociales de producción y reproducción del circuito natural de su vida, y en qué forma las han dirigido contra el consenso político hegemónico existente y las han formulado en un lenguaje públicamente disponible e incluso articulado a través de operadores jurídicos críticos como reivindicaciones de nuevos derechos o derechos emergentes.

Por lo tanto, ahora queremos recuperar dentro del contexto novedoso de reflexión que surge del nuevo constitucionalismo latinoamericano, la convergencia entre el pensamiento social crítico, geopolíticamente situado, con voluntad descolonizadora, pluralista, y la experiencia del uso del derecho a favor de los sectores populares subalternizados, entendidas como herramientas críticas de reflexión frente a una cierta inercia de la teoría constitucional usual. La experiencia del constitucionalismo transformador presenta, en ese sentido, un nuevo contexto porque muestra que el pluralismo y la interculturalidad no son cuestiones políticamente correctas que se resuelvan de arriba-abajo, desde una ambigua función de reconocimiento estatal constitucional. Pues, para empezar a hacerse efectivos, requieren de una redistribución del poder social a favor de los grupos históricamente subalternizados por la matriz al mismo tiempo persistente y cambiante al mismo tiempo de colonialidad del poder.

2. El lugar del constitucionalismo en el sistema mundo moderno/colonial: universalidad abstracta y promesas emancipatorias vs. conocimiento geopolíticamente situado y herida colonial

Para una filosofía política crítica, el constitucionalismo —en tanto tradición organizativa del Estado moderno— se ubica en el plano de la experiencia de las instituciones que son necesarias pero, además, históricamente contingentes.⁽⁷⁾ Desde un punto de vista arquitectónico, ellas representan la experiencia, la memoria, el aprendizaje de las comunidades humanas en la construcción de las instituciones —en tanto mediaciones de factibilidad para la producción y reproducción de la vida, de la (con)vivencia, en forma consensual— siempre perfectibles, siempre más o menos defectivas.

El eurocentrismo epistémico alude a las formas históricas de experiencia en la generación de organización del consenso de convivencia factible que surgen de las etapas de la línea narrativa histórica hegemónica moderna/colonial: Grecia, Roma, Renacimiento. Europa Occidental es presentada como punto de difusión geohistórico a partir de que se expanden las revoluciones burguesas, la representación política, la democracia pluralista de partidos. No es que nosotros neguemos su valor, o no encontremos aspectos emancipadores en sus postulados, principios y formas organizativas. Pero las mismas son presentadas como resultado de una única línea histórica universal que desemboca en las únicas mediaciones posibles para obtener consenso en la convivencia organizada de las comunidades políticas. El constitucionalismo, históricamente y en la actualidad, parece ser una de las formas de este discurso universalista *a priori*, difusionista, epistémicamente eurocéntrico.

Se trata de un tipo de narrativa narcisista que acompaña un proceso de modernidad/colonialidad global que lleva cinco siglos de despliegue y que ha resultado un gran revulsivo, pero, al mismo tiempo, un gran depredador cultural. Pues, a partir de la universalización del sistema mundo del capitalismo histórico y del estado moderno/colonial con sus productos culturales unificadores —nación monocultural, religión nacional, derecho estatal, moneda nacional, democracia representativa, ciudadanía, desarrollo, derechos humanos, constitucionalismo— se desató un proceso de uniformización del mundo.⁽⁸⁾

(7) DUSSEL, ENRIQUE, *Política de liberación. Volumen II. Arquitectónica*, Madrid, Trotta, 2009, p. 244.

(8) QUADROS DE MAGALHAES, JOSE LUIS, *Estado plurinacional e direito internacional*, Curitiba, Juruá, 2012, p. 19.

El dispositivo de uniformización se construye necesariamente sobre la negación del otro, sobre el desprecio y el retaceo de humanidad. El otro — indio, negro, pobre, mujer, partidario de otra cosmovisión—, simplemente no es igual. No hay un común, una partición de lo sensible, un lenguaje sobre el que se pueda discutir. Estado de naturaleza, salvajismo, barbarie, superstición, subdesarrollo, son imputaciones que lo ubican del otro lado de una línea de separación abismal.⁽⁹⁾ La particularidad negativa del otro confirma el universal en nombre del que se le puede invadir, conquistar, colonizar, matar, esclavizar, desapropiar, evangelizar, civilizar, desarrollar, globalizar en función de la implícita regla de la diferencia colonial.⁽¹⁰⁾ En suma, normalizar entre la vida y la muerte. La frontera móvil de la ciudad, del estado moderno/colonial, del sistema mundo moderno/colonial está marcada y plegada sobre sí como Totalidad fetichizada. Del otro lado de la línea abismal de la diferencia colonial no hay racionalidad, pensamiento, ni capacidad de consensualidad en la convivencia. Las reglas de la moral civilizada, no obstante, confirman su universalidad y su necesidad como faros y destinos inexorables que iluminan un mundo circundante de tinieblas. Aunque habitemos un mismo mundo no existe copresencia ontológica. Este es el resultado de los vectores de uniformización que se definen desde la exclusión de las otredades plurales.

Sin embargo debemos empezar diciendo enfáticamente a toda esta narrativa: **no**. Pues diversas culturas tienen plurales experiencias de organización consensual de convivencia para reproducir la vida y diversos marcos categoriales de dignidad humana. Pensemos, por ejemplo, cuando llegó a Nuestra América el invasor europeo. Algunas experiencias fueron exterminadas por el gran depredador cultural. Otras, en cambio, resistieron y hasta reviven de la mano de los procesos del nuevo constitucionalismo transformador. Prestemos atención a la consensualidad comunitaria de las asambleas de los *ayllus* andinos, donde se practica la deliberación hasta llegar a la decisión por consenso unánime. También es el caso de la rotación de las responsabilidades como servicio a la comunidad y experiencia o “camino”, *thaki*; la práctica del *ayni*, reciprocidad y equilibrio entre las personas y la naturaleza, que se concreta como *minga* —trabajo colectivo solidario periódico y recíproco entre las familias integrantes de la comunidad,

(9) SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA, *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*, Bs. As., CLACSO-Prometeo Libros-UBA Sociales, 2010, pp. 20/21.

(10) CHATTERJEE, PARTHA, *La nación en tiempo heterogéneo y otros estudios subalternos*, Bs. As., CLACSO-Siglo XXI, 2008, p. 30.

el principio dual masculino-femenino de la autoridad—. Estas experiencias milenarias de la estructura económica y política básica de las culturas andinas, desde el Noroeste Argentino hasta Ecuador, se articularon en la civilización del Tawantinsuyo, y persisten hasta la actualidad.⁽¹¹⁾

En las altas culturas de Mesoamérica, entre los Nahuatl del valle de México, por ejemplo, se estructuran las prácticas federativas y de autoridades electas rotativas donde los *altepetl* tenían como base los *calpulli* —comunidad territorial sobre la base de un grupo de familias que elegían a sus jefes (*tlatoani*) que, a su vez, rotaban en la conducción del *altepetl*—.⁽¹²⁾

Evoquemos también la experiencia de la “constitución” de la confederación iroquesa en América del Norte —“La gran ley de la paz”— que, pese a los prejuicios raciales colonialistas, no pasó desapercibida a la perspicacia de algunos de los patriotas estadounidenses como Benjamín Franklin. Pues este ejerció influencia sobre la forma del senado de los Estados Unidos, pieza clave del Estado federal.

Tanto en los grupos sedentarios como en los seminómadas y nómadas, la vinculación con el territorio y con la tierra tiene un carácter sagrado. Es un punto de articulación con la identidad, con la memoria, y el lugar de la reciprocidad social. De ahí las características de uso y posesión común para satisfacer las necesidades materiales y espirituales. Experiencias similares conocen muchos pueblos originarios de Nuestra América, puesto que se federaban y tenían como máxima autoridad el concejo de jefes electos por sus comunidades.⁽¹³⁾

(11) TICONA ALEJO, ESTEBAN (comp.), *Bolivia en el inicio del pachakuti. La larga lucha anticolonial de los pueblos aymara y quechua*, Madrid, Akal, 2011, pp. 39/57.

(12) DUSSEL, ENRIQUE, *Política de liberación. Historia mundial y crítica*, Madrid, Trotta, 2007, p. 37.

(13) Los pueblos semisedentarios diversos que se identifican con la cultura *tupí-guaraní* a partir de orígenes histórico culturales comunes se dispersan desde el sur de la Amazonía, hasta la cuenca del Río de La Plata, oriente de Bolivia, Gran Paraguay, Sur del Brasil y Noreste Argentino actuales, en su búsqueda de la mítica *Ivimiraei*, “Tierra sin mal”. No conocían jerarquías ni diferencias de clases sociales y la figura de la jefatura *mburuvicha*, no destacaba por sus bienes o tierras, que eran excepto los artículos de uso personal o familiar, colectivas; sino por su capacidad de sostener un linaje numeroso que permitiera una amplia gama de alianzas, su oratoria y eventualmente en tiempos de guerra, su capacidad de conducción militar. Pero resulta importante resaltar que los jefes en la sociedad guaraní no ejercían funciones coercitivas, excepto en caso de guerra exterior, sino que ejercían un poder consensual. Los pueblos identificados genéricamente como “Pampas”, habitantes de Las Pampas (término que en quechua significa llanura o extensión llana) por los conquistadores españoles, los Querandíes, Taluhet, Diuihet exterminados cultural y biológicamente por la llamada “Conquista del Desierto”, eran pueblos nómadas cazadores recolectores que se movían por

Muchos de estos pueblos —que conocían entonces las experiencias y gozaban de los beneficios de diversidad de formas de autoridad consensual deliberativa, electiva, rotativa, del asociacionismo federativo de abajo hacia arriba, del intercambio cultural y económico entre pueblos diversos, del mestizaje— fueron obligados a la pauta de autoridad hereditaria por los colonizadores ibéricos con el fin de beneficiarse de los servicios de una casta indígena noble —*cipayos* en el ámbito cultural del *Tawantinsuyo*— que actuara como correa de transmisión con las bases de los pueblos colonizados. Esta tarea se hizo obviamente más fácil donde había previas relaciones de enemistad o donde se asentaban patrones de autoridad vertical, y se hizo mucho más difícil donde había prácticas de autoridad consensual. Fueron despojados de su identidad, de sus experiencias, de las diferentes maneras de entender y de practicar la convivencia consensual. En algunos casos, hasta fueron factibles de exterminio cultural y físico. La historia cultural, política, institucional, por supuesto la constitucional de nuestra región tiene una deuda colonial con este genocidio de la biosociodiversidad, que fue reducida en el terreno de la subjetividad a “los indios”, en el terreno de la cultura a la “barbarie” o al “salvajismo”.

Sin la invasión de lo que hoy llamamos América, el despegue de Europa Occidental hasta ponerse como centro del sistema mundo moderno/colonial hubiera sido impensable. La fuerza de trabajo servil, esclavo, el oro y la plata, los alimentos nuevos para ellos que solucionaron las revueltas del hambre periódicas, la posibilidad de ascenso social vía experiencia colonizadora, cambiaron el carácter de Occidente y dieron origen a su heredero más consecuente en esto de la matriz-colonial: los Estados Unidos de América (del Norte).

la extensa llanura de lo que hoy son las regiones bonaerenses, La Pampa y el Sur de las Provincias de Santa Fe, Córdoba, San Luis hasta prácticamente la Cordillera de los Andes. Vivían en grupos que articulaban varias familias extensas y cuya principal autoridad era el *raum* o asamblea, que tomaba las principales decisiones. Los jefes o caciques solo destacaban en tiempos de guerra. Estos pueblos, por otra parte, demostraron una gran capacidad de integración con la alteridad y de enriquecimiento intercultural en el proceso de “araucanización” de la Patagonia y la Pampa, que se produce con la difusión de los pueblos sedentarios mapuche hacia el otro lado de los Andes (desde el actual Chile al Sur del Bio Bio), generándose un vasto espacio de intercambios económicos, culturales que generalmente se institucionalizaban por medio de pactos, a través de vínculos entre mujeres y hombres de los distintos pueblos que permitían la articulación de los linajes. Las experiencias del mestizaje y de interculturalidad no eran en absoluto extrañas a los pueblos de la región cuando llegan los colonizadores. La guerra parece haber sido un recurso ocasional cuando fallaban las otras vías del “pacto” para unir linajes o del comercio. Ver AA.VV., *Proyecto Umbral. Resignificar el pasado para conquistar el futuro*, Bs. As., 2009, pp. 79/149.

Desde el punto de vista histórico, la narración dominante difusionista niega que la modernidad —que se presenta como autogenerada a partir de procesos endógenos europeos— haya tenido como condición y como su lado oscuro la colonialidad del poder.

La colonialidad y el racismo epistémicos han tenido profundas influencias en la juridicidad latinoamericana y sobre su reflexión. La teoría constitucional no ha escapado a esta situación. Se trata de una teoría en la que ha predominado una actitud de recepción pasiva; cuando no, francamente, celebratoria y acrítica de los modelos y soluciones institucionales y normativas oriundas de las experiencias y las prácticas del constitucionalismo europeo y “usamericano”. Generalmente, frente a los problemas de funcionamiento de estos modelos, instituciones y normas adoptadas en nuestras sociedades, el diagnóstico ha ratificado su perfección y ha imputado su funcionamiento peculiar o disfuncional al carácter bárbaro, subdesarrollado o carente de cultura cívica de las sociedades de nuestra región.

En realidad se trata de la pretendida generalización y universalización apriorística de experiencias y soluciones contingentes adoptadas en el cuadrante “eurousamericano” del mundo, que se presentan con retórica metonímica como discusiones válidas para los más diversos contextos sociales, históricos y culturales. Hay que reconocer que, pese a sus aspectos y promesas de emancipación, el constitucionalismo, como movimiento organizativo, configura una de las geoculturas mundiales homogeneizadoras junto a la “evangelización”, “civilización”, “desarrollo”, los “derechos humanos”, la “globalización”, etc.

Como tal, componente de las geoculturas globalizadas en el sistema mundo moderno/colonial del capitalismo histórico, plantea el desafío, no de su rechazo de plano, sino de su problematización y apertura crítica desde el pluralismo, la interculturalidad y, sobre todo, de su apropiación situada. Entendemos por este la asunción consciente del punto de vista desde donde se lee la realidad y de sus opciones axiológicas y gnoseológicas.⁽¹⁴⁾ Esto implica la explicitación del sujeto de conocimiento, su “lugar hermenéutico” o *locus* de enunciación. Sin caer en un determinismo geográfico o social, no se ve igual el constitucionalismo desde Estados Unidos o desde

(14) ROIG, ARTURO ANDRÉS, *Teoría y crítica del pensamiento latinoamericano*, Bs. As., Una ventana, 2009, pp. 10/18.

Alemania, que desde Argentina, Brasil, Bolivia, Ecuador, México, Colombia o, en general, desde nuestra región. Hace falta, entonces, vincular el “lugar social” con el “lugar epistémico”.⁽¹⁵⁾

De esta forma, es posible intentar evitar el desperdicio de la experiencia en materia de dignidad, relaciones con la naturaleza e instituciones de nuestra región. También se hace posible fecundar los aspectos emancipatorios del constitucionalismo. Es decir, su apropiación desde una comprensión descolonizadora y pluralista. Su remapeo desde la originalidad de las experiencias recientes del nuevo constitucionalismo transformador sudamericano y desde la historia constitucional marginal de aquellas experiencias que en Nuestra América, fueron producto de movimientos originales y creativos de reconstitución popular, algunos frustrados y otros, de una influencia perdurable en el constitucionalismo.⁽¹⁶⁾

3. Constitucionalismo latinoamericano: igualdad jurídica vs. sobre y sub ciudadanía

La teoría constitucional carece de una historización⁽¹⁷⁾ que parta de la complejidad y pluralismo de nuestras formaciones sociales. Más bien allí opera secularmente una matriz de colonialidad⁽¹⁸⁾ que se expresa en un cuadro de poderes que excede los nominados por el derecho constitucional. Un panorama de poderes fácticos innominados⁽¹⁹⁾ que condicionan la eficacia del derecho constitucional. Se caracterizan por ser *praeter legem* o *contra legem*, por resistir la vinculación jurídica y, por lo tanto, por mostrar un

(15) AUAT, ALEJANDRO, *Hacia una teoría política situada*, Bs. As., Waldhuter, 2011, p. 30.

(16) Algunos ejemplos son: las primeras constituciones haitianas; la constitución de Apatzingan de 1812; el Proyecto de Constitución Democrática Confederada para las Provincias Unidas del Río de La Plata adoptado por el Congreso de Tres Cruces de 1813 en la entonces Banda Oriental; el Estatuto de Tierras de la Banda Oriental de 1815; la “Constitución Económica” del Paraguay y el genocidio perpetrado contra esa nación por la guerra de la Triple Alianza; la Constitución mexicana de 1857, que creó el juicio de amparo; y la Constitución de Querétaro de 1917, producto de la revolución mexicana, que creó el constitucionalismo social.

(17) SENENT DE FRUTOS, JUAN ANTONIO, *Ellacuría y los derechos humanos*, Bilbao, Desclee de Brouwer, 1998, pp. 145/185. También ROSILLO MARTINEZ, ALEJANDRO, *Praxis de liberación y derechos humanos. Una introducción al pensamiento de Ignacio Ellacuría*, San Luis Potosí, Comisión Estatal de Derechos Humanos-Facultad de Derecho UASLP, 2008.

(18) QUIJANO, ANIBAL, “La colonialidad del poder. Eurocentrismo y América Latina”, en Lander, Edgardo (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Bs. As., CLACSO-UNESCO, 2001, pp. 202/203.

(19) CLAVERO, BARTOLOMÉ, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, pp. 87/104.

carácter neoabsolutista.⁽²⁰⁾ Para nosotros, la existencia de estos poderes e intereses se vincula con la persistencia, aunque con modificaciones, de esa matriz de colonialidad.

Debemos problematizar la forma en que los contenidos y modelos ideológicamente promisorios desde el punto de vista emancipador son sobrepuestos en la recepción latinoamericana postcolonial del constitucionalismo a una matriz de poder, de clasificación social de las poblaciones, marcada por la matriz de colonialidad del poder, del saber, del ser, del hacer, como pauta de organización de los nacientes estados de la región.

De ahí la persistencia, aunque no de manera idéntica, de las relaciones de poder entre grupos sociales en base a la categoría de raza como ideograma moderno/colonial, fundante de la visión jerarquizada de las clasificaciones, relaciones y funciones entre los grupos sociales y de las relaciones entre regiones del mundo y entre estados (colonialidad global en el sistema mundo). Pues para la ideología de los grupos criollos organizadores de las “nacionalidades” de América Latina, el Estado mismo debía formatearse siguiendo las líneas del progreso y de civilización de los modelos constitucionales importados de Europa y los Estados Unidos, sin sustentarse en la soberanía popular —retaceada—. Así se definen como un injerto moderno/colonial que funciona desde la exterioridad, un marco institucional sobrepuesto al pluralismo cultural, político, jurídico de las formaciones sociales abigarradas y coloridas de nuestra región. El diseño contramayoritario y moderador del elemento democrático de la fuente constitucional “usamericana” continuó funcionando en el siglo XIX, y continúa ejerciendo un influjo magnético sobre los constitucionalistas de la región, ahora tal vez moderado por las influencias del neoconstitucionalismo de origen europeo y las dificultades cada vez mayores para seguir retaceando la soberanía popular.

De ahí que la teoría desdeñara la realidad y la experiencia para encomiar los modelos perfectos desde una epistemología colonial. Los arquetipos constitucionales adoptados e institucionalizados eran vistos como la panacea y sus deficiencias de funcionamiento como problemas ligados a la barbarie, a la incultura, a la carencia de hábitos civilizados o, más contemporáneamente, a la carencia de cultura cívica, al subdesarrollo o insistencia en “particularismos”, “patrimonialismos”, “formas de autoritarismo” con reminiscencias premodernas frente al pretendido universalismo. En suma,

(20) FERRAJOLI, LUIGI, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 126/132.

las soluciones de ingeniería constitucional siempre se consideraban perfectas manteniendo constantes todas las demás variables. Pero este diagnóstico no funciona en estos contextos sociales, situación especialmente visible cuando se intentan gobiernos representativos, democráticos, populares. Allí aflora, desde esta perspectiva, una democracia inorgánica, fuente de desorden e inestabilidad.

Las constituciones liberales o conservadoras —con sus declaraciones generalistas de igualdad jurídica, derechos y representación política— fueron más una herramienta simbólica de cohesión cultural —como las gramáticas, los ensayos y las novelas— en el proceso de construcción de las nacionalidades, y, en lo institucional, fueron más un pacto escrito y formalizado para las elites criollas “blancas” o ideológicamente “blanqueadas”, que una experiencia de los grupos sociales populares originarios, afroamericanos, mestizos, criollos pobres y mujeres. La historia —todavía por escribirse— registra experiencias de intentos de inclusión de las clases populares en Nuestra América hasta bien entrado el siglo XX. Estos, en algunos momentos, se llevaron a cabo de manera coactiva y violenta por parte de los Estados —a través de guerras de conquista; de desplazamientos forzados; de desapropiación de tierras ancestrales comunitarias; de aculturación; de la leva militar obligatoria; del desprecio de su capacidad para el trabajo técnico y/o asalariado; del desprecio de sus saberes prácticos ancestrales originarios y campesinos de coevolución con sus hábitats; del desprecio como población laboriosa de cara a la instauración de relaciones salariales formales, puesto que se consideraba naturalmente superior para esto a la inmigración europea; a través de formas de trabajo forzado servil y semiservil—. En suma, insistimos, retaceo de humanidad. La experiencia de los sectores populares hasta bien entrado el siglo XX, en muchos casos hasta la actualidad, no es, precisamente, la de tener derechos y ejercerlos.

Estas prácticas se ciñen a la clasificación racial de los grupos sociales que inspiraban los discursos de las elites organizadoras del estado constitucional devenidas oligarquías. No obstante, la regla de la diferencia colonial opera confirmando, más allá de la matriz fáctica de clasificación social, la universalidad y generalidad de los postulados de la igualdad jurídica formal y los derechos constitucionales.

De manera que es un hecho histórico que nuestro constitucionalismo ha sido mucho más de poderes que de derechos, cosa que la teoría constitucional no registra.

Esta relación peculiar entre derechos y poderes —más allá de las declaraciones de derechos y garantías constitucionales y el formato del estado constitucional demoliberal— señala estándares fácticos por debajo y por encima de la igualdad constitucional: sub y sobre ciudadanías. A la experiencia de los sectores populares se contraponen la de los grupos sociales privilegiados. Pues estos tienen garantizados los derechos y garantías constitucionales —que pueden usar, desusar o abusar según las estrategias— y sus privilegios nunca se ven amenazados por la coyuntura. Así, estos grupos sociales son sobreciudadanos, viven la experiencia de disponer de un programa constitucional que les resulta de beneficio y utilidad. Sobre todo les permite gozar de impunidad asegurada.⁽²¹⁾

En este sentido, cuando el privilegio de los sectores acomodados se vio amenazado, la historia constitucional regional mostró que los grupos sobreciudadanos han tenido una batería de recursos para recuperarlo: la colonización y cooptación del Estado por sus intereses; la búsqueda de puentes y afinidades con la clase política —o la confusión con ésta—; la hermenéutica constitucional conservadora dada la frecuente afinidad cultural y de origen social con los miembros de la judicatura; las acciones bloqueadoras del despliegue de los aspectos —para ellos— problemáticos del programa constitucional en sus aristas más igualitarias y democratizadoras, ejercitadas desde las medidas de influencia y de presión; la utilización de posiciones ventajosas en los mercados concentrados de bienes y servicios informativos y culturales, desde los que se incide en la opinión pública, empezando por los grandes grupos multimediales de radio, tv, prensa; y/o apelando al golpe de estado.

En la actualidad, este panorama persiste variando su forma según los procesos sociopolíticos de nuestra región. La invisibilidad de la “constitución real” de los procesos hace que, frente a la emergencia del nuevo constitucionalismo transformador, se produzca un desfase entre experiencia y teoría. La teoría constitucional parece no tener herramientas conceptuales para ir más allá de los problemas de la conformación de bloques de constitucionalidad. Pues reconoce fuentes jurídicas internacionales y regionales, como la concretización constitucional vía interpretación judicial, la ponderación en

(21) MEDICI, ALEJANDRO, *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*. San Luis Potosí, Aguas Calientes, Chiapas, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. A.C., Facultad de Derecho de la UASLP, Educación para las Ciencias en Chiapas A.C., 2012, pp. 132/133.

los casos difíciles, etc. Estos no son temas descartables, o menores; estos temas señalan que la agenda se amplía en forma lenta y parcial a los desafíos planteados por el constitucionalismo transformador dando predominancia a los temas vinculados a la recepción regional del neoconstitucionalismo.

Por el lado de las vertientes críticas de la teoría constitucional⁽²²⁾ —incluso cuando se formulan desde comentarios de las discusiones teóricas de la filosofía política y la teoría constitucional europea y estadounidense, como el comunitarismo, republicanismo, liberalismo igualitario y/o democracia deliberativa— se terminan sesgando a la ingeniería institucional de los poderes constitucionalmente nominados. Por ejemplo, el hiperpresidencialismo y la necesidad de su moderación por esquemas parlamentaristas, la carencia de autonomía del poder judicial, reflexiones sobre el problema de su carácter contramayoritario, etc. Estos tipos de análisis, cuando no consideran la realidad histórica de nuestra región, cuando no registran el cuadro total de poderes ni la existencia de una matriz de colonialidad, pese a su intencionalidad crítica; se limitan a perpetuar la falta de funcionamiento de modelos “universales” de democracia por la disfunción de la institución presidencial sobredimensionada frente a legislativos débiles. Y esto debido a que tienen bloqueada la cooperación con el ejecutivo, o por un Estado patrimonialista, o por la corrupción, o la carencia de independencia real del poder judicial. Todos estos problemas, por supuesto, han existido y continúan existiendo. No venimos a hacer una petición de principio a favor del hiperpresidencialismo, o a celebrar la falta de funcionamiento de la división de Poderes, o los abusos de poder y corrupciones de las administraciones estatales. Pero sí queremos llamar la atención sobre los poderes fácticos vinculados a la matriz de colonialidad y a la persistencia de la desigualdad social como factores relevantes que no pueden omitirse en un análisis que exija partir de las realidades y de las situaciones de nuestra región. La consideración de las distribuciones de poder en el cuadro total de poderes constitucionalmente nominados e innominados tiene que ver con el grado de avance o retroceso de los procesos de protagonismo popular. De lo contrario, se cae en una teoría abstracta de ingeniería institucional o de discusión de modelos teóricos que no registra las profundas diferencias que existen, por ejemplo, entre los Estados postneoliberales y los Estados neoliberales en nuestra región. Todos ellos son regímenes políticos de presidencialismo fuerte. Pero pare-

(22) Por ejemplo, en GARGARELLA, ROBERTO, *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, t. 1., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008.

ce que los primeros son más castigados por su “populismo”. Pues desde el punto de vista de los discursos de hermenéutica jurídica conservadora, los últimos, alineados con las políticas de colonialidad global del neoliberalismo y el “Consenso de Washington”, siempre fueron más previsibles y respetuosos de la “seguridad jurídica” de los grandes actores del mercado, y encomiados por las instituciones económicas y financieras internacionales como “mercados emergentes”.

Incluso algunas vertientes progresistas de la teoría constitucional regional que teorizan desde modelos de democracia deliberativa y de constitucionalismo popular, adoptados de la teoría europea y “usamericana”, no perciben como importantes las experiencias de Nuestra América. Tampoco hacen un esfuerzo por situar sus reflexiones en las innovaciones y prácticas de demodiversidad y democracia intercultural que tomaron visibilidad a partir de las experiencias del nuevo constitucionalismo transformador sudamericano. Se produce, entonces, el desperdicio de la experiencia, como dice Santos.⁽²³⁾ Porque parece que, ya sea en términos conservadores o progresistas, estamos restringidos a los modelos y experiencias tematizados desde la academia geoculturalmente hegemónica. Al menos es preciso reconocer que, en este sector de la teoría constitucional “igualitarista”, se registran los desniveles entre poderes y derechos. Pero los poderes se reducen a los nominados constitucionalmente. Por ejemplo, se sostiene que las declaraciones de derechos constitucionales abundantes y generosas injertadas en troncos constitucionales de concentración del poder en matrices hiperpresidencialistas y/o contramayoritarias terminan generando efectos contraproducentes a la eficacia de los derechos y reforzando esos poderes concentrados; por ejemplo, el del poder judicial contramayoritario. Al no ubicar el problema en la matriz social de poder, la teoría constitucional, tanto conservadora como progresista, termina cohonstando el estatismo, por cuanto se limita a análisis de ingeniería institucional y funcionamiento de los poderes al interior del estado.

En cuanto a las fuentes del derecho, existe en buena parte de la doctrina constitucional una actitud francamente ingenua que, puesta en el contexto de la historia constitucional regional y ante la existencia de la matriz colonial de poderes fácticos, resulta ideológica, cuando no cínica.

(23) SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, en vez de Bilbao, Desclèe de Brouwer, 2000.

En el mejor de los casos, se registran, junto a las fuentes jurídicas “formales”, las fuentes “materiales”.

Evidentemente, juega aquí lo que Enrique Marí denunciaba como un dispositivo de alusión/elusión entre derecho y poder.⁽²⁴⁾ De esta forma, la politicidad del derecho se invisibiliza en el nivel constitucional. Fetichismo y encriptamiento constitucional oscurecen el origen y el objetivo de la liberación pública, en cuanto al objetivo del derecho de regular ámbitos relevantes de la convivencia social. Esta teoría es la teoría *naive* de las fuentes del derecho constitucional, basada en una “metáfora hidráulica”. Resulta ser entonces contradictoria con las credenciales democráticas del constitucionalismo. Si nos tomamos en serio la democracia y optamos por utilizar esta metáfora de las fuentes, la democracia es un concepto problemático para los constitucionalismos conservadores y liberales, porque supone un verdadero “derecho colectivo al agua”. Es decir, supone el empoderamiento popular como legislador constituyente, principal fuente de validez y de reconocimiento y jerarquización de las fuentes. No sorprende entonces que la teoría neoconstitucional y la teoría constitucional tradicional no hayan registrado la novedad del constitucionalismo transformador regional. Pues esta estriba en la recuperación de una práctica democrática protagónica en el ejercicio del poder constituyente y reconstituyente popular.

4. Fetichismo constitucional vs. poder constituyente, democracia protagónica e intercultural

El constitucionalismo democrático o radical ha sostenido siempre una concepción de democracia como un legado abierto y en constante construcción. Pues las generaciones presentes no pueden imponer sus instituciones, sus marcos constitucionales a las generaciones venideras. Estas tienen derecho a ejercer un poder constituyente fundador o reconstituyente sin más límites que los que surgen de la realidad histórica social. El poder constituyente popular es la capacidad de instituir de una comunidad política sobre lo que es, lo que debe ser y lo que podría ser, dentro de las condiciones de factibilidad. No obstante, una vez asentadas las revoluciones burguesas que dieron origen a la primera etapa del constitucionalismo, esta idea fuerte de poder constituyente y de “jurisgénesis” democrática quedó sometida, como dice Antonio Negri, a “un proyecto de control

(24) MARÍ, ENRIQUE, *Papeles de filosofía*, Bs. As., Biblos, 1993, p. 252.

de la ciencia jurídica".⁽²⁵⁾ La constitución se transformó —siguiendo, entre otras fuentes, el *dictum* de los autores de "El Federalista" y el modelo de la Constitución de los Estados Unidos— en un instrumento con importantes elementos contramayoritarios. Al mismo tiempo, comenzó un proceso ideológico fetichista de justificación del recorte al carácter democrático del constitucionalismo.

Un fetiche es algo hecho por y para las personas, pero que, por un mecanismo de inversión ideológica —a partir del cual se le imputan propiedades místicas— deja de estar disponible, incluso al punto de poner a las personas a su disposición. Marx trabajó este proceso de fetichismo al referirlo a la forma mercancía. El producto cósico del trabajo vivo —el capital— se torna persona o sujeto apariencial, y el trabajador se transforma en una cosa —instrumento— al servicio del aumento del capital. Dussel ha aplicado este concepto en el campo de la política. En este sentido introduce la idea de "poder fetichizado" en tanto poder que, en vez de fundarse en el consenso y la delegación de la comunidad política que lo instituye, pretende afirmarse como la sede, el fundamento y el ser del poder de la comunidad política. Fetichismo es esta inversión espectral: lo fundado aparece como el fundamento, y el fundamento como lo fundado.⁽²⁶⁾

Creemos que la idea de fetichismo es una buena metáfora para explicar el proceso de debilitamiento y vaciamiento del fundamento democrático del constitucionalismo. Se trata del "fetichismo constitucional", que ya denunciaba en ocasión de las discusiones constituyentes de 1949 en Argentina, el filósofo Carlos Astrada, en los siguientes términos: "La constitución es para el pueblo, no el pueblo para la constitución... No es el pueblo, ni él está presente en la vida política, para la constitución, para rendirle culto idolátrico, para vivir en la sabiduría, supuesta infalible, de los que se la dieron".⁽²⁷⁾

En la teoría constitucional dominante se incurre en forma más o menos explícita en fetichismo constitucional. Se prioriza, o bien la estabilidad y

(25) NEGRI, ANTONIO, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Madrid, Libertarias-Prodhufo, 1994, p. 20.

(26) DUSSEL, ENRIQUE, *20 tesis de política*, México, Siglo XXI-CREFAL, 2006, pp. 40/47.

(27) ASTRADA, CARLOS, "Fetichismo constitucional", en Fara, Luis; Gerber, Santiago (comps.), 1949. *Una constitución para la patria justa, libre y soberana*. Eva Perón. John William Cooke. Carlos de Astrada. Raúl Scalabrini Ortiz. Juan Domingo Perón. Arturo Enrique Sampay, Bs. As., Piloto de Tormenta, p. 36.

conservación, o bien un cambio orientado y pautado desde las elites económicas, políticas y concretado por la experticia técnica de los constitucionalistas. La constitución, como una cúpula catedralicia de un templo edificado a lo largo de generaciones, aparece como el resultado intangible, ornado, lejano y alto de la *phronesis* constitucional de los iniciados. El dinamismo se da exclusivamente por vía interpretativa o por los propios cauces previstos por el programa constitucional: el protagonismo de la jurisdicción contramayoritaria en el ejercicio del control de constitucionalidad, las presiones de los poderes fácticos corporativos y mercantiles hacia la "seguridad jurídica", que es la propia. El enfrentamiento con cualquier atisbo de postneoliberalismo que problematice este consenso constitucionalista liberal produce un alineamiento casi automático, "políticamente correcto", en defensa de la constitución que obtura cualquier juicio crítico sobre lo que es, lo que debe ser y lo que puede ser acerca de la justicia del sistema constitucional. Las causas formales detonantes del golpe de estado contra Zelaya en Honduras son un ejemplo. Pues el golpe se fundamentó por el Congreso y el Poder Judicial de ese país en nombre de "la defensa de la Constitución". El mismo esquema de justificación se utilizó en el golpe contra el Presidente Lugo en Paraguay.

En suma, como consecuencia de este proceso de fetichización, la constitución, en vez de ser un proceso abierto a una comunidad ampliada de intérpretes que abarque a toda la ciudadanía y, en especial, que de relevancia a la acción y a la voz de los grupos sociales más postergados y subalternizados, resulta ser un coto cerrado para los operadores judiciales y los doctrinarios del derecho constitucional que tienen la llave de su encriptamiento. Por tal encriptamiento, hay que entender un efecto del fetichismo constitucional.

Según Ricardo Sanín, las técnicas de encriptamiento constitucional difieren del secreto. Se trata, por el contrario, de manifestaciones visibles pero

Con la encriptación del lenguaje tecno-legal y, por ende, de los procedimientos, los protocolos y las decisiones, las manifestaciones sensibles del poder se vuelven ilegibles y con ellas el poder como fenómeno se torna indescifrable para todo aquel que no comparta el conocimiento preciso del lenguaje y las claves con las cuales se encriptó. Así, la encriptación depende de la existencia de un grupo que tiene acceso a las fórmulas con las cuales se encripta y de otro

grupo que las desconoce por completo. Estos últimos, al ser los lectores no autorizados, son tratados como los rivales por engañar.⁽²⁸⁾

El conflicto social —que en una sociedad democrática, lejos de considerarse una patología, conduce potencialmente a la transformación institucional— es expulsado fuera del derecho constitucional y de la teoría constitucional. La constitución, los procedimientos de reglamentación legal y de aplicación o concretización constitucional en las decisiones permanecen en manos de un conjunto de técnicos que, no obstante, marcan rumbos de la política. Se produce el vaciamiento de la ciudadanía y la paradoja de los “ciudadanos siervos”.⁽²⁹⁾

Justamente el punto en que la historia, la política y el derecho confluyen más claramente; allí donde debería hacerse visible el protagonismo del conjunto social, resulta ser el punto más denso de la encriptación. Termina siendo funcional a los fenómenos de “soberanía porosa” y transformación de los marcos jurídicos en poleas de transferencia de decisiones vitales en materia económica a los centros de decisión de las instituciones internacionales y supranacionales económicas y financieras. Es decir, el encriptamiento como efecto del fetichismo constitucional, está en el centro del ataque contra el constitucionalismo democrático y social que denuncia, por ejemplo, Gerardo Pisarello.⁽³⁰⁾

El contraste con las experiencias que surgen del nuevo constitucionalismo transformador no pueden ser más marcadas. Tanto en Venezuela, como en Bolivia, y en Ecuador, se ha recuperado en los procesos constituyentes materiales y en las variadas formas de institucionalización de la participación popular, como derecho y como garantía, una fórmula de legitimidad democrática fuerte.⁽³¹⁾ En estos casos, la constitución aparece como un código popular. Los procesos constituyentes fueron el producto de una experiencia de luchas y organizaciones populares que apelaron a las propias bases materiales y simbólicas de los grupos históricamente subalter-

(28) MENDEZ HINCAPIÉ, GABRIEL; SANIN RESTREPO, RICARDO, “La constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global”, en *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, n° 8, San Luis Potosí, 2012, pp. 97/120.

(29) CAPELLA, JUAN RAMÓN, *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta, 1993, pp. 135/153.

(30) PISARELLO, GERARDO, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, 2011.

(31) VICIANO PASTOR, ROBERTO (ed.). *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 25/36.

nizados por la matriz de colonialidad del poder, templados y fortalecidos en las luchas de resistencia al neoliberalismo. Luchas frente a un estado que había cedido solo formalmente al reconocimiento del multiculturalismo, pues no varió en la realidad la colonialidad de las relaciones sociales.

De esta experiencia aprendimos que no hay genuino pluralismo e interculturalidad sin una radical redistribución del poder social hacia los grupos subalternizados. Frente a una narrativa usual en la teoría constitucional que sostiene una especie de evolución constitucional desde el estado monocultural, pasando por las políticas de integración y el multiculturalismo hasta el estado plurinacional e intercultural, debemos decir que la verdadera historia del pluralismo, de la demodiversidad y de la interculturalidad recién ha empezado. Estamos ante un *clinamen*, una innovación desde el constitucionalismo sudamericano, como antes lo había sido la constitución social de Querétaro de 1917. Se trata de inscripciones disruptivas, desde los márgenes epistémicos y políticos, en el constitucionalismo como vector del sistema mundo moderno/colonial. Las primeras constituciones que formulan el Estado Plurinacional son las de Bolivia en 2009 y Ecuador en 2008. Y ello como producto de transformaciones políticas y sociales de carácter refundador, como lo narran sus respectivos preámbulos.

5. Constitución formal vs. Constitución material

La posibilidad de la democracia fuerte y del interculturalismo que está inscripto en las nuevas constituciones que estamos comprendiendo no parte solamente de un cambio en el nivel de la cosmovisión cultural. Implican la recuperación de una noción de constitución material. Esta incluye lo que en la teoría constitucional se ha llamado la “constitución económica” y, más recientemente, la “constitución ecológica”, pero va mas allá. Pues permite reconstruir también, a partir de juicios críticos de racionalidad reproductiva consensual y factible, las luchas de los movimientos populares que plasmaron constitucionalmente su resistencia y reivindicación de bienes públicos relacionales (siempre culturalmente mediados) como innovaciones profundas —*sumak kawsay* o *suma qamaña*, derechos de la *paccha mama*, derecho al agua y al saneamiento, a la soberanía y seguridad alimentaria, a la comunicación activa y pasiva plural e intercultural, etc.—.

Este tipo de juicios —que superan la “falacia naturalista” y enlazan proposiciones constatativas o descriptivas (verdad), con proposiciones normati-

vas (validez), y de factibilidad—⁽³²⁾ se realizan sobre la justicia del sistema constitucional, sobre el grado y la medida en que un sistema constitucional (constitución + instituciones + prácticas constitucionales que la concretizan), permite la (con)vivencia consensual y factible de sus sujetos.

Los grupos subalternizados por la matriz de colonialidad en su lucha por un régimen consensual y su resistencia mostraron en la fase globalizadora neoliberal lo defectivo e injusto del sistema constitucional anterior, de cuyo fetichismo se hicieron “ateos”. No se trata entonces de procesos que puedan ser reconstruidos comprensivamente por una teoría constitucional basada solamente en el paradigma discursivo del Estado constitucional o en la institucionalización de la deliberación racional práctica propia de la democracia deliberativa. Se trata, sí, de recuperación de consensualidad demodiversa, desde las simbólicas y argumentaciones prácticas de la democracia representativa, participativa y comunitaria —como sostiene el art. 11 de la Constitución de Bolivia abriendo el camino a la democracia intercultural, y en su seno, a las prácticas consensuales de las comunidades originario campesinas que hemos reseñado más arriba—. Se trata de una consensualidad orientada materialmente por el principio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana en su circuito natural. Los nuevos “derechos fundamentales” en la Constitución de Bolivia, y los “derechos del buen vivir” en la Constitución de Ecuador, son comprensibles desde esta hermenéutica crítica material.

6. Constitución vertical vs. Constitución horizontal

La metáfora piramidal del orden jurídico ubica al derecho constitucional en su vértice jerárquico, por arriba y por afuera, bien lejos de la experiencia jurídica cotidiana popular de quienes engrosan las filas de la subciudadanía fáctica. Hablar de pirámide de derivación lógico normativa, controlada por una jerarquía de poderes autorizados para crear, decir y aplicar el derecho, no es solamente un recurso pedagógico explicativo. Es también una metáfora con fuerza orientadora, que funge como “icono”⁽³³⁾ o “imagen rectora”⁽³⁴⁾

(32) HINKELAMMERT, FRANZ, *El retorno del sujeto reprimido*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002, pp.15/16. DUSSEL, ENRIQUE, *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 103/105.

(33) BEUCHOT, MAURICIO, *Interculturalidad y derechos humanos*, México, Siglo XXI-UNAM, 2009, pp. 106/109.

(34) HÄBERLE, PETER, *La imagen del ser humano dentro del estado constitucional*, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, pp. 33/35.

autorreflexiva de la pretendida unidad, sistematicidad, coherencia de la monocultura del orden jurídico estatal, respaldado, en última instancia, por la coacción legal. Por lo tanto está emparentada con valores como la estabilidad, el orden, la jerarquía y la seguridad. Sin duda no es una imagen rectora inocente. Se puede rastrear, incluso, en la teología política del Estado soberano: “Dios mortal bajo el Dios inmortal”, al decir de Hobbes. Tampoco Kelsen pudo desembarazarse en sus esfuerzos de depuración metódica. Su supuesto básico subyacente es el estado moderno/colonial, monocultural, y monista jurídico. Esta concepción fue importada y devino hegemónica durante el siglo XX en las academias de derecho de las naciones latinoamericanas. En nuestro medio sus rasgos de imperativismo, jerarquización y coerción se acentuaron bajo la excusa teórica de la pureza y objetividad del orden jurídico positivo. Así, en contextos de pluralismo cultural, social y político, esa pirámide resulta ser, en definitiva, una metáfora que connota la profunda violencia simbólica ejercida históricamente por el Estado moderno/colonial sobre la composición diversa de las formaciones sociales de nuestra región.

El nuevo constitucionalismo parece proponer, especialmente en Bolivia y Ecuador, un cambio de enfoque. Pues el Estado plurinacional concibe a la constitución como coordinante supremo de la diversidad.⁽³⁵⁾ Es decir, la supremacía estaría dada por ser la constitución núcleo de sentido que coordina una pluralidad de saberes y prácticas jurídicas culturalmente enraizadas; en ese entendimiento la idea de validez sustancial del constitucionalismo se mantiene, pero los significados constitucionales exigen, para su aplicación en situaciones concretas, una hermenéutica “pluritópica”.⁽³⁶⁾ Por ejemplo, el nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano, de composición electiva y pluralista, al resolver casos judiciales difíciles que se dan en litigios donde concurren el derecho occidental y los valores y pretensiones de los pueblos originarios campesinos, debe interpretar el texto constitucional ponderando tópicos y principios de dignidad humana diversas, partiendo no de la superioridad epistémica *a priori* de una de esas visiones concurrentes, sino de la incompletud de las culturas cerradas en sí mismas y de la posibilidad de refuerzo mutuo para promover la dignidad humana. De esta forma, más que relacio-

(35) MEDICI, ALEJANDRO, *La constitución horizontal*, op. cit., p. 175.

(36) SANCHEZ RUBIO, DAVID, *Encantos y desencantos de los derechos humanos. De emancipaciones, liberaciones y dominaciones*, Barcelona, Icaria, 2011, pp. 43/61.

nes de derivación y subsunción lógica, la supremacía constitucional estaría dada por establecer formas de coordinación y de reconocimiento de una pluralidad de derechos coexistentes, reconduciéndolas a una unidad compleja de actuación del Estado. En ese sentido, más que estar en el vértice de una pirámide, la constitución es horizontal,⁽³⁷⁾ núcleo de sentido abierto de una serie de pluralidades normativas y cosmovisiones. Las soluciones que propone para reconocer y coordinar derechos plurales son endógenas a cada una de las prácticas y situaciones constitucionales. Esta no está por encima y por afuera de, sino que habita las situaciones y su sentido de primacía se construye en cada caso desde ellas en el proceso de concretización constitucional. Se trata de buscar en las condiciones de pluralismo jurídico y cultural institucionalizadas, un nuevo equilibrio entre la interpretación tópica retórica que parte de la primacía de los casos para reconstruir la racionalidad práctica del sistema, y la hermenéutica constitucional concretizadora. Se ponderan los casos de conflicto para llegar a las decisiones. Todo esto dicho con la provisionalidad que exige un proceso abierto sobre el que solo podemos hacer reflexiones que deberán ser verificadas en las prácticas de interpretación constitucional. Como dice el hermeneuta brasileño Lenio Streck: dime cuál es tu idea acerca de la jurisdicción constitucional y te diré que concepto de constitución tienes.⁽³⁸⁾ En Bolivia y Ecuador la forma en que se lleve adelante el proceso de interpretación y control de constitucionalidad en contextos novedosos de pluralismo jurídico, marcará también el carácter de las constituciones.

7. Conclusiones provisionales: el nuevo constitucionalismo transformador como contexto de fundamentación

Si es verdad que toda teoría y práctica constitucional se fundamenta en una filosofía política o en una filosofía pública, nosotros sostenemos la necesidad y la pertinencia de fundamentar las teorías y prácticas constitucionales de nuestra región en una filosofía política situada en el contexto y sus realidades y que, además, no renuncie a una pretensión crítica. Partimos de un diagnóstico que sustenta la relativa inadecuación de la adopción de teorías constitucionales fundadas en el pensamiento euronorteamericano.

(37) COELHO, LUIZ FERNANDO, *Direito constitucional e Filosofia da Constituição*, Curitiba, Juruá, 2006, p. 330.

(38) STRECK, LENIO, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, *Revista dos Tribunais*, 2013.

no para comprender los claroscuros del estado constitucional en nuestra región, y más aún, para las experiencias recientes de lo que ha dado en llamarse el “nuevo constitucionalismo transformador” sudamericano.

Más allá de estos posicionamientos, la provisionalidad de las conclusiones obedece a que, en materia de derecho constitucional y teoría constitucional, vivimos tiempos paradójicos. Por una parte experimentamos un gran desarrollo a través de las teorías del neoconstitucionalismo y renovadas perspectivas históricas acerca del devenir del Estado constitucional en general y, en particular, en nuestra región. Al mismo tiempo experimentamos una coyuntura histórica de la que no puede desentenderse este texto. El constitucionalismo social y democrático justamente en Europa y en los Estados Unidos está pasando por una grave crisis. Pues la proliferación de fuentes del derecho y de directivas de política económica supranacionales restan fuerza normativa a los derechos humanos económicos, sociales, culturales y de interés público en esas regiones. Esta crisis ha sido considerada por el colega Gerardo Pisarello⁽³⁹⁾ como un relanzamiento del viejo conflicto entre constitucionalismo oligárquico y constitucionalismo democrático —distinción acuñada por Arturo Sampay,⁽⁴⁰⁾ ahora arropada en los lienzos de la “globalización neoliberal”, arrasa con las conquistas sociales en Estados Unidos y Europa, en especial en los países de Europa del Sur, del Este e Irlanda—. Además, si volvemos a examinar el contexto de América Latina y el Caribe, la práctica del golpe de estado no ha desaparecido totalmente. Allí se sucedieron, en primer lugar, intentos de golpes contra gobiernos de fuerte legitimidad democrática —en Venezuela (2002), en Bolivia (2008)—. En segundo lugar, se dio el caso de golpes de estado consumados en Honduras y Paraguay. Si bien estos ya no revistieron la típica modalidad de establecer un gobierno de facto encabezado por las fuerzas armadas, interrumpieron la continuidad institucional de gobernantes electos democráticamente, que no habían perdido legitimidad electoral. De ahí que hayan buscado mecanismos que disfrazaran con formalidades constitucionales el desplazamiento por vías extra electorales. Por ejemplo, en el caso de Honduras se desplazó al Presidente Zelaya argumentando que era inconstitucional. Simultáneamente a las elecciones, se realizó una consulta popular no vinculante para

(39) PISARELLO, *op. cit.*

(40) SAMPAY, ARTURO, *Constitución y pueblo*, Merlo, Ediciones Instituto Superior Dr. Arturo Jaurtche, 2012.

saber la opinión del pueblo acerca de la posibilidad de plantear una reforma constitucional. Luego de secuestrarlo y sacarlo por la fuerza militar del territorio hondureño, se fraguó una renuncia falsa ante el Congreso, dominado por los opositores. Las movilizaciones y protestas de las organizaciones populares y de derechos humanos fueron reprimidas por la policía y las fuerzas armadas. En Paraguay se fraguó en tiempo record un juicio político por el que se destituyó al Presidente Lugo sin las garantías del debido proceso. Estos “neogolpes” encuentran apoyo en factores de poder y grupos de presión ligados a los intereses de las elites económicas y políticas afectadas por los procesos de democratización. Rápidamente buscan escudarse en la ambigüedad o en el apoyo de Estados —principalmente, en los Estados Unidos—, en los enfoques ideológicamente sesgados de los grandes grupos multimediales operantes en el escenario regional y en ambigüedades de organizaciones internacionales.⁽⁴¹⁾

Pero, al mismo tiempo, estos retrocesos se dan en un marco general que muestra, en diversos cuadrantes de nuestra América del Sur, un conjunto de procesos constituyentes y de prácticas que han sido denominadas como “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Estas, al reconocer explícitamente el pluralismo jurídico y la interculturalidad, parecen abrir un nuevo ciclo del constitucionalismo regional, con nuevos derechos que receptan las normas y los estándares de derechos humanos, innovan en las formas de participación y democracia; todo ello producto de un concepto fuerte de poder constituyente democrático. Resulta central la fórmula política de la legitimidad democrática de la constitución y su continuidad por medio de la participación popular formal e informal.

Por supuesto que estos procesos están abiertos en Venezuela, Ecuador y Bolivia. Allí también son polémicos y conflictivos, pero tienen ahora un nuevo marco constitucional que debe desarrollarse a través de la interpretación, la legislación y los conflictos de intereses que los condicionan. De ahí que no sabemos qué depara el futuro de estas nuevas constituciones y ensayos de cambio. Por lo pronto, sí hemos procurado reflejar que los procesos sociopolíticos que las constituyeron ya se han forjado un lugar propio en la historia política y jurídica de América Latina, al redistribuir el poder social a favor de grupos subalternizados y plantear procesos de democratización frente a las instituciones y fuerzas tradicionales. La in-

(41) SZMUKLER, BEINUSZ, “Neogolpismo y golpe de Estado en Paraguay”, en *Revista Derecho Público*, año I, n° 2, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012, p. 165.

fluencia de estos procesos sobre la teoría constitucional y sobre las formas de concebir los caminos de integración y complementación de América Latina son innegables, cualquiera sea la perspectiva que se adopte respecto de ellas.

Estos procesos parecen revertir parcialmente la tendencia usual a que los modelos de instituciones y funciones vengan dados por la teoría “euro-norteamericana”; pues suele definir los cánones de la normalidad a partir de sus propias experiencias históricas, normalizadas y universalizadas como “punto cero” u óptimo de funcionamiento institucional desde el cuál medir el desempeño de las arquitecturas institucionales del resto del mundo. Así, la racionalidad y funcionalidad de los modelos no se cuestionan y lo que fallan son los contextos de aplicación por tener culturas políticas particularistas, irracionales, carencia de cultura cívica, “subdesarrollo”, etc. Lamentablemente, muchos constitucionalistas y teóricos del derecho de nuestra región aceptan acríticamente estos criterios eurocéntricos.

Por supuesto, no se puede negar tampoco que existen liderazgos personales fuertes que dan continuidad a las prácticas cesaristas e hiperpresidencialistas de nuestra región; pero, nuevamente, la importación de modelos de ingeniería constitucional comparada, que parecen objetivos y universales, terminan planteando recortes analíticos sesgados —como típicamente la cuestión de la *accountability* horizontal o relación de control mutuo entre los poderes del Estado y los análisis sobre las (des)ventajas del presidencialismo o del parlamentarismo, o sobre el carácter contramayoritario del poder judicial—. En el mejor de los casos, aún cuando estos enfoques se hacen desde una mirada progresista y bien intencionada, al recortar el análisis de los factores de funcionamiento de las instituciones a, por ejemplo, las relaciones entre los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales, o a los partidos y los sistemas electorales, se pierde de vista en el análisis el cuadro total de la distribución del poder entre el estado y las instituciones respecto de aquellos poderes sociales fácticos innominados jurídicamente. Al mismo tiempo, en su fundamento teórico, se omite considerar el contexto. Esto es problemático, ya que el cuadro total muestra aun una matriz de poder fuertemente concentrada y desigual en nuestra región.

Entonces, si no se tiene en cuenta el cuadro total de los poderes, tanto a los nominados constitucionalmente, —Ejecutivo, Legislativo, Justicia, Partidos Políticos—, como a los poderes fácticos innominados que hemos

llamado, siguiendo el término de Luigi Ferrajoli, poderes sociales salvajes o neoabsolutistas *praeter legem* o *contra legem*— resulta ser que, en la misma caracterización de “hiperpresidencialismo”, caen liderazgos y regímenes políticos muy diferentes en cuanto al punto de vista que expresan sobre su calidad democrática y los intereses sociales e ideologías. Es el caso de Abdalá Bucaram y Rafael Correa en Ecuador o Sánchez de Losada y Evo Morales en Bolivia.

De la misma forma, cuando se confronta un modelo abstracto de democracia deliberativa con las modalidades de movilización, participación y generación de liderazgos populares en los procesos de democratización realmente existentes, es obvio que, en la comparación con el canon teórico, los casos son juzgados por sus carencias y por sus distancias. Pero nuevamente aquí falta completar el análisis, reducido a lo teórico y procedimental, con el componente material; pues es la condición necesaria de cualquier avance de la calidad y extensión de la deliberación democrática. En este sentido, podemos mencionar a las condiciones ecológicas, económicas y sociales —fundamentales para el ejercicio activo de la ciudadanía democrática—, a la desigualdad en la estructura y el régimen público de regulación de los servicios de comunicación audiovisual e información —fundamentales para garantizar el derecho humano activo y pasivo plural a la comunicación y al acceso a la diversidad de fuentes de información—. De lo contrario se confunde el consenso fabricado de una opinión publicada por empresas propietarias de grandes grupos multimediales, cuyo principal fin no es otro que lucrar con la libertad de expresión y la crítica al poder.

Por todas las razones apuntadas, hemos intentado comprender estos procesos yendo más allá, aunque siempre dialogando con las teorías “euronorteamericanas” del constitucionalismo. Por ello, junto a la consideración de un eje de análisis ideológico —por ejemplo, la consideración del carácter radical, social, liberal, conservador— de las constituciones, hemos incorporado un eje complementario que tiene en cuenta la relación entre modelos constitucionales y la realidad del contexto situacional en el que deben ser puestos en práctica. Al mismo tiempo, hemos considerado la relación entre los poderes innominados y nominados constitucionalmente frente a los derechos, que históricamente ha sido desajustada a favor de los primeros. De ahí que la experiencia de vastos sectores de las poblaciones en las naciones latinoamericanas no sea la de tener, ni sobre todo ejercer, los derechos que las constituciones les imputan.

Frente a este cuadro de situación históricamente predominante, los cambios del llamado nuevo constitucionalismo transformador sudamericano, en principio, no son menores. Pero la teoría constitucional dominante en nuestra región parece carecer de herramientas epistémicas o metodológicas eficaces para comprender la realidad de las nuevas/viejas aspiraciones de autonomía, del pluralismo cultural y jurídico, de las experiencias de autoridad consensual, deliberativa y federativa “no occidentales”, de la interculturalidad en nuestra región. No sorprende, entonces, que la teoría constitucional vaya a la zaga en la comprensión tanto de las experiencias sociopolíticas y culturales de este “nuevo constitucionalismo”, como de las ciencias sociales críticas en nuestra región.

No obstante, aquí no se trata de arrojar al bebé con el agua sucia, de negar los contenidos emancipatorios que contiene el constitucionalismo moderno y la teoría que lo explica. Se trata de proceder a su recepción situada en las realidades de nuestra región; de realizar, como diría Oswald de Andrade, una “antropofagia constitucional”; o, como diría Rodolfo Kusch, una “fagocitación constitucional”. Eso es tan o más importante, si se nos permite la irreverencia, que limitarse a discutir las teorías “usamericanas” sobre el constitucionalismo popular, o las europeas sobre “democracia deliberativa”.

Vistas las cosas desde un pensamiento situado y decolonial, el desencanto con las promesas emancipatorias de la modernidad —entre ellas las del constitucionalismo— no es un rizo que se arma en el centro a través de la deconstrucción, de la postmodernidad cínica, o de la teoría del Imperio. Este se entiende, mas bien, desde la exterioridad, los márgenes, desde el Sur global. Aquí, pese a la epistemología colonial, existe siempre la posibilidad de apropiación y de reenunciación de vectores del sistema mundo moderno/colonial en forma situada y, por lo tanto, la emergencia de una verdadera diversidad emancipatoria.

El primer paso es simple, pero constituye una profunda transformación paradigmática. Lo que hoy es muchas veces considerado universal —como el individualismo liberal y el liberalismo económico— debe ser comprendido como regional o cultural, y, por lo tanto, perteneciente a una racionalidad específica o a una forma de conciencia entre otras formas de conciencia. Análogamente, podríamos empezar por distanciarnos del pretendido universalismo de la teoría constitucional europea y “usamericana”. Tomar una perspectiva basada en nuestra situación y reconocer que el gobierno

consensual, electivo, rotativo, federativo, así como la solidaridad social, el equilibrio de los ecosistemas, y las distintas formas de nominar la dignidad humana, etc., tienen cimientos culturales plurales también en nuestra región.

En todo caso, la práctica teórica en el Sur y, específicamente, en Nuestra América, en tanto conocimiento construido en los márgenes, tiene siempre la carga de conocer en profundidad las teorías de los centros académicos hegemónicos para proceder a esa recepción y crítica situada en las realidades históricas contextuales.

No se trata de la pretensión atávica de volver a una identidad esencialista o fóbica, al *mainstream* constitucionalista. Se trata de la necesidad de construir desde las diversas realidades de nuestra región una teoría preparada para los desafíos del siglo XXI. En definitiva, que pueda presentar batalla al ataque contra el constitucionalismo democrático y social desde procesos de interculturalidad genuinos, basados en la pluralidad y que no se quede meramente en la declamación.



Las fracturas del constitucionalismo transformador⁽¹⁾

MAURO BENENTE⁽²⁾



Resumen: Tomando como variable la temática del poder, muestro que más que ante un constitucionalismo transformador, estamos frente a un constitucionalismo fracturado. Además, presento algunas dudas sobre la noción de “constitución horizontal”.

Palabras clave: derecho; constitucionalismo; poder; Latinoamérica; democracia; comunidades indígenas.

1. Introducción

Gran parte del trabajo de Medici, más que marcar el potencial **transformador** del nuevo constitucionalismo latinoamericano en el plano de las instituciones y prácticas políticas y sociales, debe inscribirse como un intento de dar cuenta de las dificultades analíticas de la teoría constitucional clásica para abordar estos procesos, lo que la **transforma** en una teoría carente de utilidad. En este plano, no puedo más que acordar en los problemas que trae consigo la separación, aunque sea analítica, entre política,

(1) Comentario al artículo de Alejandro Medici: “El constitucionalismo transformador sudamericano como contexto de fundamentación de la teoría constitucional”.

(2) Profesor Adjunto de “Michel Foucault, el derecho y el poder” en la Facultad de Derecho (UBA). Profesor Adjunto de Teoría del Estado en la Facultad de Derecho, Universidad de Palermo. Becario doctoral del CONICET.

moral y derecho. Ahora bien, la duda que tengo —y que es ajena al trabajo de Medici— es si vincular al derecho con la moral o la política, reduciendo estos planos **únicamente** a sus dimensiones normativas —algo por cierto muy frecuente—, mejora o empeora la tarea de comprensión de los fenómenos jurídico-políticos. Además de esto, el autor avanza en los déficits analíticos que presentan las filosofías liberales, comunitaristas, republicanas y de la democracia deliberativa, líneas que agrupa bajo el carácter de “**eurossamericanas**”. En este punto creo que estamos ante una afirmación demasiado ambiciosa, muy difícil de tematizar en pocas líneas y que, además, olvida todos los matices y diferencias que existen al interior de estas tradiciones teóricas, lo que me obliga a distanciarme de su diagnóstico. De todos modos, rápidamente vuelvo a sentir afinidad con el trabajo de Medici cuando nos invita a delinear un análisis teórico situado espacial y temporalmente, en lugar de importar —o al menos hacerlo acriticamente— marcos teóricos contruidos para analizar problemáticas que se desarrollan en otras latitudes.

En esta apuesta por **transformar** a la teoría constitucional clásica en una matriz carente de utilidad para abordar los nuevos procesos constitucionales latinoamericanos, entiendo que, por momentos, la labor de Medici se vuelve algo genérica, lo que dificulta la tarea de la crítica. Sin embargo, no quisiera realizar una defensa de la teoría tradicional clásica —con la que no tengo mayores simpatías— sino que prefiero presentar algunos reparos sobre las discontinuidades y novedades que aporta el constitucionalismo sudamericano. Me interesa enunciar ciertas dudas sobre su carácter **transformador**, no en términos generales, sino tomando como variable de análisis la temática del poder. Sobre este punto, más que un constitucionalismo **transformador**, advierto la presencia de un constitucionalismo **fracturado**. Por otra parte, pero de modo mucho más breve, presentaré algunas dudas sobre la noción de “constitución horizontal” que es enunciada hacia el final de su trabajo.

2. Las novedades de las nuevas constituciones

Según entiendo, hay varios diagnósticos que provienen desde tradiciones que, a grandes rasgos, podríamos denominar “críticas”, que funcionan con comodidad para conceptualizar las constituciones latinoamericanas liberales-conservadoras del siglo XIX y neoliberales de las décadas de 1970, 1980 y 1990, aunque para los procesos y los textos constitucionales de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009) deberían ser, al menos, redefinidos.

Para las constituciones del siglo XIX, resulta útil el diagnóstico que podemos encontrar en Walter Benjamín y luego, con matices, recuperado por autores como Jacques Derrida, Giorgio Agamben y Roberto Esposito respecto de la naturaleza del poder constituyente, un poder incapaz de extraer su legitimidad de marcos jurídicos anteriores, por lo que no tiene más legitimidad que la violencia que lo precede. Postular un poder constituyente como una violencia que funda al derecho —y que la incluye, la introyecta dentro del orden jurídico— resulta muy pertinente para explicar los procesos constitucionales latinoamericanos del siglo XIX que no podían inscribirse en una legalidad existente. Surgen, entonces, constituciones nuevas redactadas por una élite que, en última instancia, no podía legitimarse más que en alguna victoria en el campo de batalla.

Los ejemplos contemporáneos de Venezuela, Ecuador y Bolivia hacen resquebrajar, al menos en parte, este diagnóstico porque estamos frente a constituciones que, efectivamente, incluyen a la violencia dentro del ordenamiento jurídico, pero algunas la incluyen de otro modo, puesto que la Constitución boliviana —y con menos detalle, la ecuatoriana— además de introducir dentro del orden jurídico la violencia de la justicia ordinaria, hace lo propio con la jurisdicción indígena originaria campesina. De todos modos, hay un elemento que diferencia estos procesos de los acaecidos en el siglo XIX: su fuente de legitimidad. No solamente porque las constituciones antiguas fueron escritas con las plumas de las élites y en las actuales la tinta es más democrática, sino porque antes y alrededor de estos **momentos constitucionales** de fines del siglo XX y principios del siglo XXI efectivamente se hicieron presentes las luchas, la fuerza de los movimientos sociales, los reclamos silenciados por décadas, aunque el contraste estriba en que, además del sustento en la fuerza, las nuevas constituciones sí fueron asentadas en las normas jurídicas anteriores, sí fueron legales. A diferencia de los procesos del siglo XIX, cuando detrás de las cortinas de las leyes solamente había sangre, las constituciones del siglo XXI, novedosas y que también se asumen como fundantes, no tienen esta violencia de origen —o no la tienen en la misma medida—.

Por otra parte, como marco teórico para el análisis de los procesos constitucionales del siglo XIX y también los de la oleada neoliberal —siempre con algunos ajustes puesto que son marcos construidos para analizar la realidad europea y no la latinoamericana— resulta útil realizar algún acercamiento desde el marxismo. La idea según la cual “[e]l poder estatal moderno no es más que una junta que administra los negocios comunes

de toda la clase burguesa”⁽³⁾ o el entendimiento que propone que las relaciones de producción constituyen la base económica sobre la que se alza un edificio jurídico y político,⁽⁴⁾ parece funcionar con cierta comodidad si se desea analizar los textos constitucionales del siglo XIX y los neoliberales del siglo XX. La férrea defensa de la propiedad privada, declarada **inviolable** por las Constituciones de Argentina de 1853 (art. 17) y de Costa Rica de 1871 (art. 29), derecho **pleno** por la Constitución de Brasil de 1891 (art. 72), derecho **sagrado e inviolable** de acuerdo con la Constitución de Uruguay de 1830 (art. 144), así como la protección a la libertad de comerciar, de ejercer industria lícita, entre otras disposiciones, pueden ser una muestra del compromiso del Estado con las clases dominantes, y del diseño jurídico con las relaciones sociales de producción.

Ahora bien, si tomamos como ejemplo el caso de la Constitución de Bolivia, que declara en su preámbulo haber dejado “en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal”, que garantiza la propiedad privada individual o colectiva en la medida en que “cumpla su función social” (art. 56, inc. 1), siempre que su uso “no sea perjudicial al interés colectivo” (art. 56, inc. 2), y que dispone que “los recursos naturales son de propiedad del pueblo boliviano y serán administrados por el Estado” (art. 311, inc. 2), el panorama ya no parece ser el mismo. Ya no resulta tan simple pensar que la administración estatal de los recursos naturales implica un capítulo más de la administración estatal de los negocios de la burguesía. Siempre con las dificultades que traen consigo los diagnósticos del presente, uno podría decir que las recientes Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia intensifican la presencia estatal en numerosas áreas y, por ello, incrementan el poder estatal. Lo que resulta más complejo es postular que este diseño constitucional con mayor poder estatal está concebido al solo efecto de lograr una mejor administración de los negocios de la burguesía o de las clases históricamente dominantes.

Volviendo al trabajo de Medici, uno de los déficits que marca respecto de la teoría constitucional tradicional es su exclusiva atención a los poderes nominados en la Constitución y el total olvido a los denominados poderes “salvajes” o “innominados”. La noción de poderes “salvajes” es

(3) MARX, KARL y ENGELS, FRIEDRICH, *Manifiesto comunista*, Madrid, Debate, 1998, p. 17. Aquí hay que tener en cuenta que, en el siglo XIX, en varias latitudes de “Nuestra América” difícilmente pueda encontrarse algo así como una burguesía.

(4) MARX, KARL, *Contribución a la crítica de la economía política*, México, Siglo XXI, 2000, p. 4.

empleada por Luigi Ferrajoli en varios trabajos⁽⁵⁾ —por primera vez en *Derecho y Razón*— para aludir a las “formas de poder más incontroladas e ilimitadas por las que pueden verse perjudicados y subvertidos los mismos poderes jurídicos y el orden global del estado de derecho [...] son poderes de hecho, cuya sola existencia testimonia en ocasiones la prevalencia de la fuerza sobre el derecho”. A los poderes “innominados” refiere Bartolomé Clavero para enunciar aquellos que se ubican por fuera de la trinidad de poderes constitucionales —legislativo, ejecutivo y judicial—. Esta desatención a los poderes “salvajes” o “innominados” implica que cuando la teoría constitucional clásica reflexiona sobre el poder se queda solamente con sus variables institucionalizadas en el Estado, y es por ello que, por ejemplo, son muy clásicos los estudios sobre el grado de concentración de funciones del Presidente, pero inexistentes los análisis sobre el modo en que las constituciones permiten u obstaculizan la concentración de poder económico.

De todos modos, antes de avanzar sobre los poderes “innominados” o “salvajes”, entiendo que los diseños constitucionales de Venezuela y Ecuador —aunque esta última amplíe la citada trinidad— no representan demasiadas discontinuidades con el constitucionalismo clásico. Se mantiene la figura de un presidente con numerosas atribuciones, un parlamento y un poder judicial, y si bien es cierto que ambas incorporan la revocatoria de mandatos,⁽⁶⁾ ella también está presente en las constituciones de Colombia, Panamá y República Dominicana.⁽⁷⁾ También establecen mecanismos de democracia participativa como la consulta popular y la iniciativa popular de leyes,⁽⁸⁾ pero se trata de instancias de participación que, con matices, se encuentran en casi todas las constituciones de la región, por lo

(5) FERRAJOLI, LUIGI, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 126/132; *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional* (trad. de Perfecto Andrés Ibañez), Madrid, Trotta, 2011, pp. 45/46.

(6) Art. 105 de la Constitución de Ecuador y el 72 de la Constitución de Venezuela permiten la revocatoria de todos los cargos electivos.

(7) Art. 103 de la Constitución de Colombia, art. 151 de la Constitución de Panamá, y art. 30 de la Constitución de República Dominicana.

(8) El art. 103 de la Constitución de Ecuador regula la iniciativa popular de leyes y el 104 la consulta. Lo interesante es que estas dos disposiciones, y la de revocatoria de mandatos, están bajo el título de democracia “directa”. Por su lado, la Constitución de Venezuela contempla la iniciativa popular en el art. 70 y la consulta popular en el art. 71 —cuando se trata de asuntos de relevancia nacional, pero también parroquial, municipal y estatal— y en el art. 73 —para el caso de referendos de proyectos de ley—.

que no implican mayores novedades.⁽⁹⁾ La Constitución ecuatoriana, además de los clásicos tres poderes —a los que denomina “Funciones”—, incluye la “Función de Transparencia y Control Social” (arts. 214 a 216) y la “Función electoral” (arts. 217 a 224). La primera de las mencionadas está formada por un Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, una Defensoría del Pueblo, una Contraloría General del Estado y las superintendencias —tal vez sea el Consejo el que aporte mayores novedades institucionales— pero, nuevamente, esta Función debe inscribirse dentro de varias constituciones que también contemplan mecanismos de control —aunque sin dotarlos de tanta institucionalidad o instituyendo una menor participación ciudadana—.

La Constitución de Bolivia, que también incluye la revocatoria de mandatos (art. 240), la iniciativa popular de leyes (art. 162) y la consulta popular (art. 11), entiendo que ha presentado mayores novedades en el rediseño de la trinidad constitucional, no tanto por constituir un “poder” electoral (art. 12), sino por el rediseño que ha establecido dentro de los poderes “nominados”, en particular del judicial. En este plano, y radicalizando el diseño de la justicia indígena, también incluida en la Constitución ecuatoriana,⁽¹⁰⁾ se establece una igual jerarquía entre la justicia ordinaria y la justicia indígena originaria campesina (art. 179, inc. 2), y en una convivencia que por momentos puede resultar problemática, se dispone que si bien la jurisdicción indígena originaria campesina debe respetar los derechos y garantías de la Constitución (art. 191, inc. 1), ejerce su competencia con autoridades, valores y procedimientos propios (art. 191, inc. 2). Ade-

(9) La iniciativa popular de leyes se incluye en las constituciones de: Argentina (art. 39), Brasil (art. 14), Colombia (art. 155), Costa Rica (art. 123), Guatemala (art. 277), Honduras (art. 5º), Nicaragua (art. 140), Panamá (arts. 238 y 314), Paraguay (art. 123), Perú (art. 107), República Dominicana (art. 97), y Uruguay (art. 79). Por su lado, la consulta popular está contemplada en los textos constitucionales de: Argentina (art. 40), Brasil (art. 14), Colombia (arts. 103 y 374), Costa Rica (art. 105), Guatemala (art. 173), Honduras (art. 5), México (art. 26), Nicaragua (art. 2), Panamá (arts. 238, 313 y 325), Paraguay (arts. 121/122), Perú (arts. 32 y 176), República Dominicana (arts. 203, 210 y 272) y Uruguay (arts. 79 y 331).

(10) El art. 171 de la Constitución de Ecuador dispone que “[l]as autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”.

más, en esta línea debe destacarse la importancia, y Medici lo hace, del Tribunal Constitucional Plurinacional (arts. 196 a 204).

Según creo, entonces, si no fuera por la discontinuidad que implica la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina que establece la Constitución de Bolivia —y con mayor timidez la Justicia Indígena de la Constitución de Ecuador—, en la reestructuración de los poderes “nominados” no se advierte la presencia del constitucionalismo **transformador** que enuncia Medici. Por su lado, en el tratamiento de los poderes tradicionalmente “innominados” o “salvajes”, entiendo que en la radiografía de estas constituciones, más que una **transformación**, se observa una **fractura**: si bien hay un tímido intento de domar el salvajismo de algunos poderes en la parte del diseño institucional, en el modo en que se constitucionalizan los derechos este constitucionalismo carece de potencial **transformador** y luce sus **fracturas**.

Si tomamos en cuenta las constituciones del siglo XIX, entiendo que es posible encontrar un presupuesto conceptual muy preciso, sólido y macizo: en la medida en que el poder se concentra en el Estado, es menester (a) dividirlo en diferentes departamentos de gobierno, y (b) declarar derechos que protejan a los individuos de este poder estatal.

Por su lado, en las Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia, los presupuestos conceptuales, lejos de ser macizos, se encuentran **fracturados**: (a) en lo que refiere a la organización del poder, no solamente dividen al gobierno en diferentes departamentos —incluso con mayores controles y hasta en mayor número—, sino que establecen limitaciones a otros poderes, como el económico; (b) sin embargo, los derechos se estructuran como límites o exigencias solamente respecto del poder del Estado, pero no respecto de otros poderes que conservan su salvajismo y su *status* “innominado”.

La Constitución de Venezuela prohíbe los monopolios y el abuso de posición dominante (art. 113) y declara al latifundio como contrario al interés nacional (art. 307). Por su lado, la Constitución de Ecuador rechaza los monopolios y oligopolios —en particular, en materia de medios de comunicación y uso de frecuencias (art. 17)—, los abusos de posición dominante y otras prácticas desleales de mercado (art. 335). Además, reserva para el Estado la administración, el control y la regulación de los sectores estratégicos (art. 313), declara de su patrimonio los recursos naturales no renovables (art. 317), los productos del subsuelo y los yacimientos de minerales e hidrocarburos, siendo que si son explotados por privados,

el Estado debe participar en las ganancias (art. 408). Finalmente, la Constitución boliviana prohíbe los monopolios y oligopolios en la producción y comercialización de bienes y servicios (art. 314), excluye especialmente los monopolios u oligopolios mediáticos (art. 117) y rechaza el latifundio (art. 398b y ss.). Asimismo, el Estado asume el control de la explotación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales, y si se asocia con privados, estos deben reinvertir sus utilidades (art. 351). Además, solo el Estado puede explotar y comercializar hidrocarburos (art. 359), y si empresas extranjeras participan en la cadena productiva no se consideran válidas las prórrogas de jurisdicción (art. 366). Por último, también se establece la prohibición de la apropiación privada de los recursos hídricos (art. 357).

Según creo, estas disposiciones, en contraste con las férreas protecciones a la propiedad privada y las libertades comerciales que lucían los textos del siglo XIX y de la oleada neoliberal que sufrió "Nuestra América", marcan un intento por "nominar" y "domesticar" lo que muy genéricamente podríamos denominar el poder del capital privado. Al momento de diagramar el funcionamiento del poder, estos diseños constitucionales, además de establecer y limitar la actuación del poder estatal, establecen algunas pautas, puede que tímidas, de domesticación de un poder hasta entonces innominado. De todos modos, al momento de conceptualizar los derechos, se **fractura** aquella "nominación" y "domesticación", puesto que la referencia sigue siendo a un único poder nominado: el del Estado. En este orden de ideas, con excepción de algunos referidos a la niñez o adolescencia, los derechos se plantean como límites o exigencias solamente del poder del Estado y no de los otros poderes.

Incluso en una de las pocas oportunidades en que la Constitución boliviana intenta salirse del paradigma tradicional de conceptualización de los derechos, una de las pocas veces que pretende establecer una matriz **transformadora**, esa ilusión se diluye muy rápidamente. Es así que si bien se proclama que el Estado, pero también la sociedad —refugio de estos poderes innominados— tienen deber de tuición sobre el sistema educativo (art. 77) y la misión de erradicar el analfabetismo (art. 84), al momento de enumerar las obligaciones para alcanzar los logros educativos, la mochila se carga solamente sobre las espaldas del Estado (art. 82), que en "Nuestra América", en muchas oportunidades, suele ser más débil que la de las grandes corporaciones. Una lógica similar se advierte en una de las incorporaciones más importantes de la Constitución ecuatoriana, como es el régimen del **buen vivir** [*sumak kawsay*]. Un primer contraste se advierte

cuando, al enunciar los principios generales del “Régimen de Desarrollo” —título VI de la Constitución—, se establece que para alcanzar el régimen del **buen vivir** el Estado tiene estas exigencias:

1. Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza.
2. Dirigir, planificar y regular el proceso de desarrollo.
3. Generar y ejecutar las políticas públicas, y controlar y sancionar su incumplimiento.
4. Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos.
5. Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley.
6. Promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes, los saberes ancestrales y en general las actividades de la iniciativa creativa comunitaria, asociativa, cooperativa y privada (art. 278).

Mientras tanto, a las personas y las colectividades solamente les corresponde: 1) Participar de las fases y espacios de gestión pública y de la planificación del desarrollo —es decir, participar de las cuestiones que son estatales—; 2) Producir, intercambiar y consumir bienes y servicios con responsabilidad social y ambiental (art. 279). De todos modos, si esto ya marca una notable diferencia entre el Estado y otros poderes que se mantienen innominados, o en estado de salvajismo, cabe destacar que en el título VII de la Constitución, dedicado específicamente al régimen del **buen vivir**, todos los deberes y obligaciones se imponen al Estado (arts. 340 a 342).

Según creo, entonces, las constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia, más que una **transformación** en la matriz de poder, presentan una notable **fractura**, puesto que se intenta —tímidamente— domesticar el poder capital privado, pero se mantiene en una situación de salvajismo y de innominación al momento de conceptualizar los derechos.

3. Una Constitución con forma de trapecio

Hacia el final del trabajo, Medici entiende que el nuevo constitucionalismo latinoamericano no puede aplicarse a partir de la metáfora geométrica de la pirámide porque estamos frente a constituciones que no son verticales, sino horizontales. Sin embargo, a mi modo de ver, se presenta el gran problema de presentar una constitución que, entre otras cosas, implica la edificación de instituciones como un dispositivo que se inscribe en prácticas

horizontales. ¿Cómo pensar edificios horizontales? ¿Es posible predicar de una institución su horizontalidad? ¿La idea misma de institución no implica abandonar el paisaje horizontal?

Medici entiende que esta horizontalidad toma forma en el Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano —nada dice respecto de las Constituciones de Ecuador y Venezuela—, que tiene una composición electiva y pluralista. Las magistradas y magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, pero también del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Agroambiental y del Consejo de la Magistratura son elegidos por sufragio universal —previa preselección de la Asamblea Legislativa Plurinacional—, duran 6 años en sus funciones y no pueden ser reelectos inmediatamente (arts. 182, 183, 188, 194, 198 y 200). En particular, el Tribunal Constitucional Plurinacional está integrado por siete magistradas o magistrados y, al menos, dos de ellas o ellos “provendrán del sistema indígena originario campesino, por auto-identificación personal” (art. 13.2, ley 27). Las primeras elecciones de magistrados y magistradas se llevaron a cabo el 16 de octubre de 2011, y estaban en juego cincuenta y seis cargos: nueve titulares y nueve suplentes para el Tribunal Supremo de Justicia, siete titulares y siete suplentes para el Tribunal Constitucional Plurinacional, siete titulares y siete suplentes para el Tribunal Agroambiental y cinco titulares y cinco suplentes para el Consejo de la Magistratura. Se había inscripto a más de quinientos postulantes, pero la preselección de la Asamblea Legislativa Plurinacional —con mayoría del Movimiento al Socialismo— redujo el número a ciento dieciséis.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, entre otras, tiene la misión de resolver casos judiciales en donde concurren el derecho estatal y los valores de los pueblos originarios campesinos. Para Medici, esto implica la tarea, no de imponer uno de los paradigmas por sobre los otros, sino de asumir el carácter incompleto de ambos y “establecer formas de coordinación y de reconocimiento de una pluralidad de derechos coexistentes”. Es por ello que “más que estar en el vértice de una pirámide, la constitución es horizontal, núcleo de sentido abierto de una serie de pluralidades normativas y cosmovisiones”.

Sin embargo, de acuerdo con esta presentación, a diferencia de lo que parecía anunciarse, el concepto de “constitución horizontal” presenta alcances muy limitados porque no solamente se reduce el caso boliviano, sino que la horizontalidad de la constitución se limita al campo —sin

dudas importante— de la interpretación. De todos modos, ni para el caso de la interpretación, entiendo que estamos frente a una horizontalidad.

Aunque se trata de una institución muy reciente como para ser evaluada, entiendo que a primera vista el Tribunal Constitucional Plurinacional parece marcar un pasaje de formatos judiciales atravesados por prácticas feudales con cargos no electivos y vitalicios, hacia un diseño más próximo al de las democracias representativas. De todos modos, me parece que estas transformaciones no nos permiten afirmar que estamos ante un diseño horizontal. Como destaca Robert Cover, en los Estados Nación modernos existe un tipo de producción **imperial** de normas jurídicas, una producción centralizada, pero la construcción de relatos e interpretaciones alrededor del derecho es *paidética*, más horizontal y dispersa, puesto que es imposible centralizar —como se hace con las normas— la producción de interpretaciones. Ante este peligro que genera la infinita proliferación de interpretaciones, se instituye un poder judicial que, de modo violento, reduce la multiplicidad de relatos y significaciones. Según entiendo, el Estado Plurinacional boliviano, al menos en parte, ha matizado este carácter **imperial** de la producción normativa, pero el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene la misión de cortar con la horizontalidad de las prácticas *paidéticas* de interpretación normativa. Por más que las magistradas y los magistrados sean elegidos, y haya representación —figura por cierto nada horizontal— de las comunidades indígenas y campesinas, su función no es otra que la de poner un límite a la multiplicación de interpretaciones que se construyen en prácticas que son (o pueden ser) horizontales.

En comparación con los diseños clásicos del Poder Judicial, que las magistradas y los magistrados sean elegidos no es un dato menor. Tampoco hay que dejar de destacar la representación indígena y campesina. Sin embargo, con este panorama no alcanza para que hablemos de una interpretación, y mucho menos de una constitución, horizontal. Quizás la figura geométrica más adecuada no sea la pirámide porque aquí estamos frente a un vértice que parece más plural y amplio, pero cuanto mucho creo que nos encontramos ante un trapecio isósceles, una figura que mantiene la verticalidad y una base de interpretaciones notablemente más amplia que la limitada cima ocupada solamente por las voces de las magistradas y los magistrados.

4. Notas finales

Dentro de las numerosas cuestiones planteadas en el trabajo de Alejandro Medici, y más allá del breve análisis sobre la horizontalidad de la Constitución, me interesé en plantear los límites que tienen las Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia en el tratamiento de los poderes “innominados” o “salvajes”. Creo que, por sobre todas las cosas, se advierte una importante **fractura**, puesto que mientras que, por un lado, se intenta —mínimamente— limitar el accionar del poder económico, al momento de conceptualizar los derechos, las referencias que se incluyen son solamente poder estatal. En el deber de garantizar los derechos, en estos diseños constitucionales los poderes “innominados” y “salvajes” siguen siendo exactamente los mismos que en las constituciones del siglo XIX. Sin embargo, no hay que caer en la ilusión de pensar que su sola inclusión en unas breves notas tituladas “Constitución”, los transforman en poderes “domesticados”.

Tampoco hay que caer en la ilusión de que con estas breves notas se agotan todos los disparadores de trabajo y reflexión a los que nos invita, y hasta nos empuja, el trabajo de Alejandro Medici.



Mujeres indígenas, cultura y derechos

Hacia una articulación integradora⁽¹⁾

LUIS VILLAVICENCIO MIRANDA⁽²⁾



Resumen: Este artículo examina las bases de una propuesta conciliatoria que permita equilibrar las pretensiones de género con una noción de la ciudadanía suficientemente inclusiva, deteniéndose en particular en la propuesta de las jurisdicciones multiculturales. Para ello, en primer lugar, se revisa el modo en que el feminismo y el multiculturalismo coinciden en una crítica a la noción tradicional de ciudadanía liberal. En segundo lugar, se indaga la posibilidad de construir una concepción que permita superar ese ideal de ciudadanía. Finalmente, se analiza críticamente la tesis de las jurisdicciones multiculturales.

Palabras claves: feminismo, multiculturalismo, jurisdicciones multiculturales, ciudadanía, democracia deliberativa.

1. Introducción

Si revisamos la historia de la filosofía política contemporánea, sobre todo desde la publicación, en 1971, de *A Theory of Justice* de Rawls, veremos que el debate sobre la justicia estuvo marcado, hasta comienzos de los

(1) Mi participación en las XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social tituladas "Multiculturalismo, interculturalidad y derecho", en las que leí una versión resumida de este trabajo, fue posible gracias al Proyecto FONDECYT-CHILE N° 1120566, titulado "Ciudadanía para las mujeres en una sociedad multicultural. Hacia la construcción de una concepción deliberativa con vocación universal y su impacto institucional".

(2) Profesor e Investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

años 90 del siglo pasado, por la posibilidad de argumentar a favor de razones que justificaran, o no, la redistribución de recursos, especialmente en torno a cuatro grandes concepciones de la justicia: el libertarismo, el liberalismo igualitario, el utilitarismo y las diversas clases de igualitarismo. Desde hace algún tiempo, esa aproximación se ha visto, al menos, parcialmente desplazada por la entrada en escena de diversas corrientes que, sustentadas en presupuestos y visiones teóricas disímiles entre sí —como es el caso del comunitarismo, el multiculturalismo, el feminismo o el cosmopolitismo—, coinciden en dos aspectos fundamentales: a) el paradigma de la redistribución es insuficiente para explicar y hacerse cargo de todas las aristas que supone tratar a las personas y a los grupos con justicia; y b) identifican al liberalismo igualitario como el principal (aunque no exclusivo) destinatario de sus críticas. Ahora bien, estas doctrinas, además de converger en ese aspecto destructivo y crítico, confluyen en una faz positiva: revitalizar la noción de ciudadanía incorporando ciertas ideas y conceptos que las tradicionales teorías sobre la justicia pasan por alto o no consideran adecuadamente.⁽³⁾

En este trabajo me quiero concentrar en dos de esas visiones críticas: el multiculturalismo y el feminismo. Uno de los aportes más significativos de la teoría feminista ha sido, y continúa siendo, la revisión de la noción de ciudadanía.⁽⁴⁾ Si bien el feminismo aparece en los albores mismos de la Ilustración⁽⁵⁾ para denunciar el universalismo sustitutivo que desconoce al otro concreto,⁽⁶⁾ una vez que las mujeres pasaron a formar parte del *demos*

(3) SQUELLA, AGUSTÍN, VILLAVICENCIO, LUIS y ZÚÑIGA, ALEJANDRA, *Curso de filosofía del derecho*, Santiago, Editorial Jurídica, 2012, pp. 221/271.

(4) SÁNCHEZ, CRISTINA, "Género y constitución: un análisis de la ciudadanía social de las mujeres", en AAVV, Francisco Laporta, Francisco et. al. (eds.), *Constitución y derechos fundamentales: 25 aniversario de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 2005, pp. 586/605; y DEVEAUX, MONIQUE, *Gender and Justice in Multicultural Liberal States*, Oxford University Press, 2006, pp. 54/88. Para examinar la vinculación entre el género y la ciudadanía, ver: ZÚÑIGA, YANIRA, "La 'generización' de la ciudadanía. Apuntes sobre el rol de la diferencia sexual en el pensamiento feminista", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXII, n° 2, 2009, pp. 39/64, [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502009000200003&lang=pt; "Ciudadanía y género. Representaciones y conceptualizaciones en el pensamiento moderno y contemporáneo", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17, n° 2, pp. 133/163, [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532010000200006&lang=pt

(5) AMORÓS, CELIA, *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Madrid, Cátedra, 1997, p. 70.

(6) BENHABIB, SEYLA, *El ser y el otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*, trad. de Gabriel Zadunaisky, Barcelona, Gedisa, 2006, p. 189.

de la comunidad política, la teoría feminista se ha fragmentado en múltiples tendencias que abordan, desde diferentes ángulos, la vieja demanda de hacer patentes las tercas desigualdades en las relaciones de poder entre hombres y mujeres por el control de los primeros sobre la fuerza de trabajo de las segundas. En ese escenario, se ha producido un desplazamiento en la teoría feminista desde posiciones universalistas hacia aquellas identificadas con la afirmación de las diferencias.⁽⁷⁾

Ahora bien, ese desplazamiento se ha desatado en un entorno en el que las políticas de la diferencia, que se alientan desde las huestes multiculturalistas, también se han agudizado⁽⁸⁾ al punto que, para algunos autores, las políticas de redistribución que caracterizan al Estado democrático de derecho se encuentran amenazadas.⁽⁹⁾ La cuestión que deseo explorar

(7) SANCHEZ, CRISTINA, "Feminismo y ciudadanía", en Elías Díaz y José Luis Colomer (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza, 2002, pp. 347/370.

(8) Evidentemente, el hecho de la diversidad cultural no es una novedad, pero tres factores han contribuido a que los desafíos relacionadas con ella se hayan vuelto apremiantes: a) la expansión de la concepción democrática del Estado ha permitido a las comunidades minoritarias reclamar igual derecho a participar en el autogobierno colectivo; b) el proceso de globalización económica y cultural ha pulverizado cualquier intento de asimilación a gran escala; y c) la ilusión del Estado culturalmente homogéneo ha terminado por sucumbir. Ver PAREKH, BHIKHU, "Political Theory and the Multicultural Society", en *Radical Philosophy*, 95, 1999, [en línea] http://www.radicalphilosophy.com/default.asp?channel_id=2188&editorial_id=10166; KYMLICKA, WILL, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, 2ª ed., Oxford University Press, 2002, pp. 327/328; y TORBISCO, NEUS, *Group Rights as Human Rights. A Liberal Approach to Multiculturalism*, Springer, 2006, pp. 1/9). Frente al desafío multicultural se han erigido tres grandes respuestas teóricas: la del liberalismo igualitario, la del multiculturalismo liberal y las diferentes formas de multiculturalismo. Ver PÉREZ DE LA FUENTE, OSCAR, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 254. Para un análisis general, ver VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, "La relevancia moral de la identidad cultural", en *Polis*, vol. 9, n° 26, 2010, [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682010000200019&lng=es&nrm=iso&tlng=es. Para un examen del liberalismo como una perspectiva que fracasa en su intento, ver VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, "Algunas críticas a la idea de razón pública rawlsiana", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 32, (1), 2009, pp. 557/533, [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000100015&lng=es&nrm=iso&tlng=es; y "Privatizando la diferencia: El liberalismo igualitario y el pluralismo cultural", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXIII (1), 2010, pp. 57/37, [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950201000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es

(9) Esa es, por ejemplo, la posición de Barry. El filósofo inglés considera positivo que el liberalismo sea "ciego a la diferencia", ya que los liberales no buscan erradicar las formas de vida tradicionales ni reclamar contra la mantención de las culturas ancestrales, sino simplemente oponerse a la coerción respecto de los que no comparten estos objetivos (BARRY, BRIAN, *Culture and Equality*, Harvard University Press, 2002, p. 66). No están a favor ni en contra de la asimilación, sino simplemente creen que la cantidad justa es la que se da en un marco de instituciones equitativas. Hemos defendido, en otra parte, que las políticas de la diferencia no son incompatibles con las políticas de redistribución (ver SELAMÉ, NICOLE y VILLAVICENCIO

aquí es la posibilidad de tender un puente entre las demandas multiculturales y las reivindicaciones feministas para equilibrar las pretensiones diferenciadas de género con una noción de ciudadanía inclusiva, explorando, en particular, la propuesta de las jurisdicciones multiculturales de Ayelet Shchar.⁽¹⁰⁾ Tal como plantea la autora, el dilema básico radica en cómo dividir, en un Estado pluricultural, la autoridad de manera equitativa logrando así un equilibrio entre la acomodación de las tradiciones de grupos minoritarios y la protección de los derechos individuales de ciudadanía. La tesis fundamental es la construcción de una concepción de la ciudadanía diferenciada guiada por un ambicioso principio innovador: "uno que se esfuerza por la reducción de la injusticia entre grupos, junto con la mejora de la justicia dentro de ellos".⁽¹¹⁾ Desde luego, la posibilidad a la que aludo es, al menos en principio, remota. Pero que lo improbable devenga en probable es tarea habitual de la filosofía.

2. Algunos casos concretos

Hace no mucho, la Corte de Apelaciones de Santiago desestimó una acción de protección presentada por una mujer musulmana en contra de una sucursal bancaria, por habersele exigido levantarse el *hiyab* bajo el pretexto de que no había otro modo de verificar su identidad para poder cobrar un cheque. La recurrente alegó que se le había dado un trato vejatorio, humillante y discriminatorio, vulnerando su libertad religiosa. Si bien la mayoría rechazó el amparo constitucional, el voto disidente argumentó que el velo era más que un símbolo estrictamente religioso para transformarse en un "principio de identidad cultural".⁽¹²⁾ Lo destacable del razonamiento apuntado es que concibe al velo islámico como algo más que una prenda religiosa y, por lo tanto, resalta la circunstancia de que resolver el caso nada más concentrándose en la colisión entre dos o más derechos fundamentales implica adoptar una perspectiva reduccionista. En Francia entró en vigencia, también re-

MIRANDA, LUIS, "Liberalismo, multiculturalismo y Estado de bienestar", en *Ideas y Valores*, Universidad Nacional de Colombia, 147, pp. 111/140, [en línea] <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/idval/article/viewFile/36752/38704>

(10) SHACHAR, AYELET, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, 2001.

(11) SHACHAR, *ibid.*, p. 4.

(12) Fundamento segundo del voto en contra del ministro Cerda. El fallo puede consultarse en: http://diarioconstitucional.cl/articulo-det.php?id_articulo=1409&id_cat=9

cientemente, una normativa que prohíbe el uso del velo íntegro (*burka* y *niqab*) en espacios públicos. El argumento central para justificar la imposición es que este tipo de vestimenta constituye uno de los símbolos más relevantes de la opresión de la mujer. Sus detractores alegan —entre ellos, varias de las mujeres que utilizan esas prendas— que se está vulnerando la libertad religiosa y presumiendo que usarlas jamás constituye una decisión libre.

A través de estos ejemplos opuestos, busco ilustrar tres cuestiones relevantes que resaltan la importancia del tema que estoy presentando: en primer lugar, el insalvable nexo que tienen los seres humanos —individualmente y como grupo— con la cultura;⁽¹³⁾ en segundo lugar, el hecho de que esa vinculación es problemática, pero ineludible; y en tercer lugar, dicha vinculación necesaria debería ocuparse de construir una vía alternativa al universalismo sustitutivo y excluyente,⁽¹⁴⁾ pero también al relativismo cultural, tributario de una perspectiva multicultural esencialista.

Termino este apartado caracterizando la noción de “cultura” que sigue este trabajo:

- a. La cultura opera como un proceso de culturación. Apoyándome en Phillips,⁽¹⁵⁾ podemos comprender la cultura como lo “cotidiano” u “ordinario”. Aquel proceso

(13) Este punto parece obvio, pero hasta hace no mucho, bajo el monopolio de la concepción liberal de ciudadanía, el agente moral era comprendido como anterior a sus fines, desvinculado de los diferentes marcos cualitativos culturales que definen su identidad. Para una revisión crítica de esta tesis liberal en retirada, ver VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, “La concepción política de la persona y las visiones constitutivas del bien”, en *Ideas y Valores*, Universidad Nacional de Colombia, 135, 2007, pp. 29/49, [en línea] <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/idval/article/view/8620>. El comunitarismo y el feminismo son dos de las corrientes que más claramente le han reprochado al liberalismo su excesiva abstracción. Walzer escribe, desde las filas comunitaristas, que “[la pregunta no es] ¿qué escogerían individuos racionales en condiciones universalizantes de tal y tal tipo?, sino ¿qué escogerían personas como nosotros, ubicadas como nosotros lo estamos, compartiendo una cultura y decididos a seguirla compartiendo?” (WALZER, MICHAEL, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. de Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 19). Respecto del feminismo, ver FRAZER, ELIZABETH y LACEY, NICOLA, *The Politics of Community. A Feminist Critique of the Liberal-Communitarian Debate*, University of Toronto, 1993, pp. 53/77.

(14) BENHABIB, *El ser y el otro en la ética...*, op. cit., pp. 171/201. Ejemplos paradigmáticos de ese tipo de universalismo serían los casos del primer Rawls (el de *A Theory of Justice*) y de Habermas. Sobre este punto véase SÁNCHEZ, CRISTINA, “Renegociando la ciudadanía: las prácticas de iteraciones democráticas”, en *Multiculturalismo y feminismo*, Madrid, Instituto de la Mujer Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, pp. 63/70; de la misma autora, “Seyla Benhabib: hacia un universalismo interactivo”, en *Teorías políticas contemporáneas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 269/307.

(15) PHILLIPS, ANNE, “What is ‘culture?’”, en Barbara Arneil, Monique Deveaux, Rita Dhamoon y Avigail Eisenberg (eds.), *Sexual, Justice/Cultural Justice. Critical perspectives in political theories and practice*, Routledge, 2007, pp. 15/29.

- omnipresente, continuo y cambiante, a través del cual cualquier organización social se desarrolla y reproduce a sí misma construyendo un significado compartido, transmitido de generación en generación y abierto al debate y enmiendas.
- b. La idea clave de la distribución desigual del poder. Desde el punto de vista de la filosofía política, la cultura importa no tanto como el estudio de la diferencia de las prácticas culturales, sino como desigualdad, es decir, determinar qué cuenta como justo tratamiento para los grupos minoritarios. Luego, el reconocimiento de las relaciones de poder desiguales entre los grupos minoritarios y mayoritarios, junto con la percepción de que los Estados casi siempre discriminan a los ciudadanos de grupos culturales minoritarios al imponer una política unitaria y un marco legal, es lo que aquí me interesa destacar. Dada esas características, no debe sorprendernos que los grupos minoritarios estén, a menudo, en conflicto con el grupo dominante.
 - c. El proceso de significación se radica en los agentes. Por su parte, Dhamoon,⁽¹⁶⁾ basándose en la semiótica, define lo cultural como un proceso de construcción de significado. Este énfasis es decisivo pues modifica el análisis desde el objeto de la cultura distinta (la entidad que tiene un significado) al proceso que expresa esa identidad diversa. El cambio supone comprender que, dado que los signos no son permanentes o fijos, no es la cultura en sí misma la que está en riesgo, sino las autodeterminaciones y posiciones de los agentes (como individuos o grupos) para hacer sus propios sistemas de construcción de significado y moldear sus propios significados en contextos de no subordinación.
 - d. Las culturas poseen potestad normativa. El último elemento de la noción de cultura es lo que Shachar⁽¹⁷⁾ denomina "comunidad *nomoi*". Con ello se refiere a un grupo que tiene una visión del mundo comprensiva y distinguible que se concreta en potestades normativas que crean leyes para la comunidad. Estos grupos se distinguen no solo por sus particulares sistemas de significado, sino por pretender regular, a través de la ley, la conducta de la comunidad de sus miembros.

3. El fenómeno del desplazamiento: atomizando la reivindicación de la ciudadanía

Al interior de los Estados modernos conviven, siguiendo a Fraser y Kymlicka, dos tipos principales de jerarquías: la económica y la asociada al estatus. La posición que una persona ocupa en la jerarquía económica está determinada por su relación con el mercado y los medios de producción. La lucha contra las iniquidades inherentes a esta jerarquía genera

(16) DHAMMOON, RITA, "The politics of Cultural Contestation", en Barbara Arneil, Monique Deveaux, Rita Dhamoon y Avigail Eisenberg (eds.), *Sexual, Justice/Cultural Justice. Critical perspectives in political theories and practice*, Routledge, 2007, pp. 30/49.

(17) SHACHAR, op. cit., p. 2.

las “políticas de redistribución”. La jerarquía del estatus se refleja en una historia de reglas discriminatorias contra grupos de menor categoría y su invisibilidad o carácter estereotipado. La lucha contra estas jerarquías genera las “políticas de reconocimiento o de la diferencia”.⁽¹⁸⁾ A pesar de que podemos distinguir analíticamente unas de otras, lo cierto es que, a menudo, se superponen. Como prueba de lo anterior, podemos señalar casos de grupos económicamente bien posicionados, pero culturalmente estigmatizados, como los homosexuales, ciertos inmigrantes, algunos grupos religiosos y, por supuesto, las mujeres; estas demandan, además de políticas de redistribución de recursos, un ataque a las jerarquías sustentadas en el estatus.⁽¹⁹⁾

Piénsese, por ejemplo, en el planteamiento de Young que gira en torno a un nuevo concepto de opresión que “designa las desventajas e injusticias que sufre alguna gente, no porque un poder tiránico la coaccione, sino por las prácticas cotidianas y estructurales de una bien intencionada sociedad liberal”.⁽²⁰⁾ En particular, tratándose de las mujeres, su opresión consiste, en parte, en una transferencia, sistemática y no recíproca de poderes a los hombres, que implica más que una desigualdad de poder y riqueza resultante de la práctica por la cual los hombres han excluido a las mujeres de las actividades privilegiadas, ya que esa desigualdad es posible precisamente porque las mujeres trabajan para ellos. De este modo, la explotación de género tiene dos aspectos: la transferencia a los hombres de los frutos del trabajo material y la transferencia a los hombres de las energías sexuales y de crianza. Luego, la autora sostiene que las injusticias, producto de la explotación, no se terminarán simplemente por medio de la redistribución, pues reaparecerán si no se modifica la estructura social.

Así pues, tanto para la teoría feminista como para las diversas clases de multiculturalismos, la concepción tradicional de la ciudadanía liberal fomenta la marginación o estigmatización de grupos que escapan del estereotipo artificial en el que se funda la ilusión del Estado nacional. Con todo, si con algo se han enfrentado la teoría y los movimientos feministas es,

(18) FRASER, NANCY, “Rethinking Recognition”, en *New Left Review*, Mayo-Junio, 3, 2000, pp. 107/120, [en línea] <http://www.newleftreview.org/?view=2248>; DELANTY, GERARD, *Community*, 2ª ed., Routledge, 2010, p. 59; y MODOOD, TARIQ, *Multiculturalism. A Civic Idea*, Polity Press, 2007, pp. 68/70.

(19) KYMLICKA, *Contemporary Political Philosophy...*, op. cit., pp. 327/376.

(20) YOUNG, IRIS M., *La justicia y la política de la diferencia*, Silvina Álvarez (trad.), Madrid, Cátedra, 2000, pp. 89/93.

precisamente, con la cultura. Algunas autoras, por ejemplo Okin, asumen una postura dicotómica pues denuncian que la cultura opera en demasiados casos —entre los más relevantes, la ablación genital, el planchado de pechos, la lapidación, la violación como mecanismo reparatorio, el tráfico sexual, los matrimonios concertados, y el rapto de novias— como una “pseudojustificación” para violar los derechos de las mujeres. Si al analizar las conexiones entre cultura y género nos cuestionamos sobre el efecto que juegan las restricciones culturales sobre la vida de hombres y mujeres para percatarnos que los primeros son, casi siempre, los beneficiados y las segundas abrumadoramente perjudicadas, sencillamente no podemos aceptarlas.⁽²¹⁾ Así pues, parece ineludible adoptar el punto de vista de que no hay otra opción que una trágica y simple elección entre “tu cultura o tus derechos”.⁽²²⁾ Esa sería, sin ir más lejos, la justificación de la prohibición francesa del velo integral. Otras autoras plantean, donde destaca Benhabib,⁽²³⁾ que las reivindicaciones culturales no son incompatibles con las demandas de autonomía política y moral, ni con los requerimientos de libertad e igualdad de las mujeres.⁽²⁴⁾

Específicamente sobre estas últimas reclamaciones, la filósofa turca reflexiona:

... la autonomía y el pluralismo cultural parecen irreconciliables. ¿Pero esto debe ser así necesariamente? No hay duda de que las preocupaciones de las mujeres y el estatus de la esfera privada exponen la vulnerabilidad de los

(21) GUERRA, MARÍA J., “Una apuesta por el feminismo global”, en *Leviatán: Revista de Hechos e Ideas*, 80, 2000, pp. 101/116.

(22) SHACHAR, *op. cit.*, pp. 2 y 3; y OKIN, SUSAN M., en Susan Moller Okin with Respondents, Joshua Cohen, Matthew Howard, y Martha C. Nussbaum (eds.), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton University Press, 1999 [originalmente publicado con el mismo título en *Boston Review*, Volumen 22, octubre/noviembre, 1997, [en línea] <http://bostonreview.net/BR22.5/okin.html>. Para ser exacto, Okin relativizó su postura en trabajos posteriores reconociendo que el título provocativo de su ensayo llevó al error a sus lectores críticos. Ver OKIN, SUSAN M., Avigail Einsenberg y Jeff Spinner-Halev (eds.), “*Multiculturalism and feminism: no simple question, no simple answers*”, en *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge University Press, 2005, pp. 67/89.

(23) BENHABIB, SEYLA, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton University Press, 2002, pp. 172/175.

(24) En la misma línea, PAREKH, BHIKHU, “Barry and the dangers of liberalism”, en Paul Kelly (ed.), *Multiculturalism Reconsidered. Culture and Equality and its Critics*, Polity Press, pp. 133/150; y *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, 2ª ed., Palgrave Macmillan, 2006, pp. 165/172.

acuerdos multiculturales y ponen de manifiesto los injustos compromisos políticos y morales, logrados a expensas de mujeres, niños y niñas, sobre los cuales a menudo descansan. ¿Pero qué sucedería si ambas posiciones se basaran en presupuestos epistemológicos equivocados respecto de las culturas (...)? Si adoptáramos la perspectiva del diálogo multicultural complejo (...) ¿podríamos ser capaces de hacer justicia tanto a las aspiraciones de libertad e igualdad de las mujeres, como a la legítima pluralidad de las culturas humanas?⁽²⁵⁾

Para esta segunda postura, el antagonismo sin más entre la igualdad de género y la perspectiva multicultural es excesivo pues la cultura sí importa y deben buscarse mecanismos para vindicar la ciudadanía de las mujeres en un mundo irremediamente multicultural. Con matices, esa es la postura que subyace al voto disidente del fallo citado.

4. La esquiva propuesta conciliatoria

Siguiendo a Fraser,⁽²⁶⁾ podemos identificar dos serias dificultades a propósito de las demandas de reconocimiento que deben ser neutralizados sin desmerecer la justicia de algunas de esas reivindicaciones: el problema del desplazamiento y el problema de la cosificación. Conforme al primero, los planteamientos a favor del reconocimiento están desplazando las luchas a favor de la redistribución. De acuerdo al segundo, se produce una sobre-cosificación de la identidad cultural o grupal que acarrea el peligro de justificar la violación de derechos básicos en nombre de categorías identitarias petrificadas que congelan los antagonismos que pretenden remediar. En esas circunstancias, no debe sorprendernos que muchas personas sencillamente se hayan olvidado de las luchas culturales.⁽²⁷⁾ Estas últimas reacciones son muy comprensibles, pero al mismo tiempo gravemente erróneas: por una parte, no todas las formas de políticas de la diferencia son igualmente perniciosas pues muchas de ellas representan respuestas genuinamente emancipatorias frente a graves injusticias estructurales; y, por otra, la cultura constituye un terreno de lucha legítimo

(25) BENHABIB, *The Claims of Culture...*, op. cit., p. 101.

(26) FRASER, op. cit.

(27) Por ejemplo, BARRY, op. cit.

que visibiliza aquellas formas de injusticia que no podemos ver bajo las categorías tradicionales, apareciendo en muchas ocasiones conectadas implícitamente con desigualdades económicas. En otras palabras, defender la conexión entre la idea de identidad y las políticas de la diferencia o reconocimiento no implica confundirlas con las políticas de la identidad esencialistas.⁽²⁸⁾

Si lo que vengo sosteniendo es cierto, esa conexión entre las mujeres y la cultura nos sitúa en la complicada posición de redimir una ciudadanía inclusiva para las mujeres, en un mundo cada vez más multicultural que pueda hacerse cargo del siguiente interrogante: ¿cómo compatibilizar las acomodaciones multiculturales con las pretensiones universalistas de los derechos individuales liberales? Para responder esa pregunta me parece fundamental dar una vuelta de tuerca a los enfoques feministas ilustrados más relevantes, ya que se encontrarían en pie forzado: sus reivindicaciones no encuentran una respuesta adecuada en el modelo de ciudadanía no-diferenciada que propugna el liberalismo igualitario; pero, al mismo tiempo, si bien los presupuestos multiculturales les permitirían sustentarse en un marco conceptual que admitiría considerar adecuadamente las diferencias de género, necesitan imperiosamente buscar mecanismos para blindarse ante las brutales vulneraciones de los derechos más básicos de las mujeres que se cometen en nombre de la identidad cultural.⁽²⁹⁾

En pocas palabras, al feminismo ilustrado no le queda otro camino que conciliar algunas (no todas) de las tesis multiculturalistas con ciertas (no todas) tesis liberales que deben ir más allá del simple derecho de salida (abandono de la propia cultura) que genera un costo demasiado severo para aquel o aquella que decide alejarse.⁽³⁰⁾

(28) SQUIRES, JUDITH, "Culture, Equality and Diversity", en Paul Kelly (ed.), *Multiculturalism Reconsidered. Culture and Equality and its Critics*, Polity Press, 2002, pp. 114/132.

(29) Shachar describe correctamente, a través de lo que denomina "la paradoja de la vulnerabilidad multicultural", el miedo feminista ante la potencial opresión que, en nombre de los derechos de grupo, pueden sufrir las mujeres cuando los esfuerzos bien intencionados dirigidos a mejorar la autonomía de los grupos y la diversidad cultural pueden hacer más gravoso revertir las desigualdades de género o, incluso, profundizar la subordinación. Ver SHACHAR, *op. cit.*, pp. 4/10; TORBISCO, NEUS, "Beyond the Feminism vs. Multiculturalism Dispute on Group Rights: Towards a Participatory Approach", Documento para la discusión, SELA (inédito), 2011, [en línea] http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA11_Torbisco_CV_Eng_20110524.pdf

(30) PHILLIPS, ANNE, *Multiculturalism without Culture*, Princeton University Press, 2007, pp. 151/157.

Analíticamente, podemos agrupar tres clases de respuestas teóricas a la pregunta que he planteado:

- a. La respuesta liberal igualitaria que busca re-universalizar la ciudadanía de manera de incluir genuinamente a las mujeres profundizando el paradigma de la redistribución de género. Ese sería el caso de Barry o Habermas⁽³¹⁾ y, dentro del feminismo liberal, por ejemplo, la apuesta de Okin y Nussbaum;⁽³²⁾
- b. En segundo lugar, el modelo del no intervencionismo tolerante que postula la tesis defendida por Kukathas,⁽³³⁾ de que los grupos tienen derecho a preservar la cultura siempre que se garantice el derecho de salida;
- c. Aquellas posiciones que pretenden compatibilizar algunos de los valores liberales con la protección de la diferencia cultural. En este grupo de respuestas encontraríamos dos opciones que difieren entre sí en el modo en que debería articularse esa alternativa intermedia: por un lado, la de Kymlicka, quien defiende la conocida distinción entre protecciones externas y restricciones internas;⁽³⁴⁾ y, por otro, la de Parekh, quien plantea que —dado que las culturas son imperfectas, limitadas, internamente plurales y permeables a influencias externas— la promoción del diálogo entre ellas sería mutuamente beneficioso, tanto para los grupos como para los individuos.⁽³⁵⁾

Aquí solo me concentraré en el tercer grupo de respuestas argumentando que ni la posición de Kymlicka ni la de Parekh son satisfactorias. El problema del filósofo canadiense es que su teoría se centra en una concepción más bien esencialista del término "cultura",⁽³⁶⁾ lo que impacta en la nítida

(31) HABERMAS, JÜRGEN, "La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho", en *La inclusión del otro*, Juan Carlos Velasco (trad.), Barcelona, Paidós, 1999, pp. 189/227; y "De la tolerancia religiosa a los derechos culturales", en *Claves de razón práctica*, 129, 2003, pp. 4/10.

(32) NUSSBAUM, MARTHA. C., "A Plea for Difficulty", en Joshua Cohen, Matthew Howard, y Martha C. Nussbau (eds.), *Is Multiculturalism Bad for Women? Susan Moller Okin with Respondents*, Princeton University Press, 1999, pp. 105/114.

(33) KUKATHAS, CHANDRA, *The Liberal Archipelago. A Theory of Diversity and Freedom*, Oxford University Press, 2003, pp. 74/116; y "Exit, freedom and gender", en Dagmar Borchers y Annamari Vitikainen (eds.), *On Exit: Interdisciplinary Perspectives on the Right of Exit in Liberal Multicultural Societies*, Walter de Gruyter, 2012, pp. 34/56.

(34) KYMLICKA, WILL, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, trad. de Auleda Castells, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 57/76, 152/164; y *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, trad. de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 59, 75 y 76.

(35) PÉREZ DE LA FUENTE, OSCAR, "Indígenas y derechos colectivos: ¿es el multiculturalismo malo para las mujeres?", en *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 13, 2004, pp. 399/430; y TORBISCO, "Beyond the feminism...", *op. cit.*

(36) En las propias palabras de Kymlicka: "los Estados modernos desarrollan y consolidan invariablemente lo que yo llamo una 'cultura societal'—esto es, un conjunto de instituciones que abarcan tanto la vida pública como la vida privada, provistas de una lengua común que

distinción y en el diverso peso moral que tendrían las demandas de dos tipo de minorías: las nacionales y los inmigrantes.⁽³⁷⁾ Estos últimos no estarían habilitados para ejercitar (y debiesen dejar de demandar) el derecho al autogobierno y a su autonomía cultural, aunque sí pueden exigir la mantención de algunas de sus prácticas asociadas a su identidad etnocultural que se traducirían en diversas facultades y exenciones que Kymlicka llama “derechos de acomodo”.⁽³⁸⁾

La cuestión clave es que no existe razón de peso para hacer tal distinción, al contrario, esa clasificación no hace más que reflejar una larga tendencia histórica liberal de delinear, por un lado, un claro contraste entre los grupos étnicos y las naciones, privilegiando a las segundas; y, por otro, establece una clara diferencia entre inmigrantes y ciudadanos.⁽³⁹⁾ Apoyándose en lo mismo, otros han criticado la rigidez del planteamiento al ocuparse solamente de los casos antagónicos y omitiendo las situaciones intermedias, como sería el caso de grupos oprimidos que, sin pertenecer a aquellas minorías en las que se concentra Kymlicka, sí requerirían que se les reconocieran algunos de los derechos de acomodo.⁽⁴⁰⁾ Me parece que sería el caso, sin duda, de las minorías sexuales y las mujeres.⁽⁴¹⁾

El problema de la teoría de Parekh, por su parte, es su extrema ambigüedad. Esperar que el debate fluya para que se haga más amigable no es algo que algunos grupos oprimidos —las mujeres, por cierto— estén dispuestos a hacer, pues su situación de explotación requiere respuestas normativas

se ha desarrollado históricamente a lo largo del tiempo en un territorio dado y que proporciona a las personas una amplia gama de opciones respecto a cómo encauzar sus vidas—. La aparición de una cultura societal —que requiere la normalización y difusión de una lengua común, así como la creación y la propagación de instituciones educativas, políticas y legales comunes— es un rasgo de modernización, pero es también algo que recibe un apoyo activo por parte del Estado” (KYMICKA, *La política vernácula...*, op. cit., p. 78).

(37) PAREKH, *Rethinking Multiculturalism...*, op. cit., pp. 99/109.

(38) KYMLICKA, *La política vernácula...*, op. cit., pp. 75 y 76.

(39) PAREKH, *Rethinking Multiculturalism...*, op. cit., p. 103.

(40) CARENS, JOSEPH H., *Culture, Citizenship, and Community. A Contextual Exploration of Justice as Evenhandedness*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

(41) El otro aspecto débil de la tesis de Kymlicka es que no tiene una respuesta persuasiva para aquellos casos en que grupos no liberales pretendieran imponer restricciones internas a sus miembros, algo que el multiculturalismo liberal jamás aceptaría. Kymlicka arguye que sus críticos exageran, pues “cualquier solución duradera exigirá diálogo”. (KYMICKA, *La política vernácula...*, op. cit., p. 91). Lamentablemente, el filósofo canadiense no desarrolla en qué condiciones podría darse ese diálogo.

urgentes.⁽⁴²⁾ Lo que debe dilucidarse, en mi opinión, es si la apelación a la cultura es una justificación válida para no aplicar un catálogo de derechos básicos y, en términos más abstractos, si existen razones persuasivas para no distribuir con pretensiones de universalidad el valor de la autonomía.

Si defendemos una posición multiculturalista, nos encontraríamos en medio del dilema de considerar como válidas aquellas culturas —desgraciadamente, demasiadas desde nuestra propia cosmovisión— que suponen la discriminación de la mujer o, en cambio, sostener normativamente la igualdad de la mujer. Pero, en este último caso, apelaríamos a valores de moralidad crítica universales que no todas las versiones del multiculturalismo podrían justificar ¿Se puede superar esta paradoja? Creo que sí. Si se concede que una cultura puede justificar la no aplicación de los derechos básicos a un grupo determinado —en el caso que nos ocupa, las mujeres— estaríamos dejándonos atrapar por lo que Benhabib denomina “una sociología reduccionista de la cultura”, que se funda en premisas epistémicas falsas.⁽⁴³⁾

En vez de eso, la filósofa nos propone una visión de la cultura (consistente con la presentada más arriba) articulada sobre la base del constructivismo social que escapa del esencialismo —que es más consistente con la propia visión multicultural— y caracterizada por una visión narrativa de las acciones y de la cultura, conforme a la cual debemos distinguir entre el punto de vista del observador social y el del agente social. El observador social es el que impone —de la mano de las élites locales— la unidad y la coherencia sobre las culturas como entidades observadas. En cambio, el agente social representa la perspectiva de los participantes de la cultura que experimentan sus tradiciones a través de relatos narrativos compartidos, aunque también controvertidos y rebatibles. Desde su interior, una cultura nunca aparece como un todo homogéneo.⁽⁴⁴⁾ Pues bien, de esa concepción estática y tosca de la cultura las tesis multiculturalistas pretenden sacudirse: si una cultura cae en este vicio estaría siendo inconsistente con la única versión plausible del multiculturalismo, pues petrificaría la cultura a costa de la autonomía de algunos de sus miembros, impidiendo así

(42) PAREKH, *Rethinking Multiculturalism...*, op. cit., pp. 295/335.

(43) Las premisas epistémicas falsas son las siguientes: a) afirmar que las culturas son claramente delineables; b) creer que es posible realizar una descripción no controvertida de la cultura; y c) considerar que aun cuando las culturas y los grupos no se corresponden con exactitud entre sí, esto no implica problemas relevantes para la política. BENHABIB, *The Claims of Culture...*, op. cit., p. 4.

(44) BENHABIB, *ibid.*, pp. 4/5.

que estos cuestionen su pertenencia a la cultura. La cultura dejaría de ser, como nos asegura Parekh, permeable e influenciabile externamente haciendo que todo cuestionamiento sobre el modo en que debemos enfrentar el desafío multicultural sea vano.

Pero no solo basta el reconocimiento de esa capacidad de revisión mediante el derecho de salida, ya que este traslada todo el peso del conflicto al individuo, excusando al grupo y al Estado. Si la identidad cultural de verdad interesa a los sujetos, será necesario considerar la posibilidad de que estos decidan permanecer en sus grupos desafiando a sus élites o desechen la posibilidad de renunciar por el fuerte compromiso normativo con su grupo cultural o religioso.⁽⁴⁵⁾ Luego, volviendo a Benhabib, la autora propone un modelo de democracia deliberativa como el más adecuado para responder al desafío multicultural. Este debe caracterizarse por dos elementos claves: primero, un marcado énfasis en la esfera pública que es el lugar donde se sitúan las disputas multiculturales y donde, también, ocurren las transformaciones políticas y morales; y segundo, una defensa de la apertura de la agenda del debate público difuminando la distinción entre lo público y lo privado, entre lo que es de todos y lo que es solo propio de mi cultura.⁽⁴⁶⁾

En fin, si el diálogo intercultural y entre grupos surge al interior de una adecuada concepción de la democracia deliberativa que defienda una visión no reduccionista de la cultura, podremos transitar del monismo excluyente de la diversidad —que considera a otras formas de vida inferiores, fruto de la ignorancia y de la barbarie— al pluralismo de valores que sostiene que existen ciertos valores universales pero diversas formas de vida que los pueden encarnar culturalmente.

5. Perfilando una concepción integradora: el modelo de las jurisdicciones multiculturales

Si lo que vengo sosteniendo es cierto, esa conexión entre las mujeres y la cultura nos sitúa en la complicada posición de redimir una ciudadanía inclusiva para las mujeres, en un mundo cada vez más pluricultural, que pueda hacerse cargo del siguiente interrogante: ¿cómo compatibilizar las acomodaciones multiculturales con las pretensiones universalistas de los

(45) PHILLIPS, *Multiculturalism without Culture...* op. cit., pp. 151/157; y SHACHAR, op. cit., pp. 40/42.

(46) BENHABIB, *The claims of culture...*, pp. 106/114; y DEVEAUX, MONIQUE, *Cultural Pluralism and Dilemmas of Justice*, Cornell University Press, 2000, pp. 138/179.

derechos individuales y, en especial, la distribución igualitaria de la autonomía? Shachar describe correctamente, a través de lo que denomina “la paradoja de la vulnerabilidad multicultural”, el miedo feminista ante la potencial opresión que, en nombre de los derechos de grupo, pueden sufrir las mujeres cuando los esfuerzos bien intencionados dirigidos a mejorar la autonomía de los grupos y la diversidad cultural pueden hacer más gravoso revertir las desigualdades de género o, incluso, profundizar la subordinación.⁽⁴⁷⁾ En el ámbito jurídico, un muy buen ejemplo de esa paradoja de la vulnerabilidad lo constituyen aquellos casos penales en que un imputado es absuelto por razones culturales. El dilema —que Benhabib llama “la pesadilla de los liberales”— puede observarse claramente: el intento bien intencionado por parte de tribunales de inspiración liberal de ser justos con el pluralismo cultural y con las variadas experiencias culturales de las minorías inmigrantes o indígenas ha resultado en una mayor vulnerabilidad de los miembros más débiles de estos grupos (mujeres, niños y niñas), a quienes se les niega la plena protección nacional constitucional y penal, porque su identidad legal se define primero y principalmente por la pertenencia a su comunidad de origen. Otros casos ilustrativos son la aplicación de reglas excepcionales en materia de derecho de familia, violencia de género y en el ámbito educativo en los que, otra vez, mujeres y niños llevan las de perder.

¿Cómo salir de la paradoja de la vulnerabilidad multicultural? Una opción, que en lo que resta presentaré muy brevemente, es la propuesta de las jurisdicciones multiculturales de Shachar. Conforme a ella, y basándose en la distinción de Kymlicka entre protecciones externas y restricciones internas,⁽⁴⁸⁾ configura un sistema que denomina “acomodación transformativa” y opera del siguiente modo: protege los grupos vulnerables u oprimidos por medio del entrecruzamiento de las jurisdicciones estatales y locales (o grupales) desde una concepción dinámica de las culturas. Así, se justificarían las acomodaciones de la jurisdicción estatal que mejoran la posición de los grupos subordinados, mientras se amparan las diferencias culturales, generando condiciones para el cambio interno de la cultura y no fomentando su oposición refractaria hacia la comunidad dominante. Se institucionaliza una regla de no-monopolio jurisdiccional y se

(47) SHACHAR, *op. cit.*, pp. 4/10. Ver TORBISCO, “*Beyond the feminism...*”, *op. cit.*

(48) KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural...*, *op. cit.*, pp. 57/76; 152/164; *La política vernácula...*, *op. cit.*, pp. 59, 75 y 76.

asegura la opción de elección individual, caso a caso, de la ley aplicable. De modo que, por ejemplo, una mujer indígena tendrá asegurado jurisdiccionalmente sus derechos individuales cuando escoja someterse a la jurisdicción estatal en vez de la costumbre indígena que la discrimine. La idea es equilibrar, por un lado, el reconocimiento de la autonomía normativa del grupo cultural y, por otro, la operatividad de los mecanismos previstos para la protección de los derechos fundamentales.⁽⁴⁹⁾

Más allá de la crítica obvia a este modelo por su falta de certeza y por el costo que supone implementar una jurisdicción pluralista, quisiera evaluar el modelo de Shachar.⁽⁵⁰⁾ En primer lugar, uno de los problemas del pluralismo es que no se traza una distinción clara entre lo normativamente correcto y lo institucionalmente factible, es decir, podemos llegar a confundir la comprensión estratégica de cuestiones morales y políticas con aquello que, por principio, consideramos justo. La justicia parece demandarnos imparcialidad para determinar aquello que es mejor para todos los que consideramos seres morales igualmente valiosos, con independencia de su pertenencia cultural.

En segundo lugar, los procedimientos necesarios para institucionalizar la jurisdicción multicultural a veces corren el riesgo serio de provocar una especie de refeudalización de la ley, socavando severamente el principio de igualdad.⁽⁵¹⁾ Por supuesto, la crítica multiculturalista dirá que dicha igualdad es injusta, pero no debemos desconocer, de la mano de Barry,⁽⁵²⁾ que hay una diferencia relevante entre las excepciones hechas a favor de determinados grupos, prácticas e instituciones sobre la base de razones que se supone todos comparten, y el presupuesto de que las razones que justificarían el trato diferencial ya no exijan ser generalizadas. O sea, si no se especifica la capacidad de los principios constitucionales para prevalecer, al menos en ciertos casos, por sobre otro tipo de normativas, es posible que no estemos resolviendo la paradoja de la vulnerabilidad multicultural, sino simplemente permitiendo su recirculación por todo el sistema jurídico.

(49) SHACHAR, *op. cit.*, p. 117 y ss.; y PÉREZ de la FUENTE, "Indígenas y derechos colectivos...", *op. cit.*, pp. 423/425.

(50) SÁNCHEZ, CRISTINA, "Género y cultura(s): aportaciones a un debate desde la democracia deliberativa", en *Género, cultura y sociedad*, México, SCJN-Fontamara, 2012, pp. 84/86.

(51) BENHABIB, *The Claims of Culture...*, *op. cit.*, p. 128.

(52) BARRY, *op. cit.*, pp. 38/50.

En tercer lugar, otro peligro de la propuesta de Shachar es caer en una especie de endiosamiento del proceso jurídico judicializando el diálogo político y cultural. En vez de eso, es indispensable que el multiculturalismo, precisamente porque en muchas de sus manifestaciones desafía los presupuestos básicos de las democracias liberales, libere su potencial conflictivo en la esfera civil pública a través del diálogo, la controversia y la negociación entre ciudadanos y ciudadanas comunes.⁽⁵³⁾

6. Ideas finales

En una democracia liberal multicultural vibrante, las hábiles maniobras de los abogados ejercitando las herramientas del modelo de las jurisdicciones multiculturales no deberían reprimir del todo el conflicto cultural y político, ni el aprendizaje a través del conflicto. Al contrario, tienen que ser los propios ciudadanos democráticos —y no solo los jueces y legisladores— los que deben aprender a convivir bajo los principios de una democracia deliberativa,⁽⁵⁴⁾ entre los más importantes, los que siguen:

- a. La reciprocidad igualitaria y principio de la inclusión política: el hecho de que un individuo sea miembro de una determinada minoría no se debe traducir en el otorgamiento de un grado inferior de derechos civiles, políticos, económicos o culturales en relación a los que disfruta la mayoría;
- b. La autoadscripción al grupo: una persona no debe ser asignada automáticamente a un grupo cultural, religioso o lingüístico en virtud de su nacimiento. La membresía de una persona debe admitir las formas más amplias de autoadscripción y autoidentificación posibles. Existirán muchos casos en que tales autoidentificaciones serán impugnadas, pero el Estado no debe simplemente garantizar el derecho del grupo para definir y controlar la pertenencia a expensas del individuo. Es deseable, además, que en algún punto de la vida adulta de los individuos se les consulte acerca de su deseo de continuar siendo parte de sus comunidades de origen;
- c. La libertad de salida y asociación: las personas, para salir del grupo al cual pertenecen, debe ser irrestricta, aunque ello pueda conllevar la pérdida de ciertos privilegios, los que, en todo caso, deben ser posibles de ser judicializados para su potencial control;
- d. El principio de la no-dominación: su finalidad es evitar que los participantes, especialmente aquellos con mayor poder económico o social, coaccionen a otros. El ejercicio de la coacción puede socavar la deliberación política al excluir a

(53) BENHABIB, *The Claims of Culture...*, op. cit., p. 115.

(54) BENHABIB, *ibid.*, pp. 131/132.

ciertos individuos del proceso, impidiendo que formulen sus demandas debido a amenazas o repercusiones desfavorables;

- e. El principio de la posibilidad de revisión: una vez alcanzado un compromiso o un acuerdo, debe ser posible revisarlo cuando sea necesario. Este principio facilita que las personas y los grupos estén abiertos a suscribir un pacto, pues conlleva implícitamente la posibilidad de renegociar, haciéndose cargo, de esta forma, del carácter fluido de las prácticas sociales y culturales.

Cumplidas esas condiciones deliberativas, el modelo de las jurisdicciones multiculturales operaría conforme a los siguientes pasos:

- a. En primer lugar, debe institucionalizarse jurídicamente el carácter *nomoi* no solo de la comunidad dominante, sino también de la comunidad minoritaria, a través de un reconocimiento general de potestades normativas que dé lugar a una genuina jurisdicción pluralista;
- b. En segundo lugar, deben establecerse mecanismos institucionales que aseguren la igual participación política de la cultura minoritaria, dentro de la comunidad política mayor entendida como estado pluricultural, que permitan autonomía territorial y funcional; única forma de administrar establemente el hecho indesmentible de que la identidad se construye en la intersección de la identidad general y comunitaria-local; y
- c. En tercer lugar, debe asegurarse la elección por parte de los individuos de someterse a la jurisdicción local, caso a caso, en un contexto en el que se cumplan todas y cada una de las condiciones básicas de una democracia deliberativa expuestas en el apartado anterior.

Así, es esperable que los individuos que pertenecen a la comunidad dominante y la minoritaria se autoconciban como agentes morales cuya identidad tiene una afiliación plural permitiendo que, en la vida cotidiana, tanto el Estado como los grupos minoritarios se comprendan como entes sociales mutables que se influyen recíprocamente velando por sus miembros.⁽⁵⁵⁾

De este modo, bajo una adecuada concepción de la democracia deliberativa parece posible aplicar herramientas teóricas que permitan construir un cruce entre las tesis normativas liberales más fundamentales (paradigmáticamente, la distribución igualitaria de los derechos individuales más básicos) y los presupuestos metaéticos de cada cultura. Esa empresa la considero tan deseable como viable. ¿Acaso las demandas democráticas

(55) SHACHAR, *op. cit.*, p. 118.

en Medio Oriente o Noráfrica no han nacido en el seno de las culturas locales? Eso demostraría tres cosas: una, los valores democráticos tienen un potencial transcultural; dos, no sería acertada la creencia esencialista de que las culturas no occidentales son incapaces (o no desearían) hacer suyos esos valores democráticos por ser totalmente incompatibles con sus horizontes de sentido común; y, tres, las culturas son permeables, porosas y admiten la disidencia interna, siendo la distribución del valor de la autonomía la única forma de asegurar esa discrepancia vernácula.

Si lo dicho es plausible, se pueden sentar las bases para una renegociación de los derechos individuales de pertenencia a un *demos* determinado por medio de la aplicación de los principios de una ética discursiva y prácticas democráticas contextualizadas, que incluyan en una conversación moral a grupos minoritarios nacionales y étnicos.⁽⁵⁶⁾ En fin, la circunstancia de que los grupos culturales puedan sobrevivir como entidades diferenciadas bajo estas condiciones es una pregunta abierta y contingente, pero creo que son necesarias si el modelo de las jurisdicciones multiculturales desea conciliar la protección de la diversidad cultural y la igualdad democrática, sin por ello comprometer los derechos de los que siempre son sus miembros más débiles: las mujeres y sus niños que, voluntaria o involuntariamente, casi siempre las acompañan.



(56) Ver BENHABIB, *El ser y el otro...*, op. cit.; y, de la misma autora *Another Cosmopolitanism*, Oxford University Press, 2006. Véase también SÁNCHEZ, "Renegociando la ciudadanía...", op. cit., pp. 63/70; y "Seyla Benhabib: hacia...", op. cit., pp. 269/307.

Mujeres indígenas, cultura y derechos de otra cultura

MAURO BENENTE⁽¹⁾



Resumen: Este breve trabajo es un comentario sobre “Mujeres indígenas, cultura y derechos. Hacia una articulación integradora” de Luis Villavicencio. Mi intención es mostrar algunos problemas en las reglas que el autor utiliza para plantear el conflicto y para resolverlo.

Palabras claves: democracia deliberativa; jurisdicciones multiculturales; derechos; culturas minoritarias; comunidades indígenas.

1. Introducción

El trabajo de Luis Villavicencio, a quien aprecio tanto personal como intelectualmente, se presenta con notable solidez dentro de unas reglas de juego que, según entiendo, resultan algo tramposas. En el artículo se plantean las tensiones que genera la convivencia entre culturas minoritarias y culturas mayoritarias que se organizan —o que son organizadas— por un Estado con monopolio de la violencia. Además de realizar una presentación muy erudita del conflicto, Villavicencio se aventura a delinear las vías de su resolución, postulando un diseño de jurisdicciones multiculturales inscriptas dentro de un modelo deliberativo de democracia. Sin

(1) Profesor Adjunto de “Michel Foucault, el derecho y el poder” en la Facultad de Derecho (UBA). Profesor Adjunto de Teoría del Estado en la Facultad de Derecho, Universidad de Palermo. Becario doctoral del CONICET.

embargo, a mi modo de ver, las reglas resultan tramposas porque, antes de iniciar el juego, inclinan la cancha hacia una de las culturas:

- La presentación del conflicto se presenta en los términos de culturas minoritarias contaminadas por prácticas opresivas vs. derechos con pretensiones de universalidad, que se presentan por fuera de todo marco cultural;
- La resolución del conflicto se plantea desde el paradigma de la democracia deliberativa que, también, se presenta de modo acultural, pero, además, implica que las pautas para resolver las tensiones no son imparciales, sino que están muy cercanas a los patrones culturales dominantes en Occidente;
- Finalmente, incluso olvidando lo anterior, el paradigma de la democracia deliberativa resulta en sí misma tramposa para resolver la tensión, porque sus principios de funcionamiento asumen que el problema ya está resuelto. La democracia deliberativa asume como curada la herida que hay que suturar.

2. El barro de la cultura y el cielo de los derechos

El trabajo se inicia con dos casos concretos. El primero de los ejemplos refiere a una acción judicial presentada por una mujer musulmana ante los tribunales chilenos, quien denunciaba a una entidad bancaria porque la obligaba a levantarse el *hiyab* para poder cobrar un cheque. El segundo alude a la normativa francesa que prohíbe la utilización del velo íntegro (*burka y niqab*) en espacios públicos.⁽²⁾ Con esto, Villavicencio muestra el nexo de los individuos con la cultura, lo problemático que esto puede resultar y la necesidad de encauzarlo por caminos apropiados, pero no son ejemplos que permitan ilustrar los problemas planteados en el plano conceptual.

De todos modos, si bien los casos elegidos no terminan de mostrar cómo las jurisdicciones multiculturales resuelven las tensiones que serán planteadas, sí lucen un problema en el abordaje que se mantiene a lo largo del trabajo: Villavicencio muestra la importancia del vínculo entre individuo y cultura, pero cuando se refiere a ella lo hace para aludir a una cultura distinta de la

(2) Ya desde el año 2004 estaba prohibido utilizar en escuelas e institutos públicos símbolos religiosos que expresaran ostensiblemente una inclinación religiosa (art. 141-5-1 del Código de la Educación, modificado por la ley 2004-228, del 15/03/2004), pero el año 2009 se sancionó una ley nacional que prohibió el uso del velo integral islámico —o de otra prenda que oculte la cara— en espacios públicos. Finalmente, en octubre del 2010 se sancionó la ley 2010-1192, de prohibición de ocultación del rostro en espacios públicos, que en su artículo tercero contempla multas de hasta €150 euros y clases de ciudadanía para quienes infrinjan la prohibición. Para un detalle sobre la legislación y jurisprudencia europea sobre la temática, ver ALAEZ CORRAL, BENITO, "Some Constitutional Thoughts About the Islamic Full Veil Ban in Europe", en *Vienna Journal of International Constitutional Law*, vol. VII, n° 3, 2013.

occidental, de la (pre)dominante. Lo que se presenta como cultural es el uso del velo, pero no que el banco solicite ver un rostro para pagar un cheque. De este modo, la pregunta central que Villavicencio se realiza en dos oportunidades es: “¿cómo compatibilizar las acomodaciones multiculturales con las pretensiones universalistas de los derechos individuales liberales?”. El problema que aquí no se advierte es que la pretensión universalista de los derechos, así como los derechos liberales en sí mismos, no son meros productos de la razón, sino de una cultura específica como la occidental moderna. O, dicho de otro modo, la razón misma no deja de ser un producto cultural. Incluso, debería volver sobre mis propias líneas, corregirme y mostrar que el trabajo no se inicia con dos casos concretos, sino con un título: “Mujeres indígenas, cultura y derechos. Hacia una articulación integradora”. Allí se advierte con total nitidez que aquello que hay que articular son dos polos: el de la cultura y el de los derechos —que parecen no tener relación alguna con ningún tipo de patrón cultural—.

Lo que está en juego en la pregunta, siempre de acuerdo a Villavicencio, “es si la apelación a la cultura es una justificación válida para no aplicar un catálogo de derechos básicos y, en términos más abstractos, si existen razones persuasivas para no distribuir con pretensiones de universalidad el valor de la autonomía”. Lo que no advierte Villavicencio es que la pretensión misma de universalización, y también el valor de la autonomía —tal como lo entiende el liberalismo— no dejan de ser productos culturales. Si esto es así, lo que está en juego ya no es si la apelación a una cultura es una justificación para no aplicar determinados derechos, sino ¿cuáles son las razones por las cuales la cultura que tiene pretensiones universalistas sobre el valor de la autonomía— y de un modo particular de entender la autonomía— debe imponerse por sobre otras culturas?

La universalización y la autonomía, incluso en los propios términos de Villavicencio, son valores, aunque él no se atreve a poner en “**entredicho el valor mismo de esos valores** —y para esto se necesita tener conocimiento de las condiciones y circunstancias de que aquellos surgieron, en las que se desarrollaron y modificaron—”.⁽³⁾ Como destaca Heidegger al tematizar la obra de Nietzsche, la crítica a los valores:

(3) NIETZSCHE, FRIEDRICH, *La genealogía de la moral. Un escrito polémico*, Andrés Sánchez Pascual (trad.), Madrid, Alianza, 1996, p. 23.

... no consiste simplemente en refutarlos porque no sean verdaderos, sino en señalar que tienen su origen en posiciones que tienen que afirmar precisamente aquello que debe ser negado por los valores puestos. Por lo tanto, la crítica de los valores supremos válidos hasta el momento quiere decir propiamente: aclarar el cuestionable origen de las correspondientes valoraciones y demostrar, de este modo, la cuestionabilidad de los valores mismos.⁽⁴⁾

Lo que Villavicencio parece no advertir es que algunos de los valores que se plasmaron en derechos emergieron en el marco de relaciones de poder, de fuerzas y de exclusión y rechazo de otros valores: “[v]illanía, por lo tanto, de todos estos comienzos cuando se los opone a la solemnidad del origen tal como es concebido por los filósofos”.⁽⁵⁾

De todos modos, incluso sin aventurarnos a realizar una genealogía de los valores, olvidando que los derechos liberales occidentales están embarcados de la cultura y no caen del cielo, lo que no queda claro es cuáles son las razones por las cuales hay que imponerlos por sobre otros. Si se plantea la tensión entre culturas y derechos, el camino para encontrar una salida parece menos sinuoso. Sin embargo, si se plantea de modo adecuado, es decir, como una tensión entre valores de diferentes culturas, la salida, si es que existe una, se vuelve más lejana. En un juego de oposiciones entre el barro de la cultura y el cielo de los derechos, parece fácil advertir la luz, pero si todo se plantea como un conflicto en el barro, no solo es más difícil encontrar la luz, sino que además quizás no sea más que una penumbra.

3. El barro de la cultura y el cielo de la democracia

La parte final del trabajo está dedicada a resolver lo que Ayelet Shachar, profesora de la Universidad de Toronto, presenta como “paradoja de la vulnerabilidad multicultural”, que indica que “el reconocimiento de las culturas minoritarias supone el refuerzo de las jerarquías tradicionales”.⁽⁶⁾ Esta situación, para Villavicencio, se advierte notablemente cuando “un

(4) HEIDEGGER, MARTIN, *Nietzsche I*, trad. de Juan Luis Vermal, Barcelona, Destino, 2000, p. 38.

(5) FOUCAULT, MICHEL, “*La vérité et les formes juridiques*”, *Dits et écrits I*, París, Gallimard, 2001, n° 139, p. 1412.

(6) SHACHAR, AYELET, *Multicultural jurisdictions. Cultural differences and women's rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 42.

imputado es absuelto por razones culturales”, como si una condena motivada en una ley penal no estuviera sustentada en razones culturales.

La vía de escape de la paradoja es el diseño de “jurisdicciones multiculturales”, no como las conciben Sachar⁽⁷⁾ o Will Kymlicka,⁽⁸⁾ sino articuladas en una concepción deliberativa de la democracia. A primera vista, incluir estas jurisdicciones en el marco de un funcionamiento deliberativo de la democracia parece brindar un panorama interesante, porque se las inscribe en una concepción más amplia del funcionamiento político y social. Sin embargo, una lectura más atenta nos muestra que esta inscripción es tramposa puesto que, para resolver un problema entre dos culturas, Villavicencio no apela a reglas imparciales —tan importantes para quienes trabajan alrededor de la temática de la justicia—, sino a las de la democracia —en este caso, en su variante deliberativa—. Estas son reglas de una de las culturas, pero quizás no de la otra, y esto es algo que el autor no logra advertir.

Sin embargo, los problemas se agravan cuando se enuncian los principios que supone el funcionamiento de la democracia deliberativa:

- a. Reciprocidad igualitaria y principio de la inclusión política —que alude a una igualdad de derechos individuales a pesar de la pertenencia a grupos sociales distintos—;
- b. Autoadscripción voluntaria al grupo —lo que obviamente niega la idea de pertenencia coaccionada—;
- c. Libertad de salida del grupo;
- d. Principio de la no-dominación —tendiente a evitar que unos individuos coaccionen a otros—;
- e. Principio de la posibilidad de revisión de los acuerdos alcanzados.

Ahora bien, si todos tienen los mismos derechos, si se garantiza el principio de no dominación, si existe la posibilidad de salirse del grupo, estamos frente a dos posibilidades:

- a. La cultura democrática y liberal occidental se impuso sobre otras culturas;
- b. Las culturas han acordado estos principios.

Si estamos frente a la primera alternativa, la paradoja no se presenta porque, justamente, no hay preservación de una de las culturas en juego, sino

(7) SHACHAR, AYELET, *ibid.*

(8) KYMLICKA, WILL, *Multicultural Citizenship*, Nueva York, Clarendon Press, 1995.

simplemente su destrucción. Si en realidad, lo que describe Villavicencio es un acuerdo entre culturas, entonces la democracia deliberativa no resuelve nada porque está todo resuelto: ambos grupos aceptaron la idea de igualdad de derechos, no dominación y la libertad de salida. Ante esta situación, la democracia deliberativa no soluciona nada porque no hay problema alguno: la propuesta de resolución al problema supone, en la enunciación de sus principios, que el problema está resuelto. El conflicto, para la cultura occidental (pre)dominante, aparece cuando un grupo niega esa igualdad, ese principio de no-dominación o la libertad de salida, y es por ello que el canto de hadas de la democracia deliberativa, al presuponer que el conflicto no existe, resulta ineficaz para silenciar los estruendosos alaridos del problema.

En varios trabajos, y quizás sin ser demasiado prolija en la presentación —tanto de Habermas, y también de Rawls, cuya filiación a la democracia deliberativa no es tan clara— Chantal Mouffe ha indicado que la teoría de la democracia deliberativa reduce la conflictividad de la política.⁽⁹⁾ Según creo, al menos en el caso de la presentación que hace Villavicencio, este diagnóstico debería matizarse puesto que él reconoce el conflicto, pero al inscribir la solución en el marco de la teoría deliberativa de la democracia, lo asume como resuelto.

Sin reparar en lo anterior, Villavicencio indica que, cumplidas las “condiciones deliberativas”, las jurisdicciones multiculturales funcionarían de acuerdo con los siguientes pasos:

- a. Debe institucionalizarse el carácter normativo de la comunidad dominante y las minoritarias;
- b. Deben establecerse mecanismos que aseguren la igual participación de la cultura minoritaria en la comunidad política mayoritaria;
- c. Debe asegurarse que cada individuo, y caso por caso, se someta solo voluntariamente a la jurisdicción local, siempre que se cumplan “todas y cada una de las condiciones básicas de una democracia deliberativa expuestas en el apartado anterior”.

(9) MOUFFE, CHANTAL, “Introducción. Por un pluralismo agonístico”, en *El retorno de lo político*, Marco Aurelio Galmarini (trad.), Barcelona, Paidós, 1999; “*Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?*”, en *Social Research*, vol. 66, n° 3, 1999, pp. 745/758; “*Wittgenstein, Political Theory and Democracy*”, en *The Democratic Paradox*. Nueva York, Verso, 2000, pp. 60/79; “Feminismo, democracia y política agonística”, Gloria Elena Bernal (trad.), *Debate feminista*, n° 40, año XX, México, 2009, pp. 86/99.

Aquí, lo primero que llama la atención es que un deliberativista esté brindando el resultado de la deliberación, porque ahora Villavicencio no está planteando sus prerrequisitos, sino que está diseñando el esqueleto institucional al que debería llegar el proceso de discusión. Sin embargo, y para terminar con su presentación, entiende que, a partir de una concepción deliberativa de la democracia, es posible articular “las tesis normativas liberales más fundamentales (paradigmáticamente, la distribución igualitaria de los derechos individuales más básicos) y los presupuestos metaéticos de cada cultura”, olvidando, una vez más, que la idea de distribución igualitaria de derechos individuales son producto de una cultura, al igual que la democracia.

Dejemos a un lado todos los problemas marcados anteriormente y veamos que, incluso así, el modelo de jurisdicciones multiculturales presenta algunas deficiencias, en particular respecto del sometimiento voluntario a la jurisdicción de la comunidad minoritaria. En primer lugar, no queda claro si quienes no pertenecen a la comunidad podrían elegir su jurisdicción en lugar de ser juzgados por el Estado. De todos modos, en la idea misma de sometimiento voluntario, y en cada caso, a la jurisdicción de la comunidad o a la del Estado, se presentan algunas dudas que pueden ilustrarse con una causa penal —que el propio Villavicencio reconoce como la rama más problemática—.

El 26/11/2003, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Chubut resolvió la causa “A. s/ Estupro Agravado” (Expte. 18.814-A-2002). El expediente llegó al Tribunal luego de una apelación de la defensa de A., condenado a prisión por ser responsable del delito de abuso sexual de una menor de 16 años, agravado por consanguinidad. Si bien la defensa arguye que se desarrollaron prácticas procesales de dudosa legalidad, en lo que nos interesa se solicitó que, teniendo en cuenta que A. era mapuche —la víctima también lo era—, se lo declarara inocente por falta de comprensión de la criminalidad de su acto, y que, en caso de ser declarado culpable en aplicación del art. 10 de la ley 24.071, se le aplique una pena diferente del encarcelamiento y se ordene un tratamiento integral y comprensivo para toda la Comunidad. La ley 24.071 ratifica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que en el art. 10 dispone que la imposición de sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de pueblos indígenas deberá tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales (inc. 1), y ante todo debe otorgarse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento (inc. 2). De todos modos, el juez Pasutti sostuvo la sola pertenencia de A. a

la comunidad mapuche “no puede constituir una excepción al sistema legal,” y del voto de los tres jueces que integran la Sala Penal del Tribunal, se desprende que para que procedan sanciones distintas del encarcelamiento, estas deben estar previstas por el sistema legal argentino, y como este no cuenta con ellas, solo puede aplicarse la pena privativa de la libertad.

Más allá de la resolución, lo cierto es que si adoptamos este caso para analizar la propuesta de jurisdicciones multiculturales, parecería ser que estamos ante un caso difícil: es muy posible que la víctima desee optar por acudir a los tribunales estaduales, del mismo modo que A. desee mantenerse en los tribunales de su comunidad. Con ese caso, se muestra que el derecho a consentir la jurisdicción en cada uno de los casos, olvida que estos suelen tener dos partes en una situación de antagonismo y es por ello que muy posiblemente, a alguna de las partes, necesariamente, se le vulnera el derecho predicado.

Finalmente, en los casos penales —que, insisto, son los que Villavicencio indica como más problemáticos cuando terminan en absoluciones—, no queda muy claro qué deberíamos festejar si terminaran en una condena. La producción de sufrimiento es un elemento constitutivo del castigo,⁽¹⁰⁾ el encierro en prisión tiene a la producción de dolor como una de sus notas características,⁽¹¹⁾ por lo que si nos preocupa la opresión en comunidades minoritarias, la misma intranquilidad nos debería causar las opresiones que se producen, quizás, en los lugares más secretos, oscuros y olvidados de las comunidades mayoritarias.

4. Notas finales

El trabajo de Luis Villavicencio, además de la consistencia, la erudición y rigurosidad, tiene el mérito de plantear un conflicto al que se le intenta brindar una solución, y en mi tarea de crítico he intentado problematizar tanto la presentación del problema, cuanto el modo en que se lo intenta apaciguar. Radicalizar la presentación del asunto, y dirigirlo de un conflicto

(10) Ver BEDAU, HUGO ADAM, “Punitive Violence and Its Alternatives,” en Brady James B., Garver Newton (eds.), *Justice, Law, and Violence*, Filadelfia, Temple University Press, 1991.

(11) Para Nils Christie “[e]l reparto de dolor es el elemento central del castigo, también en los países sin tortura ni pena de muerte. Con el encarcelamiento no excluimos la vida en su totalidad, pero excluimos partes de la vida” (CHRISTIE, NILS, *Una sensata cantidad de delito*, trad. de Cecilia Espeleta y Juan Iosa, Bs. As., Editores del Puerto, 2004, p. 154). En el mismo sentido, ver CHRISTIE, NILS, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma de holocausto?*, trad. de Sara Costa, Bs. As., Editores del Puerto, 1993, p. 33.

entre cultura vs. derechos, a uno de cultura vs. cultura, entiendo que puede llevarnos a un relativismo cultural extremo, que nos anule toda posibilidad de crítica. De todos modos, creo que la verdadera apuesta teórica, filosófica, es tratar de resolver el problema en sus propios términos. Si se plantea de este modo, el camino de resolución es más complejo, y la argumentación filosófica se vuelve más endeble, algo en parte se explica porque la propia tradición filosófica construye sus teorías normativas más mirando al cielo de los valores, los principios y los derechos, que al barro de las prácticas culturales —sitio en donde emergen—.

Siempre es difícil criticar un trabajo, pero sobre todo cuando uno se topa con abordajes tan sólidos y eruditos. En esta tarea he tenido que radicalizar lo que a primera vista, en las primeras lecturas, me parecía más problemático del artículo de Luis. Es por ello que no me queda más que agradecerle, no solamente por aceptar que su trabajo sea criticado, sino y sobre todo por forzarme a pensar distinto.



Bibliografía



AARNIO, AULIS, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Tokio, D. Reidel, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1987.

AA.VV., *Proyecto Umbral. Resignificar el pasado para conquistar el futuro*, Bs. As., 2009.

ABDALLAH-PRETCELLE, M., *L' éducation inter-culturelle*, París, PUF, 1999.

ALAEZ CORRAL, BENITO, "Some Constitutional Thoughts About the Islamic Full Veil Ban in Europe", en *Vienna Journal of International Constitutional Law*, vol. VII, n° 3, 2013.

ALCHOURRÓN C. y BULYGIN E., "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *Doxa*, n° 9, 1991.

ALCHOURRÓN C. y BULYGIN E., *Normative systems*, Viena, Springer, 1971.

ALCHOURRÓN C. y BULYGIN E., "Sobre el concepto de orden jurídico", en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, ROBERT, *Derecho y razón práctica*, 2ª ed., Wistano Orozco (trad.), México, Fontamara, 1998.

ALEXY, ROBERT, "Die Doppelnatur des Rechts", en *Der Staat*, vol. 50, 2011.

ALEXY, ROBERT, *El concepto y la validez del derecho*, José M. Peña (trad.), 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

ALEXY, ROBERT, "Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts", en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 95, 2009.

ALEXY, ROBERT, "La institucionalización de la justicia", J. A. Seoane (trad.), E. R. Soderó y P. Rodríguez, J. A. Seoane (ed. y pres.), Granada, Comares, 2005.

ALEXY, ROBERT "La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático", en *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, año V, enero/junio, n° 8, 2000.

ALEXY, ROBERT, "La naturaleza de la filosofía del derecho", en *Doxa*, n° 26, Alicante, 2003.

ALEXY, ROBERT, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Doxa*, 5, Alicante, 1988.

ALEXY, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Ernesto Garzón Valdés (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMATO, SALVATORE, "Del derecho al derecho natural", en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Bs. As., Ábaco, 2008.

AMORÓS, CELIA, *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Madrid, Cátedra, 1997.

ANAYA, S. JAMES, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005.

ANAYA, JAMES, "La situación de los pueblos indígenas en Argentina", [en línea] http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/21/47/Add.2&referer=http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/427/11/PDF/N1342711.pdf?OpenElement&Lang=S

- ANDACHT, F., “*Reflections on Iconic Power. From Technocynism to Synechism*”, en *Visio, International Journal of Visual Semiotics*, vol. 9, 2004, (1-2).
- ARA, ALEJANDRA CASTILLO, “La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición”, en *Revista Jurídica La Ley*, 11/02/2014.
- ARISTÓTELES, “*Ética Nicomaquea*”, en *Obras*, Francisco de P. Samaranch (trad.), Madrid, Aguilar, 1964.
- ARISTÓTELES, *La Ética a Nicómaco*, 2ª ed., Salvador Rus Rufino y Joaquín Meabe (trads.), Madrid, Tecnos, 2011.
- ASTRADA, CARLOS, “Fetichismo constitucional”, en *UBA-Acción Social-Reforma de la Constitución Argentina*, Bs. As, UBA-Acción Social, 1949.
- ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica”, en *Doxa*, n° 26, Alicante, 2003, [en línea] <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482866462359391865846/index.htm>, consultado el 10 de julio de 2007.
- ATIENZA, MANUEL, *Derecho y Argumentación*, Cartagena, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ATIENZA, MANUEL, “Entrevista a Robert Alexy”, en *Doxa*, n° 24, Alicante, 2001, [en línea] <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=17210>, consultado el 4 de julio de 2007.
- AUAT, ALEJANDRO, *Hacia una teoría política situada*, Bs. As., Waldhuter, 2011.
- BARRY, BRIAN, *Culture and Equality*, Harvard University Press, 2002.
- BARRY, BRIAN, “*Spherical justice and global injustice*”, en David Miller y Michael Walzer, *Pluralism, justice and equality*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- BAUMAN, ZIGMUNT, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, J. Alborés (trad.), Madrid, Siglo XXI editores, 2003.
- BAYARDO, R. y CASALLA, M., *Globalización e Identidad cultural*. Bs. As., Ciccus, 1997.
- BAYON, JUAN CARLOS, “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, [en línea] <http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/Cerdio/teoria%202/bulygin.doc>, consultado el 14 de julio de 2007.
- BECERRA, NICOLÁS, *Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*, Bs. As., 1966.
- BECK, ULRICH, *Hijos de la Libertad*, Madrid, FCE, 2001.
- BEDAU, HUGO ADAM, “*Punitive Violence and Its Alternatives*”, en Brady James B., Garver Newton (eds.), *Justice, Law, and Violence*, Filadelfia, Temple University Press, 1991.
- BENHABIB, SEYLA, *Another Cosmopolitanism*, Oxford University Press, 2006.
- BENHABIB, SEYLA, *El ser y el otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*, Gabriel Zadunaisky (trad.), Barcelona, Gedisa, 2006.
- BENHABIB, SEYLA, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton University Press, 2002.
- BERMÚDEZ, ISMAEL, “El Gobierno ampliaría el régimen para jubilaciones sin tener aportes”,

- en *Jubilaciones y Pensiones en Argentina*, [en línea] <http://jubipen.com/notas-periodisticas/el-gobierno-ampliaria-el-regimen-para-jubilarse-sin-tener-aportes/>, consultado el 1 de setiembre de 2013.
- BEUCHOT, MAURICIO, *Interculturalidad y derechos humanos*, México, Siglo XXI-UNAM, 2009.
- BIGOT, MARGOT, *Los aborígenes qom en Rosario*, [en línea] http://rephip.unr.edu.ar/bitstream/handle/2133/2335/LOS_ABORIGENES_QOM_EN_ROSARIO_MB.pdf?sequence=1
- BIGOT, M., RODRÍGUEZ, G. y VÁZQUEZ, H., “Programa de Educación Bilingüe e Intercultural de Orientación Pluralista (Modelo de Mantenimiento) para niños Tobas de los asentamientos de Rosario”, 1996.
- BLACKSTONE, WILLIAM, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, MDCCLXV, book the first.
- BLANC, M. y HAMERS, J. F., “Réseaux sociaux et comportements langagiers en milieu de contact des langues”, en *L'intirdisciplinarité en sciences sociales*, Québec, CIRB, 1987.
- BLANES, PAOLA y PÉREZ, SOLEDAD, “Ni solas ni silenciadas, en la calle libres y desatadas”: construyendo una ciudad sin violencia y más segura para todas y todos. La experiencia organizativa de las mujeres en tres distritos de la ciudad de Rosario, Argentina, en *Construyendo Ciudades seguras. Experiencias de redes de mujeres en América Latina, Red Mujer y Hábitat de América Latina*, Santiago de Chile, 2001.
- BOBBIO, NORBERTO, *El tercero ausente*, P. Linares (trad.), Madrid, Cátedra, 1997.
- BOBBIO, NORBERTO, *Il terzo assente*, Milán, Edizioni Sonda, 1989.
- BOBBIO, NORBERTO, “Kelsen e il problema del potere”, en *Diritto e Potere. Saggi sul Kelsen*, Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.
- BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Temis, 1987.
- BOCCHI, GIANLUCA y CERUTI, MAURO (comps.), *La sfida della complessità*, 10ª ed., Gianluca Bocchi y María Maddalena Rocci (trads.), Milán, Feltrinelli, 1997.
- BÖCKENFÖRDE, ERNST W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, R. de Agapito Serran (trad.), Valencia, Trotta 2000.
- BONANATE, LUIGI, *I doveri degli stati*, Roma-Bari, Laterza, 1994.
- BORELLO, RAÚL G., “Sobre el pluralismo jurídico”, en *Las fuentes del derecho y otros textos de teoría general*, Lucía María Aseff (comp.), Rosario, Editorial Juris, 2005.
- BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- BOURDIEU, PIERRE, *¿Qué significa hablar?*, Madrid, Akal, 1985.
- BOUREAU, ALAIN, *Le droit de cuissage. La fabrication d'un mythe (XIIIe-XXe siècle)*, París, Albin Michel, 1995.
- BRANDAO, CARLOS RODRIGUES, “Círculo de cultura”, en *Diccionario Paulo Freire*, Danilo R. Streck, Euclides Redin y Jaime J. Zitkoski (orgs.), Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2008.
- CAPELLA, JUAN RAMÓN, *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta, 1993.
- CAPPELLINI, PAOLO, “Codicì”, en Maurizio Fioravanti, *Lo Stato moderno in Europa*, Roma-Bari, Edizioni Laterza, 2002.

- CARACCILO, R., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- CARACCILO, R., “La noción de sistema jurídico de Hart”, en *La noción de sistema en la teoría del derecho*, México, Fontamara, 1994.
- CARACCILO, R., “Sistema Jurídico”, en Garzón Valdés y Laporta F. (eds.), *El derecho y la justicia, Enciclopedia Ibero Americana de Filosofía*, Madrid, Trotta, 1996.
- CÁRCOVA, CARLOS M., *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998.
- CÁRCOVA, CARLOS M., “La opacidad del Derecho”, en *Derecho, Política y Magistratura*, Bs. As., Biblos, 1996.
- CARPINTERO, FRANCISCO, *La crisis del Estado en la edad posmoderna*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012.
- CARRILLO GONZÁLEZ, DIANA y PATARROYO, SANTIAGO (eds.), *Derecho, interculturalidad y resistencia étnica*, Universidad Nacional de Colombia, 2009.
- CASTELLS, MANUEL, “La era de la información: Economía, Sociedad y Cultura”, en *El poder de la Identidad*, México, Siglo XXI, vol. II, 1999.
- CHATTERJEE, PARTHA, *La nación en tiempo heterogéneo y otros estudios subalternos*, Bs. As., CLACSO-Siglo XXI, 2008.
- CHRISTIE, NILS, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma de holocausto?*, Sara Costa (trad.), Bs. As., Editores del Puerto, 1993.
- CHRISTIE, NILS, *Una sensata cantidad de delito*, Cecilia Espeleta y Juan Iosa (trads.), Bs. As., Editores del Puerto, 2004.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n° 24, 2000.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en *Investigación y docencia*, n° 37, 2004); *Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas*, [en línea] <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundo-juridico/article/viewFile/959/793>, 01/08/2013.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Bases culturales de la Unión Europea, de su presente ampliación y de su relación con América Latina”, en Molina del Pozo, Carlos Francisco y otros (coord.), *El diálogo entre los pueblos y las culturas en el marco de las relaciones eurolatinoamericanas*, Madrid, Djusa, 2005.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Bases culturales del Derecho argentino”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n° 27, 2004; y en *Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas*, [en línea] <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/605/485>, 01/09/2013.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Bases del pensamiento jurídico*, Rosario, UNR Editora, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, 2012, [en línea] <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 07/10/2013.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993; *Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas*, [en línea] <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1357/1547>, 01/09/2013.

- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Complejidad del funcionamiento de las normas”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2008-B.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Comprensión jusfilosófica del ‘Martín Fierro’*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho y política*, Bs. As., Depalma, 1976.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Distribuciones y repartos en el mundo jurídico*, Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, [en línea] <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 07/10/2013.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL (coord.), *Dos filosofías del derecho argentinas anticipatorias: homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “El lenguaje desde la perspectiva jurídica (con especial referencia a los pronombres)”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n° 31, 2008; y en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, [en línea] <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent318.pdf>, 01/09/2013.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en *El Derecho*, t. 126, 1988.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Estrategia Jurídica*, Rosario, UNR Editora, 2011, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, [en línea] <http://www.centrodefilosofia.org.ar/Estrategia/ESTRATEGIA%20JURIDICA1.pdf>, 02/09/2013.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Estudios de Historia del Derecho*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; *Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas*, [en línea] <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1359/1549>, 01/09/2013.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Estudios Jusfilosóficos*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Europa ante los retos de la multiculturalidad y la globalización”, en *Investigación y docencia*, n° 32, 1999.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Europa entre la generalidad y la particularidad. La senda integradora de la universalidad (Un desafío de la complejidad)”, en *Revista de ECSA-Argentina*, n° 12, 2010.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio”, en *Investigación y Docencia*, n° 6, Rosario, FIJ, 1988.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Integrativismo Trialista”, en *Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas*, [en línea] <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/index>, 01/08/2013.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “La Argentina, su vocación por lo abstracto, la Jusfilosofía y la crisis actual”, en *Investigación y docencia*, n° 34, 2001.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, *Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas*

- cas, [en línea] <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/794>, 1-8-2013, 7/10/2013.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “La cultura jurídica argentina en sus expresiones literarias capitales. Significados jurídicos de Facundo y Martín Fierro”, en Calvo González, José (dir.), *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho*, Granada, Comares, 2008.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL (coord.), *La Filosofía del Derecho en el MERCOSUR*, Bs. As., Ciudad Argentina, 1997.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Las partes y el todo en la teoría trialista del mundo jurídico”, en Ciuro Caldani, Miguel Ángel (coord.), Novelli, Mariano H. y Pezzetta, Silvina (comps.), *Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Metodología Dikológica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, *Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas*, [en línea] <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1003/883>, 07/10/2013.
- CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Notas para la comprensión jusfilosófica de Europa”, en *Derecho de la Integración*, n° 4, 1996.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Nuevos aportes integrativistas para la comprensión de la plurijuridicidad y la interjuridicidad”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, [en línea] <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 1/8/2013; *Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas*, [en línea] <http://www.cartapacio.edu.ar/>, 01/08/2013.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “San Agustín, polémico defensor de la pantonomía de la justicia”, en *Investigación y docencia*, n° 17, 1990.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Variables estratégicas del integrativismo tridimensionalista trialista”, en *Estrategia Jurídica*, Rosario, UNR Editora, 2012, [en línea] <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 25/09/2013.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad”, en *Bioética y Bioderecho*, n° 3, 1998.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Werner Goldschmidt, diez años después”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Rosario, FIJ, n° 22, 1997.
- CLAVERO, BARTOLOMÉ, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007.
- COHEN, JOSHUA Y HOWARD, MATTHEW, *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton University Press, 1999.
- COELHO, LUIZ FERNANDO, *Direito constitucional e Filosofia da Constituição*, Curitiba, Juruá, 2006.
- COFRÉ LAGOS, JUAN OMAR, “Recensión”, en *Revista de Derecho*, vol. XVIII, Valdivia, n° 2, diciembre 2005, [en línea] http://minga-online.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950200500020, consultado el 7 de junio de 2007.
- COLOMBRES, ADOLFO, “La Cultura y su dialéctica”, en *La Marea*, n° 25, año XII, verano 2005/2006.
- COSSIO CARLOS, “La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho”, en *Revista Universidad*, Santa Fe, n° 8, 1941.

- COSSIO, CARLOS, “Epílogo”, en *El Pensamiento*, Rosario, UNR editora, 2009.
- DE LA TORRE RANGEL, JESÚS A., *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*, México, Porrúa, 2007.
- DELANTY, GERARD, *Community*, 2ª ed., Routledge, 2010.
- DE LUCAS, JAVIER, *El desafío de las fronteras*, Madrid, Temas de Hoy, 1994.
- DEVEAUX, MONIQUE, *Cultural Pluralism and Dilemmas of Justice*, Cornell University Press, 2000.
- DEVEAUX, MONIQUE, *Gender and Justice in Multicultural Liberal States*, Oxford University Press, 2006.
- DE VEGA, PEDRO, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.
- DHAMOON, RITA, “The politics of Cultural Contestation”, en Barbara Arneil, Monique Deveaux, Rita Dhamoon y Avigail Eisenberg (eds.), *Sexual, Justice/Cultural Justice. Critical perspectives in political theories and practice*, Routledge, 2007.
- Diario Constitucional*, [en línea] http://diarioconstitucional.cl/articulo-det.php?id_articulo=1409&id_cat=9
- DONELLY, JACK, *Derechos Humanos universales: en teoría y en la práctica*, México, Edic. Gernika, 1994.
- D’ORS, ÁLVARO, *Bien común y enemigo público*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- DUSSEL, ENRIQUE, *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión*, Madrid, Trotta, 1998.
- DUSSEL, ENRIQUE, *Filosofía de la liberación*, Bogotá, Nueva América, 1996.
- DUSSEL, ENRIQUE, *Para una ética de la liberación latinoamericana. Volumen II: Erótica y pedagógica*, Bs. As., Docencia, 2012.
- DUSSEL, ENRIQUE, *Política de liberación. Historia mundial y crítica*, Madrid, Trotta, 2007.
- DUSSEL, ENRIQUE, *Política de liberación. Volumen II. Arquitectónica*, Madrid, Trotta, 2009.
- DUSSEL, ENRIQUE, *Veinte tesis de política*, México, Siglo XXI, 2006.
- ENGLE, KAREN, “From Skepticism to Embrace: Human Rights and the American Anthropological Association from 1947-1999”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n° 3, 2001.
- ELLACURÍA, IGNACIO, “En torno al concepto y a la idea de liberación”, en *Escritos Teológicos*, t. I, San Salvador, UCA Editores, 2000.
- ELLACURÍA, IGNACIO, “Respuesta a CETRAL [Mayorías oprimidas, reivindicaciones indígenas en Centroamérica y el problema de los derechos humanos]”, en Juan Antonio Senent (ed.), *La lucha por la justicia. Selección de textos de Ignacio Ellacuría (1969-1989)*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2012.
- ESPIÑOZA, FRAN, “Pueblos indígenas. ¿Y después de la emergencia?”, Working Paper n° 24, Centre de recherches interdisciplinaires, Développement, Institutions, Subjectivité, enero 2011.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- ETZIONI, AMITAI y ETZIONI-HALEVI, EVA, *Social change: sources, patterns, and consequences*, Nueva York, Basic Books, 1964.

- FERNÁNDEZ, ANA MARÍA (comp.), *Foro con los Pueblos Originarios*, Rosario, Facultad de Humanidades y Artes, UNR, 2005.
- FERRAJOLI, LUIGI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa*, n° 34, 2011.
- FERRAJOLI, LUIGI, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- FERRAJOLI, LUIGI, “La differenza sessuale e le garanzie dell’eguaglianza”, en *Democrazia e diritto*, 33, n° 2, 1993.
- FERRAJOLI, LUIGI, “Libertà di circolazione e di soggiorno. Per chi?”, en M. Bovero (ed.), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, Laterza, 2004.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Perfecto Andrés Ibañez (trad.), Madrid, Trotta, 2011.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Principia iuris, Teoría del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- FERRAJOLI, LUIGI, “Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 122, 2008.
- FOUCAULT, MICHEL, “La vérité et les formes juridiques”, *Dits et écrits I*, París, Gallimard, 2001, n° 139.
- FRAZER, ELIZABETH y LACEY, NICOLA, *The Politics of Community. A Feminist Critique of the Liberal-Communitarian Debate*, University of Toronto, 1993.
- FRASER, NANCY, “Rethinking Recognition”, en *New Left Review*, mayo-junio, 3, 2000, [en línea] <http://www.newleftreview.org/?view=2248>
- FREEMAN, MICHAEL, *Human Rights*, Malden (MA), Polity Press, 2002.
- FREIRE, PAULO y D’OLNE CAMPOS, MARCIO, “Lectura de la palabra... lectura del mundo”, en *Revista El Correo de la UNESCO*, 1990.
- FREIRE, PAULO, *Cartas a quien pretende enseñar*, Siglo XXI, 2004.
- FREIRE, PAULO, “Pedagogía de la pregunta”, en *Educación y Cultura*, n° 11, Bogotá, Ceid-Fecode, 1987.
- FREIRE, PAULO, *Pedagogía da Esperança*, Río de Janeiro, De Paz e Terra, 1992.
- FREIRE, PAULO, *Pedagogía de la Autonomía*, México, Siglo XXI, 1997.
- FUMAROLI, MARC, *Las abejas y las arañas*, C. Martínez (trad.), Madrid, Acantilado, 2008.
- GALATI, ELVIO D., *La Teoría Trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 26/04/2010.
- GALLARDO MARTÍNEZ, HELIO, *Derechos humanos como movimiento social*, Bogotá, Ediciones desde abajo, 2006.
- GALLARDO MARTÍNEZ, HELIO, *Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos*, Quito, Editorial Tierra Nueva, 2000.
- GALLARDO MARTÍNEZ, HELIO, *Siglo XXI: militar en la izquierda*, San José, Arlekin, 2005.
- GALLARDO MARTÍNEZ, HELIO, *Siglo XXI: producir un mundo*, San José, Arlekin, 2006.
- GALLARDO MARTÍNEZ, HELIO, *Teoría crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos*, Murcia, DSR, 2008.

- GARAPON, ANTOINE, *Juez y Democracia: una reflexión muy actual*, Barcelona, Flor del Viento, 1997.
- GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- GARCÍA PÉREZ, RAFAEL D., *Antes leyes que reyes. Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)*, Milán, Giuffrè, 2008.
- GARCÍA RUIZ, PEDRO E., *Filosofía de la liberación. Una aproximación al pensamiento de Enrique Dussel*, México, Driada, 2003.
- GARCÍA VITOR, E., “Culturas diversas y sistema penal”, [en línea] https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_83.pdf
- GARDNER, J., “Some Types of Law”, en *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- GARGARELLA, ROBERTO, *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, t. I., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008.
- GASCÓN ABELLÁN, MARINA y GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2003.
- GEERTZ, CLIFFORD, *Conocimiento local*, Barcelona, Paidós, 1994.
- GIANFORMAGGIO, LETIZIA, “Identity, Equality, Similarity and Law”, en Karlsson, M.; Jónsson, O. P. y Bryanjarsdóttir, E. M., (eds.); *Recht, Gerechtigkeit und der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993.
- GLEDNON, MARRY A., *Verso un mondo nuovo. Eleanor Roosevelt e la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani*, Macerata, Liberilibri, 2008.
- GOHARD-RADENKOVI, A., “De la diversité a la différence, de la difference a la differentiation” en Thesee, Carignan y Carr (coords.), *Les faces cachées de l’interculturel*, París, L’Harmattan, 2010.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed. actualizada por Alicia Mariana Perugini Zanetti, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2009.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Justicia y verdad. Derecho y Filosofía*, Bs. As., La Ley, 1978.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Madrid, Aguilar, 1958, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1986.
- GONZÁLEZ DE PRADA, MARÍA VICTORIA, *Pueblos indígenas: hacia la construcción de un derecho intercultural. El plurijuridismo*, Bs. As., La Ley, 02/01/2014.
- GONZÁLEZ, ANTONIO, “Prólogo”, en Ignacio El-lacuría, *Filosofía de la realidad histórica*, San Salvador, UCA Editores, 1999.
- GOUVERT, JUAN F., “Hacia una efectiva vigencia de los derechos indígenas en el sistema penal argentino”, en *La Ley Actualidad*, 12/10/2009.
- GRISSETTI, RICARDO A., “Diversidad cultural y consciencia disidente”, en *La Ley Actualidad*, 21/04/2011.
- GROSSI, PAOLO, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, C. Álvarez (trad.), Madrid, Marcial Pons, 2011.
- GROSSI, PAOLO, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

- GROSSI, PAOLO, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003.
- GUASTINI, R., *Il diritto come linguaggio*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2006.
- GUASTINI, R., *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001.
- GUASTINI, R., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2006.
- GUDMUNDSON, LOWELL, “De ‘negra’ a ‘blanco’ en la Hispanoamérica del siglo XIX: la asimilación afroamericana en Argentina y Costa Rica”, en *Mesoamérica*, Cuaderno 12, 1986, [en línea] <https://www.mtholyoke.edu/acad/latam/denegrosp.html>, 02/09/2013.
- GUERRA, MARÍA J., “Una apuesta por el feminismo global”, en *Leviatán: Revista de Hechos e Ideas*, n° 80, 2000.
- GUIBOURG, RICARDO A., *La construcción del pensamiento*, Bs. As., Colihue, 2004.
- HÄBERLE, PETER, *La imagen del ser humano dentro del estado constitucional*, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.
- HABERMAS, JÜRGEN, “De la tolerancia religiosa a los derechos culturales”, en *Claves de razón práctica*, 129, 2003.
- HABERMAS, JÜRGEN, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en *Diánoia*, J. Aguirre Román (trad.), LV, 64, mayo 2010.
- HABERMAS, JÜRGEN, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”, en *La inclusión del otro*, Juan Carlos Velasco (trad.), Barcelona, Paidós, 1999.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, Manuel Jiménez Redondo (trad.), Madrid, Trotta, 1998.
- HACKING, I., *The Social Construction of What?*, USA, Harvard University Press, 2000.
- HAMEL, R. E., “Políticas del lenguaje y estrategias culturales en la educación indígena”, en *La educación indígena hoy*, México Instituto Estatal de Educación Pública de Oaxaca, 1997.
- HART, H., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1962.
- HEGEL, FREDRICH, *Principios de la Filosofía del Derecho*, J. L. Vermaal (trad.), Barcelona, Edhasa, 1999.
- HEIDEGGER, MARTIN, *Nietzsche I*, Juan Luis Vermaal (trad.), Barcelona, Destino, 2000.
- HERNÁNDEZ, ISABEL, “Capítulo II. Antropología de mutua transferencia”, en *Autonomía o ciudadanía incompleta. El pueblo Mapuche en Chile y Argentina*, Santiago de Chile, Pehuén/CEPAL, 2003.
- HERRERA FLORES, JOAQUÍN (ed.), *El vuelo de Anteo*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000.
- HERRERA FLORES, JOAQUÍN, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, Sevilla, Aconcagua Libros, 2005.
- HERRERA FLORES, JOAQUÍN, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2005.
- HERVADA, JAVIER, “Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo”, en *Escritos de derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1986.
- HINKELAMMERT, FRANZ, *Crítica de la razón utópica*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2002.
- HINKELAMMERT, FRANZ, *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002.

- HOHFELD, W. N., *Concetti giurici fondamentali*, Torino, Einaudi, 1969 [1923].
- HUNTINGTON, SAMUEL P., “*The Clash of Civilizations?*”, en *Foreign Affairs*, vol. 72, n° 3, 1993.
- HUNTINGTON, SAMUEL P., *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Nueva York, Simon & Schuster, 1996.
- HUNTINGTON, SAMUEL P., *Who Are We? The Challenges to America's National Identity*, Nueva York, Simon & Schuster, 2004.
- INNERARITY, DANIEL, *Un mundo de todos y de nadie. Piratas, riesgos y redes en el nuevo desorden global*, Barcelona, Paidós, 2013.
- ITURRIBARRÍA, FERNANDO, “Leonarda en el país de la mentira”, [en línea] <http://www.larioja.com/v/20131019/mundo/leonarda-pais-mentira-20131019.html>, 19/10/13.
- ITZCOVICH, GIULIO, “*Migrazioni e sovranità. Alcune osservazioni su concetto, fonti e storia del diritto di migrare*”, en *Ragion Pratica*, n° 41, 2013.
- JAY, MARTIN, *Cantos de experiencia: variaciones modernas sobre un tema universal*, Gabriela Ventureira (trad.), Bs. As., Paidós, 2009.
- JELLINEK, GEORG, *Reforma y mutación de la constitución*, C. Förster y P. Lucas Verdú (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- JELLINEK, GEORG, *Teoría general del Estado*, F. de los Ríos (trad.), Bs. As., B de f, 2005.
- KANTAROWICZ, HERMANN, “Las épocas del derecho” en Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, W. Roces (trad.), Madrid, FCE, 1974.
- KELSEN, HANS, *El estado como integración. Una controversia de principio*, J. A. García Amado (trad.), Madrid, Tecnos, 1997.
- KELSEN HANS, *La paz por medio del derecho*, Madrid, Trotta, 2013.
- KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, Vernengo, R. (trad.), México, Universidad Autónoma de México, 1979.
- KUKATHAS, CHANDRA, “*Exit, freedom and gender*”, en Dagmar Borchers y Annamari Vitikainen (eds.), *On Exit: Interdisciplinary Perspectives on the Right of Exit in Liberal Multicultural Societies*, Walter de Gruyter, 2012.
- KUKATHAS, CHANDRA, *The Liberal Archipelago. A Theory of Diversity and Freedom*, Oxford University Press, 2003.
- KYMLICKA, WILL, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Auleda Castells (trad.), Barcelona, Paidós, 1996.
- KYMLICKA, WILL, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, 2ª ed., Oxford University Press, 2002.
- KYMLICKA, WILL *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguilbar (trads.), Barcelona, Paidós, 2003.
- KYMLICKA, WILL, *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, Barcelona, Paidós, 2009.
- LAPENTA, EDUARDO y RONCHETTI, ALFREDO FERNANDO (coords.), *Derecho y Complejidad en Homenaje al Prof. Miguel Ángel Ciuero Caldani*, Tandil, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2011.
- LAPORTA FRANCISCO J., “La quimera del nacionalismo”, en *Claves de Razón Práctica*, n° 14, 1990.

- LASSALLE, FERNANDO, *¿Qué es una constitución?*, W. Roces (trad.), Bs. As., Siglo Veinte, 1957.
- LATOUR, B., “Iconoclash”, [en línea] www.bruno-latour.fr/articles, 2002.
- LATOUR, B., “*The Promises of Constructivism*”, [en línea] www.bruno-latour.fr/articles, 2003.
- LATOUR, B., “*Why has Critique Run Out of Steam?*”, [en línea] www.bruno-latour.fr/articles, 2004.
- LEPARD, BRIAN, *Rethinking Humanitarian Intervention: A Fresh Legal Approach based on Fundamental Ethical Principles in International Law and World Religions*, The Pennsylvania State University, University Park (PA), 2002.
- LESAFFER, RANDALL, *European Legal History. A cultural and Political Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- LIPOVETSKY, GILLES, *Metamorfosis de la cultura liberal. Ética, medios de comunicación, empresa*, R. Alapont (trad.), Barcelona, Anagrama, 2002.
- LISZKA, J. J., “*Peirce’s Discursive Realism*”, en *Arisbe Peirce Gateway*, [en línea] www.cspeirce.com, 1998.
- LOCKE, JOHN, *Segundo tratado del gobierno civil*, Cristina Piña (trad.), Bs. As., Losada, 2004.
- LÓPEZ CALERA, NICOLÁS, *Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado*, Madrid, Trotta, 1992.
- LORENTE AGOSTA, MIGUEL, *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer, realidades y mitos*, Barcelona, Editorial Crítica, 2001.
- MACINTYRE, ALASDAIR, “*Tolerancia y bienes del conflicto*”, en *Ética y política. Ensayos escogidos*, II, S. Montiel (trad.), Granada, Nuevo Inicio, 2009.
- MASSINI, CARLOS I., “*Multiculturalismo y derechos humanos. Las propuestas liberales y el iusnaturalismo realista*”, en *Persona y Derecho*, vol. 48, 2003.
- MARTÍ, JOSÉ, *Obras Completas*, La Habana, Editorial Nacional de Cuba, 1963.
- MARTINIC, MARÍA DORA, “*Algunas Reflexiones en Torno a la Constitución, Organización y Efectos Jurídicos de la Familia Andina*”, en *Revista del Abogado*, n° 20, Colegio de Abogados de Chile.
- MARX, KARL y ENGELS, FRIEDRICH, *Manifiesto comunista*, Madrid, Debate, 1998.
- MARX, KARL, *Contribución a la crítica de la economía política*, México, Siglo XXI, 2000.
- MAZZARESE, TECLA, “*Diritti fondamentali*”, en U. Pomarici (ed.), *Atlante di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, vol. I, 2012.
- MAZZARESE, TECLA (ed.), *Diritto, tradizioni, traduzioni, la tutela dei diritti nelle società multiculturali (a cura di Mazzarese)*, Turín, Giappichelli, 2013.
- MAZZARESE, TECLA, “*Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali*”, en *Ragion Pratica*, n° 27, 2006.
- MAZZARESE, TECLA, “*Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali. Nuove sfide e crisi dello stato costituzionale di diritto*”, en Th. Casadei (ed.), *Lessico delle discriminazioni. Tra società, diritto e istituzioni*, Reggio Emilia, Diabasis, 2008.
- MAZZARESE, TECLA, “*La interpretación jurídica como traducción*”, en *Isonomía*, n° 9,

- Cervantes Virtual, [en línea] http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12504985356703728543657/isonomia09/isonomia09_07.pdf, 02/09/2013.
- MCLAREN, PETER, *Multiculturalismo crítico*, 3ª ed., Sao Paulo, Cortez Editora, 2000.
- MEDICI, ALEJANDRO, *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial. San Luis Potosí, Aguas Calientes, Chiapas, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. A.C.*, Facultad de Derecho de la UASLP, Educación para las Ciencias en Chiapas A.C., 2012.
- MENDEZ HINCAPIÉ, GABRIEL y SANIN RESTREPO, RICARDO, “La constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global”, en *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, n° 8, San Luis Potosí, 2012.
- MIGNONA, EDUARDO y NEBBIA, LITO, “Quien quiera oír, que oiga”, en *Evita: Quien quiera oír que oiga Soundtrack Album*, Bs. As., Me-lopea, 1996.
- MODOOD, TARIQ, *Multiculturalism. A Civic Idea*, Polity Press, 2007.
- MÖLLERS, CHRISTOPH, “Pluralität der Kulturen als Herausforderung an das Verfassungsrecht?”, en Horst Dreier y Eric Hilgendorf (eds.), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, Akten der IVR-Tagung vom 28-30, September 2006, in Würzburg, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Steiner Verlag, Stuttgart, Beiheft 113, 2008.
- MORESCO J. J. y NAVARRO, P. E., “Algunas consideraciones sobre las nociones de orden jurídico y sistema jurídico”, en *Análisis Filosófico*, n° 2, 1992.
- MORSKIN, JOHANNES, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1999.
- MOUFFE, CHANTAL, “*Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?*”, en *Social Research*, vol. 66, n° 3, 1999.
- MOUFFE, CHANTAL, “*Wittgenstein, Political Theory and Democracy?*”, en *The Democratic Paradox*, Nueva York, Verso, 2000.
- MOUFFE, CHANTAL, “Feminismo, democracia y política agonística”, Gloria Elena Bernal (trad.), *Debate feminista*, n° 40, año 20, México, 2009.
- MOUFFE, CHANTAL, “Introducción. Por un pluralismo agonístico” en *El retorno de lo político*, Marco Aurelio Galmarini (trad.), Barcelona, Paidós, 1999.
- NEGRI, ANTONIO, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias-Prodhufo, 1994.
- NIETZSCHE, FRIEDRICH, *La genealogía de la moral. Un escrito polémico*, Andrés Sánchez Pascual (trad.), Madrid, Alianza, 1996.
- NUSSBAUM, MARTHA C., “*A Plea for Difficulty?*”, en Joshua Cohen, Matthew Howard, y Martha C. Nussbau (eds.), *Is Multiculturalism Bad for Women? Susan Moller Okin with Respondents*, Princeton University Press, 1999.
- NUSSBAUM, MARTHA, *Las fronteras de la justicia*, R. Vilá (trad.), Barcelona, Paidós, 2007.
- OKIN, SUSAN M., AVIGAIL EINSEBERG y JEFF SPINNER-HALEV (eds.), “*Multiculturalism and feminism: no simple question, no simple answers?*”, en *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge University Press, 2005.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Informe: Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer: prevalencia y efectos de la violencia conyugal y de la violencia sexual no conyugal en la salud”, Ginebra, 2013.

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Informe mundial sobre la violencia y la salud”, Etienne G. Krug, Linda L. Dahlberg, James A. Mercy, Rafael Lozano (eds.), Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional para las Américas, 2003.
- PAREKH, BHIKHU, “Barry and the dangers of liberalism”, en Paul Kelly (ed.), *Multiculturalism Reconsidered. Culture and Equality and its Critics*, Polity Press.
- PAREKH, BHIKHU, “Political Theory and the Multicultural Society”, en *Radical Philosophy*, 95, 1999, [en línea] http://www.radicalphilosophy.com/default.asp?channel_id=2188&editorial_id=10166
- PAREKH, BHIKHU, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, 2ª ed., Palgrave Macmillan, 2006.
- PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres*, *Diario Oficial* n° C 304 de 06/10/1997.
- PAROLARI, PAOLA, “La violenza contro le donne come questione (trans)culturale. Osservazioni sulla Convenzione di Istanbul”, en *Ragion Pratica*, edición en curso, 2014.
- PECES-BARBA, GREGORIO, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid - BOE, 1999.
- PECES-BARBA, GREGORIO, *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, Madrid, Espasa, 2007.
- PECES-BARBA, GREGORIO, *Ética, poder y derecho*, México, Fontamara, 2000.
- PECZENIK, ALEXANDER, *Derecho y Razón*, E. Garzón Valdés (trad.), México, Fontamara, 2000.
- PEÑA, CARLOS, “Verdad y política en Rawls y Habermas”, en *Estudios sobre Rawls*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011.
- PÉREZ DE LA FUENTE, OSCAR, “Indígenas y derechos colectivos: ¿es el multiculturalismo malo para las mujeres?”, en *Derechos y libertades*, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 13, 2004.
- PÉREZ DE LA FUENTE, OSCAR, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, Madrid, Dykinson, 2005.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Madrid, La ley, 2011.
- PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Teoría del derecho, una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 2005.
- PERUGINI, ALICIA M., “Homenaje a Werner Goldschmidt”, en Ciuro Caldani, Miguel Ángel (coord.), *La Filosofía del Derecho en el MERCOSUR. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, Bs. As., Ciudad Argentina, 1997.
- PHILLIPS, ANNE, “What is ‘culture?’”, en Barbara Arneil, Monique Deveaux, Rita Dhamoon y Avigail Eisenberg (eds.), *Sexual, Justice/Cultural Justice. Critical perspectives in political theories and practice*, Routledge, 2007.
- PHILLIPS, ANNE, *Multiculturalism without Culture*, Princeton University Press, 2007.
- PINELLI, CESARE, “Relativismo culturale, scontri di civiltà, costituzionalismo”, en T. Mazzarese (ed.), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, Giappichelli, 2013.
- PISARELLO, GERARDO, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, 2011.

- POPPER, KARL, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, 4ª reimpr., Barcelona, Paidós, 1994.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), “Informe sobre desarrollo humano 1997”, Madrid, Mundi-Prensa Libros, 2004.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Fontamara, 1997.
- QUADROS DE MAGALHAES, JOSE LUIS, *Estado plurinacional e direito internacional*, Curitiba, Juruá, 2012.
- QUIJANO, ANÍBAL, “La colonialidad del poder. Eurocentrismo y América Latina”, en Lander, Edgardo (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Bs. As., CLACSO-UNESCO, 2001.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, “Actualidad sobre la ‘jurisprudencia de equidad’ en la Corte Suprema de Justicia”, Bs. As., LL1999-F.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, “El camino de la universalización de los derechos humanos”, en *Anales de la Academia de Ciencias Morales, Políticas y Jurídicas de Tucumán*, vol. 2, 2012.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, *La teoría de la interpretación judicial en Cossio y Betti: coincidencias y actualidad de dos perspectivas contemporáneas*, Bs. As., La Ley, 2005-A-1148-1168.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, “Precomprensión y jurisprudencia, en ‘Persona y Derecho’, 47”, en *Derecho, historicidad, lenguaje, Estudios en honor de Arthur Kaufmann*, Pamplona, 2002.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, “Universalismo vs. Multiculturalismo en la encrucijada contemporánea de los derechos humanos. Algunos ejemplos históricos y recientes de la jurisprudencia argentina”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Bs. As., vol. 40, 2013, en prensa.
- RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO, *¿Cómo se hicieron los derechos humanos? Un viaje por la historia de los principales derechos de las personas*, Bs. As., Didot, 2013.
- RANSELL, J., “On Peirce’s Concept of Iconic Sign”, en *Arisbe Peirce Gateway*, [en línea] www.cspeirce.com, 1986.
- RAWLS, JOHN, *El liberalismo político*, Antoni Domenech (trad.), Barcelona, Crítica, 1996.
- RAWLS, JOHN, *The Law of Peoples, with The Idea of Public Reason Revisited*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1999.
- RAZ, JOSEPH, “Multiculturalism: A Liberal Perspective”, en *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- RAZ, JOSEPH, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- REGATO, RITA L., *Las Estructuras Elementales de La Violencia*, Editorial Universidad Nacional de Quilmes, 2003.
- RITONDALE, LORENA; COTARELO, NATALIA y CANTELI, YANINA, *Derecho penal indígena*, [en línea] <http://indigenas.bioetica.org/mono/inves38.htm>
- ROCA JUSMET, LUIS, “¿Quién es el maldito Žižek?”, en *Gramscimania*, [en línea] <http://www.gramscimania.info.ve/2012/03/quien-es-el-maldito-zizek.0html>, 02/09/2013.

- RÓDENAS, ÁNGELA, “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, en *Doxa*, n° 26, Alicante, 2003, [en línea] <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482866462359391865846/index.htm>, consultado el 10 de julio de 2007.
- RODRIGUEZ, GRACIELA B., “Notas sobre el pluralismo jurídico desde la Antropología y Sociología Jurídicas”, en *Papeles de Trabajo*, Rosario, Centro Interdisciplinario de Ciencias Etnolingüísticas y Antropológico sociales (CICEA), Universidad Nacional de Rosario, n° 14, 2006.
- ROIG, ARTURO A., *Teoría y crítica del pensamiento latinoamericano*, Bs. As., Una ventana, 2009.
- ROMAO, JOSÉ E., “Los-las intelectuales en el proyecto de integración del Mercosur. Una mirada freireana”, *Disertación en el Seminario de Actualización Interdisciplinar, realizado en el IPF/Rosario*, Facultad de Derecho, UNR, 2004.
- ROSILLO MARTÍNEZ, ALEJANDRO, *Los inicios de la tradición iberoamericana de derechos humanos*, Potosí, UASLP-CENEJUS, 2011.
- ROSILLO MARTÍNEZ, ALEJANDRO, *Praxis de liberación y derechos humanos. Una introducción al pensamiento de Ignacio Ellacuría*, San Luis Potosí, Comisión Estatal de Derechos Humanos-Facultad de Derecho UASLP, 2008.
- RUIZ MIGUEL, ALFONSO, *Entre Estado y cosmópolis*, Madrid, Trotta, 2014.
- SALAMANCA, ANTONIO, *Filosofía de la revolución. Filosofía para el socialismo en el siglo XXI*, San Luis Potosí, UASLP-CEDH, 2008.
- SALAMANCA, ANTONIO, *Yo soy guardián mundial de mi hermano. Hacia la universalización ética de la opción por el pobre desde el pensamiento de K.O. Apel, E. Dussel y X. Zubiri*, Frankfurt, IKO, 2003.
- SAMAJA, JUAN ALFONSO, “Palabras de cierre del Seminario El Menor, Los Menores Nosotros”, Cátedra III, Introducción a la Filosofía y Cs. Sociales, Facultad de Derecho, 1990.
- SAMOUR, HÉCTOR, “Filosofía y libertad”, en Cardenal, Rodolfo; Sobrino, Jon (coords.), *Ignacio Ellacuría. Aquella libertad esclarecida*, Santander, Sal Terrae, 1999.
- SAMPAY, ARTURO, *Constitución y pueblo*, Merlo, Ediciones Instituto Superior Dr. Arturo Jauretche, 2012.
- SÁNCHEZ RUBIO, DAVID, *Contra una cultura anestesiada de derechos humanos*, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2008.
- SÁNCHEZ RUBIO, DAVID (coord.), *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, Sevilla, Algaida, 2007.
- SÁNCHEZ RUBIO, DAVID, *El pensamiento humanista de Leopoldo Zea. Conciencia histórica y derechos humanos*, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2008.
- SÁNCHEZ RUBIO, DAVID, *Encantos y desencantos de los derechos humanos. De emancipaciones, liberaciones y dominaciones*, Barcelona, Icaria, 2011.
- SÁNCHEZ RUBIO, DAVID, *Repensar derechos humanos. De la anestesia a la sinestesia*, Sevilla, Mad, 2008.
- SÁNCHEZ, CRISTINA, “Feminismo y ciudadanía”, en Elías Díaz y José Luis Colomer (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza, 2002.
- SÁNCHEZ, CRISTINA, “Género y constitución: un análisis de la ciudadanía social de las mujeres”, en AAVV, Francisco Laporta, Francisco

- et. al. (eds.), *Constitución y derechos fundamentales: 25 aniversario de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 2005.
- SÁNCHEZ, CRISTINA, “Renegociando la ciudadanía: las prácticas de iteraciones democráticas”, en *Multiculturalismo y feminismo*, Madrid, Instituto de la Mujer (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), 2007.
- SÁNCHEZ, CRISTINA, “Seyla Benhabib: hacia un universalismo interactivo”, en *Teorías políticas contemporáneas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *A gramática do tempo*, Cortez Editora, Sao Paulo, 2006.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, “Hacia una concepción multicultural de los DDHH”, [en línea] http://webiugg.sociales.uba.ar/grassi/textos/Sousa_DDHH.pdf
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, “Hacia una sociología de las ausencias y una sociología de las emergencias”, en *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Madrid, Trotta, 2005.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid-Bogotá, Trotta-ILSA, 2009.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*, Bs. As., CLACSO-Prometeo Libros-UBA Sociales, 2010.
- SARACENI, GUIDO, *Luoghi della giustizia*, Nápoles-Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.
- SAVIDAN, PATRICK, *Il multiculturalismo*, Bologna, il Mulino, 2010.
- SCHKOLNIK, SAMUEL, “Lo civil y lo absoluto”, en *Parker 51*, San Miguel de Tucumán, FFyL de la UNT, 2009.
- SEARLE, J., *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- SEARLE J., *The Construction of Social Reality*, Londres, Penguin Books, 1995.
- SELAMÉ NICOLE y VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, “Liberalismo, multiculturalismo y Estado de bienestar”, en *Ideas y Valores, Universidad Nacional de Colombia*, 147, [en línea] <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/idval/article/viewFile/36752/38704>
- SENET DE FRUTOS, JUAN ANTONIO, *Ellacuría y los derechos humanos*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 1998.
- SENET, JUAN ANTONIO, *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis*, Valencia, Trant lo Blanch, 2007.
- SERNA, PEDRO, “El positivismo incluyente en la encrucijada”, [en línea] <http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/Cerdio/teoria%202/bulygin.doc>, consultado el 14 de julio de 2007.
- SHACHAR, AYELET, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, 2001.
- SIRVENT, MARÍA TERESA, *Múltiples pobrezas, violencia y educación*, Bs. As., Quirquincho, 1990.
- SMEND, RUDOLF, *Constitución y derecho constitucional*, J. M. Beneyto Pérez (trad.), Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1985.

- SOLA, JUAN VICENTE, "Alberdi: la Constitución como programa de Gobierno: la polémica con Vález Sarsfield", en *Comunicación del académico Juan Vicente Sola en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, 22/09/2010, [en línea] <http://www.anemyp.org.ar/user/files/18%20Sola.pdf>, 01/11/2013.
- SPADARO, ANTONIO, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali"*, Soveria-Mannelli, Rubettino, 2005.
- SPEMANN, ROBERT, *Felicidad y Benevolencia*, Rialp, Madrid, 1991.
- SQUELLA, AGUSTÍN; VILLAVICENCIO, LUIS y ZÚÑIGA ALEJANDRA, *Curso de filosofía del derecho*, Santiago, Editorial Jurídica, 2012.
- SQUIRES, JUDITH, "Culture, Equality and Diversity", en Paul Kelly (ed.), *Multiculturalism Reconsidered. Culture and Equality and its Critics*, Polity Press, 2002.
- STAMATOPOULOU, ELSA, *Cultural Rights in International Law. Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and Beyond*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2007.
- STAMMLER, RUDOLF, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine philosophische Untersuchung*, Leipzig, Veit & Comp, 1896.
- STAVENHAVEN, RODOLFO, "Los pueblos indígenas y sus derechos", [en línea] <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2008/Indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavenhagen%20UNESCO.pdf>
- STEIMBERG, OSCAR, *Semióticas. Las semióticas de los géneros, de los estilos, de la transposición*, Bs. As., Eterna Cadencia, 2013.
- STRECK, LENIO, "Jurisdição constitucional e decisão jurídica", en *Revista dos Tribunais*, 2013.
- SUBCOMANDANTE MARCOS, "Encuentro intergaláctico", *Ajoblanco*, n° 4, 1997.
- SZMUKLER, BEINUSZ, "Neogolpismo y golpe de Estado en Paraguay", en *Revista Derecho Público*, año I, n° 2, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.
- TABOADA VARELA, DIEGO, "Lampedusa: ante el dolor de los demás", en *Rebelión*, [en línea] <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=175665>, 18/10/2013.
- TAGLIAVINI, ALEJANDRO A., "El futuro de la esperanza. Santo Tomás y el racionalismo", en *Eumed*, [en línea] <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/at-espe/1.8.htm>, 02/09/2013.
- TAYLOR, CHARLES *et al.*, *Multiculturalism and the politics of recognition*, Princeton-Nueva Jersey, Princeton University Press, 1992.
- TEUBNER, GUNTHER, *Global Law without a State*, Burlington, Ashgate, 1997.
- TICONA ALEJO, ESTEBAN (comp.), *Bolivia en el inicio del pachakuti. La larga lucha anticolonial de los pueblos aymara y quechua*, Madrid, Akal, 2011.
- TODOROV, TZVETAN, *Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana*, M. Mur Ubasart (trad.), Madrid, Siglo XXI, 2010.
- TOMASI DE LAMPEDUSA, GIUSEPPE, *Il Gattopardo*, Milán, Feltrinelli, 1958.
- TORBISCO, NEUS, "Beyond the Feminism vs. Multiculturalism Dispute on Group Rights: Towards a Participatory Approach", Documento para la discusión, SELA (inédito), 2011, [en línea] http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA11_Torbisco_CV_Eng_20110524.pdf
- TORBISCO, NEUS, *Group Rights as Human Rights. A Liberal Approach to Multiculturalism*, Springer, 2006.

- UNESCO (ed.), *Human Rights: Comments and Interpretations*, Nueva York, Columbia University Press, 1949.
- VAN DE KERCHOVE, MICHEL y OST, FRANCOIS., *El sistema jurídico entre orden y desorden*, I. Hoyo (trad.), Madrid, Universidad Complutense, 1997.
- VEGA GÓMEZ, JUAN, “El positivismo excluyente de Raz”, [en línea] <http://info.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/110/art/art9.pdf>, consultado el 14 de julio de 2007.
- VELASCO, JUAN Carlos, “El multiculturalismo, ¿una nueva ideología?”, en Alcina, José y Calés, María (eds.), *Hacia una ideología para el siglo XXI*, Madrid, Akal, 2000.
- VICIANO PASTOR, ROBERTO (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- VIGO, RODOLFO, “Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy”, en *Doxa*, n° 26, Alicante, 2003.
- VIGO, RODOLFO, *La injusticia extrema no es Derecho (de Radbruch a Alexy)*, Bs. As., La Ley, 2006.
- VIGO, RODOLFO, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, 2ª ed., Bs. As., Lexis-Nexis, 2006.
- VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, “Algunas críticas a la idea de razón pública rawlsiana”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 32, (1), 2009, [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000100015&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, “La concepción política de la persona y las visiones constitutivas del bien”, en *Ideas y Valores, Universidad Nacional de Colombia*, n° 135, 2007, [en línea] <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/idval/article/view/3620>
- VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, “La relevancia moral de la identidad cultural”, en *Pólis*, vol. 9, n° 26, 2010, [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682010000200019&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, “Privatizando la diferencia: El liberalismo igualitario y el pluralismo cultural”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXIII (1), 2010, [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- VILLEY, MICHEL “La Justicia en Aristóteles”, en *Civitas Digital*, [en línea] <http://civitasdigital.wordpress.com/2012/01/07/569/>, 07/01/2013.
- VILLEY, MICHEL, *Philosophie du droit*, 2ª ed., París, Dalloz, t. I, 1978.
- VITALE, ERMANNO (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Torino, Rosenberg & Sellier, 2000.
- WALDRON, J., “Who Needs Rules of Recognition?”, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, 2009, [en línea] http://lsr.nelco.org/nyu_plltwp/128
- WALZER, MICHAEL, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, Heriberto Rubio (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- WALZER, MICHAEL, *Tratado sobre la tolerancia*, F. Álvarez (trad.), Barcelona, Paidós, 1988.
- WEBER, MAX, “La ciencia como vocación”, en *El político y el científico*, México, Premia, 1980.

- WIEVIORKA, MICHEL, *El racismo: una introducción*, Barcelona, Gedisa, 2009.
- WILLIAMS, B., “Deciding to Believe”, en *Problems of the Self. Philosophical Papers* (1956-1972), Cambridge, Cambridge University Press, 1973.
- WITTGENSTEIN, LUDWIG, *Philosophical Investigations*, 3ª ed., Nueva York, Macmillan, 1958.
- WOLKMER, ANTONIO C., “Bases éticas para una juridicidad alternativa”, en Jesús Antonio de la Torre Rangel (coord.), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México, UAA-ITESO-Porrúa, 2002.
- WOLKMER, ANTONIO C., *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Sevilla, Mad, 2006.
- YOUNG, IRIS M., *La justicia y la política de la diferencia*, Silvina Álvarez (trad.), Madrid, Cátedra, 2000.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia*, 3ª ed., trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1999.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *La virtud de la duda*, J. M. Revuelta (trad.), Madrid, Trotta, 2012.
- ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Bs. As., Ediar, 1999.
- ZAFFARONI, RAÚL E.; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2003.
- ZEAL, LEOPOLDO, *Dialéctica de la conciencia americana*, México D. F., Alianza Editorial Mexicana, 1974.
- ZEAL, LEOPOLDO, *El pensamiento latinoamericano*, México D. F., Ariel, 1976.
- ZUCCHI, HÉCTOR A., *El Derecho como objeto tridimensional*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001.
- ZÚÑIGA, YANIRA, “Ciudadanía y género. Representaciones y conceptualizaciones en el pensamiento moderno y contemporáneo”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17, n° 2, [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532010000200006&lang=pt
- ZÚÑIGA, YANIRA, “La ‘generización’ de la ciudadanía. Apuntes sobre el rol de la diferencia sexual en el pensamiento feminista”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXII, n° 2, 2009, [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502009000200003&lang=pt
- ZWEIGERT, KONRAD, “Des solutions identiques par des voies différentes”, en *Revue Internationale de droit comparé*, vol. 18, n° 1, 1966, [en línea] http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ride_0035-3337_1966_num_18_1_14471, 01/10/2013.

