

LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS Y SU ARMONÍA CON OTROS DERECHOS

*YAMIL CARLOS JALIL**

Resumen. En el presente trabajo se pretende reflexionar sobre la profunda transformación de los modos en que la vida social ha sido organizada, política, cultural y jurídicamente en los siglos XIX y XX, generándose un proceso de carácter multidimensional. Se propone escrutar los contornos de este proceso, debido a que las personas se asocian, se expresan e identifican en múltiples grupos y organizaciones sociales a los fines más diversos, conformando un tejido de relaciones sociales que se extiende, progresivamente, fuera de las fronteras de los Estados-nación. Se experimenta, en la sociedad contemporánea, un aumento de regulación de esas relaciones sociales, una creciente institucionalización, no solo nacional, sino también internacional; pero esos desarrollos institucionales deben ser ubicados en su contexto estructural, político, cultural y jurídico, teniendo presente que esos procesos se reproducen y cambian constantemente. La existencia de sistemas internacionales de protección de derechos humanos nos lleva a poner bajo observación la cuestión de la oposición de principios entre universalismo y multiculturalismo, advirtiendo desde ya que, bajo la perspectiva que defiende, no son, necesariamente, fórmulas antitéticas ni excluyentes. La discusión sobre el multiculturalismo abarca principalmente temas referidos a la protección jurídica de las diferentes culturas que conviven al interior de un Estado-nación, pero replanteando también cuestiones que tienen que ver con los derechos fundamentales. Sí está claro que, las democracias contemporáneas no pueden seguir excluyendo o, peor aún, tratando a las minorías como si no existieran, el reto puede sin-

* Abogado. Docente de la cátedra Teoría General del Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Comahue. http://fadeweb.uncoma.edu.ar/viejo/carreras/materiasenelweb/abogacia/teoria_del_derecho_1/docentes.htm. Correo electrónico: carlosjalil23@yahoo.com.ar.

tetizarse en una frase que ha sido muy utilizada: hacer posible la convivencia intercultural con respeto paritario a la diversidad y los derechos humanos.

Palabras claves: universalidad, progresividad, multiculturalismo, minorías, exclusión

THE HUMAN RIGHTS TREATIES AND HIS HARMONY WITH OTHER RIGHTS

Summary. In this paper it aims to reflect on the profound transformation of the ways in which social life is organized, politically, culturally and legally in the nineteenth and twentieth centuries, generating a multidimensional process. It is proposed to scrutinize the contours of this process, because people associate, express and identify multiple groups and social organizations to the most diverse purposes, forming a web of social relations that extends progressively outside the borders of nation-states. Is experienced in contemporary society, increased regulation of these social relations, a growing institutionalization, not only national but also international; but these institutional developments should be placed in its structural, political, cultural and legal context, bearing in mind that these processes are reproduced and constantly changing. The existence of international systems of human rights protection leads us to put under observation the issue of principled opposition between universalism and multiculturalism, warning from since, from the perspective that I defend, are not necessarily antithetical or exclusive formulas. The discussion on multiculturalism mainly covers issues related to the legal protection of the different cultures that coexist within a nation-state, but also reconsidering issues that have to do with fundamental rights. It is clear that contemporary democracies can not continue to exclude or worse, trying to minorities as well not exist, the challenge can be summarized in a phrase that has been widely used: enabling intercultural coexistence with joint respect for diversity and human rights.

Keywords: universality, progressiveness, multiculturalism, minorities, exclusion

OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E SUA HARMONIA COM OUTROS DIREITOS

Resumo. Neste artigo visa refletir sobre a transformação profunda das formas em que a vida social é organizado, política,

cultural e legalmente nos séculos xix e xx, gerando um processo multidimensional. Propõe-se a examinar os contornos deste processo, porque as pessoas associam, expressar e identificar vários grupos e organizações sociais para os mais diversos fins, formando uma teia de relações sociais que se estende progressivamente fora das fronteiras estados-nação. É experimentada na sociedade contemporânea, o aumento da regulação dessas relações sociais, a institucionalização crescente, não só nacional, mas também internacional; mas estes desenvolvimentos institucionais devem ser colocadas no seu contexto estrutural, política, cultural e legal, tendo em conta que estes processos são reproduzidos e em constante mutação. A existência de sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos nos leva a colocar sob observação a questão da oposição de princípio entre o universalismo e multiculturalismo, avisando desde então, a partir da perspectiva que eu defendo, não são necessariamente fórmulas antitéticas ou exclusivos. A discussão sobre o multiculturalismo abrange principalmente as questões relacionadas com a protecção jurídica das diferentes culturas que coexistem dentro de um Estado-nação, mas também questões reconsiderando que têm a ver com os direitos fundamentais. É claro que as democracias contemporâneas não podem continuar a excluir ou pior, tentando minorias muito bem não existir, o desafio pode ser resumido em uma frase que tem sido amplamente utilizada: permitir a convivência intercultural com respeito conjunta para a diversidade e direitos humanos.

Palavras-chave: universalidade, progressividade, multiculturalismo, as minorias, exclusão

§ 1. *LÍNEAS INTRODUCTORIAS*

De frente a la perspectiva que se pretende desarrollar en las presentes líneas, se puede decir que, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, se viene experimentando el tránsito del Estado contemporáneo hacia un modelo plenamente constitucional, impulsado de alguna manera por dos grandes movimientos: la consolidación de la democracia, que se concreta especialmente en los desarrollos políticos de Occidente después de la segunda posguerra y hasta nuestro días, y por otro lado, en el desarrollo jurídico generado en el marco del derecho internacional con posterioridad a la aparición de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). De manera especial sobre las normas atinentes a los dere-

chos humanos¹, han venido a confluír estos dos movimientos, propiciando el desarrollo de una suerte de constitucionalismo transnacional basado en una perspectiva garantista de los derechos, que parte de concebir a la Constitución como un verdadero instrumento guía, esto es como una norma que coordina la aplicación de distintos ordenamientos, incluso los de fuente internacional.

Según la teoría jurídica contemporánea en el actual Estado democrático, la Constitución y los Tratados de derechos humanos representan documentos efectivamente operativos, y consecuentemente susceptibles de aplicación, defensa y reparación, a través de una serie de garantías contenidas en dichas normas y de otros recursos creados jurisprudencialmente. Tampoco los derechos fundamentales pueden ya considerarse, esto también ha sido remarcado con frecuencia², bajo la óptica reduccionista de los derechos de corte individual, cuya eficacia se restringió al ejercicio de libertades frente a la autoridad. A partir de 1948, aparecen nuevos sujetos, tanto titulares de derechos como obligados, lo mismo particulares que entidades que no pertenecen al poder estatal, todos como sujetos activos de la relación (v.gr., empresas transnacionales, ONG, comunidades).

§ 2. **LOS PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD**

En primer lugar, resulta necesario establecer el punto de partida teórico asumido sobre los derechos humanos. Sostengo que estos deben ser concebidos como una creación histórica, dada en la trama de relaciones sociales. Producto humano, fechado en el tiempo y fijado en el espacio, respecto al cual todo intento de atribuirle un fundamento absoluto resultará siempre insuficiente, circular.

¹ Existe el debate en torno a si la mejor forma de nombrar a este tipo de derechos es como humanos o fundamentales. Incluso la posición depende desde el lugar de enunciación: la teoría jurídica o dogmática jurídica. Por ejemplo, para MIGUEL CARBONELL en *Los derechos fundamentales en México*, desde la dogmática jurídica, debería llamárseles “derechos fundamentales”, porque provienen de documentos fundamentales, como las Constituciones o la Declaración Universal de derechos humanos. En cambio, desde la teoría jurídica, EUSEBIO FERNÁNDEZ, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, “Anuario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense”, n° 1, 1981, p. 76, coincide que la mejor denominación es “derechos humanos”, a partir de la transcendencia de los bienes primarios que estos derechos protegen (libertad, integridad personal, salud, alimentación, etcétera). Sin embargo utilizaré en este trabajo “derechos humanos” y “derechos fundamentales” como sinónimos.

² BIDART CAMPOS, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*.

Algo más al respecto; si bien hay autores como PECES-BARBA, EUSEBIO FERNÁNDEZ³, ALFONSO RUIZ MIGUEL⁴, CARLOS SANTIAGO NINO⁵, que consideran que los derechos humanos pueden ser concebidos como exigencias éticas justificadas (principios morales⁶), especialmente importantes, quienes sostienen a su vez que, por lo mismo, deben ser protegidas eficazmente a través del aparato jurídico. En última instancia podrían disolverse las diferencias con autores como NORBERTO BOBBIO, que sostenía que la cuestión de estos derechos no era ya la de su justificación sino la de su realización⁷.

Ello implica que la justificación ética, y su especial relevancia, conllevan la necesidad de que sean reconocidos y garantizados por el sistema jurídico⁸; de lo contrario solo tendrían la fuerza moral proveniente del orden social, lo que, con ser necesario, no resulta suficiente como garantía.

El reconocimiento de los derechos humanos “como exigencias éticas justificadas y especialmente importantes”, permite sostener sus principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

a) *EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD.* La pretensión de universalidad de los derechos humanos está íntimamente relacionada con el desafío del multiculturalismo y la interculturalidad.

Desde las perspectivas kantianas o neokantianas “la universalidad se formula desde la vocación moral única de todos los hombres, que deben ser considerados como fines y no como medios y que deben tener unas condiciones de vida social que les permita libremente elegir sus planes de vida (su moralidad privada)”⁹. Esta perspectiva conduce a pensar, claro está, que en la medida en que los derechos

³ FERNÁNDEZ, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, “Anuario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense”, nº 1, 1981, p. 76.

⁴ RUIZ MIGUEL, *Los derechos humanos como derechos morales*, “Anuario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense”, nº 6, 1990, p. 149 a 150.

⁵ NINO, *Ética y derechos humanos*.

⁶ NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 36.

⁷ BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, p. 61.

⁸ BOBBIO, *El tiempo de los derechos*.

⁹ PECES-BARBA, “La universalidad de los derechos humanos”, en NIETO NAVIA (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, p. 410.

humanos tienen como principal contenido valores morales de especial relevancia para todos y cada uno, es pertinente suponer que deben ser reconocidos por todas las personas, independientemente de su preferencia sexual, edad, nacionalidad, lengua, cultura, comunidad, etcétera.

Esto permite traducir al principio de universalidad en diversos aspectos. En primer lugar, afirmando que hablar de universalidad de los derechos humanos implica hacer referencia a la titularidad de los derechos: “los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos”¹⁰.

Este nivel de abstracción inicial trae aparejada una conocida consecuencia: estos derechos son exigibles por todos los seres humanos en cualquier contexto político, jurídico, social, cultural, espacial y temporal.

Pero, resulta importante mencionar que pensar a los derechos humanos desde una construcción histórica, también obliga a analizar uno de los principales cuestionamientos elaborados respecto de su pretendida universalidad: los derechos humanos solo han representado en muchos casos, a una parte de la cultura universal, la denominada como “occidental”.

De esta forma, también es cierto que al pretender que solamente los valores de una cultura sean considerados como universales, se favorecen procesos de hegemonía o dominación.

En la medida en que exista un pluralismo cultural, puede que no haya acuerdo sobre los bienes primarios que merecen ser protegidos, pues no solo se cuestiona el concepto de universalidad, sino también se revelan distintas formas de concebir una vida digna. Si el objetivo de los derechos humanos es la vida digna, también se debe admitir que el contenido y significado de ellos pueden representar cosas muy distintas para personas que poseen diferencias culturales relevantes.

Frente a ello, sostengo, la respuesta no es la supresión de pretensión de universalidad, sino la construcción de diálogos interculturales a partir de los *topoi*¹¹ funcionales, lo que supondría crear una suerte

¹⁰ PECES-BARBA, “La universalidad de los derechos humanos”, en NIETO NAVIA (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, p. 401.

¹¹ BOAVENTURA DE SOUZA, *De la mano de Alicia*. Los *topoi* son los fundamentos últimos de una cultura específica, aquellos elementos que la dotan de sentido. Se trata siempre de aspectos siempre inacabados y reinterpretados que alimentan la idea de vida digna. Esto es esencial para los derechos humanos, porque

de “consensos traslapados”, constituyendo “principios básicos” de la sociedad o comunidad, tales que permiten equilibrios reflexivos respecto entre las dimensiones identitarias de las personas, para utilizar provocativamente la tesis de RAWLS¹².

En consecuencia, la universalidad de los derechos humanos no implicaría una práctica totalizadora que neutraliza las diferencias y excluya la posibilidad de sostener distintas ideas sobre la vida digna. Visto de este modo, el principio de universalidad provocaría un proceso de “contaminación”, “nutrición” y renovación de los derechos fundamentales producto de su propia expansión a diferentes culturas.

b) *LA INTEGRALIDAD E INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS.* Los principios de integralidad e indivisibilidad son muy comunes en el lenguaje cotidiano de los derechos humanos; sin embargo, lo que estos principios designan, las diferencias entre ellos y su impacto en las obligaciones de los Estados, no está del todo claro.

No obstante, el uso de estos principios nos ofrece una guía sobre su significación y consecuencias.

En lo que sigue, el objetivo es trazar, a grandes rasgos, la historia de estos principios, para averiguar sus implicancias, especialmente respecto de las obligaciones de respetar, garantizar y promover los derechos humanos desde la perspectiva multiculturalista que se viene desarrollando.

A partir del establecimiento de vínculos entre derechos humanos¹³, desarrollo y pobreza, así como el reconocimiento del derecho

de aquí se desprende también el contenido de un aspecto central: la idea de dignidad humana, la cual variará dependiendo de la cultura (y de los *topoi*) específicos.

¹² RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 654. Intenta construir una teoría de la justicia que le permita identificar principios básicos (teoría tenue del bien) para aplicarlos a las instituciones fundamentales de una sociedad. Para ello crea la “posición original” donde mediante el “velo de la ignorancia”, las personas que dialogan desconocen su lugar en la escala social: no saben su género, su nivel económico, su raza, etcétera. Esta posición original le permite establecer un diálogo ausente de conflictos de poder. Solo en una posición semejante, las personas pueden deliberar con argumentos razonables para establecer esos acuerdos básicos. Este proceso de diálogo y este tipo de acuerdos es a lo que RAWLS se refiere como consensos traslapados mediante equilibrios reflexivos.

¹³ Con la elaboración de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* en 1948, se discutió la conveniencia de incluir en un solo documento a los derechos civiles, políticos, económicos, culturales y sociales. El texto de la Declaración da cuenta del acuerdo entre las naciones firmantes respecto a la integración de todos

al desarrollo, surge el llamado “enfoque de derechos humanos”, como un método para regular los procesos de cooperación internacional, las políticas de combate contra la pobreza y, particularmente, las políticas de desarrollo.

El surgimiento del derecho al desarrollo y el enfoque de derechos humanos, trajo aparejado una nueva concepción sobre las obligaciones estatales respecto a ellos. En efecto, ya no se trata de reconocer y garantizar un conglomerado de derechos con énfasis distintos y con una relación particular entre ellos, sino de internalizar en la acción estatal la dinámica del funcionamiento de los derechos humanos, particularmente en las políticas de desarrollo, pero también en otras áreas, particularmente las culturales.

De acuerdo con ello, los Estados deben dirigir todo su actuar de conformidad con ciertos principios de derechos humanos, entre los que se encuentran la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad, para la consecución de esos derechos.

Estas premisas que de alguna manera son evidentes y hasta asequibles casi para cualquiera, suscitan no pocas complicaciones cuando se las aprecia en funcionamiento en Estados multiétnicos, en los que se pretenden preservar los rasgos multiculturales que aparecen dentro de cada uno de ellos y conciliar las diversas concepciones de vida buena o digna que se postulan como consagración de los derechos humanos.

c) *LA INTERDEPENDENCIA.* Conviene hacer una distinción entre los términos que ayudan a diferenciarlos. Mientras el prefijo *inter* significa “entre” o “en medio”, el prefijo *in* indica negación, de tal modo que la palabra *interdependientes* expresa la vinculación entre derechos, y la palabra *indivisible*, la negación de la separación entre ellos. Así, preliminarmente conviene señalar que los derechos humanos son interdependientes en tanto establecen relaciones recíprocas entre ellos, y son indivisibles en la medida en que no deben tomarse como elementos aislados o separados, sino como conjunto.

La interdependencia señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de un grupo de derechos.

los derechos como una misma aspiración para la humanidad sin reconocer jerarquías ni diferencias entre ellas.

El aspecto central de este principio es que los Estados no están autorizados a proteger y garantizar una determinada categoría de derechos humanos en contravención de otra, sino que todos los derechos merecen la misma atención y urgencia.

Bajo esta lógica, “la existencia real de cada uno de los derechos humanos solo puede ser garantizada por el reconocimiento integral de todos ellos”¹⁴.

Tanto en materia de justiciabilidad como de política pública deberá tomarse en consideración la dependencia entre ellos, ya sea que exista de forma unidireccional o bidireccional. Lo que queda prohibido bajo este principio es mirar a los derechos aislados y desvinculados de sus relaciones condicionantes.

d) *LA INDIVISIBILIDAD*. El principio de indivisibilidad, por su parte, implica una visión holística de los derechos humanos, en la que todos los derechos se encuentran unidos, ya no por razones de dependencia, sino porque de una u otra manera forman una sola construcción. Por tanto, si se realiza o se viola un derecho, impactará en los otros derechos, más allá de si existe o no una relación de dependencia inmediata entre ellos. La idea central es que la concreción de todos los derechos solo puede alcanzarse mediante la realización conjunta de todos ellos.

Si la interdependencia resulta compleja en las aplicaciones prácticas tanto en materia de justiciabilidad como de políticas públicas, las pretensiones de indivisibilidad la hacen aún menos manejable. La visión que se requiere es más amplia que la exigida por la interdependencia, pues busca no solo asegurar los derechos que dependen unos de otros de forma inmediata, sino encontrar cadenas de derechos, en tanto sistema de unidad y jerarquía.

La indivisibilidad resulta, compleja porque cuando se planifica con perspectiva de derechos humanos, lo que se debe hacer no es un plan o política de derechos en particular, sino darle una perspectiva de derechos humanos a toda la planificación. Esto es así porque no existen jerarquías entre los derechos, y todos ellos son indivisibles, de donde se desprende la obligación del Estado de diseñar un plan nacional que pretenda incluir todos los derechos humanos.

¹⁴ BLANC ALTEMIR, “Universalidad, indivisibilidad e interdependencia”, en BLANC ALTEMIR (coord.), *La protección internacional de los derechos humanos*, p. 31.

Intentar desarrollar una perspectiva de política pública así de amplia puede tener efectos contrarios a los esperados y terminar siendo poco operativa. De aquí se desprenden interrogantes que necesariamente hay que plantearse: ¿podemos establecer jerarquías de derechos humanos para generar aplicaciones prácticas? o ¿cuáles serían las estrategias aceptables en los procesos de planificación en materia de derechos humanos? ¿El proceso de selección de estratégica de derechos para la planificación supone una violación del principio de indivisibilidad?

e) *EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD*. La progresividad implica tanto gradualidad como progreso¹⁵. La gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazo. El progreso patentiza que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. La progresividad requiere el diseño de planes para avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones de los derechos mediante el cumplimiento de dichos planes.

El elemento a resaltar cuando pensamos en el principio de progresividad es que en materia de implementación este principio se aplica por igual a derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales porque siempre habrá una base mínima que deba atenderse, pero sobre ella los Estados deberán avanzar en su fortalecimiento.

Los derechos fundamentales codificados en tratados internacionales no son más que un mínimo, su progresión está en manos de los Estados, por lo que las medidas que adopte deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones.

De aquí surge otro interrogante, nada sencillo de resolver: ¿cuál es esa base mínima de derechos? Más allá del estándar que se prefiera, lo fundamental es la satisfacción de las necesidades vitales a las poblaciones que más lo requieran.

La discusión metodológica para determinar los elementos mínimos del derecho cobra relevancia, ya que es el paso previo obligado para aplicar el principio de progresividad. Una vez decidido el estándar que se utilizará para identificar los elementos mínimos del derecho y realizada dicha identificación, entra en acción este principio.

¹⁵ ABRAMOVICH, *Una aproximación al enfoque de derechos*, “Revista de la Cepal”, nº 88, p. 38.

Además, el principio de progresividad supone la obligación a cargo de los Estados de crear los indicadores para poder verificar efectivamente el avance progresivo del ejercicio de los derechos.

§ 3. **INTERRELACIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y OTROS DERECHOS DE LA ESFERA PRIVADA**

Planteándose el efecto de las regulaciones internacionales en materia de derechos humanos, presuponiendo la aplicación *erga omnes* de ellas, en el sentido de que los compromisos internacionales en la materia abarcan a todos los destinatarios de las normas jurídicas, aparece el interrogante acerca del impacto de su aplicación en casos de diversidad cultural.

En primer lugar, se cuestiona la legitimidad misma de los instrumentos normativos que se sancionan, desde la necesidad de resguardar la diversidad y proteger a las minorías de inaceptables intromisiones supraestatales.

Reaparece aquí la función *coordinadora* de la Constitución, desde que se requiere un nuevo entendimiento con respecto a su vinculación con los ordenamientos jurídicos externos, lo que no puede construirse a partir del paradigma de la derivación estrictamente piramidal de todos los cuerpos normativos, ni tampoco del empleo a *fortiori* del correspondiente criterio jerárquico para la interpretación y aplicación de las normas, que no solamente se queda corto con respecto a los tratados en general, sino especialmente con respecto a los referidos a los derechos humanos debido a sus peculiares notas de identificación¹⁶.

Los fenómenos contemporáneos, dados a partir de la presencia simultánea de ordenamientos supranacionales y nacionales, que derivan en la tirantez entre los componentes locales, como entidades federativas o autonomías, nacionales e internacionales, se ven amplificadas por las reivindicaciones normativas de otros grupos con presencia pública, grupos que reclaman nuevos modos de vinculación jurídica y de resolución de conflictos entre reglas, especialmente al tratarse de normas de protección de la persona.

Por razones metodológicas, vamos a considerar como “aplicación horizontal” a toda aquella que se refiera a la oponibilidad de un dere-

¹⁶ BELISLE - FILIBI, *Constitucionalismo transnacional*, p. 260 y 261.

cho humano por parte de un individuo o grupo de individuos, frente a terceros, particulares, que no sean miembros o partes de un poder o entidad pública. A esa aplicación se refiere ROBERT ALEXY¹⁷, cuando señala que actualmente es aceptado, en general, el efecto horizontal de las normas iusfundamentales, aunque advirtiendo que el interrogante es cómo y en qué medida.

El efecto horizontal de los derechos humanos no tiene una modalidad única y, antes bien, varía según la cultura jurídica de que se trate. La eficacia horizontal directa de los derechos humanos significa que las relaciones privadas están sujetas a las disposiciones constitucionales, es de decir que estos asumen el carácter de derechos subjetivos, siendo oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares y en caso de colisión de dos particulares en relativa igualdad de condiciones, el grado de aplicación dependerá del contenido de los derechos en juego y de la relación privada de que se trate o la naturaleza del conflicto.

Esta tesitura se apoya en el principio de supremacía constitucional, sosteniendo que todas las normas del ordenamiento deben necesariamente ajustarse a los postulados del texto constitucional y que todo el derecho está sujeto a la Constitución y a los derechos fundamentales contenidos en ella y en los instrumentos internacionales. Otro problema que requiere el análisis sobre la eficacia horizontal deriva de la existencia de poderes privados de la sociedad actual, de los que provienen amenazas a los derechos de las personas incluso mayores que los del poder público.

Pero de este modo, la eficacia horizontal que se proclama no escapa a una “solución puramente casuística”¹⁸, que amplía los márgenes de discreción del juzgador, quitando certeza y previsibilidad al sistema. La cuestión vuelve entonces al debate sobre la “ideología de los tribunales”, desde que la aplicación se torna necesariamente casuística.

§ 4. **MULTICULTURALISMO Y DERECHOS, UN DEBATE COMPLEJO**

Desde esta perspectiva, una sociedad *buena* sería aquella que proporcionará el marco de derechos, libertades u obligaciones den-

¹⁷ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 510 a 511.

¹⁸ JANA LINETZKY, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *presentado en Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política* 2001, p. 60.

tro de las cuales las personas pueden perseguir sus más diversos fines. Existe, sostengo, un grupo de aseveraciones comunes que postulan tal afirmación a través de argumentos liberales.

Entre ellas podríamos mencionar, que la teoría liberal que defiende, si bien es individualista al asumir la primacía moral de la persona contra las demandas de cualquier colectividad social, también es igualitaria, porque confiere a todos los individuos el mismo estatus moral y niega la importancia de órdenes legales o políticos diferentes en lo tocante al valor moral de los seres humanos; y por último también es “universalista”, porque afirma la unidad moral del género humano. Conciliar las tres pretensiones resulta compatible, aseguro, con la realidad insoslayable de la multiculturalidad de las sociedades actuales.

En efecto, sobre la base de lo anterior cabe preguntarse qué sentido tiene hablar de los derechos de las minorías a partir de una Constitución liberal. ¿Son compatibles los derechos diferenciados de los grupos minoritarios con la teoría general de derechos abstractos e impersonales que ha elaborado el liberalismo?

Considero que primero es necesario establecer una noción de multiculturalismo, debido a que las sociedades modernas, *in primis* denominadas corrientemente complejas, están estructuradas en torno a una heterogeneidad cultural.

Ahora bien, la diversidad cultural no presenta una sola forma sino varias. Las estructuras de las sociedades modernas se están viendo afectadas por el fenómeno de la multiculturalidad. Este fenómeno ha traído no pocos conflictos en la medida en que las minorías étnicas y nacionales piden que se apoye y reconozca su identidad cultural. Para KYMLICKA no puede aplicarse una fórmula única a todos los grupos, ya que las necesidades y aspiraciones de las minorías étnicas son diferentes al de las nacionales¹⁹.

En este breve espacio, es imposible resumir la literatura que sobre el particular se ha generado. Me concentraré en el problema central de la autonomía como principio rector de la compatibilidad entre el liberalismo y derechos de las minorías.

a) *LIBERALISMO Y DERECHOS DE LAS MINORÍAS.* Los individuos invariablemente se encuentran ellos mismos como miembros de grupos o asociaciones, las cuales no solo influyen sobre su conducta, sino que también le dan forma a sus lealtades y a su sentido de identidad.

¹⁹ KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural*, p. 13 a 19.

Tales grupos no siempre poseen reclamos fundamentales de carácter moral o político, porque esos grupos no son entidades fijas y estáticas en el universo moral y político. Efectivamente, se forman y desintegran constantemente en repuesta a sus circunstancias políticas e institucionales. En consecuencia, los intereses de los grupos minoritarios existen solo en razón de particulares circunstancias históricas, o en virtud de particulares instituciones políticas y no porque pertenezcan a un orden moral preestablecido.

Además, es importante notar que no solo la composición de los grupos cambia en el tiempo, sino que también los grupos no son homogéneos en algún momento determinado. Ciertamente, dentro de las comunidades políticas es frecuente observar que haya importantes diferencias y conflictos de intereses. De tal manera que dentro de las minorías se pueden encontrar otras minorías aún más pequeñas. Considerar al grupo grande como detentador de derechos culturales es afirmar la estructura existente, y en consecuencia, desfavorecer a las minorías existentes dentro del grupo.

Como podrá apreciarse, para una teoría liberal el derecho de las minorías se deberán considerar como fundamentales los problemas y las preguntas políticas. Para KYMLICKA, la solución al problema descansa no en rechazar al liberalismo, sino en reconciliar los derechos de las minorías con la "igualdad liberal". Esto implica demostrar que la pertenencia a una minoría es un criterio relevante para la distribución de beneficios y cargas.

Evidentemente, KYMLICKA considera que las dos premisas fundamentales que subyacen para una defensa liberal de los derechos de las minorías son: que la libertad individual está profundamente vinculada con la pertenencia al grupo y que los derechos específicos en función del grupo, pueden fomentar la igualdad entre la minoría y la mayoría²⁰.

Ahora bien, los principios liberales imponen dos limitaciones básicas a los derechos de las minorías. En primer lugar, una concepción liberal de los derechos de las minorías no justificará restricciones internas dentro del grupo minoritario; cuando pretenda restringir las libertades civiles o políticas básicas de sus propios miembros. En este punto, HABERMAS niega la posibilidad de que el multiculturalismo se deba mantener artificialmente, con un sentido de protección administrativo de las culturas. Por el contrario, sostiene que las po-

²⁰ KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural*, p. 117 y 118.

sibilidades de sobrevivencia de una cultura se mantienen mientras esa cultura siga convenciendo a sus miembros, motivando una apropiación productiva y una prosecución de ella. Por lo tanto, una garantía jurídicamente asegurada de la supervivencia de una cultura les robaría a sus miembros la opción de continuar perteneciendo a esta o determinar si ha llegado el momento de abandonarla. La posibilidad de toda persona de confrontar a su propia cultura siempre debe quedar abierta.

En segundo lugar, las protecciones externas (aquellas que regulan las relaciones entre el grupo minoritario y dominante) solo serán legítimas en la medida en que fomentan la igualdad entre grupos, rectificando las situaciones perjudiciales o de vulnerabilidad de las minorías ante el conjunto de la sociedad.

En lo que concierne a las “restricciones externas”, parece que la teoría liberal no tendría tanto problema en aceptarlas sobre la base de la idea de que la equidad debe primar entre grupos y en el principio de igualdad de los derechos de los sistemas de las vidas culturales²¹.

b) *¿TIENE ALGO QUE APORTAR LA TEORÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBATE SOBRE MULTICULTURALISMO?* Hay que reconocer desde el principio que se trata de un tema en el que no pueden ofrecerse repuestas definitivas y en el que no hay teorías consolidadas. El debate ha cambiado en forma importante en los últimos años y el reconocimiento a los derechos a las minorías, aunque presente rasgos comunes en muchos países de América Latina, se ha llevado a cabo de maneras muy diferentes en los distintos ordenamientos constitucionales y políticos.

En el debate multiculturalista la cuestión central es, si para garantizar las diferencias y las identidades étnicas y culturales es necesario crear esferas jurídicas particulares, distintas aquellas que rigen para la generalidad de los habitantes de un Estado o si, por el contrario, lo que hay que hacer, es volver efectivos los derechos fundamentales de forma tal que se eliminen en la medida de lo posible las desigualdades tan importantes que han sufrido tradicionalmente las minorías.

El mecanismo más utilizado es la sanción de derechos (diferenciales) poliétnicos, es decir una política cultural y educativa

²¹ HABERMAS, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”, en HABERMAS, *La inclusión del otro*, p. 191 y 201 a 211.

multicultural. La adopción por parte del Estado en la currícula de enseñanza de la cultura de las naciones primigenias. La posibilidad, por mencionar, por parte de los indígenas de recibir una educación formal bilingüe. Normalmente estos derechos no son temporales, ya que los bienes que protegen deben ser un incremento del acervo cultural del Estado multinacional.

Pero tampoco el debate se limita a la discusión sobre el establecimiento o no de derechos culturalmente determinados, este se centra también en la supremacía que deberían tener los derechos colectivos sobre los individuales o viceversa.

El reconocimiento de los derechos colectivos presupone, entre otras cuestiones, considerar que nuestros ordenamientos jurídicos asumen un determinado punto de vista cultural, religioso, sexual, político, etc.; esto significa que ni el ordenamiento jurídico ni las instituciones públicas que actúan bajo su amparo son neutrales frente a las diversas opciones que representan en los campos mencionados.

Por otro lado, el reconocimiento de derechos colectivos implica la presuposición de que, en los Estados multiculturales, el ordenamiento jurídico y las instituciones públicas no pertenecen solamente a las mayorías, ni deben servir para privar a las minorías de sus propias prácticas culturales.

Un cuadro de derechos fundamentales bien diseñado, con un sistema de garantías apropiado, podría ser suficiente para asegurar una igualdad, tal que permita a cada individuo proteger y hacer uso de su propia identidad. Contando con ese marco general, las posibilidades de acción de la legislación secundaria son mayores; a través de un ejercicio legislativo responsable se podría perfectamente, dar cabida a las necesidades y deseos de las persona que integran grupos culturalmente diversos.

Lo anterior no obsta para reconocer que los derechos colectivos pueden tener dificultades de encaje, como se ha visto, dentro de una teoría liberal de la sociedad.

La mayoría de las Constituciones de los países de América Latina²² les han otorgado a las minorías étnicas autonomía para aplicar su propio sistema jurídico, normalmente integrado por “usos y cos-

²² VENEZUELA, *Constitución nacional*, arts. 119 y 120; COLOMBIA, *Constitución nacional*, arts. 246 y 329; ECUADOR, *Constitución nacional*, arts. 83 y 241; BOLIVIA, *Constitución nacional*, art. 171; NICARAGUA, *Constitución nacional*, art. 89; PANAMÁ, *Constitución nacional*, arts. 84 y 104; MÉXICO, *Constitución nacional*, art. 40;

tumbres”; el límite para dicha aplicación ha sido el respeto por los derechos fundamentales reconocidos por los mismos textos constitucionales.

Y es aquí, como se ha dicho, donde se han presentado algunos problemas de armonización. La cuestión central parece ser la de cómo se debe entender ese respeto a los derechos fundamentales, es decir como debiera observarse el elenco de derechos fundamentales. Si el elenco contempla la diversidad cultural que efectúa la sociedad nacional en cuestión, tal como lo intenta la Constitución de la República de Bolivia, puede que exista una mayor probabilidad de resolver la tensión existente e inevitable entre universalismo y multiculturalismo.

Por lo general, los grupos étnicos, como pueden ser los pueblos indígenas, reivindican cuestiones de reconocimiento, sufren fuertes desigualdades por motivos económicos. También las minorías étnicas padecen simultáneamente una discriminación cultural (el racismo entendido como menosprecio, la estereotipación como delincuentes, vagos, malos estudiantes, etc.) y una discriminación económica (la relegación a los peores trabajos, mayor desempleo, menores salarios, entre otros).

Esto supone una cierta tensión en el sentido de que, para acabar con las discriminaciones de tipo culturales (o en otras palabras, para satisfacer las reivindicaciones de reconocimiento cultural), se suelen crear estatus (jurídicos y sociales) diferenciados, en donde se trata positivamente a la pertenencia cultural hasta entonces discriminada; pero para terminar con la discriminación económica (o en otras palabras, para satisfacer las reivindicaciones distributivas) lo que se intenta es un poco lo contrario, es decir, el lograr la igualdad mediante la “*extensión universal*”, sin diferenciación, por tanto, de los derechos fundamentales, sobre todo los de naturaleza económica y social.

Por ejemplo, la nueva Constitución boliviana de 2009, articula todo el sistema constitucional y político desde el concepto de plurinacionalidad y autonomía, procurando que el reconocimiento de los pueblos originarios sea profundizado mediante acciones de discriminación positiva llevadas a cabo por ellos mismos, pero cuidando que el sentido que tengan las nuevas fórmulas de inclusión, consagradas a lo largo de toda la carta magna, tampoco puedan significar una dis-

PARAGUAY, *Constitución nacional*, arts. 62 a 67 y ARGENTINA, *Constitución nacional*, art. 75, inc. 17.

crimianación negativa para las minorías blancas o mestizas, históricamente dominantes.

Cabe agregar que la mencionada Constitución (pretende responder a este desafío en su art. 3, al establecer que esta nación está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, por las naciones y los pueblos indígenas originarios, campesinos, y por las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo de Bolivia.

Del precepto mencionado se extrae que el sentido de conformar un Estado plurinacional, no es con el fin de dividir en categorías de ciudadanos, esto es mestizos, pueblos originarios, etc., sino con el objetivo de armonizar las diferencias y eliminar todas aquellas categorías utilizadas antaño para discriminar al “otro”, distinto de la cultura dominante, la cristiano-europea.

Así concebido, el individuo permanece como portador de derechos de pertenencia cultural, lo cual permite que se le puedan reconocer y garantizar, sin romper el marco referencial del Estado democrático de derecho, tanto estatus especiales como derechos de autodeterminación, subvenciones, protección especial, etcétera.

§ 5. **CONCLUSIÓN**

Paulatinamente en los últimos años, la sociedad internacional ha ido ampliando los medios para proteger y reparar los derechos fundamentales. No obstante, parece que la problemática de que cierta visión de los derechos humanos cercene algunas visiones culturales diferentes, se mantiene incólume.

Es difícil imaginar que una democracia occidental prohíba la diversidad cultural, aunque especialmente no le agrade. Este reconocimiento de la diversidad solo es posible que se dé, con en el trasfondo de una cultura liberal, mediante asociaciones voluntarias.

El trasfondo de una cultura liberal implica el absoluto respeto del principio de inviolabilidad de las libertades básicas y el elenco de libertades no se le puede negar justamente a nadie, ni a un grupo de personas, ni a todos los ciudadanos en general, bajo el fundamento que tal es el deseo de una abrumadora mayoría política, por muy fuerte y durable que sea.

Pero con respecto a las asociaciones voluntarias debe advertirse que en un Estado democrático, los derechos del individuo son prio-

ritarios con respecto al derecho de un grupo colectivo determinado. Es por ello, que la participación y pertenencia del individuo en asociaciones particulares son voluntarias y estas no pueden obligar o coaccionar al individuo a participar en ellas.

De ahí, para concluir, en el marco de un Estado democrático de derecho es primordial garantizar el derecho de los individuos a formar parte de un grupo específico siempre y cuando sea su voluntad, y, a partir de ahí, estos podrán exigir que se les garanticen los bienes primarios que les permitan desarrollar sus diferentes concepciones de vida digna.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. G. VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ABRAMOVICH, VÍCTOR, *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo*, "Revista de la Cepal", n° 88, abr. 2006, p. 38.
- BELISLE, JOSÉ. M. - FILIBI, IGOR, *Constitucionalismo transnacional. Derecho, democracia y economía política en la globalización*, Córdoba, Editorial de la Universidad Católica de Córdoba, 2010.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- BLANC ALTEMIR, ANTONIO, "Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a cincuenta años de la Declaración Universal", en BLANC ALTERMIR, ANTONIO (COORD.), *La protección internacional de los derechos humanos a los 50 años de la Declaración Universal*, Madrid, Tecnos, 2001.
- BOAVENTURA DE SOUZA, SANTOS, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Uniandes - Siglo del Hombre, 1998.
- BOBBIO, NORBERTO, *El tiempo de los derechos*, trad. R. ROIG, Madrid, Editorial Sistema, 1991.
- CARBONELL, MIGUEL, *Los derechos fundamentales en México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos - UNAM, 2004.
- FERNÁNDEZ, EUSEBIO, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, "Anuario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid", n° 1, 1981.
- HABERMAS, JÜRGEN, "La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho", en HABERMAS, JÜRGEN, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- JANA LINETZKY, ANDRÉS, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en SABA, R. (ed.), *Los derechos fundamentales [Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. SELA 2001]*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- KYMLICKA, WILL, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1996.
- NINO, CARLOS S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.

- PECES-BARBA, GREGORIO, “La universalidad de los derechos humanos”, en NIETO NAVIA, RAFAEL (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994.
- RAWLS, JOHN, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de la Cultura Económica, 1978.
- RUIZ MIGUEL, ALFONSO, *Los derechos humanos como derechos morales*, “Anuario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense”, nº 6, 1990, p. 149 a 150.