

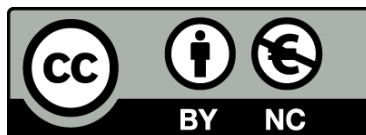


UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Interpretación multicultural de los derechos humanos

Un acercamiento desde la hermenéutica filosófica

Priscilla Alejandra Brevis Cartes



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- NoComercial 4.0. Espanya de Creative Commons**.

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - NoComercial 4.0. España de Creative Commons**.

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0. Spain License**.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorat de Dret i Ciència Política

Línea de investigación: Filosofía del Derecho

“Interpretación multicultural de los derechos humanos”

Un acercamiento desde la hermenéutica filosófica

PRISCILLA ALEJANDRA BREVIS CARTES

BARCELONA, 2020



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorat de Dret i Ciència Política

Línea de investigación: Filosofía del Derecho

“Interpretación multicultural de los derechos humanos”

Un acercamiento desde la hermenéutica filosófica

DIRECTOR: JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAUJO

PRISCILLA ALEJANDRA BREVIS CARTES

BARCELONA, 2020

A Raquel y Renata

Agradecimientos

Este trabajo me ha acompañado por varios años,
ha iluminado mis noches,
me ha visto crecer,
me ha regalado momentos de reflexión,
lucidez y otros tantos de inquietud.

En todos esos momentos
he contado con Manuel mi compañero de ruta,
con mis padres siempre incondicionales,
con el cariño de mi hermana,
amigos y profesores admirados,
y han nacido mis dos hijas
que me han dado esperanzas de otro mundo posible.
Pero sin duda, sin la confianza de mi director de Tesis,
este trabajo no habría sido posible.

A todos, a todo,
mi gratitud.

Resumen:

El multiculturalismo es revisado en la tesis de doctorado para analizar el desafío que representa para los derechos humanos. La tesis de doctorado postula a la filosofía hermenéutica para la comprensión del derecho en general, haciendo un análisis ontológico del mismo. Se propone así una salida iusfilosófica a la problemática del potencial etnocentrismo inmerso en los derechos humanos, y mediante una reflexión crítica se aborda su interpretación desde una perspectiva multicultural. En ese sentido se revisan textos internacionales y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para, desde la praxis jurídica, analizar el respeto por la diversidad cultural. Se construye por ello un criterio de interpretación partiendo de la hermenéutica diatópica. El objetivo de dicho criterio es guiar los distintos caminos interpretativos en la dirección del diálogo multicultural. De este modo, la propuesta filosófica es que el derecho mismo es interpretación, y puede ser comprendido fecundamente desde la perspectiva de la filosofía hermenéutica, y la propuesta jurídica es la formulación de un criterio interpretativo multicultural para los derechos humanos, el hermenéutico diatópico.

Palabras claves: Derechos humanos, filosofía hermenéutica, interpretación jurídica, horizonte hermenéutico, diversidad cultural, multiculturalismo, universalismo, hermenéutica diatópica

Resum:

El multiculturalisme és revisat en la tesi de doctorat per a analitzar el desafiament que representa per als drets humans. La tesi de doctorat postula a la filosofia hermenèutica per a la comprensió del dret en general, fent una anàlisi ontològica d'aquest. Es proposa així una sortida iusfilosòfica a la problemàtica del potencial etnocentrisme immers en els drets humans, i mitjançant una reflexió crítica s'aborda la seva interpretació des d'una perspectiva multicultural. En aquest sentit es revisen textos internacionals i sentències de la Cort Interamericana de Drets Humans, per a des de la praxi jurídica, analitzar el respecte per la diversitat cultural. Es construeix per això un criteri d'interpretació partint de l'hermenèutica diatòpica. L'objectiu d'aquest criteri és guiar els diferents camins interpretatius en la direcció del diàleg multicultural. D'aquesta manera, la proposta filosòfica és que el dret mateix és interpretació, i pot ser comprès fecundament des de la perspectiva de la filosofia hermenèutica, i la proposta jurídica, és la formulació d'un criteri interpretatiu multicultural per als drets humans, l'hermenèutic diatòpic. Paraules claus: Drets humans, filosofia hermenèutica, interpretació jurídica, horitzó hermenèutic, diversitat cultural, multiculturalisme, universalisme, hermenèutica diatópica.

Abstract:

Multiculturalism is reviewed in this doctoral thesis in order to analyze the challenge represented by human rights. This doctoral thesis proposes hermeneutic philosophy as a means to understand law in general, through an ontological analysis of itself. It thus suggests a jusphilosophical solution to the issue of potential ethnocentrism immersed in human rights, and its interpretation is addressed through a critical reflection from a multicultural perspective. In this sense, international documents and sentences of the Inter-American Court of Human Rights are reviewed, in order to analyze the respect for diversity from the legal praxis. Therefore, an interpretation criterion is constructed, based on diatopical hermeneutics. The aim of such criterion is to guide the different interpretation options towards multicultural dialogue. Thus, the philosophical proposal is that law itself is interpretation, and can be fully understood from the perspective of the hermeneutical philosophy. Additionally, the legal proposal is the development of a multicultural interpretation criterion for human rights, the diatopical hermeneutic criterion. **Keywords:** Human rights, hermeneutic philosophy, legal interpretation, hermeneutic horizon, cultural diversity, multiculturalism, universalism, diatopical hermeneutics

ÍNDICE

	Pág.
Resumen.....	5
ÍNDICE.....	7
<u>INTRODUCCIÓN GENERAL</u>	14
PRIMERA PARTE: EL ACERCAMIENTO TEÓRICO.....	21
CAPÍTULO 1.- MULTICULTURALISMO Y DERECHOS HUMANOS EN LAS REFLEXIONES CONTEMPORÁNEAS.....	22
1.- Introducción.....	22
1.1.- Alternativa teórica frente a la cultura y la diversidad cultural.....	24
1.1.1.- La noción de culturas y sus implicancias.....	25
1.1.2.- El multiculturalismo y otros conceptos relacionados.....	28
1.2.- Desafíos multiculturales en las sociedades contemporáneas.....	29
1.2.1- El contexto actual de las reflexiones sobre la diversidad cultural.....	32
1.2.2.- Derechos diferenciados en las sociedades liberales.....	36
1.2.3.- El principio de igualdad frente a los derechos diferenciados.....	38
1.2.4.- La defensa cultural y los casos difíciles.....	40
1.2.5.- Las prácticas culturales controvertidas y el diálogo cultural.....	42
1.2.6.- Conocimiento y diversidad cultural.....	46

1.3.- Una doble faz de análisis: la identidad cultural como un derecho humano y los derechos humanos analizados desde el multiculturalismo.....	48
CAPÍTULO 2.- LA PROBLEMÁTICA: PRETENSIÓN DE UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE AL MULTICULTURALISMO.....	54
2. Introducción.....	54
2.1- La crítica al universalismo de los derechos humanos.....	56
2.1.1.- El universalismo de los derechos humanos desde el positivismo jurídico.....	59
2.1.2.- El universalismo de los derechos humanos desde los principios...	61
2.1.3.- El universalismo de los derechos humanos desde el consenso	63
2.1.4.- El universalismo de los derechos humanos entendidos como procesos sociales y culturales.....	67
2.2.- El peligro de imperialismo cultural como un reparo a los derechos humanos.....	71
2.2.1.- La relación entre derecho y poder en el universalismo de los derechos humanos.....	74
2.3.- La compatibilidad entre el universalismo de los derechos humanos y la diversidad cultural.....	77
SEGUNDA PARTE: EL DERECHO POSITIVO.....	83
CAPÍTULO 3.- SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y DIVERSIDAD CULTURAL.....	84
3. Introducción.....	84

3.1.- Las luchas por el reconocimiento de la diversidad cultural en América Latina	86
3.2.- Las reivindicaciones jurídicas por el reconocimiento y protección de la diversidad cultural en la normativa internacional de los derechos humanos.....	88
3.3.- Instrumentos internacionales de derechos humanos y multiculturalismo.....	92
3.3.1.- El Convenio 169 de la Oficina Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales.....	93
3.3.2.- La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	98
3.3.3 La protección a los derechos humanos de las personas migrantes..	101
3.3.4. Textos fundamentales en el Sistema Interamericano desde una perspectiva multicultural.....	105
3.4.- Los Tratados Internacionales de derechos humanos como herramientas jurídicas en el interior de los Estados.....	110
CAPÍTULO 4.- ESTUDIO DE CASO: LA INTERPRETACIÓN MULTICULTURAL Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.....	115
4.- Introducción.....	115
4.1.- Algunas reflexiones sobre la interpretación en el Sistema Interamericano..	118
4.1.1 El control de convencionalidad y los derechos humanos como orientadores de todo el ordenamiento jurídico.....	123
4.1.2.- La soberanía de los Estados frente a la indisponibilidad de los derechos humanos de fuente internacional.....	127

4.2.- El Sistema Interamericano de derechos humanos y el multiculturalismo...	132
4.2.1. Revisión de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con connotación cultural.....	133
1- Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Sentencia de 5 de febrero de 2018.....	134
2- Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016.....	134
3- Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.....	134
4- Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras, de 8 de octubre de 2015.....	135
5- Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014.....	136
6- Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Sentencia de 14 de octubre de 2014.....	136
7- Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012.....	137
8- Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012.....	137
9- Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010.....	138
10- Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010.....	138

11- Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010.....	139
12- Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010.....	139
13- Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Sentencia de 26 de noviembre de 2008...	140
14- Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008.....	140
15- Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.....	141
16- Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Sentencia de 4 de julio de 2007	141
17- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006.....	141
18- Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de interpretación de 6 de febrero de 2006.....	142
19- Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005.....	142
20- Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005.....	143
21- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.....	143
4.2.2 Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Sentencia de 5 de febrero de 2018.....	144

4.2.3 Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016....	148
4.2.4. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014.....	149
4.2.5.- La perspectiva multicultural de la Corte Interamericana.....	155
TERCERA PARTE: EL POSTULADO FILOSÓFICO.....	165
CAPÍTULO 5.- LA PERSPECTIVA: INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y HERMENÉUTICA FILOSÓFICA.....	166
5.- Introducción.....	166
5.1.- La perspectiva hermenéutica en la interpretación jurídica.....	169
5.1.1.- Gadamer y la filosofía hermenéutica llevada al modelo jurídico.....	170
5.1.2.- El carácter ontológico de la hermenéutica.....	175
5.2.- El rol de la interpretación en la noción de derechos humanos.....	178
5.2.1.- La fusión de horizontes en la comprensión jurídica.....	179
5.2.2.- La historia efectual y la contextualización multicultural.....	181
5.3.- La apertura y el diálogo para una interpretación multicultural.....	184
5.3.1.- Una interpretación dialogal en el contexto contemporáneo de los derechos humanos.....	187
CAPÍTULO 6.- LA HERMENÉUTICA DIATÓPICA COMO CRITERIO ORIENTADOR DE LA INTERPRETACIÓN MULTICULTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	190
6.- Introducción.....	190

6.1.- Un criterio interpretativo multicultural desde la concepción hermenéutica....	194
6.1.2- Los orígenes del criterio interpretativo.....	197
6.1.3.- Las raíces diatópicas para un criterio hermenéutico.....	200
6.2.- La hermenéutica diatópica como metodología para la interculturalidad	203
6.2.1.- La hermenéutica diatópica como criterio jurídico de interpretación....	205
6.2.2. Un criterio jurídico especial de interpretación de los derechos humanos.....	208
6.2.2.1- Un criterio hermenéutico diatópico en la interpretación de los derechos humanos.....	210
7.- CONCLUSIONES.....	214
7.1.- El rol de la interpretación jurídica en la comprensión multicultural de los derechos humanos.....	214
7.2.- Una reconstrucción multicultural de los derechos humanos.....	216
BIBLIOGRAFÍA.....	221
SENTENCIAS.....	233

INTRODUCCIÓN GENERAL

Los derechos humanos constituyen una piedra angular en las sociedades iuscéntricas del siglo XXI y, sin embargo, no son postulados jurídicos pacíficos. Más allá de las convicciones que puedan asociarse a estos derechos, sobre su importancia en las democracias constitucionales, es innegable que un debate doctrinario que aborde sus distintos cuestionamientos se hace ineludible. Por ello, se ha considerado importante profundizar sobre algunas de las críticas que se le formulan a estos derechos y revisar desde una perspectiva iusfilosófica algunos caminos posibles para salvarlas.

En la consagración de los derechos humanos determinados contenidos éticos han trascendido la dimensión moral y se han abierto camino, a través del consenso político, a la dimensión jurídica. La universalización de ese contenido ético hace sostener por algunos autores el peligro de arrastrar ciertas concepciones del mundo occidental al resto del mundo.

En ese contexto, en las páginas siguientes se han querido abordar algunos peligros que los teóricos contemporáneos advierten de los derechos humanos. Primero, su posible fundamentalismo etnocéntrico, debido a su origen histórico y cultural. En segundo lugar, los peligros que arrastraría su pretensión de universalidad y su potencial imperialismo cultural. A su vez, los cuestionamientos sobre su comprensión diversa y fundamentación occidental.

Se estima que estos cuestionamientos convergen, pues la pretensión de universalidad de los derechos humanos es criticada en resumidas cuentas por contener un fundamentalismo: el etnocéntrico. Se afirmaría que los derechos humanos contendrían la pretensión de volver universales conceptos que surgieron en el desarrollo histórico de lo que sería la cultura occidental y, por ello, se requeriría un esfuerzo para conciliar la aparente contradicción entre universalismo de los derechos humanos y las particularidades de culturas diversas a las occidentales.

El cuestionamiento sobre la existencia de un peligro de imperialismo cultural apunta, entonces, a reflexionar sobre la pretensión de vigencia y exigibilidad universal de estos derechos. La pretensión de universalidad pone de manifiesto la tensión entre aquellas visiones que defienden un universalismo fuerte, al punto de convertirse en un universalismo avasallador; y por otro lado, visiones que defienden un relativismo cultural absoluto, al punto de desechar la comprensión intercultural y la conmensurabilidad entre culturas.

Sin embargo el universalismo es entendido de distintas formas y, por tanto, tendría diversos significados, como se revisará con más detalle en el texto. En términos generales, para algunos, tiene una connotación metafísica, pues sostiene la creencia de que existe una naturaleza humana o esencia humana universal o común. Por otro lado, para otros, representaría una estrategia de justificación frente a la posibilidad del relativismo epistemológico total. Además, se encontraría la idea de un universalismo de significado moral, que entiende que todos los seres humanos deben considerarse como iguales morales. Por último, el concepto puede tener un sentido jurídico positivo, en tanto es la simple exigencia de que ciertas normas y principios sean aplicados universalmente a todos.

Así, el objetivo principal de este trabajo doctoral es proponer una salida jurídico-filosófica a la problemática del imperialismo cultural que pudiera arrastrar la pretensión de universalidad de los derechos humanos en el contexto de la diversidad cultural.

Para ello, la tesis desarrollará una metodología cualitativa de investigación, abordando el tema desde una perspectiva teórico-filosófica. Como técnica se realizará una revisión documental, empleando el análisis y la síntesis al servicio de la reflexión crítica. Se revisarán fuentes secundarias, como doctrina de juristas y filósofos especialistas en los temas relacionados. También se utilizarán fuentes primarias como instrumentos internacionales de derechos humanos, documentos de instancias internacionales y jurisprudencia de los tribunales internacionales, principalmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La pregunta que trascenderá toda la tesis es si es posible concebir derechos humanos como no etnocéntricos, y si es posible formular una solución a este problema mediante la interpretación multicultural de estos derechos.

Pues bien, el peligro de etnocentrismo, es decir, el de asumir la propia cultura como superior a otras, puede ser abordado desde distintos ángulos: en su gestación sociológica, en el contenido del derecho internacional, en su consagración a escala constitucional, en sus debates políticos, en su praxis jurídica, entre otros ángulos de análisis. La tesis doctoral lo abordará desde la perspectiva interpretativa, revisando la comprensión multicultural de los derechos.

Ahora, ¿por qué comprender multiculturalmente los derechos humanos? El desafío se aborda con el objeto de no renunciar a la noción de derechos humanos como herramientas jurídicas que permitan una convivencia pacífica cosmopolita. Para ello, se buscará dotarlos de un contenido respetuoso de la diversidad cultural.

Por ello, se postulará en la tesis un criterio de interpretación particular, desde la perspectiva hermenéutica diatópica. Al construir un criterio interpretativo con la

hermenéutica diatópica se correrá el riesgo de disminuir sus amplios objetivos sociológicos y perspectiva democrática, sin embargo, se hará con la intención de dotar al mundo jurídico de una herramienta multicultural para ejercicio interpretativo.

Hay que aclarar que la tesis no se limita a plantear un criterio de interpretación, sino que reflexiona sobre la dimensión interpretativa. Hace un análisis ontológico del derecho y, a través de ello, pretende salvar esta crítica a los derechos humanos.

Así, la tesis se ha dividido en tres partes y cada parte consta de dos capítulos. La primera parte denominada “El acercamiento teórico” contempla el capítulo uno que se tituló “Multiculturalismo y derechos humanos en las reflexiones contemporáneas” y el capítulo dos denominado “La problemática: pretensión de universalidad de los derechos humanos frente al multiculturalismo”.

En el capítulo primero, de carácter contextual, se revisarán las nociones de cultura y diversidad cultural, y los desafíos que las sociedades multiculturales le plantean a las democracias liberales.

Será posible constatar que la forma en que se entienden las culturas es variada. Si bien con la idea de cultura se alude, a grandes rasgos, a una comunidad que tiene una tradición cultivada a lo largo de varias generaciones y que comparte lengua, historia, valores, creencias, instituciones y prácticas comunes, la verdad es que la forma de acercarse a esta noción determinará también la forma de entender la multiculturalidad y las posibilidades de diálogo cultural. Por ello, el capítulo primero revisará distintas perspectivas sobre la noción de cultura y las consecuencias que de ello derivan en los derechos humanos.

En el capítulo segundo se abordan los desafíos que el multiculturalismo le presenta a la pretensión de universalidad de los derechos humanos. Las tensiones entre los principios universalistas y las particularidades culturales se habrían hecho más visibles desde fines de la década de los 70 con el auge de las luchas por el reconocimiento. En tal sentido, Seyla Benhabib recalca que en la propia globalización estaría la confrontación entre universalismo y particularismo,¹ pues la homogeneización cultural, social y económica se habría topado con la resistencia de aquellos interesados en proteger la autonomía de sus modos de vida y sistema de valores.

En este capítulo, junto con los cuestionamientos, se revisarán distintos autores y posturas sobre este acercamiento al universalismo de los derechos humanos. Desde allí se cimentará el camino que permite entender dónde se encontraría el peligro de etnocentrismo, y cuáles pueden ser las puertas de salida a dicho debate filosófico,

¹ Benhabib, S. (2006). Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global p. 8 y 192.

construyendo una propuesta que permita una compatibilidad entre universalismo y diversidad cultural.

De este modo, en la primera parte de la tesis, se situará la problemática conceptualmente, al consensuar una noción sobre cultura y lo que se entiende por pretensión de universalidad, para, desde esa revisión, presentar una opción, la de encontrar una salida a aquellas críticas que afirman que los derechos humanos supondrían la universalización de una cultura dominante.

Por tanto, a lo largo del texto se muestran distintos caminos, y en diversas oportunidades se opta por uno u otro. Las opciones desde luego son eso, opciones que se fundamentan. Otro autor, otro intérprete, bien podrá tomar otro camino latente asumiendo otras consecuencias. Por ello, en varias ocasiones se hará uso del círculo hermenéutico para la comprensión y el análisis de los postulados de estas páginas.²

Así, en esta tesis doctoral las opciones elegidas y argumentadas buscan conciliar el respeto de la diversidad cultural con un marco jurídico común mínimo a toda la humanidad, mediante una comprensión-interpretación de los derechos humanos, lo que permitiría, desde una perspectiva filosófica, reconstruir la noción de estos derechos.

Entonces, la hipótesis central es que una perspectiva jurídico-hermenéutica permitiría interpretar los derechos humanos multiculturalmente, salvando la crítica de ser nociones occidentales. Para fundamentar esta hipótesis, se hizo necesario revisar en el apartado segundo la praxis de los derechos humanos.

Así, la segunda parte de la tesis, denominada “El derecho positivo” consta del capítulo tres, que se titula “Sistema internacional de derechos humanos y diversidad cultural” y del capítulo cuarto denominado “Estudio de caso: la interpretación multicultural y el Sistema Interamericano de derechos humanos”.

En el capítulo tercero se revisan instrumentos internacionales que abordan la protección de la diversidad cultural, y en el cuarto la praxis interpretativa de un sistema particular, el interamericano.

² El círculo hermenéutico tradicional consistía en ir del todo a las partes y de las partes al todo. Sin embargo, Gadamer, recogiendo lo planteado por Heidegger, lo reformula en un sentido ontológico, postulando que la interpretación “*empieza siempre con conceptos previos que tendrán que ser sustituidos progresivamente por otros más adecuados*”; el círculo parte de las ideas previas del intérprete, de un movimiento anticipatorio de la pre-comprensión; pero luego el intérprete “*realiza siempre un proyectar*”, proyecta un sentido del todo, y luego reformula ese proyectar. Ese sería el círculo hermenéutico de carácter ontológico, que también se vincula con el pasado y el presente. Explica así Gadamer que “*el círculo de la comprensión no es en este sentido un círculo metodológico sino que describe un momento estructural ontológico de la comprensión.*” Gadamer, H-G. (2012). Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica (13^ª ed.). pp. 363 y ss.

Los instrumentos internacionales básicos de derechos humanos protegían los derechos de los individuos y establecían obligaciones para los Estados de garantizar, proteger y respetar dichos derechos. Los derechos de diversidad cultural, principalmente relacionados con los pueblos indígenas, buscarán proteger además de los derechos individuales, los derechos colectivos y del medio ambiente.

El reconocimiento de tales derechos colectivos se hizo necesario para asegurar principalmente la existencia, desarrollo y bienestar de los pueblos indígenas. Se observará entonces en el capítulo tercero cómo la incorporación de tales derechos a instrumentos internacionales abrirá paso a una nueva dimensión para los derechos humanos y a nuevos derechos.

Se planteará en el capítulo cuarto la pregunta de si existe una interpretación multicultural de los derechos humanos en el Sistema Interamericano. En este sentido, se seleccionarán algunas sentencias que se consideraron relevantes o donde era oportuno hacer una reflexión multicultural. Esto se hará como un análisis particular, como un estudio de caso. No se pretende agotar la revisión de sentencias internacionales en materias multiculturales, sino más bien, abrir la perspectiva de la reflexión teórica a la praxis interpretativa. Ello permitirá dimensionar el rol que juegan estas instancias internacionales en la interpretación de los derechos humanos desde la perspectiva multicultural.

Pues bien, la parte tercera abordará explícitamente la perspectiva filosófica de la tesis y la propuesta práctica relacionada. Por ello, la tercera parte se denomina “El postulado filosófico”, consta del capítulo cinco titulado “La perspectiva: interpretación jurídica y hermenéutica filosófica” y del capítulo seis denominado “La hermenéutica diatópica como criterio orientador de la interpretación multicultural de los derechos humanos”. En esta parte se hace explícito que la tesis se construye desde la hermenéutica filosófica, y se fundamenta dicha perspectiva u opción.

La pregunta central que se aborda en este apartado es cómo hacer dialogar las culturas para comprender los derechos humanos multiculturalmente. Dicha pregunta parte de la aceptación de que es posible la comprensión entre las distintas culturas: que existiría una conmensurabilidad al menos relativa, pero a su vez, esa pregunta sitúa el problema dentro de la filosofía hermenéutica.

La filosofía hermenéutica o hermenéutica filosófica,³ llegará a afirmar que el acceso a la comprensión del *ser* en el mundo se lleva a cabo mediante un ejercicio interpretativo

³ La hermenéutica como corriente de pensamiento filosófico contemporáneo es denominada “hermenéutica filosófica” o “filosofía hermenéutica”, aunque esta última denominación es más precisa en tanto revela que se trata de una filosofía, y no de un método de interpretación-traducción de textos.

cuyo intermediador es el lenguaje. Con Gadamer, la hermenéutica es vista como una filosofía del ser, y ya no como un método de las ciencias sociales.

Se dice entonces que la filosofía hermenéutica da un *giro ontológico*, y por ello Gadamer afirmará que “*el lenguaje no es solo una de las dotaciones de que es pertrechado el hombre tal como está en el mundo, sino que en él se basa y se representa el que los hombres simplemente tengan mundo*”.⁴

La filosofía hermenéutica considera que existe una conexión esencial entre el lenguaje y la comprensión, y que el problema filosófico fundamental es el de la comprensión como fenómeno humano, lo que tendría lugar por medio de la interpretación. En ese entendido, aceptando la hermenéutica como una filosofía del ser y no como un método, la tesis doctoral hará un análisis iusfilosófico de los derechos humanos.

Interpretar es atribuir un sentido a ciertos símbolos, en este caso, ciertas creaciones humanas reguladoras de la vida en sociedad, el derecho. El derecho estructurado en forma de lenguaje está ordenado por símbolos que deben ser comprendidos, y para ser comprendido, debe ser interpretado. La interpretación es su comprensión.

Se explicará en este capítulo quinto por qué interpretar no es solo descubrir el sentido dado por el autor, sino que es una fusión de horizontes, y que interpretar tiene un alcance creador. No solo se reproduce la voluntad del autor de las primeras declaraciones de derechos humanos, sino que se crea sentido actual, contextual, cultural.

La filosofía hermenéutica plantea una apertura de diálogos entre la voluntad del autor y los prejuicios o precomprensión del intérprete.⁵ El horizonte de quien interpreta el derecho no es nunca puramente personal, sino que se inserta y debe mediar en un horizonte general, común a la sociedad en que se interpreta, que es el resultado de una socialización profesional y de una formación jurídica, de *una cadena de interpretaciones*.⁶

En esta tesis doctoral se quiere contribuir a esa cadena de interpretaciones que buscan un sentido multicultural de los derechos humanos, por ello, en el capítulo seis se construirá un criterio interpretativo orientador de la comprensión multicultural de los

⁴ Gadamer, H-G. (2012). Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica (13ª ed.).. p. 531.

⁵ Gadamer reivindica el valor de los prejuicios en la comprensión, explica que las experiencias conforman una especie de plataforma sobre la cual es posible comprender el mundo, y al tratar de entender el mundo el intérprete se vincula con el objeto a comprender desde sus experiencias, sus prejuicios. Gadamer, H-G. (2012). Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica (13ª ed.).. p. 337.

⁶ Viola, F. y Zaccaria, G. (2008). Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho.. p. 188.

derechos humanos. Dicha propuesta se formulará a partir de la noción de hermenéutica diatópica. El concepto de hermenéutica diatópica se revisará principalmente del postulado de Boaventura de Sousa Santos, pero también de otros autores como Raimon Panikkar y Theodor Viehweg.

De este modo, desde una perspectiva iusfilosófica, se pretende redimensionar el rol de la interpretación jurídica de los derechos humanos. La necesidad de dialogar los derechos humanos entre las distintas culturas, para formular desde allí un consenso que permita hacerlos universales, es principalmente un desafío político, sin embargo, es también un desafío jurídico.

Por ello, se ha querido reformular la hermenéutica diatópica, inicialmente de carácter antropológico y sociológico, y llevarla al mundo jurídico. De esta forma, plantear un criterio interpretativo particular para las normas de derechos humanos, que los haga traducibles entre las diversas culturas.

Se buscará entonces recoger algunos postulados de Boaventura de Sousa Santos para proponer un camino que logre la traducción de los distintos espacios culturales, o *topoi*.⁷ Lo que se postula es un proceso que vincule esos *topoi*; premisas generalmente aceptadas en una cultura desde las cuales se construye su visión de mundo. De este modo, la idea de traducción intercultural de Santos se acercará a la hermenéutica filosófica, a la *fusión de horizontes*. En el proceso de comprensión, el intérprete situado en un horizonte inicial avizora al otro y los coloca en relación. Se trata de un ejercicio en el que el intérprete tiene *un pie en cada cultura*, en cada horizonte de interpretación.

En una época donde los derechos humanos se estiman como imprescindibles para la paz, la presente tesis doctoral se construye desde una perspectiva de análisis principalmente filosófica, sin desconocer desde luego otras perspectivas como las del derecho internacional, la sociología jurídica, la constitucional, la histórica o la política.

Cada vida humana se desenvuelve en un horizonte de significados que constituye su mundo, su horizonte hermenéutico de comprensión. Sin embargo, el intérprete está llamado a salir de ese mundo y colocar un pie en otro. Con un pie en cada cultura podrá establecer los diálogos necesarios para la comprensión multicultural del derecho. El trabajo que aquí se presenta, propondrá la reconstrucción interpretativa de los derechos humanos para que se abran al diálogo de la diversidad, espero sea de interés para el lector.

⁷ Santos, B. de S. (2002). "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos" pp. 64-65.

PRIMERA PARTE: EL ACERCAMIENTO TEÓRICO

“Para poder funcionar como una forma de globalización cosmopolita, contrahegemónica, los derechos humanos deben ser reconceptualizados como multiculturales”

Boaventura de Sousa Santos⁸

⁸ Santos, B. de S. (2003). Crítica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática. Volumen I. p. 67.

CAPÍTULO 1.- MULTICULTURALISMO Y DERECHOS HUMANOS EN LAS REFLEXIONES CONTEMPORÁNEAS

1.- Introducción

Bajo el concepto de políticas del reconocimiento, ampliamente utilizado a partir de los trabajos de Charles Taylor, encontramos la disputa por el reconocimiento de las identidades diferenciadas dentro de las sociedades liberales.

El surgimiento de nuevas políticas identitarias en todo el mundo, que toman en consideración la etnia y la cultura, son una respuesta a las reivindicaciones por el reconocimiento de estas diferencias. Algunos han llamado a estas reivindicaciones luchas por el reconocimiento, como Charles Taylor, mientras otros las han denominado movimiento por los derechos culturales y la ciudadanía multicultural, como lo ha hecho Will Kymlicka.

Charles Taylor, en un texto que se basa en su conferencia inaugural para el *University Center for Human Values* de la Universidad de Princeton, explica que cierto número de corrientes políticas contemporáneas giran en torno a la necesidad, y a veces la exigencia, de reconocimiento, que surgen de la mano de grupos feministas y de lo que se denomina la política del multiculturalismo. En este último caso, dicha exigencia de reconocimiento sería apremiante por sus nexos con la identidad.

La tesis de Taylor es que la identidad se moldea en parte por el reconocimiento, por la falta de éste, o por un falso reconocimiento. El reconocimiento, entonces, no solo sería una cortesía que le deberíamos a los demás, sino que es una necesidad humana vital. Por ello, Charles Taylor plantea que *“si se quiere comprender la íntima conexión entre la identidad y el reconocimiento, debemos tomar en cuenta un rasgo decisivo de la condición humana que se ha vuelto casi invisible, su carácter fundamentalmente dialógico”*,⁹ pues la identidad en definitiva depende de las relaciones de diálogo igualitario con los demás.

El discurso del reconocimiento tendría entonces dos niveles, primero, en la esfera íntima, donde la formación de la identidad y del yo tiene lugar en un diálogo sostenido y en pugna con los otros significantes; y luego, en la esfera pública, donde la política del

⁹ Taylor, C. (2009). El multiculturalismo y la política del reconocimiento. p. 62.

reconocimiento llega a desempeñar un papel cada vez más crucial,¹⁰ en el acceso igualitario a la equidad.

Una política de la diferencia conlleva la exigencia de un reconocimiento de la identidad de un individuo o grupo como distinto de los demás en la esfera pública, y exige acceso igualitario a los derechos y al bien común.

Esta forma de reconocimiento llevará a plantear una discriminación a la inversa, o discriminación positiva, a través de la cual se busca favorecer a determinado grupo, como una forma de compensar o nivelar las situaciones desiguales en las que se encuentra ese grupo en relación al acceso al bien común.

Sin embargo, para algunos, el liberalismo político no podía aceptar esta diferenciación, en tanto el principio de igualdad se vería afectado, entendiendo la igualdad de manera matemática. Esta comprensión del liberalismo supondría que los principios universales estarían ciegos a las diferencias culturales. Esta interpretación del liberalismo lo haría insensible a la diferencia en la medida que exige una aplicación uniforme de las reglas.

Pero existe otra interpretación muy distinta del liberalismo político y de la noción fundamental de igualdad, que permite respetar y proteger las diversas formas de vida y culturas. El multiculturalismo se abrirá paso así en el desarrollo de políticas al interior de las sociedades liberales.

De este modo, desde la perspectiva de la diversidad cultural es posible distinguir dos interpretaciones del liberalismo político: aquel liberalismo individualista, que entiende a la igualdad de manera matemática; y el liberalismo multicultural, que entiende que la igualdad de derechos acepta las diferencias. Este último permitiría proteger los derechos étnicos y culturales, ya que se tratarían de una igualdad sensible a las diferencias.

La diversidad cultural supone, entonces, retos para las democracias liberales y la teoría política, entre ellos, el pensar cómo los derechos humanos supuestamente universales se relacionan con identidades culturales diversas. En este capítulo, de carácter introductorio y contextual, se revisarán concepciones, nociones, problemáticas y alternativas teórico-políticas frente al pluralismo cultural.

Charles Taylor y Will Kymlicka son algunos de los autores destacados que se revisarán, y que desde los principios liberales han intentado formar una teoría política que incorpore las reflexiones necesarias frente a la diversidad cultural.

¹⁰ Taylor, C., Op. cit., p.69.

1.1.- Alternativa teórica frente a la cultura y la diversidad cultural

Al interior de los Estados es posible encontrar distintas formas de diversidad cultural. Estarán aquellos donde el pluralismo proviene de la incorporación de culturas que anteriormente poseían autogobiernos y estaban concentradas territorialmente dentro de lo que hoy es un Estado mayor, como los pueblos indígenas; pero existirán otras sociedades donde la diversidad cultural se habrá construido fruto de la inmigración individual y familiar; y desde luego, aquellas que se construyen culturalmente diversas por ambas razones.

Para acercarse a este fenómeno del pluralismo cultural habrá que resolver algunos problemas conceptuales. Así, tanto la comprensión de lo que se entiende por cultura ha sido un tema controvertido, como también el término multiculturalismo no se ha utilizado de manera unívoca; éste, a su vez, se relaciona con otros conceptos utilizados con distintas acepciones, como el de multiculturalidad, pluriculturalidad o interculturalidad,¹¹ de modo que se hace necesario revisar algunas de estas nociones para optar por un determinado uso en esta tesis.

Así, como se explicará en estas páginas se tomarán opciones en la forma de comprender diversos conceptos. Se entenderá, por ejemplo, por multiculturalidad o pluriculturalidad a una situación de hecho: la constatación de la existencia de una diversidad cultural en una determinada sociedad, pero no refiere a ningún compromiso político particular sobre esa realidad, ni su negación o confrontación. Se utilizará para dar cuenta de una constatación, un hecho, sin atribuirle una connotación o efecto ni positivo ni negativo.

El concepto de multiculturalismo, en cambio, se utilizará para poner énfasis en un reconocimiento político de esa multiculturalidad. Partirá del hecho de la existencia de culturas diversas y llegará a la aspiración política de que ese hecho tenga reconocimiento positivo en la esfera pública. El multiculturalismo se opondría entonces

¹¹ Por ejemplo, hay quienes dan otra connotación a la noción de interculturalidad. Una relacional en referencia al contacto e intercambio entre culturas, cuyo problema puede residir en que puede minimizar y ocultar la dominación en la que se lleva a cabo la relación. Otra denominada funcional enraizada en el reconocimiento de la diversidad y la diferencia cultural con metas de inclusión de la misma en la estructura social establecida, y por tanto, perfectamente compatible con la globalización neoliberal. Y la última, la interculturalidad crítica que parte del “reconocimiento de que la diferencia se construye dentro de una estructura y matriz colonial de poder racializado y jerarquizado [...] se entiende como una estratégica, acción y proceso permanentes de relación y negociación entre, en condiciones de respeto, legitimidad, simetría, equidad e igualdad” (Walsh, 2010:78-79) constituyéndose como un proyecto político, social, ético y epistémico. Sánchez-Melero, H. y Gil-Jaurena, I. (2015). Análisis interseccional y enfoque intercultural en el estudio de la ciudadanía y la participación. Consideraciones epistemológicas. pp. 143-149.

a la política del asimilacionismo, que pretende que quienes tengan diferencias culturales con la sociedad dominante, sean inmigrante o pueblo originario, deben aceptar la cultura política establecida en la sociedad receptora o dominante, para ser absorbidos por ella.

Sin embargo, habrá que revisar también las distintas formas de entender las políticas multiculturalistas. Para el liberalismo procedimental o igualitario, el multiculturalismo supone la eliminación de la discriminación negativa de aquellos individuos que pertenecen a ciertos grupos que presentan características distintas a la cultura predominante. Es decir, estima que las políticas multiculturales se deben focalizar en los individuos, pues son los derechos de las personas, individualmente consideradas, los que permiten la protección de la diferencia. No obstante, hay otra forma de entender el multiculturalismo, aquella que busca asegurar la supervivencia de distintas culturas al interior de una sociedad exigiendo el reconocimiento en la esfera pública de los derechos diferenciados para dichos grupos.

Así, no solo los conceptos no son unívocos, sino que también las opciones políticas para la protección de la diversidad cultural son disímiles.

1.1.1.- La noción de culturas y sus implicancias

La noción de cultura es en sí un vasto tema, la forma de entender y acercarse a ella es muy variada. El concepto es en sí uno de los más polisémicos. Se pueden distinguir en términos generales tres enfoques: el esencialista, que ve la identidad cultural como algo estático, como una esencia que no cambia. Por otro lado, el histórico, que afirma que las identidades culturales son algo abierto, siempre en proceso de cambio y nunca completas. Finalmente, uno discursivo, que enfatiza el hecho de que la identidad es una construcción fundamentalmente narrativa, también en permanente cambio.

Así, hay definiciones de cultura que se centran en los contenidos propios de cada colectividad, como el tipo de creencias, normas, costumbres o hábitos. Otras observan la herencia social común al grupo humano. Están, por otro lado, las que caracterizan a la cultura a partir de símbolos como el lenguaje. Hay aquellas que enmarcan el concepto de cultura en las reglas de vida, de valores e ideales que son necesarios para poder interactuar socialmente y cumplir una serie de normas establecidas.¹²

¹² González di Pierro, C. (2012). Caracterización del concepto cultura en la didáctica de las lenguas. pp. 84-108

Desde una perspectiva antropológica, la más ampliamente difundida en los siglos pasados, es posible encontrar distintas perspectivas sobre las cuales se construye una definición de cultura. Está la llamada perspectiva tradicional, que la entiende como un mecanismo de adaptación, considerando la totalidad de herramientas, actos, pensamientos e instituciones por medio de las cuales una población se mantiene.

En esta línea, Edward B. Tylor formula una de las primeras definiciones de cultura desde la perspectiva antropológica del siglo XIX. Este autor señala que *“la cultura o civilización, en sentido etnográfico amplio, es aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de la sociedad”*.¹³

Existiría, a su vez, otra perspectiva llamada mentalista, que la presenta como un sistema compartido de ideas, es decir, un sistema de conocimientos y creencias compartidas con el que las personas organizan sus percepciones y experiencias, toman decisiones y actúan.

Sin embargo, la didáctica de las lenguas extranjeras cambia la lógica antropológica y da enfoques comunicativos al concepto de culturas. A partir de estos enfoques, la cultura ha sido dividida en dos grandes grupos: la cultura formal, también llamada cultura con mayúscula o *highbrow culture*, la cual incluiría la historia, las artes o las grandes gestas de una comunidad; y la cultura profunda, la cultura con minúscula o *lowbrow culture*, que debería englobar las costumbres, las tradiciones o las formas de vida cotidiana de esa comunidad.

Por su parte, se encontrarían las corrientes modernas que podrían denominarse dialoguistas. En esta línea, Seyla Benhabib, autora relevante para estas páginas, entiende que las culturas son *aquellas prácticas humanas complejas de significación y representación, de organización y atribución, divididas internamente por relatos en conflicto*.¹⁴ Bajo esta visión, las culturas se crean a partir de diálogos complejos con otras culturas. No existiría, por tanto, una pureza cultural que defender.

Esta comprensión de lo que son las culturas se contrapone con las visiones clásicas y conservacionistas, que entienden que las culturas deberían preservarse para mantenerse separadas de otros grupos, para evitar un choque de civilizaciones.

En la misma línea de Benhabib, Bhikhu Parekh señala que todas las culturas *son internamente plurales y ejercen de hecho un diálogo continuo entre diferentes*

¹³ Tylor, E. B. Primitive Culture. En González di Pierro, C. (2012). Caracterización del concepto cultura en la didáctica de las lenguas. pp. 84-108.

¹⁴ Benhabib, S. (2006). Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global. p. 10.

*tradiciones y estilos de pensamiento, lo que no significa que carezcan de coherencia interna o identidad, sino que su identidad es plural y fluida.*¹⁵

Explica Benhabib que las visiones clásicas y antropológicas sobre las culturas provendrían del observador histórico, ya sea del cronista, del general o del antropólogo, del siglo XVIII, XIX o XX, que impone ilusoriamente una coherencia sobre la cultura como entidad observada.¹⁶

Dichas concepciones de la cultura serían una sociología reduccionista de la cultura que encuentra sus raíces en el error del estudioso u observador externo, que intenta establecer rasgos comunes en una cultura, obviando las discrepancias internas, intentando poner énfasis en el carácter definido y delimitado, enfatizando la homogeneidad interna que sería en realidad falsa.

Así, una visión de las culturas como totalidades claramente definibles es una visión proveniente de un observador externo que, desde afuera, intenta generar coherencia con el propósito de comprender, pero que no refleja la realidad al interior de una cultura. Por el contrario, los participantes de una cultura experimentan sus tradiciones, su historia, rituales y condiciones materiales de vida a través de relatos compartidos, pero también controvertidos.

Entender a las culturas como totalidades herméticas, selladas e internamente autoconsistentes lleva a la comprensión de una multiculturalidad mosaica, es decir, entender a las culturas como totalidades bien delineadas e identificadas que coexisten como si fueran piezas de un mosaico, separadas.

Por el contrario, siguiendo a Benhabib, las culturas deben ser entendidas como totalidades complejas, no uniformes, y porosas; como relatos en esencia controvertidos internamente. Esta noción es el punto de partida sobre el cual se estructurarán otras reflexiones en esta tesis.

¹⁵ Parekh, B. (2005). Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política. p.439.

¹⁶ Al desarrollar su concepción de cultura, la autora explica que la idea de culturas como totalidades homogéneas deriva de la confusión entre la noción de civilización y de cultura, y que el surgimiento de la modernidad occidental, la economía capitalista mercantil, la visión científica y racional del mundo y el control burocrático administrativo han alterado de forma radical el significado de cultura. Afirma que el discurso de los románticos alemanes contribuyó en la construcción de un imaginario de cultura como una entidad unificada y homogénea, a lo que la antropología social habría convertido en la opción dominante, al considerar la cultura como totalidad de sistemas y prácticas sociales de significación, representación y simbolismo que poseen lógicas autónomas. Benhabib, S. Op. cit., pp. 22-24.

1.1.2.- El multiculturalismo y otros conceptos relacionados

Pues bien, aclarada la noción de culturas que se seguirá en estas páginas, aparece otro tema, el de la diversidad de culturas y el acercamiento conceptual hacia ello. En tal sentido, el uso conceptual también es diverso. Aquí se encuentran conceptos como el de multicultural, intercultural, multiculturalismo, e interculturalidad, entre otros usados.

Como se señaló, aquí se entenderá por multiculturalidad a la constatación fáctica de una multiplicidad de culturas conviviendo al interior de una sociedad; mientras que el multiculturalismo sería la forma positiva de abordar dicha realidad desde la teoría y la praxis política. Por tanto el multiculturalismo supone que la diversidad cultural tiene reconocimiento político en el ámbito público, así se comprenderá en estas páginas el concepto. De este modo, el multiculturalismo haría referencia a la reivindicación de un modelo de sociedad que se organiza de manera coherente con el hecho de la existencia de grupos humanos culturalmente diversos.¹⁷

Para estas páginas, mientras el concepto de *multicultural* constata sólo la pluralidad de grupos étnicos o culturales dentro de una sociedad; el de *multiculturalismo* agregaría a esa constatación su reconocimiento, las potenciales problemáticas que esta interacción podría acarrear, pero a su vez, la decisión política de subsanarlo.¹⁸ De la misma forma, si bien hay quienes la entienden la noción de *interculturalidad* como un concepto con una connotación más positiva, que coloca un énfasis interrelacional entre las diversas culturas en oposición al de multiculturalismo, aquí se utilizará siguiendo a quienes lo hacen sinónimo de multiculturalismo, pero entendiéndolo como un concepto que coloca el acento en el carácter dialógico de la opción política.¹⁹

Lo anterior, pues frente al hecho de la diversidad cultural existirían dos grandes formas de abordarla. Por un lado, se encontrarían las actitudes frentistas, y por otro, las actitudes dialoguistas.

Quienes se sitúan en las primeras, entienden que existe una inconmensurabilidad entre culturas, es decir, estiman que es imposible la comprensión entre culturas distintas. Estas visiones frentistas podrán adoptar distintas actitudes: una actitud *belicista*

¹⁷ Badillo O'Farrell, P. (coord.). (2003). Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo. Reflexiones para un mundo plural. p.18.

¹⁸ El concepto de multiculturalismo es ambiguo y se ha utilizado para nombrar tanto al fenómeno social de la multiculturalidad o del pluralismo cultural, como al modelo o a la doctrina que sustenta un proyecto normativo multicultural.

¹⁹ Cabe advertir que no todos los autores se acercan a estos conceptos de la misma forma. Hay quienes entienden que el concepto de multiculturalismo se refiere a una guerra de culturas, una condena a un apartheid cultural, en oposición al de interculturalidad, que sí mostraría la posibilidad de interacción entre culturas.

considerará las culturas como totalidades cerradas y mutuamente excluyentes que se relacionan a través de enfrentamientos; una actitud de *indiferencia cultural* propiciará el aislamiento de las culturas distintas en guetos identitarios; y una actitud de *campanilismo* cultural, reivindicará el apego a las tradiciones y costumbres del propio pueblo o ciudad, y adopta un punto de vista localista que rechaza a los vecinos inmediatos.²⁰

Situadas en el polo opuesto, se encuentran las actitudes dialoguistas, las que buscan mantener una actitud abierta al encuentro y presuponen la posibilidad de una comunicación intercultural. Aquí situamos por ejemplo a Seyla Benhabib y Boaventura de Sousa Santos, autores que iluminarán las reflexiones de esta tesis.

Boaventura de Sousa Santos, desde una perspectiva sociológica, plantea la hermenéutica diatópica, concepto en el que las páginas siguientes se detendrán. Ese diálogo intercultural sería un procedimiento de inteligibilidad recíproco entre las diferentes culturas. Este procedimiento de traducción funcionaría mediante la generación de zonas de contacto intercultural.²¹ Esta perspectiva del sociólogo portugués converge con el planteamiento de Seyla Benhabib, quien concibe a las culturas como redes dinámicas que se relacionan, que dialogan.

Así, hay ya algunas premisas para las reflexiones futuras. Primero, que se seguirá una noción porosa de cultura, particularmente la planteada por Benhabib, autora que marcará sin duda la perspectiva de acercamiento a las nociones de cultura y diversidad cultural. Segundo, que se utilizará el concepto multicultural como constatación de la existencia de una diversidad cultural. Tercero, que el concepto multiculturalismo tendrá una connotación política de reconocimiento. Por último, que todas estas páginas entienden como conmensurables las culturas, y por tanto, buscarán un enfoque que frente a la diversidad cultural opte por la construcción de nuevos espacios comunes a través del diálogo.

1.2.- Desafíos multiculturales en las sociedades contemporáneas

La multiculturalidad abrió debates importantes a principios de la década de los noventa, y sobre todo a partir de las obras de Charles Taylor y Will Kymlicka.

²⁰ Aguiló Bonet, A. (2010) Hermenéutica diatópica, localismos globalizados y nuevos imperialismos culturales: orientaciones para el diálogo intercultural. pp. 145-163.

²¹ Dirá Boaventura de Sousa Santos que la hermenéutica diatópica es un ejercicio de reciprocidad entre culturas que consiste en transformar las premisas de argumentación (*topoi*) de una cultura determinada en argumentos inteligibles y creíbles en otra cultura.

Estos debates se refieren principalmente a si es deseable la diversidad cultural al interior de sociedades democráticas y por qué; de si podemos comunicarnos con los “otros”; de cuál es la relación existente entre el Estado y la cultura; de si todas las culturas merecen el mismo respeto; de las cuestiones sobre el reconocimiento de los derechos culturales de las minorías; de la aceptación de los derechos colectivos; de si la igualdad implica neutralidad; de si el Estado puede respetar la diversidad cultural y a la vez asegurar la unidad política.

Así, son múltiples los desafíos que las sociedades multiculturales imponen a la convivencia humana, desde la constatación de que la coexistencia intercultural es real, inevitable y necesaria.²²

Will Kymlicka llega a sostener que desde el fin de la Guerra Fría, los enfrentamientos culturales se han convertido en la fuente más común de violencia política en el mundo.²³ Los conflictos estarían dados por colisión de valores, pues los miembros de cada cultura podrían concebir la naturaleza humana de forma distinta; también pueden tener formas distintas de concebir el universo, y la posición del hombre respecto del mismo, la relación entre el individuo y la sociedad, las obligaciones políticas del individuo con su comunidad y, en definitiva, pueden tener modos de vida que no siempre serán fáciles de armonizar.

El encuentro multicultural, sin duda, trae grandes desafíos que aún están por resolverse. Ahora bien, como se mencionó, Kymlicka plantea dos modelos amplios de diversidad cultural: el que surge de la incorporación de culturas, que denomina minorías nacionales, y un segundo grupo surgido de la inmigración, que denomina grupo étnico. Mientras el primer grupo en su mayoría desea seguir siendo una sociedad distinta respecto de la sociedad mayoritaria de la que forma parte, y por tanto exige autonomía o autogobierno; el segundo grupo desea integrarse a la sociedad de la que forma parte y exige que se le acepte como miembro de pleno derecho de la misma, pero busca que las leyes de dicha sociedad reconozcan su identidad étnica. Hacer dicha distinción, del todo plausible, sin embargo, no genera una conclusión diversa a la afirmada, es decir, que la multiculturalidad en las sociedades contemporáneas, en las democracias liberales actuales, es un desafío aun abierto.²⁴

²² “En la actualidad la mayoría de países son culturalmente diversos. Según estimaciones recientes, los 184 Estados independientes del mundo contienen más de 600 grupos de lenguas vivas y 5.000 grupos étnicos. Son escasos los países cuyos ciudadanos comparten el mismo lenguaje o pertenecen al mismo grupo étnico-nacional”. Kymlicka, W. (2015). Ciudadanía multicultural. p.13.

²³ Ruiz, R. Liberalismo y Comunitarismo: Dos perspectivas antagónicas del fenómeno cultural. En Del Real, A. Ansuátegui, F.J., López, J.A., Ruiz, R. (coords.). (2005). Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo. p.35.

²⁴ Kymlicka, W. Op. cit., p. 25

Dentro de los debates que plantea la multiculturalidad a las sociedades liberales, se insertará la pugna entre quienes sostienen el universalismo y quienes afirman el relativismo cultural. Los primeros entienden que hay valores universales que están por encima de las particularidades culturales. Por el contrario, quienes sostienen un relativismo cultural, entienden que cualquier valor universal tiene sus raíces en una cultura determinada, por lo tanto, no se puede declarar un criterio superior a otro.

A este respecto, Benhabib dirá que el universalismo moral y político, así como el jurídico, no serían irreconciliables con el reconocimiento y el respeto de ciertas formas de diferencia y su negociación democrática.²⁵

Entonces, las sociedades multiculturales plantean la pregunta a las democracias liberales de si es posible universalizar discursos morales o discursos ético-políticos de la buena vida, sin atentar contra la diversidad cultural. Pues bien, acercarse a una respuesta desde una comprensión clásica de la cultura es distinto, como se señaló en el acápite anterior, que acercarse desde una visión dinámica y porosa de las culturas.

Lo interesante del acercamiento desde una noción de las culturas porosas es que descarta la inconmensurabilidad fuerte, es decir, que las culturas sean totalidades aisladas, incomprensibles entre ellas, y por ello permite descartar el relativismo cultural absoluto, y abrir la posibilidad a la negociación democrática de valores universales.

Por ello, desde la perspectiva de las culturas porosas e interactivas de Benhabib, el problema del multiculturalismo frente al relativismo es erróneo, pues éste se planteará precisamente a partir de la supuesta inconmensurabilidad e intraducibilidad fuertes, basados en la idea de culturas puras. Si consideramos, en cambio, a las culturas humanas como constantes creaciones, recreaciones y negociaciones de fronteras imaginarias entre “nosotros” y el/los “otros”,²⁶ entonces en realidad el relativismo cultural es un planteamiento equivocado.

En tal sentido, el jurista Joaquín Herrera Flores dirá que ni el derecho, garante de una identidad común, es neutral o universal; ni la cultura, garante de la diferencia, es algo cerrado, sino que lo relevante sería precisamente construir una cultura de los derechos humanos que acoja el respeto por la diferencia.²⁷

Así, una comprensión intercultural desde la perspectiva que se planteará en estas páginas, entenderá que las culturas en ningún caso serían incommunicables, pues

²⁵ Benhabib, S. Op. cit., p.12.

²⁶ Benhabib, S. Op. cit., p. 33.

²⁷ El autor apuesta por una racionalidad de resistencia, que no niega llegar a una síntesis universal, pero que tampoco descarta las luchas por el reconocimiento de las diferencias, sino lo que niega es considerar lo universal como un punto de partida o un campo de desencuentros. Herrera Flores, J. (2004). Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia. pp. 39-58.

ninguna cultura puede permanecer estática y todas ellas pueden tener vínculos y acercamientos; todas las culturas son el resultado de una continua fecundación mutua. En tal sentido, el filósofo Raimon Panikkar afirmará que la interculturalidad es inherente al ser humano, tanto como que una única cultura mundial es incomprensible, y que una sola lengua como un hombre solo es imposible.²⁸

En los puntos siguientes se revisarán algunos desafíos y discusiones teóricas que desde la multiculturalidad se plantean y que los distintos teóricos han abordado.

1.2.1- El contexto actual de las reflexiones sobre la diversidad cultural

Las sociedades contemporáneas por mucho tiempo utilizaron modelos idealizados de polis, en la que sus ciudadanos compartían ancestros, lenguaje y una cultura común.

Una sociedad ideal era la que lograba una organización política homogénea, y por ello los gobiernos, a lo largo de la historia, han seguido diversas políticas con respecto a las minorías culturales. Algunas minorías fueron físicamente eliminadas mediante “limpiezas étnicas”. Otras minorías fueron asimiladas de forma coercitiva, forzándolas a adoptar el lenguaje, la religión y las costumbres de la mayoría. En otros casos, las minorías fueron tratadas como extranjeros residentes, sometidas a segregación física y discriminación económica y política.²⁹

Sin embargo, tras la Segunda Guerra Mundial, la cuestión de los derechos de las minorías debía abordarse de forma diferente. Muchos liberales creían que el nuevo énfasis en los derechos humanos resolvería los conflictos de las minorías culturales, dichas minorías se protegerían indirectamente, garantizando los derechos civiles y políticos básicos de todos los individuos, con independencia de su grupo de pertenencia. Se esperaba que, sin proteger directamente a los grupos diferentes mediante derechos especiales, los derechos básicos de igualdad y libertad podrían colocarlos en un pie de igual protección dentro de las sociedades liberales.

Algunos rechazaban entonces la idea de que ciertos grupos necesitaran derechos específicos para reconciliar diferencias culturales tradicionales, pues argumentaban que las acciones positivas solo exacerbaban el problema que se supone debía resolver.³⁰

²⁸ Panikkar, R. (1995). *Religión, Filosofía y Cultura*. p. 141.

²⁹ Kymlicka, W. *Op. cit.*, p. 14.

³⁰ Kymlicka, W. *Op. cit.*, p. 17.

En este contexto, la política del llamado liberalismo igualitario o procedimental subrayaba la dignidad igual de todos los ciudadanos, y el contenido de esa política era la igualación de los derechos de todos. El problema sería que esa igualación no se extendió a la esfera socioeconómica, por tanto, existirían personas a quienes la pobreza o la exclusión histórica les ha impedido sistemáticamente aprovechar de lleno sus derechos.

En la vereda del frente se encontraría la política de la diferencia, que surge del desarrollo del moderno concepto de identidad. Ella exige que se reconozca la identidad única del individuo o del grupo, distinto de todos los demás, pues precisamente esa condición de ser distinto es la que se ha pasado por alto, y ha sido objeto de asimilación por una identidad mayoritaria o dominante.

Así, mientras la política del liberalismo igualitario lucha por unas formas de no discriminación, que eran enteramente ciegas a los modos en que difieren los ciudadanos; la política de la diferencia redefine la no discriminación, exigiendo que se haga de esas distinciones la base del tratamiento diferencial.

Charles Taylor distingue dos modelos políticos liberales en este sentido: la política de la dignidad igualitaria, por un lado, y la política de la diferencia, por otro. La política de la dignidad igualitaria se basa en la idea de que todos los seres humanos son dignos de respeto igual; la política de la diferencia se fundamenta en la necesidad de definir la propia identidad, como individuos. Para el modelo de respeto igualitario las personas deben ser tratadas en una forma ciega a la diferencia, centrándose únicamente en el respeto de lo que es igual para todos. En cambio, para la política de la diferencia se debe reconocer y fomentar la particularidad.³¹

El reproche que la política del respeto o dignidad igualitaria hace a la política de la diferencia es precisamente que viola el principio de igualdad y no discriminación. A su vez, el reproche que la política de la diferencia hace a la política de la dignidad igualitaria es que niega la identidad cuando constriñe a las personas en un molde homogéneo que no les pertenece, lo que es en realidad discriminatorio.³²

Por su parte, Kymlicka afirma que el problema no es que las doctrinas tradicionales sobre los derechos humanos den una respuesta errónea a tales cuestiones, sino que, más bien a menudo, no dan ninguna. Por ejemplo, explica, el derecho a libertad de expresión nada diría sobre una política lingüística adecuada.

El liberalismo clásico proclama la libertad como el valor fundamental de la estructura política, entendiendo la igualdad como la no interferencia. Sería para sus partidarios la

³¹ Taylor, C. (1992). El multiculturalismo y la política del reconocimiento. pp. 70-72.

³² Taylor, C. Op. cit., pp. 73-77.

doctrina que facilita la sociedad más tolerante, al permitir la coexistencia de diversas creencias y prácticas.³³ Así, en el liberalismo procedimental el Estado no se opone a la libertad de los individuos de expresar cierta identidad cultural, pero manifiesta su neutralidad al no promover ni subvencionar estas prácticas culturales en función de tal identidad cultural. Los miembros de los grupos étnicos están protegidos contra la discriminación, por lo que tienen libertad para intentar mantener todos aquellos aspectos de su identidad cultural que deseen en privado. Existiría, por tanto, una separación del Estado y la etnicidad.

Esta concepción del liberalismo y la libertad, de libertad negativa según lo describe Isaiah Berlín,³⁴ obliga al Estado a una neutralidad, a la no interferencia, lo que según sus partidarios permitiría el respeto del pluralismo por las diferencias culturales, étnicas o religiosas de sus ciudadanos. Pero, a su vez, significaría que no se consideran las diferencias en la asignación de derechos. El Estado no incentiva ni desincentiva la pertenencia a grupos etnoculturales, ni los reconoce legalmente o les asigna derechos colectivos.³⁵ Dirá Kymlicka que siguiendo esta corriente de pensamiento *“los liberales dieron por supuesto que allá donde se protegieran dichos derechos individuales, no era necesario atribuir derechos adicionales a los miembros de minorías étnicas o nacionales específicas”*.³⁶ Guiada por esta filosofía, la Declaración de los Derechos Humanos no contiene ninguna referencia a los derechos de las minorías étnicas o nacionales.

Se trata de la igualdad del hombre en genérico, de los hombres iguales en abstracto, obviando sus particularidades y diferentes situaciones, de ventaja y desventaja, dentro de la sociedad. Lo que resume entonces esta concepción filosófica es que entiende que lo que cuenta es el individuo y todo individuo cuenta por igual.

³³ Ruiz, R. Op. cit., p. 41

³⁴ La clásica distinción de Berlin explica que la libertad negativa es aquella que normalmente afirma que “yo soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad” de manera que “Sólo se carece de libertad política si algunos seres humanos le impiden a uno conseguir un fin”, ser libre, en este sentido, quiere decir que otros no se interponen en la actividad del individuo, por ello dice el autor que “cuanto más extenso sea el ámbito de esta ausencia de interposición, más amplia es mi libertad.” Por otro lado, “El sentido «positivo» de la palabra «libertad» se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño”. Es una concepción de la libertad como autodominio. Pero se pregunta Berlin, ¿Qué es la libertad para aquellos que no pueden usarla? Sin las condiciones adecuadas para el uso de la libertad, ¿cuál es el valor de ésta? Sin embargo, advierte que no se debe confundir la libertad con sus hermanas la igualdad y la fraternidad, pues “¿en cierta medida, no soy yo lo que soy en virtud de lo que los demás piensan y creen que soy?”. La falta de libertad de la que muchos hombres y grupos se quejan, sería según el autor, la mayoría de las veces, no más que falta de reconocimiento adecuado. Sin embargo, no es con la libertad individual, con la que puede identificarse fácilmente este deseo de reconocimiento, sino que estaría relacionado más estrechamente con la solidaridad, la fraternidad, lo que se llama de manera engañosa según Berlin, como libertad social. Berlin, I. (1958). “Dos conceptos de libertad”. Conferencia Inaugural en Universidad de Oxford, 31 de octubre de 1958.

³⁵ Ruiz, R. Op. cit., p.43.

³⁶ Kymlicka, W. Op. cit., p.15.

Esto no quiere decir que los liberales nieguen los lazos que unen a los individuos con sus culturas o que se propongan anular la diversidad, por el contrario; pero supone que los derechos iguales para todos protegen de manera suficiente esta diversidad. Por ello, el liberalismo, o este tipo de liberalismo procedimental, enfrentado al hecho multicultural adopta una postura de neutralidad y de tolerancia.

Esto fue lo que cuestionó el comunitarismo y el liberalismo multicultural, pues entendió que esa forma de entender el liberalismo político presenta limitaciones a la hora de dar respuesta a algunos problemas y realidades en las actuales sociedades multiculturales.

El comunitarismo, como una corriente de pensamiento surgida a principios de los años 80, crítica al liberalismo y su visión atomista de la sociedad, que considera las sociedades como agregados de individuos movidos por objetivos individuales. En este sentido, contraponen la tesis atomista a una tesis social.³⁷ El comunitarismo subraya el hecho de que el individuo es un producto cultural y social.

Pero la crítica del comunitarismo al liberalismo también apunta a la presunta neutralidad del Estado. Para el comunitarismo, el Estado no puede ni debe estar ajeno a las concepciones del individuo sobre lo bueno, sino que debe alentar a las personas a que adopten concepciones de lo bueno, que se adecuen a la forma de vida de la comunidad.

Así, si la concepción de lo bueno es el desarrollo de sociedades multiculturales, el Estado debe intervenir para promocionar la diversidad cultural y su respeto; y para proteger, por tanto, los intereses de las minorías culturales.³⁸ El comunitarismo, en este sentido, pone en el centro del debate la configuración de las identidades colectivas; la política se encontraría al servicio de la identidad colectiva, por ello habrá que poner énfasis en el grupo cultural o étnico.

Ahora bien, bajo el concepto de liberalismo no solo se encuentra lo que Taylor denomina como liberalismo procedimental, sino también los liberales que intentan salvar las críticas que le formulan al liberalismo clásico. Sería el llamado liberalismo multicultural o liberalismo de la diferencia, como el de Kymlicka. La flexibilidad del concepto de liberal permite, en definitiva, que diferentes teóricos se entiendan igualmente liberales, aun cuando sus postulados aspiren a crear sociedades opuestas.³⁹

³⁷ Ruiz, R. Op. cit., pp. 48 y 49.

³⁸ Ruiz, R. Op. cit., pp. 44 y 47.

³⁹ A Taylor también se le podría incluir en esta categoría, pues aunque se le ha calificado de comunitarista, él lo ha descartado.

Así, el llamado multiculturalismo liberal defiende la identidad cultural protegiendo las diversas minorías nacionales y étnicas, pero garantizando la vigencia de ciertos principios liberales básicos, de modo que los diversos grupos étnicos y nacionales puedan expresar y promover su propia cultura e identidad, pero sin que puedan imponerla.

Desde esta perspectiva, las culturas ya no son relegadas a la esfera privada como plantea el liberalismo clásico, sino que juegan un papel decisivo en la construcción de la identidad y ello se traduce en una ciudadanía diferenciada y en medidas que adopta el Estado para su protección y desarrollo, que dotan a las minorías de los mecanismos necesarios para enfrentar las discriminaciones que pueden sufrir a manos de la cultura mayoritaria, como políticas educativas multiculturales, lingüísticas y de representación.

1.2.2.- Derechos diferenciados en las sociedades liberales

El multiculturalismo amplía la noción liberal de los derechos civiles, políticos y sociales de los individuos, planteando la posibilidad de contemplar derechos en consideración a la pertenencia a un grupo minoritario, es decir, la formulación de derechos en tanto miembros de un colectivo cultural.

Por ello, una de las discusiones teóricas y políticas que se formulan en las sociedades democráticas contemporáneas es si se debieran reconocer de manera diferenciada derechos para defender las identidades de las minorías culturales, derechos especiales en razón de pertenecer a dicho grupo, y cómo debiera formularse dicha política de reconocimiento diferenciado.

Una respuesta, de una corriente del liberalismo procedimental o igualitario, sería simplemente que esta cuestión está mal formulada, pues es precisamente la neutralidad de la esfera pública la que permite la igualdad. Según este parecer, la libertad y la igualdad de los ciudadanos se remiten a las características comunes y universales, cualquiera sea la identidad cultural particular.

Desde la postura contraria, no solo se puede, sino que se debe ayudar a los grupos que se encuentran en desventaja, reconociéndoseles no solo su diferencia, sino el valor de esa diferencia; y otorgárseles derechos diferenciados con el fin de permitirles conservar su cultura, contra las intrusiones de las culturas mayoritarias.

Las políticas del reconocimiento, entonces, incluyen los derechos diferenciados, la defensa cultural y políticas de discriminación positiva.

Sostiene Kymlicka que el problema de fondo es que las minorías culturales son más vulnerables a injusticias y el obviar esta problemática sin un tratamiento particular agravaría el conflicto etnocultural. Por ello, para resolver esta problemática se deben complementar los principios tradicionales de derechos humanos con las teorías de derechos de las minorías.⁴⁰

Advierte, eso sí, que el reconocimiento de los derechos de minorías conlleva riesgos, haciendo alusión a los potenciales abusos que nacionalistas o fundamentalistas intolerantes y beligerantes pudieran generar. Pero precisamente sostiene que por ello una teoría liberal de los derechos de las minorías debe explicar cómo coexisten los derechos de las minorías con los derechos humanos, y cómo los derechos de las minorías están limitados por libertades individuales, la democracia y la justicia social.

En definitiva, la forma en que se comprende la libertad y la igualdad determina los ámbitos razonables y deseables de la acción del Estado para la protección de la diversidad cultural mediante derechos diferenciados.

Parekh explica que la regla general debería ser que no importa que los individuos o grupos reciban un trato diferente, siempre que se trate de diversas formas de hacer realidad el acceso a los mismos derechos u oportunidades, de modo que en una sociedad multicultural para garantizar a algún grupo de individuos igual acceso a derechos y oportunidades, les otorga derechos diferentes,⁴¹ pues no habría que confundir la igualdad con la uniformidad.

El riesgo que más se cuestiona es que los derechos diferenciados en función del grupo podrían suponer un instrumento a través del cual el grupo étnico, como colectividad, pueda anular la libertad individual de sus miembros.

Por eso Kymlicka afirma que los derechos culturales pueden estructurarse de dos formas, como protecciones externas y como restricciones internas. Las protecciones externas estarían dirigidas a defender a una minoría frente a la homogeneización o discriminación del grupo mayoritario. Las restricciones internas, en cambio, limitarían la libertad de los individuos del grupo, con el objeto de mantener la cultura y la cohesión de la comunidad.⁴² Esto permite afirmar que en una teoría liberal solo pueden considerarse como legítimas las protecciones externas, mientras que las restricciones internas deben ser rechazadas.

⁴⁰ Kymlicka, W. Op. cit., p. 18

⁴¹ Parekh, B. (2005). Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política, traducción Sandra Chaparro. p. 384-385.

⁴² Dorado Porras, J. Los derechos como garantías y como límites al multiculturalismo. En Del Real, A. Ansuátegui, F.J., López, J.A., Ruiz, R. (coords.). (2005). Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo. p. 79.

Los postulados teóricos son diversos y no existiría una forma fácil de reconciliar los derechos de libertad individual con los derechos diferenciados según la cultura. Sin embargo, la propuesta de Benhabib,⁴³ el *universalismo interactivo*, permite hacer compatible la protección de ambos derechos. Señala la autora que hay tres condiciones básicas para esta compatibilidad: primero, la reciprocidad igualitaria, es decir que los miembros de las minorías culturales no deben merecer menos derechos civiles, políticos, económicos y culturales que la mayoría; la autoadscripción voluntaria, en tanto una persona no debe ser automáticamente asignada a un grupo cultural, en virtud de su nacimiento, sino que ésta debe optar por dicha pertenencia; y la libertad de salida y asociación, en tanto las personas deben tener la libertad para salir del grupo cultural al que ha declarado su adscripción.

Sin embargo, señala Kymlicka, no bastaría con demostrar que los derechos de las minorías son coherentes con la libertad y la justicia, sino que también si son coherentes con las necesidades a largo plazo de una democracia liberal, pues existiría un temor a que los derechos diferenciados en función del grupo debiliten el sentimiento de identidad cívica compartido que mantiene unida a una sociedad liberal, que pudieran llevar incluso a la disolución del país o a reducir la voluntad para que las democracias funcionen.⁴⁴

En definitiva, los derechos diferenciados son necesarios para poner en un pie de igualdad a las minorías culturales, pero éstos no debieran permitir en ningún caso que un grupo domine a otro grupo; así como tampoco, que un grupo oprima internamente a sus propios miembros.

1.2.3.- El principio de igualdad frente a los derechos diferenciados

Como se ha venido señalando, los defensores de derechos específicos en función del grupo para las minorías culturales señalan que tales derechos resultan imprescindibles para asegurar que todos los ciudadanos sean tratados con genuina igualdad. Frente a ellos, la postura contraria estima que los derechos individuales ya permiten acomodar las diferencias, de manera que la igualdad solo exige tener derechos individuales iguales sin tener en cuenta la cultura o la etnicidad.

Estos dos modelos entran en conflicto, pues para uno las personas deben ser tratadas en una forma ciega a la diferencia, fundados en que los seres humanos merecerían

⁴³ Benhabib, S. Op. cit., pp. 215-216.

⁴⁴ Kymlicka, W. Op. cit., p.239.

respeto centrado en lo que es igual para todos. En cambio, para la política de la diferencia, se debe reconocer y fomentar la particularidad, otorgando derechos diferenciados en razón de grupos culturales, o de otro tipo.

La crítica que se le formula a los derechos diferenciados es que violan el principio de no discriminación, afectando el principio de la igualdad. Sin embargo, en realidad, los derechos diferenciados no crean desigualdades, sino que las eliminan, pues algunos grupos se ven injustamente perjudicados y su reconocimiento y apoyo político subsana dicho perjuicio. Así, los derechos diferenciados en favor de un grupo pueden ayudar a corregir desventajas, mitigando la vulnerabilidad de las culturas minoritarias ante la decisión de las mayorías.

Algunos de estos derechos diferenciados en función de un grupo cultural serían, por ejemplo, la autonomía territorial, el derecho a veto, una representación garantizada en instituciones políticas, o derechos lingüísticos. Estos derechos diferenciados son defendidos en las teorías de la justicia como las de Rawls o Dworkin, quienes subrayan, al igual que Kymlicka, la importancia de corregir por esta vía desigualdades fortuitas.

Estas desigualdades de derechos traerían como consecuencias igualdades materiales, de manera que estos derechos especiales solo proceden si existe alguna desventaja relacionada con la pertenencia cultural y si tales derechos sirven realmente para corregir dichas desventajas

Kymlicka se preocupa de demostrar que los liberales pueden y deben apoyar los derechos diferenciados a favor del grupo para las minorías culturales, o usando su denominación, grupos pertenecientes a una *cultura societal*.⁴⁵ Explica que la libertad de elección está íntimamente ligada a la pertenencia a una cultura societal, pues el contexto de una elección individual consiste en la gama de opciones que le ha llegado al individuo a través de la cultura. Sin embargo, las minorías culturales pueden necesitar protección para ofrecerles ese contexto de elección a sus miembros, ante las decisiones políticas y económicas de la cultura mayoritaria. Por ello, aunque a primera vista los derechos diferenciados en función de grupo pueden parecer discriminatorios, en realidad son consistentes con los principios liberales de igualdad.

Así, frente a los cuestionamientos a los derechos diferenciados, Kymlicka postula que no puede ser que el liberalismo se base en un individualismo abstracto, que conciba al individuo como un átomo solitario e independiente de su entorno cultural; por el contrario, la autonomía individual y la identidad personal estarían vinculadas a la pertenencia a una cultura societal.

⁴⁵ Kymlicka, W. Op. cit., p.112

1.2.4.- La defensa cultural y los casos difíciles

Bhikhu Parekh explica que es muy posible que en una sociedad multicultural las prácticas de un grupo culturalmente minoritario puedan resultar ofensivas para los valores de la mayoría. Confecciona una lista de doce prácticas que con frecuencia provocan choques de evaluación intercultural: la circuncisión femenina, la poligamia, los métodos musulmanes y judíos para sacrificar a los animales, los matrimonios arreglados, la laceración de las mejillas u otras partes del cuerpo en niños y niñas, practicas musulmanes de retirar a las niñas de ciertos ámbitos de educación mixta como deporte y natación, el uso de hijab o pañuelo islámico, el uso de los turbantes tradicionales sikh, la negativa de los gitanos y amish a enviar a sus niños y niñas a escuelas públicas, los pedidos hindúes para cremar a sus muertos, y el estatus subordinado de la mujer.⁴⁶

Estos y otros temas controvertidos, en materia judicial, llevarán en muchos casos a las llamadas defensas culturales. Esto plantea distintas inquietudes a los teóricos, una de las más destacadas entre los autores liberales es el potencial choque que pudiera tener lugar entre los principios de libertad individual y las llamadas defensas culturales.

El problema es el uso que una defensa cultural pudiera acarrear al eximir de responsabilidad jurídica a un individuo por graves violaciones a los derechos humanos. Éste es quizás uno de los puntos más álgidos en la discusión teórica y práctica.

Han existido variados casos penales a nivel mundial, donde la defensa del agresor ha presentado evidencia basada en criterios culturales como excusa para justificar la conducta criminal de los acusados. Benhabib narra por ejemplo un caso en Nueva York, donde se empleó este tipo de defensa cultural para liberar de responsabilidad al asesino de una mujer chino-americana, que fue asesinada a golpes por su marido. A este último se le defendió argumentando que sus acciones obedecían a la costumbre china de limpiar la vergüenza que la infidelidad de su esposa había hecho caer sobre él, y lo absolvieron de cargo criminal.

Así, son variados los ejemplos donde una defensa cultural se utiliza para exonerar a los perpetradores de una acusación penal y se constituye en un caso de tratamiento desigual de los individuos en consideración a su costumbre cultural. Sin embargo, ello implica una discriminación que devalúa el trato hacia mujeres y niños, o hacia la propia libertad de los miembros de una cultura. El hecho de buscar ser justos con el acusado contextualizando su actuar dentro del marco cultural, genera finalmente una injusticia grave con las víctimas de esa misma cultura.

⁴⁶ Parekh, B. Op. cit., p. 389.

En estos casos, el intento de los tribunales por ser justos con el pluralismo cultural se reduce en una injusticia para otros, lo que se transforma en realidad en un mal argumento para la defensa del pluralismo cultural.

La pregunta es qué hacer cuando esta diferenciación se transforma en un menoscabo en la protección de ciertas personas o grupos, generalmente mujeres y niños, ¿cómo deberían resolverse estos conflictos?

Pues bien, más allá de una teoría de la justicia, es interesante volver a las premisas planteadas por autores que se han usado de marco de referencia, como Benhabib o Kymlicka. Ambos han abordado estos temas y los derechos diferenciados en razón de la cultura, haciendo una distinción en las limitaciones internas y la protección externa de la cultura.

Hay que señalar que Kymlicka explica que los principios liberales imponen dos limitaciones básicas a los derechos de las minorías. Por un lado, limitan las restricciones internas, y por otro, las restricciones externas o entre grupos. En cuanto a éstas últimas, las restricciones entre grupos, Kymlicka afirma que la justicia liberal no puede aceptar ningún derecho que permita que un grupo oprima o explote a otros grupos. En cuanto a las restricciones internas, es decir, la exigencia de una cultura minoritaria de restringir las libertades civiles o políticas básicas de sus propios miembros, afirma que debe existir un compromiso liberal de apoyar el derecho de los individuos a decidir por sí mismos qué aspectos de su herencia cultural merecen perpetuar, y corresponde al Estado proteger dicha decisión ante la presión del grupo cultural.⁴⁷ Los individuos, por tanto, pueden y deben tener la capacidad de cuestionar y revisar las prácticas tradicionales de su comunidad e incluso abandonar dicha comunidad y sus prácticas.

Es lo que Benhabib reclama como un principio básico en la convivencia multicultural, y que denomina autoadscripción voluntaria y libertad de salida y asociación. El principio de autoadscripción voluntaria planteado por la filósofa significa que una persona no debe ser asignada a un grupo cultural, religioso o lingüístico de manera automática en virtud de su nacimiento, sino que su pertenencia al grupo debe velar por su autoadscripción y autoidentificación, de modo que en algún momento de su vida adulta, la persona debe poder ser consultada sobre su continuidad en él; a su vez, la libertad de salida y asociación, implica que puede salir del grupo de adscripción, aunque la salida pueda ir acompañada de la pérdida de determinados privilegios.⁴⁸

⁴⁷ Kymlicka, W. Op. cit., p. 211

⁴⁸ Benhabib, S. Op. cit., pp. 115-116

Por ello, al referirse a las restricciones externas o entre grupos culturales, Kymlicka afirmará que una concepción liberal de protección de los derechos de las minorías no puede hacer suyas todas las reivindicaciones de todos los grupos minoritarios, sino que la protección cultural tendrá ciertos límites. Señala, a modo de ejemplo, que algunas culturas niegan derechos a las mujeres, como de votar o ejercer poder, y en tal caso, dado que esas medidas no protegen al grupo cultural, sino más bien limitan la libertad de alguno de sus miembros individuales, escapan de la protección cultural en un Estado liberal.

1.2.5.- Las prácticas culturales controvertidas y el diálogo cultural

El encuentro multicultural también ha planteado la cuestión de si un grupo, que no quiere imponerse por sobre otros, pero quiere gobernar en paz su propia comunidad con principios iliberales, puede o no ser tolerado en una democracia liberal.

La pregunta que se plantea entonces es si debiera ser permitido que grupos pacíficos, pero contrario a los principios liberales, organicen sus sociedades libremente, aunque ello implique limitar la libertad de sus propios miembros. Aquí se plantea la cuestión del enfrentamiento de la autonomía frente a la tolerancia, considerados dos principios básicos del liberalismo político.

Este tema ha generado importantes conflictos dentro del liberalismo.⁴⁹ Existiría un largo debate sobre cuál es el valor fundamental de la teoría liberal, la autonomía o la tolerancia.

En este sentido, cabe destacar la advertencia que hace Kymlicka sobre que es importante no prejuzgar como iliberal a una cultura minoritaria, como señala lo harían ciertos autores, como Joseph Raz respecto de las culturas indígenas. Sostiene que partir de la base que por un lado están la o las culturas plenamente liberales y, por otro, las plenamente iliberales, priva de todo diálogo cultural. Por el contrario, cada cultura contendría algo de iliberal, del mismo modo que no habría culturas que repriman completamente la libertad de sus individuos.⁵⁰

Por ello, hablar de tolerancia arrastra un cuestionamiento en sí mismo, pues denota un parámetro de referencia dudosamente pluralista. Parekh explica que los pensadores liberales siguen absolutizando el liberalismo y lo convierten en el marco central de

⁴⁹ Kymlicka, W. Op. cit., p. 213.

⁵⁰ Kymlicka, W. Op. cit., p. 236

referencia, clasificando los modos de vida según sean liberales o no liberales, y solo eso explica hablar de tolerancia.⁵¹

Sostiene que si se prohibiera todo lo que desaprobamos caeríamos en el dogmatismo moral, y perderíamos la oportunidad de revisar críticamente nuestros propios valores y prácticas,⁵² y por ello, el camino que plantea es el del diálogo intercultural.

En este sentido, es ilustrativo lo señalado por Parekh, quien explica que es normal buscar ciertos principios que orienten qué se debe y qué no se debe tolerar; algunos autores entonces apelan a los derechos humanos o valores morales buscando estándares universales válidos de evaluación; otros creen en una identidad histórica que permite a las sociedades tener valores fundamentales o comunes que permiten incluso prohibir lo que atente contra ellos; otros, entendiendo que los valores morales tendrían una incardinación cultural, es decir, la sociedad solo podría prohibir aquellas prácticas que dañen a terceros; y por último estarían quienes entienden que al no disponer de valores de validez universal lo único posible es establecer un diálogo moralmente serio con los portavoces de las minorías afectadas a efectos de lograr un consenso, que Parekh denomina principio del consenso dialógico.⁵³

Estima Parekh que los cuatro postulados o enfoques presentan defectos de diverso grado. Así, cuestiona la idea de valores compartidos, pues resulta dudoso que exista una sociedad que cuente con valores fundamentales tan ampliamente generalizados; y aunque así lo fuera, no necesariamente pudiera ser un valor digno de ser defendido, por lo que es probable que existan desacuerdos entre los miembros de la sociedad a la hora de concretarlos. En cuanto al principio de daño a terceros, señala que el concepto de daño sería de difícil consenso; además, en casos complejos existirán temas que no pueden conceptualizarse bajo el concepto de daño.

Finalmente, en lo que respecta a los valores universales como los derechos humanos, que a sus ojos sí pueden ser valores universalmente válidos, sostiene que estarían sujetos a interpretación, y en ella, deben adecuarse a las circunstancias concretas y tradiciones culturales.

Así, llega Parekh al principio de consenso dialógico, y afirma que ciertamente es necesario algún tipo de diálogo para resolver desacuerdos culturales; sin embargo, no sería probable llegar muy lejos si se pretende realizar de forma abstracta y descontextualizada. En tal sentido, sostiene que aquellas sociedades que quieran

⁵¹ Parekh, B. Op. cit., p. 172.

⁵² Parekh, B. Op. cit., p.398.

⁵³ Parekh, B. Op. cit., p. 391.

sobrevivir deben llegar a algún tipo de acuerdo sobre valores y prácticas, y a partir de ellos desarrolla la idea de diálogo intercultural.⁵⁴

El modelo de diálogo planteado por Parekh se basa en los valores públicos de una sociedad. Los valores públicos de una sociedad habrían adquirido una posición dominante en la sociedad mediante un largo proceso de adoctrinamiento y coacción, por medio de las normas constitucionales, legales y cívicas. Estos valores permiten juzgar la conducta de sus miembros y constituyen la estructura moral primaria de la vida pública. Estos valores públicos no serían estáticos, sino que variarían en respuesta a los cambios que se dan en las circunstancias sociales. Dado que estos valores públicos operativos representan la estructura moral compartida de la vida pública de una sociedad serían el único punto de partida aceptable para un debate sobre las prácticas minoritarias. Parekh explica, en este sentido, que más que recurrir a los valores públicos operativos, como si se tratara de un estándar neto y no negociable para evaluar las prácticas minoritarias, se debe acudir a ellos para iniciar un diálogo con una minoría.⁵⁵

Ahora, agrega Parekh que, aunque la evaluación intercultural sea contextual, no hay razón alguna para que sus participantes no puedan alegar valores universales, pues entiende que éstos existen y conforman la base de los argumentos morales.

El diálogo es bifocal, debe estar centrado tanto en la práctica minoritaria, como en los valores públicos operativos de la sociedad. Un debate público sobre el mérito y desmérito de la práctica sobre la que se disputa tiende a catalizar un debate interno también en la minoría, y se acaba desarrollando un debate en distintos niveles, a nivel público de toda la sociedad, a nivel interno de la minoría, y además, es transformador de todos los implicados.⁵⁶

Parekh plantea tres fases en este diálogo intercultural. Primero, ocurre el problema, donde una práctica controvertida es defendida por una comunidad minoritaria, y ésta ofende uno o más valores de la sociedad mayoritaria. Segundo, se genera una defensa, que podrá ser hecha en términos de ser avalada por su autoridad cultural o por ser una práctica que sustenta su modo de vida. De no ser capaz de defender la práctica en esos argumentos internos, sus portavoces deberán salir de su propia cultura y apelar a valores que suscriba la sociedad externa o que pueda compartir. Tercero, si no se consigue con ninguno de los dos argumentos convencer a la mayoría, se suscita una situación difícil. En tal caso, el autor sugiere posponer la decisión sobre

⁵⁴ Parekh, B. Op. cit., p. 394.

⁵⁵ Parekh, B. Op. cit., p. 398.

⁵⁶ Parekh, B. Op. cit., p. 399.

la práctica objeto de disputa y dejar que el tiempo y la fusión de ideas creen una base común para un acercamiento o una futura negociación.

Pero si el tema es urgente y la práctica moralmente inaceptable, deben permanecer los valores públicos de la sociedad mayoritaria por sobre la práctica de la cultura minoritaria, por tres razones según explica el autor. Primero, porque forman parte de sus instituciones y prácticas y no se les puede cambiar radicalmente sin causar una desorientación moral y social considerable. Segundo, porque si bien una sociedad tiene la obligación de respetar los modos de vida minoritarios, no tiene la obligación de hacerlo a costa del propio. En tercer lugar, agrega que, en casos de inmigrantes, debieran diferirse los juicios sobre temas conflictivos mientras no se encuentren familiarizadas las culturas.⁵⁷

La evaluación de las practicas minoritarias controvertidas es necesariamente contextual en el sentido de que ha de hacerse en el contexto de una comunidad política concreta cuyos valores públicos operativos conforman tanto el punto de partida como el marco de referencia. Los valores universales habrá que interpretarlos en sintonía con las circunstancias locales y en relación con la estructura moral y cultural de la sociedad afectada.⁵⁸

Los valores públicos operativos que describe son los parámetros que ayudarán a distinguir las prácticas moralmente relevantes y eventualmente inaceptables, pero no por ello resultan ser no negociables, pues en el diálogo intercultural no escapan del escrutinio ni el modo de vida de la minoría, ni el de la mayoría.

La diversidad cultural no constituye solo un desafío de respeto y tolerancia, sino que el desafío más amplio es la comprensión más allá de las fronteras culturales, es el diálogo de formas de ver y ser en el mundo.

Las sociedades multiculturales deben encontrar la forma adecuada de reconciliar las legítimas demandas de unidad con las de diversidad, en tal sentido señala Parekh que *“deben ser inclusivas, sin ser asimilacionistas, cultivar entre sus ciudadanos un sentimiento común de pertenencia, respetando a la vez sus legítimas diferencias culturales y cuidar de las identidades culturales plurales sin debilitar la identidad compartida y preciosa de la ciudadanía”*.⁵⁹

⁵⁷ Parekh, B. Op. cit., p. 401.

⁵⁸ Parekh, B. Op. cit., p. 430.

⁵⁹ Kymlicka, W. Op. cit., p. 502.

1.2.6.- Conocimiento y diversidad cultural

Son múltiples los desafíos que el respeto de la diversidad cultural plantea a las sociedades contemporáneas. Kymlicka señala que minorías y mayorías se enfrentan cada vez más respecto de temas como los derechos lingüísticos, la autonomía regional, la representación política, el currículum educativo, las reivindicaciones territoriales, la política de inmigración y naturalización, e incluso acerca de símbolos nacionales, como la elección del himno nacional y las festividades oficiales.⁶⁰ En definitiva, la comprensión intercultural plantea un desafío también de integración de saberes.

Desde tal perspectiva, Boaventura de Sousa Santos plantea una **epistemología del sur**,⁶¹ una epistemología desde la diversidad cultural.

Santos explica que la modernidad occidental estaría caracterizada por un pensamiento abismal,⁶² un paradigma sociopolítico fundado en la tensión entre regulación y emancipación social, donde el conocimiento moderno y el derecho moderno representarían las manifestaciones más consumadas del pensamiento abismal.⁶³ Fundamentalmente, lo que más caracterizaría este pensamiento es que más allá de la perspectiva occidental se entendería que no hay nada, está la invisibilidad, la ausencia, el abismo.

Plantea Santos un camino alternativo, las epistemologías del sur, que serían una manera de validar los conocimientos de “los otros”, un conjunto de procedimientos, conceptos e ideas que buscan construir y validar conocimiento surgido desde las particularidades de quienes se han visto excluidos y oprimidos por parte del capitalismo, el colonialismo y el patriarcado.⁶⁴

⁶⁰ Kymlicka, W. Op. cit., p.13.

⁶¹ En ese mismo contexto postula una sociología de las ausencias, es decir, una investigación que tiene como objetivo mostrar que lo que no existe es de hecho activamente producido como no existente, como una alternativa no creíble a lo que existe. Véase Santos, B. de S. (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. p. 22.

⁶² Éste consiste en un sistema de distinciones visibles e invisibles, las invisibles constituyen el fundamento de las visibles. Las distinciones invisibles son establecidas a través de líneas radicales que dividen la realidad social en dos universos, el universo de “este lado de la línea” y el universo del “otro lado de la línea”. La división es tal que “el otro lado de la línea” desaparece como realidad, se convierte en no existente, y de hecho es producido como no-existente. No-existente significa no existir en ninguna forma relevante o comprensible de ser. Santos, B. de S. (2009). *Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes*. p. 61.

⁶³ También originalmente habló de una epistemología de los conocimientos ausentes. Santos, B. de S. (2003). *Critica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Volumen I.

⁶⁴ Las especificidades de las epistemologías del sur serían las luchas sobre las cuales giran: capitalismo,

Desde esta perspectiva, las llamadas luchas por el reconocimiento, también encontrarían una epistemología de la diversidad. El desafío de diálogo se plantea entonces desde la valoración de la diversidad del conocimiento. La comprensión multicultural del mundo requiere también la configuración de una epistemología multicultural.

Las epistemologías del sur son el reclamo de nuevos procesos de producción y valoración de conocimientos científicos y no científicos, y de nuevas relaciones entre tipos de conocimiento. Son en realidad un conjunto de epistemologías, no una sola.

Para desarrollar este ejercicio teórico de las epistemologías del sur, un sur metafórico,⁶⁵ existen tres premisas. Primero, aceptar que la comprensión del mundo es más amplia que la comprensión occidental del mundo, y que por ello la transformación del mundo puede ocurrir de formas distintas a las pensadas por occidente o a las formas eurocéntricas de transformación social. Segundo, las maneras de pensar, sentir, relacionarse entre seres humanos, concepciones del tiempo, entre otras concepciones del mundo, deben entenderse variadas, pues emergen precisamente de la comprensión diversa del mundo. Tercero, que esa diversidad puede y debe ser estudiada desde su propia diversidad, y por ello no puede ser monopolizada por una teoría general, de modo que hay que buscar formas plurales de conocimiento.

Por ello, frente al pensamiento abismal u occidental, Santos plantea una epistemología que es una **ecología de saberes**, un reconocimiento de la existencia de una pluralidad de conocimiento más allá del conocimiento científico occidental.

Se trata de una ecología de saberes que sería interactiva, transitaría entre distintas culturas y grupos. Lo más interesante para estas páginas es que Santos plantea que la epistemología del sur debe recurrir a lo que denomina traducción intercultural, pues los distintos conocimientos estarían imbuidos en diferentes culturas, occidentales y no occidentales, y *“esas experiencias usan no solo diferentes lenguas, sino también diferentes categorías, universos simbólicos y aspiraciones para una vida mejor”*.⁶⁶ Se llega entonces nuevamente a la necesidad de entablar un diálogo y una traducción intercultural.

En ese contexto, el sociólogo sostiene que por medio de la traducción intercultural es posible llegar a identificar preocupaciones comunes, enfoques complementarios, así como contradicciones entre culturas. Aclara que esta traducción intercultural debe operar en dos niveles relacionados: lingüístico y cultural, donde el lenguaje permite que

patriarcado y colonialismo.

⁶⁵ Santos se refiere al sur como un sur global, no se trata de un lugar geográfico, sino de una situación de exclusión.

⁶⁶ Santos, B. de S. (2009). Op. cit., p. 61.

ciertas ideas sean explicadas y otras no; pero es posible en cada cultura encontrar ideas alternativas.

Plantea el autor algunas interrogantes a este respecto, que constituyen también una advertencia sobre la traducción intercultural en la generación de ecologías de saberes. Se pregunta de dónde viene la voluntad de traducir y quiénes son los traductores. Esto muestra su preocupación de fondo: asegurar que la traducción intercultural no se convierta en una versión del pensamiento abismal.

Santos y su traducción intercultural, y principalmente el concepto de hermenéutica diatópica, que se revisarán en los capítulos siguientes, serán piedra angular en el desarrollo de esta tesis.

1.3.- Una doble faz de análisis: la identidad cultural como un derecho humano y los derechos humanos analizados desde el multiculturalismo

Llegado este punto es posible sostener que cada persona tiene derecho a su cultura, a su diversidad cultural; se trataría de un derecho humano fundamental.⁶⁷ Este derecho se construiría a partir del principio de la igualdad. El principio de la igualdad entre culturas se referirá entonces a que todas deben ser consideradas con el mismo derecho a la existencia. Se trataría de aplicar el principio democrático al universo de las culturas.

Ahora bien, esta afirmación ha llevado a algunos a acusar a esta postura de relativismo, entendiendo que existiría un relativismo moral en la actitud valorativa igualitaria de la pluralidad de culturas y de sus contenidos. Sin embargo, la defensa de la igualdad de todas las culturas es más bien una actitud relativa, más que relativista.

El relativismo diría que todo vale lo mismo, todas las culturas valen lo mismo; el principio de relatividad, en cambio, entenderá que cada cultura tiene su propio valor interno, que es diferente y único. Lo anterior no excluye las limitaciones a determinadas

⁶⁷ Textos constitucionales de diversos países de América Latina han consagrado derechos a la identidad cultural, con denominaciones diversas ("identidad cultural", "diversidad cultural"), que tutelan la identidad cultural, la participación en la vida cultural. Entre las disposiciones relevantes pueden señalarse el artículo 30 de la Constitución de Bolivia; los artículos 215 y 231 de la Constitución de Brasil; el artículo 7 de la Constitución de Colombia; los artículos 21 y 23 de la Constitución de Ecuador; los artículos 57, 58 y 66 de la Constitución de Guatemala; el artículo 4 de la Constitución de México; los artículos 5 y 89 a 91 de la Constitución de Nicaragua; el artículo 90 de la Constitución de Panamá; los artículos 63 y 65 de la Constitución de Paraguay; los artículos 2 y 89 de la Constitución de Perú, y el artículo 121 de la Constitución de Venezuela.

prácticas en un escenario democrático, como se analizó en los apartados anteriores. Pero todas y cada una de las culturas, en cuanto conjuntos, tendrían el mismo derecho a la existencia, lo que no sería relativismo, sino un derecho. Dice Taylor que se trata de que *“todos reconozcamos el igual valor de las diferentes culturas, que no solo las dejemos sobrevivir, sino que reconozcamos su valor”*.⁶⁸

De este modo, el *derecho a la diferencia cultural* puede ser considerado un derecho humano, y exigiría que se garantice a todos los ciudadanos el ejercicio de la plena autonomía para que su modo de vida y prácticas culturales perduren en una sociedad donde la cultura mayoritaria es distinta a la suya. Es decir, no es el derecho solo de optar por sus propias prácticas culturales, sino que su cultura en su conjunto se desarrolle libremente en una sociedad donde prima una cultura mayoritaria distinta.

Este derecho va más allá que el de la no discriminación, pues implicaría el reconocimiento de ciertas medidas y protecciones especiales. Exige por tanto la protección de un derecho pero en consideración a cierto grupo de individuos, aquellos pertenecientes a una cultura determinada, y por ello es denominado un derecho colectivo.

Lo cierto es que, desde la década de los noventa y tras el auge de las luchas por el reconocimiento, se ha incorporado el derecho a la identidad cultural, y derechos relacionados, como derechos humanos fundamentales. Entonces, el reconocimiento de la diferencia cultural ha sido la puerta hacia una concepción distinta de los derechos humanos, los llamados derechos colectivos o de tercera generación.

Como se mencionó, las políticas liberales plantean una discusión sobre esta categoría de derechos, pues afirman que la protección de la diferencia cultural no necesariamente tiene que ser vía derechos diferenciados, pues el derecho a la cultura bien puede ser defendido desde una perspectiva individual, con el derecho a la libertad.

Por ello, los llamados derechos de tercera generación para grupos culturales no han sido poco polémicos en cuanto a su formulación en instrumentos internacionales. Un argumento habitual para negarlos fue que teóricamente todos los derechos humanos se aplican a todos los individuos universalmente y por igual, de modo que también a las personas de culturas diversas. Sin embargo, a pesar de que las personas pertenecientes a una cultura minoritaria tienen los mismos derechos que cualquier otra persona, en los hechos, no siempre disfrutan estos derechos en la misma medida que todos los demás, pues enfrentan múltiples obstáculos, como individuos y como

⁶⁸ Santos, B. de S. Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes. En Santos, B. de S. (2014). Epistemologías del sur (Perspectivas). p. 104

colectivos, antes de poder tener el acceso equitativo a todos los derechos humanos.⁶⁹ Es por esto que el clásico enfoque liberal de los derechos humanos se ha considerado poco satisfactorio para los pueblos indígenas y grupos culturales minoritarios.

Por ello, este derecho por la identidad cultural y los derechos relacionados como la autodeterminación de los pueblos, derechos de los pueblos indígenas, entre otros, desde un punto de vista político, son el resultado de las luchas por el reconocimiento del pluralismo, la igualdad y la justicia etnocultural. Son lo que Kymlicka denomina derechos diferenciados para ciertos grupos que buscan que los miembros de determinados grupos se incorporen a la comunidad política no solo en su calidad de individuos, sino también a través del grupo o colectividad.

Particularmente, los derechos colectivos de los pueblos indígenas incluyen el reconocimiento de sus historias, lenguas, identidades y culturas distintas, su derecho colectivo a las tierras, los territorios y los recursos naturales que tradicionalmente han ocupado y usado, así como el derecho a su conocimiento tradicional, poseído colectivamente.

Hay quienes han contrapuesto la protección de estos derechos colectivos con los derechos individuales; sin embargo, la implementación de los derechos humanos colectivos no debiera afectar negativamente la materialización de los derechos individuales. Por ello, al crear y cumplir derechos colectivos de identidad cultural, la comunidad internacional ha afirmado que tales derechos no deben entrar en conflicto con las normas internacionales de derechos humanos existentes, sino complementarlos.⁷⁰

En tal sentido, Kymlicka por un lado niega esta contraposición entre derechos individuales y colectivos, y, por ello, en realidad rechaza la nomenclatura de derechos colectivos que se le da a las diversas formas de ciudadanía diferenciada en función del grupo. Esto se debe a que esta terminología puede ser bastante engañosa, dado que la categoría de derechos colectivos es extensa y heterogénea; comprende los derechos de sindicatos y corporaciones, el derecho a entablar litigios como acciones de clase, el derecho de todos los ciudadanos a un aire no contaminado, etcétera. Por ello explica el autor que estos derechos tienen poco en común y es importante no mezclar la idea de ciudadanía diferenciada en función del grupo, con la mirada de otros temas.⁷¹

⁶⁹ Stavenhagen, R. (2008). Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas.

⁷⁰ Córdor, E. (coord.). (2011). Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina.

⁷¹ Kymlicka, W. Derechos individuales y derechos colectivos. En Ávila Ordóñez, M.P. y Corredores Ledesma, M.B. (eds.). (2009). Los Derechos Colectivos. Hacia su efectiva comprensión y protección. p.4

Sin embargo, el problema más profundo de usar la nomenclatura de derechos colectivos para este tipo de derechos es precisamente que dicho término sugiere una falsa dicotomía con los derechos individuales. Pero en realidad los derechos diferenciados en función del grupo pueden ser otorgados a los miembros individuales de un grupo, o al grupo como un todo.

Explica Kymlicka que el uso de la nomenclatura de derechos colectivos ha tenido un efecto desastroso sobre el debate filosófico, pues el debate se ha centrado entre individualistas y colectivistas, sobre la prioridad relativa del individuo y la comunidad y si el individuo es moralmente anterior a la comunidad, o la comunidad y sus intereses debe primar por sobre los de sus miembros individualmente considerados.⁷² Pero resulta inútil esta discusión a la hora de evaluar la mayoría de los derechos diferenciados en las democracias occidentales, pues la mayoría no tienen que ver con la primacía de las comunidades sobre los individuos, sino que más bien se basan en la idea de que la justicia entre grupos exige que a los miembros de grupos diferentes se les concedan derechos diferentes.

Pues bien, más allá de estos debates, es indudable que los reclamos de reconocimiento de las identidades culturales aparecen representados en las luchas políticas de las minorías culturales. La historia ha demostrado que, a menos que se respeten los derechos colectivos de los pueblos indígenas, por ejemplo, ellos corren el riesgo de que sus culturas desaparezcan a través de la asimilación forzada.⁷³

Así, la historia contemporánea muestra un fenómeno importante en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina, donde los pueblos y naciones indígenas optaron por reivindicar sus derechos fundamentales para la preservación de su cultura. Por medio de declaraciones internacionales, y en algunos casos, nuevas constituciones plurinacionales, los Estados americanos se han ido comprometiendo con la promoción de la diversidad cultural por medio de los derechos humanos.

En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido los derechos de identidad cultural, y ha declarado que *“Los pueblos indígenas tienen derecho al goce pleno y efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidas en la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos; y nada en esta Declaración puede ser interpretado en el sentido de limitar, restringir o negar en manera alguna esos derechos, o en el sentido de autorizar acción alguna que no esté de acuerdo con los principios del derecho internacional, incluyendo el de los derechos humanos”*. Agrega

⁷² Kymlicka, W. Op. cit., p. 24.

⁷³ Córdor, E. (2011). Op. cit., p.81.

además que *“los pueblos indígenas tienen los derechos colectivos que son indispensables para el pleno goce de los derechos humanos individuales de sus miembros. En ese sentido, los Estados reconocen el derecho de los pueblos indígenas inter alia a su actuar colectivo, a sus propias culturas, de profesar y practicar sus creencias espirituales y de usar sus lenguas.”*⁷⁴

Así, también los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre las tierras, los territorios y los recursos están firmemente arraigados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas,⁷⁵ así como en el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales y en su convenio predecesor 107, de la Organización Internacional del Trabajo. Otros instrumentos internacionales, incluidos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, cuentan con referencias implícitas a los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras, los territorios y los recursos.

De este modo, los derechos a la diferencia cultural, a la diversidad cultural, han sido piedra angular en sociedades como las de los países latinoamericanos para poder proteger la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales, para detener las políticas asimilacionistas o incluso las de exterminio. Desde tal perspectiva, los derechos humanos han sido un protector de la diversidad cultural. Sin embargo, y como se profundizará en los capítulos siguientes, los derechos humanos no son neutrales en su construcción, son derechos nacidos en sociedades occidentales.

La diversidad cultural, por tanto, al confrontarse con esta categoría de derechos tiene un doble acercamiento; por un lado, los utilizaría como herramientas de protección a la diferencia; pero por otro, los sometería al análisis de lo hegemónico.

Respecto de este último asunto la pregunta es cómo entender universales a los derechos humanos frente a diversas concepciones del mundo, frente a diversas culturas, pues todas las culturas tienden a defender como universales los valores que consideran fundamentales.⁷⁶ Pues bien, la tesis se desarrollará más ampliamente en relación con esta segunda perspectiva.

La crítica que se le formula a los derechos humanos desde la diversidad es que contienen un universalismo hegemónico. Santos, para explicar esta crítica, distingue

⁷⁴ <http://www.cidh.org/Indigenas/Indigenas.sp.01/articulo.II.htm>, cita del 2 de agosto de 2020.

⁷⁵ Artículos 3 y 26.

⁷⁶ Dice entonces Santos que “todas las culturas son relativas, pero el relativismo cultural como postura filosófica es errónea. Todas las culturas aspiran a tener valores y preocupaciones absolutas, pero el universalismo cultural en cuanto postura filosófica, es errónea”. Santos, B. de S. (2010) Op. cit., p.70.

entre dos tipos de universalismos. Por una parte, se encontraría el universalismo impreso en los derechos vistos desde su surgimiento histórico: los derechos humanos como productos de la cultura occidental pretenden imponer valores occidentales a otras culturas; es el universalismo de partida. Pero, por otro lado, se encontraría lo que se denominará en estas páginas como pretensión de universalidad, es decir, pensar los derechos humanos como posibles consensos universalmente válidos, se trata de un universalismo de llegada.

La primera perspectiva arrastraría lo que Santos denomina la globalización de un localismo; en cambio, la segunda plantearía precisamente el desafío, en la medida que los derechos humanos pudieran constituir consensos interculturales.

En este sentido, el sociólogo señala que los derechos humanos pueden concebirse como universales en tanto en un determinado momento de la historia éstos se captan universalmente como estándares ideales de la vida política y moral.⁷⁷ Herrera Flores, por su parte, en la misma lógica, hablaba de un universalismo de llegada o *a posteriori*, que sería el resultado de una producción recíproca, construida mediante procesos de comunicación intercultural celebrados en planos de igualdad.⁷⁸

Así, para transformar la perspectiva hegemónica de los derechos humanos a un proyecto cosmopolita, se requiere cumplir algunas premisas:⁷⁹ desarrollar un debate sobre universalismo y relativismo cultural; revisar las diversas concepciones culturales sobre dignidad humana; aceptar la incompletud de las culturas; y asumir que al interior de las culturas no hay homogeneidad.

En este capítulo introductorio, solo se dirá que el desafío será precisamente dotar a los derechos humanos de nuevos alcances y contenidos, como lo ha hecho, por ejemplo, la interpretación que realizan los pueblos indígenas de los derechos de propiedad como derechos colectivos subordinados a la preservación cultural y medioambiental.

El diálogo intercultural, y la comprensión multicultural de los derechos humanos, se hacen indispensables bajo esta segunda perspectiva o faz descrita en este apartado. Un sistema democrático se fortalece con la inclusión y participación de todos, respetando la diversidad y generando espacios para un diálogo intercultural.

⁷⁷ Santos, B. de S. (2010) Op. cit., p. 68.

⁷⁸ Herrera Flores, J. (2010). Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: Tres Precisiones Conceptuales.

⁷⁹ Dice entonces Santos que “todas las culturas son relativas, pero el relativismo cultural como postura filosófica es errónea. Todas las culturas aspiran a tener valores y preocupaciones absolutas, pero el universalismo cultural en cuanto postura filosófica, es errónea”. Santos, B. de S. (2010). Op. cit., p.70.

CAPÍTULO 2.- LA PROBLEMÁTICA: PRETENSIÓN DE UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE AL MULTICULTURALISMO

2. Introducción

Como se explicó en el capítulo anterior, es innegable que las sociedades actuales están marcadas por las llamadas luchas por el reconocimiento,⁸⁰ es decir, nuevas formas de políticas identitarias que han aumentado la tensión entre los principios universalistas y las particularidades de la nacionalidad, la religión, el género, la raza y el lenguaje. Es posible sostener que la globalización ha generado mayores tensiones entre universalismo y particularismo, donde la homogeneización cultural se ha topado con la resistencia de aquellos interesados en proteger la autonomía de sus modos de vida y sistemas de valores.⁸¹

En este contexto, las reivindicaciones culturales tendrían especial resonancia hoy, no solo por la autoconciencia de los pueblos originarios de la importancia de preservar su propia identidad, sino también por factores como las comunidades de inmigrantes que se establecen en los diversos Estados.⁸²

El capítulo anterior esbozó cómo el fenómeno de la diversidad cultural plantea distintos desafíos a las sociedades liberales, y su relación con los derechos humanos. La relación entre derechos humanos y multiculturalismo se sitúa en principio en el discurso político y filosófico, pero se adentra en la praxis normativa del derecho, como se analizará en algunos ejercicios interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos humanos en los capítulos siguientes. Sin embargo, es inevitable partir desde la iusfilosofía para preguntarse cómo compatibilizar principios universalistas con identidades colectivas diversas. Ello se revisa en este capítulo.

En la base de este asunto están los cuestionamientos a la pretensión de universalidad de los derechos humanos. La preocupación por hacer compatibles el reconocimiento de la diversidad cultural con la idea de unos derechos fundamentales, que suponen principios generales iguales para todos, dan lugar a esta problemática.

⁸⁰ También denominado movimientos por la diferencia, o movimientos por los derechos culturales y la ciudadanía multicultural, según los diversos autores.

⁸¹ Benhabib, S. (2006). Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global (traducción Alejandra Vassallo). p. 8.

⁸² Benhabib, S. (2006). Op. cit., pp. 192-193.

Como explica Amartya Sen, si bien la noción de los derechos humanos ha adquirido gran aceptación en el discurso internacional, existe un cierto escepticismo crítico sobre la profundidad y la coherencia del enfoque de estos derechos.⁸³ En tal sentido, siguiendo a este mismo autor, es posible clasificar las opiniones críticas de las nociones de derechos humanos en tres grandes categorías. La primera es la relativa a su legitimidad y apunta a aquella concepción de los derechos humanos que los define como derechos naturales, anteriores al derecho positivo, a las instituciones del Estado. El segundo tipo de crítica se refiere a su incoherencia y vaguedad, en tanto se plantea que todo derecho debe llevar la correlativa obligación y, desde tal punto de vista, los derechos humanos son vistos retóricamente. Por último, un tercer tipo de crítica apuntaría a la autoridad moral de los derechos humanos, en tanto dependerían de una ética aceptable pero no necesariamente universal.

Es el tercer tipo de crítica la que se reflexiona principalmente en este texto pues, aunque los derechos humanos quieren situarse como universales y neutros, atendido su contenido ético, deben ser contextualizados desde la problemática de la diferencia, desde diversidad cultural y las distintas visiones de mundo.

La crítica al universalismo contiene entonces una advertencia sobre el contenido cultural de los derechos humanos que surgen en un contexto histórico y cultural específico. En ese sentido, ya en las primeras declaraciones de derechos humanos se cuestionaba su contenido fruto de una cultura occidental sobre la cual se construían categorías jurídicas con pretensión universal. Esas mismas advertencias se han reiterado en diversas instancias internacionales y en variadas discusiones académicas.⁸⁴

Desde el momento en que se redactaban los primeros instrumentos internacionales de derechos humanos varias voces señalaban el peligro de incorporar valores propios de una cultura a categorías jurídico-políticas con pretensión de universalidad y colocaban en tela de juicio la aplicabilidad automática de estas normas a otras culturas. Hoy esas mismas críticas retoman fuerza en medio de un mundo donde la diversidad reclama ya no su inclusión, sino su autodeterminación.

Así, el multiculturalismo y el respeto por la diversidad cultural representan un desafío indudable para los derechos humanos en una sociedad globalizada que teme ser homogeneizada.

⁸³ Sen, A. (2000). Desarrollo y libertad. Capítulo 10: "Cultura y derechos humanos". pp. 276- 299.

⁸⁴ "En años más recientes, especialmente en la medida que nuevos estados africanos y asiáticos se han incorporado a las Naciones Unidas, muchas naciones del Tercer Mundo vienen adoptando esta postura, que se puso en evidencia en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena en el verano de 1993." Stavenhagen, R. (2004). Derecho internacional y derechos indígenas. En Aylwin, J. (Ed.). Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno. p. 16.

En el presente capítulo, junto con la problemática, se presentarán distintos pensadores, su forma de abordar dichos cuestionamientos y su propuesta teórica, para finalmente recoger de ellos algunas perspectivas que ayuden a elaborar una propuesta dogmática que permita compatibilizar el universalismo de los derechos humanos con el respeto por la diversidad cultural.

2.1- La crítica al universalismo de los derechos humanos

Las críticas a la pretensión de universalidad de los derechos humanos, a propósito de las llamadas luchas por el reconocimiento, deben situarse no solo dentro del debate jurídico, sino también en cuestionamientos de orden político y filosófico.

La construcción jurídica de los derechos humanos es fruto de diversos procesos históricos, donde destaca su positivización en declaraciones normativas tras la Revolución Francesa y los procesos de internacionalización tras la Segunda Guerra Mundial. Desde entonces, estas categorías jurídicas han estado en el centro de los debates sobre la democracia, así como en la configuración teórica de los Estados Constitucionales.

Las primeras declaraciones de derechos humanos, como la Declaración de Independencia de Estados Unidos y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, positivaron la idea ilustrada de valores y principios que todas las personas, en las distintas partes del mundo, debían respetar. Luego, en el proceso de internacionalización, aquella idea se vuelca en instrumentos jurídicos internacionales con formulaciones de derechos generales y abstractos, universales por corresponder a toda la humanidad y de aplicación general, independiente de la época y la cultura.

Esta pretensión de universalidad genera diversos reparos. Así, se cuestionarán los prejuicios europeístas de las primeras declaraciones, se criticará la noción de derecho subjetivo propiamente occidental y su construcción individualista.⁸⁵ Sin embargo, la gran preocupación que esconden estos reparos es la imposibilidad de sostener la existencia de un canon ético-jurídico universal.

⁸⁵ Los comunitaristas subrayan la idea del individuo como producto cultural, de modo que dan prioridad al grupo portador de los rasgos identitarios, desde tal postulado se plantea una crítica al atomismo de la protección de los derechos del individuo, a la noción individualista de los derechos humanos, pues precisamente para los comunitaristas el bien de la comunidad toda es el que provee el estándar de la vida buena.

Esta pretensión de universalidad que envuelven los derechos humanos arranca, por un lado, de las ideas iusnaturalistas que inspiraron las primeras concepciones metafísicas de un ordenamiento moral superior y anterior al jurídico; pero también del humanismo laico de la Ilustración, pues fueron los principios del humanismo ilustrado los que se manifestaron en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en la Declaración de Independencia norteamericana de 1776. En dichos instrumentos políticos tanto las expresiones lingüísticas como las aspiraciones filosóficas apuntaban a la generalización de estos derechos, los que se decían corresponder a la humanidad, aunque dejaban fuera de su protección a un gran número de personas.

Históricamente, el discurso de los derechos humanos nace asociado a un lenguaje común a toda la humanidad, sin embargo, ni siquiera en el momento de la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos existía un real consenso universal sobre sus fundamentos. En ese contexto, existieron abstenciones de Arabia Saudita, Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Unión Soviética, Sudáfrica y la ex Yugoslavia. Los países del bloque del Este que se abstuvieron a causa de la inclusión del derecho de propiedad privada; Sudáfrica hacía una abstención debido al temor de asumir compromisos opuestos al sistema de apartheid y Arabia Saudita se abstuvo por consideraciones sobre la libertad religiosa.

Estos cuestionamientos resurgieron con fuerza en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos que se celebró en Viena del 14 al 25 de junio de 1993. En esta conferencia existió una abierta confrontación entre los defensores de la universalidad y los partidarios de los particularismos. Esta discusión llevó a que se declarara por una parte la universalidad de los derechos humanos, pero a su vez se dejara constancia de *“la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios culturales, históricos y religiosos”*.⁸⁶

Pues bien, según lo explicado, al menos desde una perspectiva histórica se cuestiona la pretensión de universalidad de los derechos humanos porque serían un producto elaborado por la cultura occidental, derechos de los americanos y de los franceses: derechos de los occidentales, pero no necesariamente de los asiáticos o de los africanos.⁸⁷ Sin embargo, si bien es cierto que las primeras declaraciones de derechos humanos nacieron en Occidente, ¿es por ello posible afirmar que su valor sea simplemente localista?

Frente a estos reparos, las respuestas iusfilosóficas son diversas, dependiendo de la concepción que se tenga del derecho. En ese sentido, es posible clasificar estas

⁸⁶ Parte I, párrafo 5.

⁸⁷ Talavera Fernández, P. (2011). Diálogo intercultural y universalidad de los derechos humanos. IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 5(8), pp.7-38.

estrategias de fundamentación del universalismo de los derechos humanos en al menos cinco: las iuspositivistas; las iusnaturalistas; las racionalistas metafísico-morales; las teorías consensuales; y las realistas.

Una teoría de los derechos humanos construida desde la formalidad del derecho, desde el positivismo jurídico como la de Luigi Ferrajoli, justificará la universalidad de los derechos humanos en el carácter propio de una norma positiva de aplicación general. El iusnaturalismo hará reposar la validez de esta universalidad en la definición de la naturaleza humana común para la humanidad. El racionalismo metafísico-moral, por su parte, necesita de un postulado metafísico normativo, como los principios, para fundamentar la universalidad de los derechos humanos. Las teorías consensuales atribuyen a los participantes en el discurso los derechos acordados por medio del diálogo argumentativo, que justificará la aplicación general de estos consensos básicos de convivencia. Las teorías realistas analizarán los derechos humanos como productos de procesos sociales, contextualizados en luchas políticas, sociales e ideológicas.

Seyla Benhabib explica que el carácter universalista de los derechos humanos pudiera significar, entonces, la creencia filosófica de que existe una naturaleza humana o esencia humana, remitiéndose al iusnaturalismo. Por otro lado, el universalismo en los debates filosóficos representaría una estrategia de justificación frente a la posibilidad del relativismo epistemológico total, tendría un significado moral, estimándose que todos los seres humanos deben considerarse como iguales morales. Además, el concepto universalista pudiera tener un sentido jurídico, en tanto se exige que ciertas normas sean respetadas universalmente por todos los sistemas jurídicos como derechos básicos. Pues bien, Benhabib cree que puede concebirse un universalismo sin la metafísica, es decir, sin la idea naturalista; sin embargo, las posturas éticas y las jurídicas estarían intrínsecamente relacionadas al concepto de derechos humanos y su carácter universal.⁸⁸

De este modo, para Benhabib no podría justificarse un universalismo jurídico separado de un contenido axiológico, pues los derechos humanos serían por tanto instrumentos jurídicos inseparables de su contenido ético.

Bhikhu Parekh, por su parte, prefiere no desvincular a estas normas de la idea de naturaleza humana y, aunque critica la perspectiva que le da el monismo, pues distingue varias nociones de naturaleza humana, concluye que una teoría de lo que son los derechos humanos debe incluir esta noción de la naturaleza humana, pues sería un elemento valioso para su fundamentación. Recalca, eso sí, que no debe limitarse a ella, pues la naturaleza humana no sería un dato desnudo y empíricamente verificable, sino que interactúa con el medio y la cultura y se trataría de un concepto finalmente

⁸⁸ Benhabib, S. Op. cit., p. 64.

interpretable. Postula como errores básicos la idea de uniformidad de la naturaleza humana; la primacía ontológica de las similitudes sobre las diferencias; el carácter socialmente trascendente de la naturaleza humana; la total cognoscibilidad de la naturaleza humana; y la idea de naturaleza humana como base de la vida buena.⁸⁹

Pues bien, algo comienza a quedar claro y es que la forma de comprender el universalismo de los derechos humanos estará muy ligada a la fundamentación filosófico-jurídica que se haga de estos derechos. Entonces desde la teoría, desde la dogmática de los derechos humanos, puede profundizarse o subsanarse la crítica a su universalismo.

Entonces, las distintas formas de comprender y fundamentar los derechos humanos determinarán a su vez la comprensión y fundamentación de su carácter universal. Por ello, se hace necesario revisar alguna de estas posturas iusfilosóficas, sin detenerse, eso sí, en una fundamentación puramente iusnaturalista.

2.1.1.- El universalismo de los derechos humanos desde el positivismo jurídico

Luigi Ferrajoli, desde su definición formal de derechos fundamentales, explica las críticas al universalismo de los derechos humanos y las desmiente. Para la lógica formalista y garantista del autor italiano los derechos humanos no son universales porque contengan valores universalmente compartidos o por contener consensos axiológicos necesarios, sino solamente y esencialmente porque son normas jurídicas que están atribuidas a todos y en garantía de todos.

Así, según este autor, la contradicción entre universalismo y multiculturalismo se basa en las falsas fundamentaciones de la universalidad de los derechos humanos. El primer error es fundamentar el universalismo en una tesis asertiva, basada en la idea de que la universalidad de los derechos humanos se refiere a que son contenedores de valores universalmente compartidos. La segunda tesis, errada a juicio del autor, es la de la fundamentación axiológica del universalismo, en el sentido de entender que debieran existir estos valores universalmente compartidos, porque se entienden objetivos y auto-evidentes. Dice que ambas tesis son una falacia, la primera empíricamente falsa y la segunda políticamente antiliberal.

Ferrajoli cuestiona entonces aquella fundamentación del universalismo basada en el hecho de que todos deberían compartir ciertos valores, pues afirma que si se entiende

⁸⁹ Parekh, B. Op. cit., p. 177 y ss.

que el universalismo se refiere a la universalización de valores, entonces esta crítica acierta en el hecho de que los mismos valores no serían de hecho compartidos por todos.

Es entonces en el significado lógico y formal del universalismo donde este carácter encuentra sentido. Esta universalidad consiste para Ferrajoli únicamente en la cuantificación universal de sus titulares, en virtud de la cual, de manera distinta a los derechos patrimoniales, son conferidos de manera general. El universalismo, por tanto, según este autor, es una característica formal de estos derechos y no axiológica o cultural.

La universalidad, como parte de la propia definición de los derechos fundamentales,⁹⁰ se refiere según esta perspectiva a la forma general de su imputación, entendiendo por tanto la universalidad en un sentido lógico y no valorativo, se refiere a la cuantificación universal de la clase de sujetos, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, o a sus titulares.⁹¹

Desde esta perspectiva, el universalismo de los derechos humanos sería compatible con la diversidad cultural y representa una garantía para el propio multiculturalismo, ya que los derechos fundamentales, tal como habrían sido consagrados por la experiencia histórica del constitucionalismo, se configuran como leyes del más débil. Es justamente en virtud de su universalismo que los derechos humanos sirven para proteger al más débil frente a cualquiera, y también servirían para proteger a la cultura más débil frente a las culturas dominantes. Los derechos fundamentales serían capaces de tutelar todas las diferencias *“comenzando por esa esencial e irreductible diferencia que hace de la identidad también cultural de cada persona un individuo diferente a todos los demás.”*⁹²

El autor garantista defiende la idea de ser los derechos humanos, o poder ser, leyes de los más débiles. Plantea que estos derechos han sido consagrados en las Constituciones de tal forma que en sí mismos representan una protección para la diversidad y el respeto multicultural, de modo que más que un peligro para el multiculturalismo, el universalismo puede ser considerado como protección de las diversas culturas frente a las culturas dominantes.

⁹⁰ “Son derechos fundamentales aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar”; “Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de persona, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”. Ferrajoli, L. (2001b). Los fundamentos de los derechos fundamentales. p. 291 y p. 19.

⁹¹ Ferrajoli, L. (2001b). Op. cit., p. 292.

⁹² Ferrajoli, L. (2007). Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo.

Ferrajoli plantea así que los derechos humanos servirían para tutelar la diferencia. Precisamente porque la humanidad no está hermanada por la participación de los mismos valores, necesita una convención jurídica sobre lo que no es lícito, y sobre lo que es debido hacer y tutelar.

2.1.2.- El universalismo de los derechos humanos desde los principios

Apartándose de la lógica formal antes descrita del positivismo jurídico, otra corriente de la dogmática jurídica estima que el derecho no es un modelo puro de reglas, sino que aquella perspectiva es insuficiente para explicar la realidad del fenómeno jurídico y, por tanto, es a su vez incapaz de explicar teóricamente los derechos humanos y su carácter de universales.

Para estos autores, junto con las reglas hay ciertos principios que funcionan como estructuras normativas, de carácter general y programático, que expresan un sentido superior en los ordenamientos jurídicos. Los distintos autores le darán distintas connotaciones a estos principios y discreparán sobre sus características, pero coincidirán en que las normas positivas no son suficientes para explicar el derecho. En este sentido es fundamental el aporte de Ronald Dworkin en los desarrollos de la teoría jurídica contemporánea, lo que ha reposicionado la teoría de los principios como forma de explicar las características especiales de los derechos humanos.

Dworkin sitúa a los principios dentro del derecho y los define como un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad, o alguna otra dimensión de la moralidad. Serían estos principios los que, en caso de faltar reglas, orientarían al juez en la decisión de los “casos difíciles”. Así, el ordenamiento jurídico estaría integrado por un conjunto de principios y reglas. Los principios serían prescripciones genéricas que entrañan un imperativo de justicia, de imparcialidad o denotan alguna otra dimensión moral. Las reglas serían las normas que tipifican supuestos o conductas concretas y determinadas, y a las que atribuye consecuencias jurídicas específicas.

El sistema jurídico no incluiría sólo las reglas, sino que además contendría un conjunto de principios que son consistentes entre sí. Ahora, el autor construye su teoría en el derecho anglosajón, y particularmente relata su explicación en “los casos difíciles”, de modo que cuando no existe una regla escrita o jurisprudencia que lo resuelva, la decisión del juez queda entregada no a su discreción, sino que deberá encontrar una

respuesta dentro del ordenamiento jurídico, más allá de las normas, deberá buscar en los principios.

La distinción entre principios jurídicos y normas jurídicas, señala Dworkin, es una cuestión lógica, pues si bien ambos estándares apuntan a decisiones particulares referentes a obligación jurídica en determinadas circunstancias, difieren en la orientación que dan, pues las normas son aplicables de manera disyuntiva, es o no es válida; en cambio, los principios no operan de manera disyuntiva, pues no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas en la norma.

Dworkin, sin embargo, no sólo menciona los principios abstractos, sino también los concretos, aquellos principios recogidos por las normas, en especial los constitucionalizados, llegando así a los derechos humanos positivizados. Dworkin habla de los derechos morales, es decir, aquellos derechos que conectarían con la moral, pero que pueden traducirse en derechos jurídicos, en derechos fundamentales.

Robert Alexy, en este sentido, dirá que los principios son mandatos de optimización, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.⁹³

Por ello es necesario aclarar que los derechos humanos no se reducen a aquellos contenidos en normas, pues *“cualquiera que piense así debe creer que los hombres y las mujeres no tienen más derechos morales que los que el gobierno decida concederles, lo que significa que no tienen derecho moral alguno”*.⁹⁴ Así, Dworkin coloca de manifiesto que su concepción de derechos fundamentales es aquella que remite a derechos que van más allá de las normas y que tienen una vinculación con la moral.

No obstante, agrega que si el Estado ha institucionalizado estos derechos, cuando éstos se encuentran recogidos en la Constitución, *“podemos reclamarle que tome los derechos en serio, que siga una teoría coherente con tales derechos, y que actúe de manera congruente con lo que el mismo profesa”*.⁹⁵ Cualquiera que declare tomar los derechos humanos en serio, dice el autor del célebre libro, debe aceptar entonces como mínimo dos ideas: la primera es la de dignidad humana y la segunda es la de igualdad política.

⁹³ Alexy, R. (2007). Teoría de los derechos fundamentales (2a ed. en castellano, traducción Carlos Bernal Pulido). p. 67.

⁹⁴ Dworkin, R. (2002). Los derechos en serio. p. 277.

⁹⁵ Dworkin, R. (2002). Op. Cit., p. 278.

Entonces Dworkin radica el fundamento de los derechos humanos en estos dos principios básicos, la dignidad humana y la igualdad. En estos fundamentos se apoyarán los derechos humanos universales. En este sentido, el universalismo de los derechos humanos estaría fundado en ideas morales, en la dignidad humana y la igualdad.

2.1.3.- El universalismo de los derechos humanos desde el consenso

Hay otras teorías que conceptualizan los derechos humanos como normas que son objeto de acuerdo entre los miembros de culturas cuyos valores morales y políticas son diferentes.

Vistos así, los derechos humanos expresan un acuerdo intercultural que puede ser explicado de varias maneras, como un núcleo común, o bien como un consenso o una convergencia progresiva. Si bien algunos autores separan de estas teorías del consenso otras de la necesidad pública,⁹⁶ para estos efectos se unirán bajo la noción de un fundamento del carácter universal basado en la racionalidad de un consenso político mínimo o una necesidad básica para la convivencia pacífica, que cataliza en normas jurídicas aplicables universalmente.

Así, por ejemplo, John Rawls sostiene que los derechos humanos son una clase especial de derechos urgentes; Jürgen Habermas afirma por su parte que son construcciones de una democracia deliberativa.

Afirma Habermas que en las sociedades modernas se han perdido las garantías metasociales para el orden, las que le daban validez a las normas, tal como lo representaban en tiempos premodernos la tradición y el derecho natural religioso. Por ello en la actualidad, afirma el autor, no sería posible fundamentar los derechos humanos en una teología, ni en la naturaleza del hombre.⁹⁷ Propone entonces buscar la fundamentación de los derechos humanos en una razón comunicativa, que se distingue de la razón práctica porque no es atribuida a un actor particular o a un macro sujeto estatal-social, sino que es más bien el medio lingüístico mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida. Las formas de comunicación articuladas en términos de Estado de Derecho permitirían desarrollar la

⁹⁶ The idea that human rights are elements of the public reason of the Society of Peoples stands in contrast to both naturalistic and agreement conceptions. Human rights constitute a “political doctrine” constructed for certain political purposes. Beitz, C. (2009). The idea of human rights. p. 99.

⁹⁷ Habermas, J. (2005). Facticidad y validez (trad. Manuel Jiménez Redondo). pp. 64-65.

formación de la voluntad política, la producción legislativa y la práctica de decisiones judiciales.

Habermas se sitúa en lo que denomina teoría discursiva del derecho. Por ello, sostiene que es en este plano discursivo donde los derechos humanos encontrarían fundamento y legitimidad, que él denomina validez; lo que a su vez sería independiente de su implementación fáctica, o lo que él denomina facticidad.⁹⁸ Pero habría una relación interna entre facticidad y validez, en tanto serían más obedecidas aquellas normas consideradas legítimas o validas

El autor razona en el sentido de que al hablar de legitimidad se estaría hoy haciendo una vinculación interna entre derecho, moral y política. Así, la legitimidad o validez se presentaría como el fundamento de los derechos humanos.

Jürgen Habermas, desde una filosofía kantiana cosmopolita, postula la idea de una ciudadanía democrática que no se cierre a términos particularistas, que logre *“una inclusión no niveladora y no confiscadora del otro en su alteridad”*.⁹⁹ Habermas propone entonces un modelo de democracia deliberativa basado en las condiciones comunes bajo las cuales el proceso político tiene para sí la presunción de producir resultados racionales.¹⁰⁰

Para Habermas los derechos humanos son fruto de esta democracia comunicativa y por tanto no pueden ser confundidos con los derechos morales, sino que son en realidad fruto de consensos mínimos, y allí radicaría su fundamentación.

Aclara que la diferencia entre derecho y moral no significa que el derecho positivo no posea contenidos morales. Lo que sí sería correcto aceptar es que los derechos fundamentales podrían ser justificados con argumentos morales, pero que esta categoría de derechos no serían los únicos capaces de ser fundamentados desde una perspectiva moral. La fundamentación moral no despojaría a los derechos humanos de su cualidad jurídica, pues los derechos humanos son derechos subjetivos reclamables en el marco de un ordenamiento jurídico nacional o internacional.

La propuesta del autor no es la desmoralización de la política, sino la democratización de la moral. Por ello afirma, respondiendo a las críticas a los derechos humanos, que el fundamentalismo de los derechos humanos, como sería el etnocentrismo revisado en

⁹⁸ Habermas, J. (2005). Op. cit., p. 64-65.

⁹⁹ Habermas, J. (2010). La inclusión del otro. Estudios de teoría política. p. 72.

¹⁰⁰ Habermas, J. (2010). Op. cit., pp. 239-240.

estas páginas, no se evita mediante su renuncia, sino solo mediante la transformación en términos de derecho cosmopolita del orden jurídico.¹⁰¹

Habermas explica que en los debates filosóficos algunos sostienen que los derechos humanos adoptan un estatuto intermedio entre derecho moral y derecho positivo, mientras otros presentan el mismo contenido en la forma tanto de derechos morales como de derechos jurídicos,¹⁰² atribuyendo por tanto una conexión entre ambos sistemas normativos; donde el constituyente o legislador solo revestiría las normas morales con las formas propias del derecho positivo. Para Habermas, los derechos humanos no son el envoltorio jurídico de los derechos morales, no tendrían una procedencia moral, sino que serían derechos subjetivos que poseerían originariamente una naturaleza jurídica y lo que genera una apariencia de derechos morales sería su validez, que trascendería los ordenamientos jurídicos de los estados nacionales.¹⁰³

De este modo, Habermas vincula la universalidad de los derechos humanos con su validez. Explica que los derechos fundamentales tienen la forma de normas generales que se dirigen a los ciudadanos en su calidad de seres humanos y no solo como miembros del Estado, incluso aunque se hagan efectivos en el marco de un ordenamiento jurídico nacional.¹⁰⁴ En tal sentido, los derechos humanos compartirían con las normas morales la validez universal, en tanto estarían referidos a los seres humanos en cuanto tales. Esta sería la noción de universalidad de los derechos humanos para el autor alemán, vinculación que haría confundir a algunos autores las normas morales con el contenido de los derechos humanos.

Según los postulados de Habermas, entonces la multiculturalidad le plantea a los derechos humanos la cuestión de la neutralidad ética, entendiendo por éticas todas las concepciones que se refieran a lo que se entiende por vida buena. Esto plantea entonces la cuestión de la neutralidad del derecho y de los procedimientos democráticos de formación de derecho.

Habermas propone un procedimiento democrático basado en la acción comunicativa, que es un modelo de democracia que se apoya en condiciones comunicativas bajo las cuales el proceso político tendría la presunción de producir resultados racionales, donde la formación informal de opinión desemboca en decisiones electorales institucionalizadas y resoluciones legislativas por las que el poder producido

¹⁰¹ Habermas, J. (2010). Op. cit., p.188.

¹⁰² Habermas, J. (2010). Op. cit., p. 174.

¹⁰³ Habermas, J. (2010). Op. cit., p. 175.

¹⁰⁴ Habermas, J. (2010). Op. cit., p. 176.

comunicativamente se transforma en derecho. La opinión pública es transformada en poder comunicativo mediante procedimientos democráticos.¹⁰⁵

Así, construye el autor su teoría del discurso, afirmando que por medio del principio de la soberanía popular todo poder político deriva del poder comunicativo de los ciudadanos.¹⁰⁶ El ejercicio de dominación política se rige y legitima por las leyes que los ciudadanos se dan a sí mismos en una formación discursivamente estructurada de la opinión y de la voluntad.¹⁰⁷

El Estado de Derecho institucionalizaría el uso público de las libertades comunicativas y regularía la transformación de poder comunicativo en administrativo, es decir aquel poder comunicativo dotado de coerción. La idea central es, entonces, que las leyes regulan la transformación del poder comunicativo en administrativo, al ser producidas conforme a un procedimiento democrático, al fundamentar una protección garantizada por los tribunales que juzgan imparcialmente, y al sustraer a la administración de los acuerdos legislativos y decisiones judiciales. Entonces, para Habermas, el Estado de Derecho está regulado por leyes democráticas en tanto a sus procedimientos y a la separación de poderes; ello permite la deliberación y la autodeterminación.

No obstante, el problema que se plantea también en estas sociedades democráticas es que cuando la cultura mayoritaria políticamente dominante impone su forma de vida buena, podría fracasar el principio de igualdad de derechos de ciudadanos con un origen cultural distinto al de la mayoría. En este sentido reflexiona sobre el pluralismo cultural, afirmando que significa, entre otras cosas, que el mundo es percibido globalmente de formas distintas desde la perspectiva de individuos distintos y grupos distintos. Además, señala que *“existe una especie de pluralismo interpretativo que afecta a la visión de mundo y a la comprensión de uno mismo, al tipo y a la relevancia de los valores y los intereses que perciben las personas cuya historia vital se halla integrada en tradiciones y formas de vida particulares, y es configurado por ella. Esta multiplicidad de perspectivas interpretativas es la razón por la cual el significado del principio de universalización no queda suficientemente agotado por ninguna reflexión monológica a partir de la cual las máximas serían aceptables, desde mi punto de vista, como ley general.”*¹⁰⁸

Para Habermas, la universalidad de los derechos humanos tendría que basarse también en un consenso mundial, que construya su validez en base a una

¹⁰⁵ Habermas, J. (2010). Op. cit., p. 244.

¹⁰⁶ Explica Habermas que conforme el principio de soberanía popular todo poder del Estado proviene del pueblo, lo que se realiza a través del presupuesto de la comunicación y del procedimiento de formación de opinión y voluntad comunes, institucionalmente reguladas.

¹⁰⁷ Habermas, J. (2005). Op. cit., p. 238.

¹⁰⁸ Habermas, J. (2003). La ética del discurso y la cuestión de la verdad. p. 23.

comunicación mundial; pero la interpretación particular de estos derechos en cada sociedad y por cada cultura haría del universalismo de los derechos humanos un elemento no cargado del fundamentalismo del que se le acusa.

Por ello, la Declaración de los Derechos Humanos, en cuyo texto se pusieron de acuerdo un pequeño número de Estados, así como los otros instrumentos internacionales de derechos humanos, podrían encontrar en un mundo multicultural una interpretación y aplicación sobre la que existiría un consenso suficiente.

Habermas se pregunta cómo es posible una legitimación democrática de las decisiones más allá del esquema de organización estatal,¹⁰⁹ y en ese contexto encuentra la legitimidad de la universalidad de los derechos humanos en la accesibilidad general de ellas a un proceso deliberativo.

Luego va un paso más allá y afirma que en los propios derechos humanos se encontraría la legitimidad de un orden político mundial, particularmente de un Estado Constitucional democrático, tanto de las actuaciones de los soberanos al interior del mismo como de este en el escenario mundial.

La pretensión universalista de los derechos humanos es posible fundarla, según la perspectiva comunicativa, en la idea ético-moral de la vocación kantiana de que todos los hombres sean considerados como fines y no como medios, y la paz cosmopolita en el ideal de los consensos políticos y éticos a escala mundial.

2.1.4.- El universalismo de los derechos humanos entendidos como procesos sociales y culturales

Para las corrientes realistas del derecho la mejor forma de describir los derechos humanos, situarlos y comprenderlos, es como productos culturales. Todo producto cultural surge en una determinada realidad, es decir, en un específico e histórico marco de relaciones sociales, morales y naturales, como ha sucedido con las normas de derechos humanos.

Para Herrera Flores todo producto cultural surge como respuesta simbólica a determinados contextos de relaciones. Ahora bien, los productos culturales no sólo están determinados por dicho contexto, sino que, a su vez, condicionan la realidad en la que se insertan. Este es el llamado circuito cultural.

¹⁰⁹ Habermas, J. (2000). La Constelación posnacional. Ensayos Políticos. p. 143.

Explica Herrera que los derechos humanos siendo productos culturales pueden ser despojados de su fundamentación iusnaturalista. Los derechos humanos no proceden de esencias inmutables o metafísicas que se sitúen más allá de la acción humana. Por mucho que se hable de derechos que las personas tienen por el mero hecho de ser seres humanos, es decir, de esencias anteriores a las prácticas sociales, lo cierto es que serían construcciones sociales respecto de las cuales habría que descifrar el contexto de relaciones que les da origen y sentido.¹¹⁰

Los derechos humanos así comprendidos no serían algo dado y construido de una vez por todas en 1789 o en 1948, sino que se trataría de procesos; reflejarían luchas históricas, resultado de resistencias contra la violencia que las diferentes manifestaciones del poder han ejercido contra los individuos y los colectivos.¹¹¹

Desde esta perspectiva, los derechos humanos serían el producto de una forma cultural de ver y estar en el mundo, pero no serían estáticos, sino que se encontrarían insertos en procesos. En ese contexto explica Herrera Flores que desde 1948 hasta la actualidad se ha acostumbrado a denominar derechos humanos a diferentes procesos sociales, políticos y culturales que han tendido a positivar institucionalmente tanto las exigencias de protección ciudadana contra la hegemonía del Estado, como las demandas políticas de intervención del mismo Estado, con el objeto de obstaculizar el despliegue del mercado en las relaciones sociales y sus consecuencias.

Al situar los derechos humanos como productos culturales, insertos en luchas sociales, éstos deben ser vistos como un acuerdo ideológico, que apunta a algo que tiene más contenido que el puramente formal y que, asimismo, se aleja de visiones esencialistas como las contenidas en la Declaración de 1948.

El derecho y los derechos humanos no serían una herramienta neutral porque, en primer lugar, el derecho es una técnica de dominio social particular que aborda los conflictos neutralizándolos desde la perspectiva del orden dominante; y, en segundo lugar, es una técnica especializada que determina a priori quién es el legitimado para producirla y cuáles son los parámetros desde donde enjuiciarla.

El autor sostiene que una lectura no ideológica de los derechos humanos, en una versión fuerte, niega la influencia de las ideologías en la producción, interpretación y aplicación del derecho; y una versión débil, afirma que el derecho es susceptible de ser usado por cualquier ideología, aun reconociendo que las normas jurídicas son producto

¹¹⁰ Herrera Flores, J. (2010). Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: Tres Precisiones Conceptuales. En Sánchez Rubio, D., Herrera Flores, J., de Carvalho, S. Anuário Ibero-americano de Direitos Humanos: Direitos humanos e globalização. Fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica (2003/2004) (2ª ed.). p. 75.

¹¹¹ Herrera Flores, J. (2010). Op. cit., p. 99.

de una lectura determinada de las relaciones sociales. Una lectura no política de los derechos humanos, en una versión fuerte, se afirmará en dogmas de validez formal y completud; y en una versión débil, aun reconociendo el apego del derecho a los conflictos, olvida cuál de dichos conflictos estuvo en el origen de las normas y supone que desde ellas se puede resolver técnicamente cualquier otro conflicto que se presente de una manera neutral.

Explica el autor que el juez o el administrador de justicia no sólo estará sujeto a normas preexistentes y a reglas institucionales, sino también a valores, ideales, representaciones intelectuales, pasiones, intereses concretos y condiciones de factibilidad de su actuación jurisdiccional.

Los derechos humanos, desde esta perspectiva, constituirían algo más que el conjunto de normas formales que los reconocen y los garantizan a un nivel nacional o internacional: formarían parte de la tendencia humana ancestral por construir y asegurar las condiciones sociales, políticas, económicas y culturales que permiten a los seres humanos perseverar en la lucha por la dignidad. Comprende, a los derechos humanos desde una lógica del conatus que constituye el fundamento inmanente de los derechos humanos.¹¹²

Para Herrera Flores, entonces, cada formación socio-política, incluidos los derechos humanos, ha tenido una causa inmanente, y se identifica con ese conatus que impulsa a la autoconservación y cuya fuerza e intensidad no está en relación con esencias metafísicas sino con el conjunto de relaciones que mantenemos con otras fuerzas, sean naturales o sociales.¹¹³

Los derechos humanos son postulados por Herrera Flores como la convención terminológica y político-jurídica a partir de la cual se materializa el conatus que lleva a construir tramas de relaciones sociales, políticas, económicas y culturales que aumenten las potencialidades humanas.

Define entonces el autor a los derechos humanos como el conjunto de procesos sociales, económicos, normativos, políticos y culturales que abren y consolidan, desde el reconocimiento, la transferencia de poder y la mediación jurídica, espacios de lucha por la particular concepción de la dignidad humana.¹¹⁴

Pues bien, distingue varios planos de discusión de los derechos humanos y, en el plano jurídico-cultural, trata las relaciones entre las categorías de identidad y diferencia. Aquí es posible situar la problemática de la diversidad frente al universalismo de los

¹¹² Conatus, término latino que significa esfuerzo de, o esfuerzo para.

¹¹³ Herrera Flores, J. (2010). Op. cit., p. 97.

¹¹⁴ Herrera Flores, J. (2010). Op. cit., p.99.

derechos humanos. Señala que ya desde los debates de la Asamblea Revolucionaria en la Francia post 1789 se viene hablando de la necesidad de un mínimo de homogeneidad ciudadana como base para la construcción de un Estado democrático. Los ciudadanos deben compartir una serie de rasgos comunes que les permitan autoentenderse como partícipes de la voluntad general. Esos rasgos comunes hacen posible hablar de la igualdad ante la ley y presentarla como si de hecho existiera.

Sin embargo, esta noción de igualdad ante la ley, construida en abstracto, habría hecho perdurar por mucho tiempo la percepción social basada en la homogeneidad, concepción que genera dificultades en la teoría política liberal a la hora de reconocer las reivindicaciones de género, raciales o étnicas.

Para el liberalismo político la diferencia se entendería como mera desemejanza que, en el mejor de los casos, habría que tolerar. Sostiene el autor que bajo esta lógica el liberalismo político solo podía reaccionar estableciendo medidas que permitirían acercar a la persona o grupo diferente al patrón universal que nos hace idénticos a todos.

El problema de esa perspectiva es el efecto perverso de reducir a ceniza las diferencias e imponer una sola visión del mundo como la universal. Se trata entonces de contraponer los conceptos de igualdad y desigualdad frente a las diferentes condiciones sociales, económicas y culturales que hacen que unos tengan menos capacidades para actuar que otros; sea por razones de etnia, de género, de clase, de poder, o de cultura.

En ese contexto, se propone comprender las relaciones entre los conceptos de igualdad y de libertad y explica las dos grandes interpretaciones de la libertad; aquella que entiende la libertad como autonomía, como independencia, que supone un gesto de rechazo a toda relación de dependencia o de contextualización, dado que tiende a la garantía de un espacio moral y autónomo de despliegue individual considerado como lo universal.¹¹⁵ La otra concepción de libertad supone la construcción de espacios sociales en los que los individuos y los grupos puedan llevar adelante sus luchas por su propia comprensión de la dignidad humana. Tal comprensión de la libertad tendría dos facetas: una “constitutiva”, en la que prima la construcción “política” de condiciones que permitan a la ciudadanía ejercer su lucha por la dignidad humana, o de evitar privaciones como la inanición, la desnutrición, la morbilidad evitable o prematura; y otra “instrumental”, en la que la libertad pueda servir como instrumento de progreso e igualación económicos.

¹¹⁵ Herrera Flores, J. (2010). Op. cit., p. 85.

Señala finalmente que la lucha por los derechos humanos exige que la lucha contra la discriminación tenga en cuenta, por un lado, la progresiva eliminación de las situaciones de desigualdad y, por otro, convierta las diferencias en un recurso público a proteger.

Sostiene finalmente que hay que tomarse en serio el pluralismo, no como mera superposición de consensos, sino como la práctica democrática que refuerza la diferencia de las posiciones en conflicto y se sustenta en la singularidad de sus interpretaciones y perspectivas acerca de la realidad.

De esta forma, el carácter universal de los derechos humanos encuentra su fundamento en el esfuerzo, en la búsqueda de autoconservación, en las luchas sociales. Se les habría asociado el calificativo de humanos para universalizar una idea de humanidad, pero ese carácter debe ser comprendido bajo la lógica de ser productos culturales fruto de luchas sociales. Por ello, si bien se presentan como universales, como producto del despliegue de una naturaleza humana esencial y abstracta, los derechos humanos desde la perspectiva de Herrera en realidad debieran ser situados como procesos de lucha.

2.2.- El peligro de imperialismo cultural como un reparo a los derechos humanos

Los derechos humanos serían hoy una realidad jurídica reconocida en las instituciones nacionales e internacionales, sin embargo, generan diversos escepticismos en el plano de la dogmática jurídica y otros tantos desacuerdos en el plano de la praxis judicial.

La amplitud de estos escepticismos es variada, algunos parten de las características que teóricamente se le atribuyen, como la afirmación de ser universales;¹¹⁶ pero también otros tantos reparos apuntan a la doctrina internacional, tal como existe hoy en día: su ámbito de aplicación e instrumentalización política en materia internacional. Por un lado estarían las críticas a su construcción teórica, propia de reflexiones dogmáticas; y por otro, sus consecuencias prácticas, propias de la praxis jurídica.

Pues bien, revisados algunos puntos de vista en el apartado anterior, es posible afirmar primero que la forma de entender el llamado universalismo de los derechos humanos es variada y va muy de la mano con la fundamentación de los mismos, y sus variadas perspectivas. Pero además hay que observar que la objeción al universalismo de los derechos humanos no es la pretensión de vigencia y exigibilidad universal en sí misma,

¹¹⁶ Beitz, C. Op.cit., p. 197.

sino la preocupación por sus consecuencias, el temor que los derechos humanos se conviertan en vectores de imperialismo político y cultural, de un neocolonialismo, donde la hegemonía de determinada cultura se oculte tras la pretensión jurídica de universalidad.¹¹⁷

Entonces, si se acota el problema del universalismo de los derechos humanos al temor de un imperialismo cultural, la pretensión de universalidad genera una tensión entre aquellas visiones que defienden un universalismo fuerte, que no considere la diversidad cultural; y por otro lado, visiones que defienden un relativismo cultural absoluto, que descarta la comprensión intercultural y como consecuencia de ello, descarta también la posibilidad de normas jurídicas con pretensiones universales.

Por tanto, no es la noción teórica del carácter universal de ciertos derechos lo peligroso en sí mismo, sino las potenciales implicancias. El cuestionamiento de fondo es la potencial homogenización y dominación a través de la noción político-jurídica de los derechos humanos.

Pues bien, llegado este punto se puede sostener que la reflexión sobre el universalismo debiera considerar dos cuestiones: en primer lugar, que la llamada cultura occidental es en realidad ya un abanico no uniforme de distintos modos de vida y culturas, de forma que en su seno existe también un debate abierto en la búsqueda de consensos mínimos y respeto por lo diverso. En segundo lugar, que es indispensable para tomar alguna opción revisar el potencial que estos derechos pueden tener en la protección de la diversidad. Se estima entonces que ahí radicaría el mayor desafío: el de no renunciar a la noción de derechos humanos, sino dotarlos de un contenido respetuoso de la diversidad cultural.

Ahora bien, retomando el problema del origen occidental y local en el nacimiento de los instrumentos de derechos humanos, es cierto que los primeros esbozos de las revoluciones burguesas consagraron unos derechos humanos liberales e individualistas, que negaron las particularidades culturales y sociales de muchos sujetos históricos; sin embargo, no es menos cierto que las luchas de esos sujetos excluidos por los pensadores burgueses de la ilustración y sus reclamos, primero por inclusión y luego por diferenciación, son precisamente las luchas que marcan la pauta de la continua construcción de los derechos humanos y su evolución en textos internacionales.

Han sido las mujeres, los pueblos originarios, los migrantes, personas con capacidades diferentes, personas con orientaciones sexuales diversas, entre otros, quienes han

¹¹⁷ Aguiló Bonet, A. (2009). Globalización neoliberal y antropodiversidad: (tres) propuestas para promover la paz y el diálogo intercultural.

exigido respeto e inclusión, quienes han perfilado la comprensión de los derechos humanos no solo como derechos individuales, sino también como derechos colectivos y sociales. Los derechos humanos se plantean así como principios universales necesarios para una buena convivencia social. Pero tales principios, como dirá Bhikhu Parekh, deben ser culturalmente interpretados.¹¹⁸

El universalismo desde tal perspectiva no sería irreconciliable con el reconocimiento y el respeto de formas de diferencia y su negociación democrática, sino que es posible compatibilizar el universalismo normativo de los derechos humanos con una visión pluralista y respetuosa de la diversidad cultural. Este planteamiento sin duda recoge en parte varias de las visiones de los autores anteriores.

Al respecto, hay que aclarar que no es al azar la elección de los autores del acápite anterior, pues son formas de comprender los derechos humanos desde la dogmática jurídica, que con sus discrepancias y convergencias, abren perspectivas hacia una comprensión multicultural de los derechos humanos.

No obstante, se advierte que, tal como se explicará en las páginas siguientes, para que esta compatibilización entre derechos humanos y diversidad cultural sea plausible es esencial la concepción de las culturas como totalidades complejas, no uniformes internamente, no completas, ni cerradas, sino como relatos en esencia controvertidos internamente, incompletos y abiertos,¹¹⁹ que pueden y requieren del diálogo intercultural.

En este sentido resulta también importante destacar lo que Benhabib concluye en relación al problema del relativismo cultural. Señala la autora ya mencionada que esta idea se formularía desde el supuesto de la inconmensurabilidad e intraducibilidad fuerte de las culturas, idea basada en la concepción errada de la existencia de una pureza cultural, lo que sería, como se ha señalado, una falacia. Sin embargo, también aclara Benhabib que es peligroso afirmar apresuradamente una conmensurabilidad total. Hacer conmensurables y traducibles las culturas, no es sólo un acto cognitivo, sino

¹¹⁸ El autor, siguiendo la línea propuesta en esta tesis, aboga por el diálogo como punto de encuentro, indicando que “Aunque podamos intentar obtener valores universales analizando la naturaleza humana, el consenso moral universal, etc., tal como han hecho filósofos durante siglos, la forma más satisfactoria de llegar a ellos es por medio del diálogo universal o transcultural”. Parekh, B. Op. cit., p. 197.

¹¹⁹ En este sentido Benhabib explica que la idea de culturas como totalidades deriva de la confusión entre la noción de civilización y de cultura, y que el “surgimiento de la modernidad occidental, la economía capitalista mercantil, la visión científica y racional del mundo y el control burocrático administrativo han alterado de forma radical” el significado de cultura. Afirma que el discurso de los románticos Alemanes contribuyó a la construcción de un imaginario de cultura como una entidad unificada y homogénea internamente, a lo que la antropología social habría convertido en la opción dominante, al considerar la cultura como totalidad de sistemas y prácticas sociales de significación, representación y simbolismo que poseen lógicas autónomas. Benhabib, S. Op. cit., p. 22.

también una acción política y ética,¹²⁰ precisamente dos componentes de las nociones jurídicas de los derechos humanos.

A este respecto, si aceptamos que los derechos humanos son normas jurídicas, pero a su vez productos culturales, procesos sociales, consensos políticos y principios jurídicos, como planteaban los autores mencionados en los acápites anteriores, toma relevancia reflexionar sobre la raíz de los principios que subyacen en los primeros textos jurídicos de derechos humanos, los que, si bien encuentran su influencia directa en los pensamientos de la Ilustración, encuentran a su vez influencia de los estoicos y cristianos, que por su parte recogen influencias de Oriente y Occidente. En tal sentido, no es posible dejar de mencionar que hay quienes afirman el error de considerar los derechos humanos solo construcciones culturales occidentales, sino que tendrían también una herencia común de orientales y occidentales, aunque su inicial positivización se haya producido en el ámbito occidental, en un momento histórico particular.¹²¹

Si se profundiza aún más en la crítica al universalismo es posible observar que en el temor de ser vectores de imperialismo cultural subyace la preocupación por un etnocentrismo, es decir, la sobrevaloración de una cultura que a su vez infravalora la distinta. El peligro radicaría en pretender volver universales conceptos que surgieron en el desarrollo histórico de lo que sería la cultura occidental.

Sin embargo, si bien las primeras declaraciones de derechos humanos nacieron en Occidente, los instrumentos internacionales de derechos humanos se encuentran en proceso de construcción constante, son procesos sociales y políticos todavía inacabados.

2.2.1.- Hegemonía, derecho y poder en el universalismo de los derechos humanos

Boaventura de Sousa Santos resume lo que se viene analizando mediante lo que él denomina la globalización de un localismo, es decir, a la hegemonía de una cultura por medio del pretexto de la expansión de los derechos humanos. Este autor describe la

¹²⁰ “Las teorías que propugnan una inconmensurabilidad fuerte nos distraen de las numerosas y sutiles negociaciones epistémicas y morales que ocurren entre las culturas, dentro de ellas, entre las personas e, incluso, en el interior de cada uno cuando debemos lidiar con la discrepancia, la ambigüedad, la discordancia y el conflicto.” Benhabib, S. Op. cit p. 69.

¹²¹ Talavera Fernández, P. (2011). Op. cit., pp. 7-38.

hegemonía como “*la capacidad de las clases dominantes para transformar sus ideas en ideas dominantes*”.¹²²

De este modo el peligro de etnocentrismo, como un fundamentalismo, en realidad estaría relacionado con un imperialismo, porque existiría una relación de poder en él inmersa, la hegemonía de una concepción de mundo. Para entender este peligro de hegemonía cultural hay que situar los derechos humanos dentro de la globalización y las relaciones de poder. En tal sentido, Santos distingue cuatro modos de producción de la globalización: primero, se encuentran los localismos globalizados, que tienen lugar cuando un fenómeno local es exitosamente extendido por el mundo; segundo, la globalización de un localismo, que es el impacto específico de imperativos transnacionales en condiciones locales; en tercer lugar, el cosmopolitismo subalterno, que es la solidaridad transfronteriza entre grupos que son explotados, oprimidos o excluidos por la globalización hegemónica; y, en cuarto lugar, lo que denomina la herencia común de la humanidad, asuntos que son de importancia global, como la propia sostenibilidad de la tierra.

Lo que Santos denomina localismos globalizados y globalismos localizados corresponden a una *globalización hegemónica*, que produciría un *derecho hegemónico*; en cambio, el cosmopolitismo subalterno y la herencia común de la humanidad serían globalizaciones *desde abajo*, capaces de gestar un derecho emancipatorio.

Desde esta perspectiva, el análisis nos lleva a la relación entre derecho y poder. El poder para Boaventura de Sousa Santos es cualquier relación social regulada por un intercambio desigual; se trata entonces de relaciones sociales entre sujetos iguales en la teoría, pero desiguales en la práctica.¹²³

Ahora bien, el derecho, como una herramienta política, requiere tener en consideración estas relaciones de poder, debe ser analizado entonces en relación a las formas de dominación inmersas en él. El derecho, así comprendido, no es un fenómeno neutral, ni meramente técnico, sino un campo de lucha de poderes.

Por ello, Santos planteará que los derechos humanos pueden concebirse bien como localismos globalizados o como una modalidad de cosmopolitismos subalternos e insurgentes; como una globalización desde arriba o desde abajo. Por ello propone una reconstrucción intercultural de estos derechos. Propone entonces, al igual que Habermas, no una renuncia a los derechos humanos, sino su reconstrucción. Sostiene que para poder funcionar como una globalización cosmopolita, éstos deben ser reconceptualizados como multiculturales.

¹²² Santos, B. de S. (2003). Op. cit., p.37.

¹²³ Santos, B. de S. (2003). Op. cit., p.37.

En este contexto, Santos distingue entre dos universalismos. Por un lado, el universalismo del occidentalismo, pensando los orígenes históricos de los derechos humanos, en la globalización de un localismo. Por otro lado, el universalismo que los define como válidos para un determinado momento de la historia, es decir, si en un determinado momento de la historia estos se captan universalmente como estándares ideales de la vida política y moral,¹²⁴ es lo que otros autores revisados plantean como un universalismo de llegada.

Pues bien, el foco se deberá colocar entonces en esa llegada, en el análisis de esos valores que en determinado momento de la historia son captados como estándares ideales en las distintas culturas. En tal sentido, para Santos los diferentes valores fundamentales en diferentes culturas conducirán a preocupaciones isomórficas que, dados los adecuados procedimientos hermenéuticos, pudieran convertirse en mutuamente inteligibles o mutuamente interpretables. Estima, por tanto, que es posible pensar y construir derechos humanos con características de universales sin ser hegemónicos.

El autor plantea que todas las culturas son relativas, pero el relativismo cultural como postura filosófica sería erróneo. Es importante esta distinción que hace Santos porque a partir de esta diferencia reflexiona el universalismo de los derechos humanos. Explica que todas las culturas aspiran a tener valores y preocupaciones absolutas.¹²⁵

Entonces, contra el universalismo hegemónico propone diálogos transculturales sobre preocupaciones isomórficas; contra el relativismo desarrollar criterios procedimentales transculturales para distinguir la política progresista de la conservadora, el apoderamiento del desapoderamiento, la emancipación de la regulación. Agrega que para lograr un diálogo transcultural que conduzca a una concepción no hegemónica de los derechos humanos, el intercambio debe ser entre diferentes saberes y entre diferentes culturas.

Por ello, se necesitaría una nueva arquitectura de los derechos humanos basada en un nuevo fundamento, más allá de sus raíces históricas, para construir una concepción de derechos humanos, lo que es ante todo, dice Santos, una tarea epistemológica.

De esta manera, para transformar la perspectiva hegemónica de los derechos humanos, para reinventar los equilibrios de poder y transformarlos en un proyecto cosmopolita, se requieren varias revisiones y diálogos. En primer lugar, se hace ineludible no dar por supuesto el universalismo de los derechos humanos, sino que se

¹²⁴ Santos, B. de S. (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. p.68.

¹²⁵ Santos, B. de S. (2010). *Op. cit.*, p.70.

debe revisar dogmáticamente; para ello, se debe abrir un debate sobre universalismo y relativismo cultural.

Pero además, en relación a la fundamentación de los derechos humanos, debe aceptarse que existen diversas concepciones culturales sobre lo que se entiende como estándares ideales de la vida política y moral, de la vida buena, preocupaciones isomórficas, que deben entrar en un diálogo intercultural para fundamentar los derechos humanos.

2.3.- La compatibilidad entre el universalismo de los derechos humanos y la diversidad cultural

La controversia entre la relación de los derechos humanos con el multiculturalismo ha venido creciendo en los últimos años, como puede revisarse en diversos textos y autores.¹²⁶ Juristas, filósofos, sociólogos y antropólogos están interesados en la temática. De los diversos autores, es posible destacar una corriente que comparte aquella visión que estima plausible comprender multiculturalmente a los derechos humanos.

Como se ha mencionado, Seyla Benhabib explica cómo la actualidad está marcada por nuevas formas de políticas identitarias que han aumentado la tensión entre los principios universalistas y las particularidades de la nacionalidad, la religión, el género, la raza y el lenguaje. Sitúa el auge de las reivindicaciones de estas particularidades y los cuestionamientos al universalismo de los derechos humanos en variados factores como la desintegración de Estados en Europa tras la caída de los regímenes socialistas y el surgimiento de regímenes regionales que abrieron las puertas a las diferencias. También menciona los desafíos que las reivindicaciones de género, raza, lenguaje, etnia y orientación sexual le plantean, desde fines de la década de los setenta, a las viejas democracias liberales. Destaca cómo la propia globalización, como un factor relevante en la homogeneización cultural, social y económica, se habría topado con la resistencia y la subversión de aquellos interesados en proteger la autonomía de sus modos de vida.¹²⁷ Agrega además, entre otros puntos, a la

¹²⁶ Villar Borda, L. (2004). Derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo (Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho).

¹²⁷ Benhabib, S. Op. cit., p. 8.

migración, propia de una sociedad que se dice global, como fenómeno que habría generado especial preocupación por el respeto de la diversidad cultural.¹²⁸

En ese contexto, la autora propone como salida al cuestionamiento del carácter universalista y el peligro de homogenización que envuelve a los derechos humanos un modelo de democracia deliberativa que toma de referencia la propuesta de Habermas y habla entonces de una democracia deliberativa de doble vía. Tal modelo de democracia deliberativa de doble vía abre al diálogo democrático las disputas multiculturales, tanto al interior de las instancias públicas estatales, como en la esfera de la sociedad civil.¹²⁹

Sin embargo, para comprender la propuesta de Benhabib hay que relacionarla con la noción que tiene de las culturas que se explicó en el capítulo primero. La autora no acepta la idea de la existencia de una pureza cultural, y de que las culturas sean homogéneas internamente, sino que las define como “*prácticas humanas complejas de significación y representación, de organización y atribución, divididas internamente por relatos de conflicto*”.¹³⁰

Para Benhabib, aquellas corrientes que entienden una cultura como un todo homogéneo internamente tendrían una comprensión reduccionista de la cultura, basada en una observación externa que intenta establecer rasgos comunes en ellas, obviando las discrepancias internas, para poner énfasis en el carácter definido y delimitado del grupo.¹³¹ Así, sería falso que las culturas sean totalidades puras y completas; y que sea posible realizar una descripción no controvertida de ellas.

En ese contexto, la pensadora propone un universalismo interactivo, basado en tres condiciones: la reciprocidad igualitaria; la autoadscripción voluntaria; y la libertad de salida y asociación.

La reciprocidad igualitaria supone que los miembros de una cultura minoritaria no deben merecer menores derechos civiles, políticos, económicos o culturales que la mayoría. La autoadscripción voluntaria es una condición que supone que una persona no debe ser asignada automáticamente a un grupo cultural, religioso o lingüístico en virtud de su nacimiento, sino que ella debe optar por dicha pertenencia. La libertad de salida y asociación se refiere precisamente a la libertad para salirse del grupo al que

¹²⁸ Benhabib, S. Op. cit., pp. 192-193.

¹²⁹ Benhabib, S. Op. cit., p. 194.

¹³⁰ Benhabib, S. Op. cit., p. 10.

¹³¹ “Cualquier visión de la cultura como totalidades claramente definibles es una visión desde afuera que genera coherencia con el propósito de comprender y controlar. Por el contrario, los participantes de la cultura experimentan sus tradiciones, historia, rituales y símbolos, herramientas y condiciones materiales de vida a través de relatos narrativos compartidos, aunque también controvertidos y factibles de ser rebatidos.”. Benhabib, S. Op. cit., p. 29.

está adscrito aunque dicha salida pueda estar acompañada de pérdida de ciertos privilegios formales.¹³²

Así, la autora aboga por un universalismo interactivo de los derechos humanos, un universalismo basado en el diálogo intercultural. Cita en este contexto a Bhikhu Parekh,¹³³ quien confecciona el listado de doce prácticas que con frecuencia provocan choques de evaluación intercultural. Este listado, ya mencionado, permite, para los fines de esta tesis, vislumbrar algunos conflictos concretos en que los derechos humanos pudieran generar conflicto con prácticas culturales: la circuncisión femenina, la poligamia, los métodos musulmanes y judíos para sacrificar a los animales, los matrimonios arreglados, los matrimonios dentro de grados de parentesco, la laceración de las mejillas de los niños y niñas u otras partes del cuerpo, la práctica musulmana de retirar a las niñas de ciertos ámbitos de educación mixta como deportes y natación, la tradición musulmana de que las niñas usen el pañuelo islámico o similar, la insistencia sikh de ponerse o quitarse los turbantes tradicionales, la negativa de los gitanos y amish a enviar a sus niños y niñas a escuelas públicas, los pedidos de los hindúes para poder cremar a sus muertos, o el estatus subordinado de las mujeres.

Al situar la problemática del universalismo en confrontaciones en casos concretos: ¿Cómo compatibilizar el derecho a preservar la cultura y manifestaciones culturales cuando éstos parecen enfrentados a otros derechos humanos básicos? ¿Cómo defender los derechos colectivos y cuándo limitar las tradiciones culturales que atentan contra libertades individuales?

En este sentido, resulta interesante lo señalado por Amartya Sen. El autor aclara que frente a estos choques de prácticas culturales, hay que entender que en realidad las culturas se encuentran inmersas en un válido intercambio cultural, pues supone que la comunicación intercultural y la apreciación de otras culturas no tienen que ser vistas como reprochables o peligrosas para la otra cultura.¹³⁴

Estima el autor que aquellos que temen por las culturas, y defienden en tal sentido la no revisión de sus prácticas culturales, suelen tener una visión muy frágil de cada una de ellas. En general, resulta difícil defender el valor de mantener tradiciones puras, ya que precisamente las influencias interculturales serían parte de la construcción de cada cultura y por ello es descartable el separatismo cultural.

Una cultura inmersa en un mundo globalizado puede ir perdiendo tradiciones e ir incorporando nuevas prácticas, sin embargo, ello no es un fenómeno solo de los

¹³² Benhabib, S. Op. cit., pp. 51-52.

¹³³ Benhabib, S. Op. cit., p. 147.

¹³⁴ Benhabib, S. Op. cit., p. 294.

últimos siglos, pues las culturas nunca habrían sido un todo aislado: la dinámica interna de una cultura no consistiría únicamente en la confirmación de sus tradiciones, sino también de la transformación de las mismas. Las culturas, por tanto, están construidas gracias a la dialéctica entre innovación y tradición.¹³⁵

No obstante ello, en medio de procesos acelerados de globalización con preeminencia de una cultura dominante, puede ocurrir que exista un abandono de tradiciones a tal punto importante que la desaparición de viejos modos de vida cause una profunda sensación de pérdida y desarraigo en la comunidad. En tal sentido, Amartya Sen plantea que los modos de vida de una cultura al interior de un Estado debieran poder conservarse, pero solo si así lo deciden los integrantes de esa cultura.¹³⁶

Así, mientras Benhabib situaba la libertad desde la perspectiva del individuo, radicada principalmente en la opción de ser parte de las prácticas culturales o no, Sen sitúa esa opción en el grupo social, que determina la continuidad o el abandono de prácticas propias de su cultura.

Por otra parte, Sen converge de algún modo en la idea de democracia deliberativa postulada por Habermas y de democracia de doble vía planteada por Benhabib, en el sentido que plantea que los diversos modos de vida debieran poder conservarse si la sociedad así lo decide democráticamente. De lo que se tratará entonces es de sopesar los costes de ese dialogo democrático. En tal sentido, advierte Sen, deben ser los diferentes sectores de esa sociedad los que deben poder participar en las decisiones sobre lo que debe conservarse y lo que debe desecharse, y no solamente los socialmente privilegiados.¹³⁷

En este contexto, Amartya Sen explica que en general resulta difícil defender el valor de mantener tradiciones puras e impolutas, pues los procesos de intercambio cultural serían parte de la construcción de cada cultura. Es la idea de culturas porosas que se viene comentando.

Es posible afirmar entonces que las diferentes culturas serían capaces de compartir valores y ponerse de acuerdo en principios básicos, premisas fundamentales, para aceptar instituciones como la de los derechos humanos.

En tal sentido, el universalismo de los derechos humanos no constituiría en sí mismo un problema de homogenización o etnocentrismo, sino que el problema estaría dado si

¹³⁵ Vázquez, P. (2008). Diálogo intercultural. En UNICEF. Interculturalidad: reflexiones desde la práctica. p. 70, 71.

¹³⁶ Sen, A. (2000). Desarrollo y libertad. Capítulo 10: "Cultura y derechos humanos", pp. 276- 299.

¹³⁷ Sen, A. (2000). Op. cit., p. 293.

el contenido de los derechos humanos no estuviera precedido del diálogo necesario que permitiera un acuerdo sobre principios comunes.

Tanto la propuesta de Habermas, la de Benhabib y también la de Sen, plantean de este modo, el diálogo como puerta de escape ante las críticas al universalismo y el etnocentrismo. Este diálogo es el factor común en la comprensión de los derechos humanos respetuosos de la multiculturalidad.

Al seguir estos postulados, el universalismo no sería irreconciliable con el reconocimiento de formas de diferencia y su negociación democrática. Es posible compatibilizar el universalismo normativo de los derechos humanos con una visión pluralista y respetuosa de la diversidad cultural a través del consenso y del diálogo multicultural.

Sin embargo, algo también común en estas tres reflexiones es la comprensión previa de las culturas. Todas ellas parten de una concepción de las culturas como totalidades complejas, no uniformes internamente y porosas.

Pues bien, hasta aquí es posible esbozar dos premisas básicas que permiten caminar hacia una propuesta de comprensión multicultural de los derechos humanos. La primera es entender a las culturas como incompletas y traducibles, conmensurables. La segunda es entender la pretensión de universalidad de los derechos humanos como un universalismo interactivo que permite vislumbrar los derechos humanos como derechos no estáticos, sino abiertos al diálogo.¹³⁸

En este contexto, el énfasis de los capítulos siguientes estará puesto en la interpretación como mecanismo de diálogo de los derechos humanos desarrollado como una alternativa al peligro de imperialismo cultural. Particularmente, se analizará el ejercicio de interpretación que pudiera darse, o no darse, en las instancias de jurisdicción internacional. En tal sentido, los capítulos siguientes se limitarán a proponer una vía jurídico-interpretativa para la comprensión no hegemónica de los derechos ya consagrados en instrumentos internacionales, sin adentrarse en el diálogo político previo a su consagración y positivización internacional.

Entonces, la cuestión es preguntarse cómo los conflictos entre los derechos humanos con pretensión de universalidad y la diversidad de las prácticas culturales, llevados a los tribunales, pueden suscitar problemas de interpretación-aplicación en materia de derechos humanos, y de qué manera una interpretación multicultural haría posible dotar a los derechos humanos de un contenido no hegemónico.

¹³⁸ Señala Benhabib que “el diálogo democrático, así como el hermenéutico jurídico, se mejoran con el reposicionamiento y la rearticulación de reivindicaciones de derechos en la esfera pública de las democracias liberales.” Benhabib, S. Op. cit., p. 250.

La hipótesis que se defenderá es que es la propia interpretación de los derechos humanos la que pudiera permitir reivindicar la diferencia y alcanzar el desafío de vivir el carácter multicultural de los derechos humanos; de no pensar la multiculturalidad como la condena a una realidad fragmentada, que obliga a la renuncia de estos derechos.¹³⁹

¹³⁹ Tal conclusión merece la cita de esta frase: “la interculturalidad es la discusión de nuestras instituciones y de nuestros conocimientos. Incorporar al otro no es tolerar o simplemente reconocer, es aceptar que tiene una verdad y que su verdad es del nivel de mi verdad, razón por la cual merece que se debata y, en ese devenir seguro, irá surgiendo una verdad para todas las personas a través del convencimiento y de la razón.” Guendel, L. (2008). Aprendiendo acerca de la interculturalidad y la política en los países andinos. En UNICEF. Interculturalidad: reflexiones desde la práctica. p. 32.

SEGUNDA PARTE: EL DERECHO POSITIVO

*“...la idea de un derecho cosmopolita
no resulta una representación fantástica ni extravagante,
sino que completa el código no escrito del derecho político y del derecho de gentes
en un derecho público de la humanidad,
siendo un complemento de la paz perpetua,
al constituirse en condición para una continua aproximación a ella”*

Immanuel Kant ¹⁴⁰

¹⁴⁰ Kant, I.(1998). Sobre la paz perpetua.p.30

CAPÍTULO 3.- SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y DIVERSIDAD CULTURAL

3. Introducción

Los Estados al suscribir tratados internacionales de Derechos Humanos comprometen su soberanía en el respeto y garantía de dichas normas. Así, la adopción de un instrumento internacional de estas características impone nuevas obligaciones a los Estados y sus agentes, limitando su actuar frente a los ciudadanos.

Los alcances de estas obligaciones son un tema abordado por el derecho internacional público, de modo que aquí solo se revisará la perspectiva teórica de sus efectos en los debates multiculturales. Así, la perspectiva que interesa en esta tesis es el alcance de los derechos humanos como limitadores de la soberanía y la protección de la diversidad cultural al interior de los Estados.

Pues bien, la doctrina del derecho internacional presenta varias teorías mediante las cuales se explica el nexo que existe entre el orden jurídico internacional y el interno, las que pueden ser clasificadas en tres vertientes: la tesis dualista, la tesis monista y la tesis coordinadora.¹⁴¹

La tesis dualista postula que los dos ordenamientos jurídicos, el internacional y el interno, se desarrollarían de forma independiente como dos sistemas jurídicos autónomos y paralelos. Las normas cuya fuente son el derecho internacional solo obligan a comunidades soberanas, a los Estados, de modo que no puede originar derechos para los individuos, para los ciudadanos. Esta teoría dualista postula entonces que una persona no puede ser obligada ni beneficiada por las normas del derecho internacional de manera directa, solo el Estado puede ser obligado o favorecido por ellas en sus relaciones con otros Estados. De esta forma, para que las normas del derecho internacional alcancen a los individuos, éstas deben ser transformadas en normas de derecho interno, debe operar una “recepción” del derecho internacional en el derecho interno.

Por su parte, la tesis monista considera que el derecho Interno y el Internacional se encuentran unificados en un solo sistema jurídico, aunque uno de ellos prevalece sobre el otro. Algunos considerarán que prevalece el derecho internacional, otros, que lo hace el derecho interno.¹⁴² La gran consecuencia de esta tesis es que el derecho

¹⁴¹ Becerra, M. (2006). La recepción del derecho internacional en el derecho interno (1ª ed.). p.13 y ss.

¹⁴² La teoría que considera al derecho internacional jerárquicamente superior se fundamenta en el principio *pacta sunt servanda*; por otro lado, la teoría que considera la supremacía del derecho interno

internacional se entiende incorporado al ordenamiento jurídico nacional, es decir, el derecho internacional pasa a formar parte del derecho interno de manera automática cuando el Estado se obliga a nivel internacional.

La tesis coordinadora o conciliadora, denominada también monismo moderado, concibe un solo sistema jurídico donde interactúan tanto el derecho interno como el internacional y, en caso de conflicto entre normas, la solución debe ser encontrada en la unidad del sistema jurídico, sin que una norma prevalezca siempre por sobre otra.

Siguiendo esta última tesis es que los ciudadanos, por ejemplo las comunidades indígenas, podrían invocar normas de derecho internacional en su protección y lograr el respeto por prácticas culturales, aun cuando no exista una norma de fuente interna sobre esa materia. Es en esta lógica que algunos autores han dimensionado la importancia de estos instrumentos internacionales, porque han podido ser utilizados como herramientas jurídicas para los más débiles, en palabras de Ferrajoli.

Sin embargo, la otra cara de este derecho internacional es el fenómeno de la globalización económica, que ha generado una soberanía difusa, pero esta vez el poder se encontraría no en manos de los más débiles, sino que se encontraría disperso en el mercado global. Esto es lo que Juan Ramón Capella describe como el soberano supraestatal difuso, que *“atribuye a los titulares, públicos, internacionales y privados”* un poder supraestatal que *“produce efectos de naturaleza pública”*, un nuevo poder que impone a los Estados determinadas políticas.¹⁴³

Lo anterior permite sostener la reconfiguración del poder soberano. El poder soberano ha sido transformado por la globalización económica, pero también ha sido transformado por los *códigos de derechos humanos universales*, en palabras de Saskia Sassen.¹⁴⁴ Son desde luego estos últimos los que despiertan el interés de la tesis.

El Derecho internacional tradicional era un orden jurídico regulador de las relaciones de coexistencia y cooperación entre Estados soberanos, iguales e independientes; los Estados Soberanos eran los únicos sujetos del derecho internacional.¹⁴⁵ Sin embargo, el derecho internacional de los derechos humanos marca un punto de inflexión en su desarrollo, pues lo dota de otra perspectiva y de otros sujetos: pueblos y personas encuentran hoy una protección en estas normas.

del Estado se funda en que la validez del derecho internacional está sujeta al orden jurídico interno, pues para que las normas internacionales sean reconocidas es necesario que la Constitución del Estado realice un reenvío o incorporación de las normas internacionales.

¹⁴³ Capella, J. R. (2008). Fruta prohibida: una aproximación histórica-teórica al estudio de derecho y del Estado. p.307.

¹⁴⁴ Sassen, S. (2001). ¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización. p. 97.

¹⁴⁵ Carrillo Salcedo, J. A. (2000). Derechos humanos y derecho internacional. p. 70.

Así, por una parte, el derecho internacional de los derechos humanos es un desafío para las concepciones políticas del liberalismo, para la democracia y para la noción de soberanía; pero, a su vez, es una oportunidad para los más débiles.

En el presente capítulo y el siguiente se revisará la praxis normativa y jurisprudencial de los derechos humanos. Se buscará analizar si han podido ser aplicados como normas al servicio de la protección de la diversidad cultural y el multiculturalismo, o por el contrario, si sólo han operado como vectores de imperialismo cultural.

Por ello, en el presente capítulo se revisará la consagración en instrumentos internacionales de normas protectoras del pluralismo cultural. La reflexión se hará entonces en positivo, se buscará reconstruir el camino que ha vivido la praxis de los derechos humanos desde la perspectiva de la protección de la diversidad cultural.

3.1.- Las luchas por el reconocimiento de la diversidad cultural en América Latina

La historia se remonta a la independencia del poder colonial en el siglo XIX, donde los nacientes Estados post coloniales reproducen una dualidad jurídico-social. Reconocían una república de indios, por un lado, y una de criollos, por otro. La alianza entre criollos y blancos reforzó las prácticas de discriminación hacia los pueblos originarios. Los Estados recién constituidos llevaron a cabo procesos de colonización interna de sus territorios, desarrollando conquistas y despojando a la población indígena de sus tierras, recursos e identidad. Las elites siguieron negando una serie de derechos a quienes consideraban razas inferiores.¹⁴⁶ La historia se repite en muchas partes del mundo.

Durante el siglo XX los Estados americanos desarrollaron políticas públicas que entendían las diferencias étnicas y culturales como elementos que debían ser obviados o reprimidos. Esas políticas pueden ser clasificadas como de asimilación: directa, en tanto buscaban derechamente la absorción de culturas; o bien indirecta, en tanto no reconocían la diversidad cultural en el desarrollo de políticas públicas.

Estas políticas buscaban construir una identidad homogénea al interior de los Estados Nacionales. Para lograr la anhelada homogeneidad se debía absorber y anular a los pueblos indígenas.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Meentzen, Á. (2007). Políticas públicas para los pueblos indígenas en América Latina. Los casos de México, Guatemala, Ecuador, Perú y Bolivia. p. 26.

¹⁴⁷ Pantel, B. (2004). Derechos internacionales y derechos políticos indígenas: el desafío democrático.

Más tarde, las políticas sociales de la segunda mitad del siglo XX fueron paternalistas y asistencialistas. Se consideraba a los pueblos indígenas como los responsables del atraso y el subdesarrollo. Se entendía a la diversidad cultural como un problema que debía ser solucionado para que los Estados americanos alcanzaran el desarrollo. Se afirmaba que los pueblos originarios generaban una fragmentación de las naciones y un retraso. La visión entonces era dual, por un lado se posicionaba a los pueblos atrasados, supersticiosos y pobres y, por otro, a la cultura moderna creadora de tecnología e impulsora del progreso.

Las corrientes desarrollistas estudiaban en ese contexto a la diversidad cultural desde una perspectiva cuantitativa. Por ello, abordaban la situación de los pueblos indígenas desde su marginación económica. Se buscaba que los pueblos indígenas accedieran al desarrollo económico, de manera que las políticas públicas centraban la problemática en la pobreza y no en la identidad o en la interculturalidad.

Sin embargo, los pueblos indígenas comenzaron a demandar derechos específicos y acciones especiales de parte del Estado.¹⁴⁸ La autoconciencia y la reivindicación del respeto de la diferencia obligaron a que el enfoque pasara a ser en derechos, más allá del asistencialismo y el paternalismo predominante en las primeras políticas públicas relacionadas con el multiculturalismo.

Ese enfoque en derechos llevó a que muchos pueblos indígenas tomaran como bandera de lucha la consagración de derechos indígenas, derechos humanos especialmente protectores de su realidad. Luego, su perspectiva amplió la comprensión de los derechos humanos y reivindicaron no solo derechos individuales, sino colectivos y ambientales.

Así, los intentos de homogeneización cultural se toparon en América Latina con la resistencia de aquellos interesados en proteger la autonomía de sus modos de vida y sistemas de valores por medio del derecho, por medio de los derechos humanos.¹⁴⁹ Ello se tradujo en luchas por espacios políticos al interior de los Estados, pero también en reivindicaciones internacionales por reconocimiento en instrumentos internacionales de derechos humanos especiales para pueblos indígenas.

De ese modo, los instrumentos internacionales de derechos humanos fueron parte del campo de lucha de las reivindicaciones culturales. Estos derechos que arrastran desde sus orígenes históricos una perspectiva occidental, tuvieron que ir incorporando nuevas

En Aylwin, J. (Ed.). Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno. p. 73.

¹⁴⁸ Pantel, B. (2004). Op. cit., p. 18.

¹⁴⁹ Benhabib, S. (2006). Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global. p. 8.

perspectivas multiculturales, fruto de estas luchas sociales y del indigenismo en América.

Fueron entonces las luchas de los pueblos indígenas, por décadas subyugados por las políticas de asimilación, las que permitieron incorporar nuevas perspectivas en estos instrumentos internacionales. Esto, a su vez, ha posibilitado utilizar los propios instrumentos de derechos humanos como herramientas jurídicas y sociales para la protección de la diversidad cultural.

Sin estos instrumentos internacionales las modificaciones a legislaciones nacionales y Constituciones en muchos países de América Latina quizás no hubieran sido posibles.¹⁵⁰ Ahora, el reconocimiento de derechos indígenas ha sido una de las diversas estrategias seguidas por los pueblos indígenas y minorías culturales.

Estas estrategias diversas abarcan desde la resistencia armada hasta alianzas con representantes de los Estados, denuncia pública, participación en mesas de diálogos interculturales, organización ciudadana y representación política.¹⁵¹ Estas páginas solo se detendrán en las reivindicaciones a nivel del derecho internacional de los derechos humanos.

3.2.- Las reivindicaciones jurídicas por el reconocimiento y protección de la diversidad cultural en la normativa internacional de los derechos humanos

En el capítulo anterior se explicó el cuestionamiento sustancial a las categorías jurídicas que constituyen los derechos humanos desde la perspectiva del multiculturalismo. Sin embargo, se hace ineludible abordar también la perspectiva práctica y revisar cómo los derechos humanos han permitido a diversas culturas resguardar sus modos de vida.

En ese contexto, tanto en la Organización de Naciones Unidas (ONU) y en la Organización de Estados Americanos (OEA) se debate desde hace décadas sobre el reconocimiento de los derechos de diversidad cultural y derechos especiales de los pueblos indígenas. Es, sin duda, un debate no solo filosófico sobre el contenido de los

¹⁵⁰ El llamado auge del indigenismo en América Latina, entendiéndolo por tal el fenómeno ocurrido desde mediados del siglo pasado, década de los cuarenta, logró traspasar el ámbito de las declaraciones internacionales y aterrizar en los derechos nacionales. Las nuevas Constituciones, enmarcadas a su vez en lo que algunos han denominado neoconstitucionalismo, proclaman un carácter pluricultural, como la Constitución de Colombia de 1991; la Constitución de Bolivia de 1967; la Constitución de Ecuador de 1998 y la Constitución de Perú de 1993.

¹⁵¹ Meentzen, Á. Op. cit., p. 44.

derechos humanos y su validez para distintas culturas, sino más bien un debate práctico. La búsqueda del reconocimiento específico de los derechos para los pueblos indígenas y la diversidad cultural que permita a todos los individuos y colectividades defender sus propias prácticas culturales.

El camino recorrido por diversas organizaciones indígenas en distintas instancias internacionales es largo. Durante décadas se planteó por ellos la reivindicación de derechos colectivos y derechos especiales para las comunidades indígenas. Los escepticismos liberales de la postguerra muchas veces impidieron el avance hacia el desarrollo de un reconocimiento particular en derechos y de la implementación de acciones afirmativas.¹⁵²

Pese a ello, fruto de las reivindicaciones de los pueblos indígenas y minorías étnicas los instrumentos internacionales no pudieron ocultar la especial situación de vulneración que vivía esta parte de la población mundial.

El primer instrumento internacional especialmente importante para pueblos indígenas fue la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, instrumento que permitía ser invocado para detener la subyugación humana que vivían muchas culturas no occidentales en el mundo. Luego, en 1960 la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales contendría la primera definición del derecho de autodeterminación, la que dará inicio a un amplio debate a escala internacional sobre el concepto de pueblo y la noción unitaria de los Estados Nacionales.

Más tarde, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1968, van a reconocer de manera genérica los derechos de los pueblos y su cultura. En paralelo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965 aportará la perspectiva del respeto por la diversidad cultural en los instrumentos internacionales.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 27, es el primer instrumento internacional que contiene una referencia a minorías étnicas, aunque su redacción es vaga y débil: *“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*

¹⁵² “Los liberales dieron por supuesto que allá donde se protegieran dichos derechos individuales, no era necesario atribuir derechos adicionales a los miembros de minorías étnicas o nacionales específicas”. Kymlicka, W. (2015). Ciudadanía multicultural. p.15.

propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”

Si bien el mencionado artículo 27 muestra un alcance limitado, es clave en la normativa internacional, pues impulsó a la Subcomisión a preparar nuevos textos jurídicos para una protección más efectiva de los derechos de los grupos considerados minorías.

En ese contexto se redactará la Declaración de los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas. Dicha Declaración constituye un mandato a los Estados para proteger la existencia y la identidad de las minorías nacionales o étnicas, culturales, religiosas y lingüísticas en sus territorios. Además, exige que los Estados adopten otras medidas que favorezcan la identidad y el desarrollo cultural de dichas minorías. Sin embargo, este instrumento internacional, pese a ser un gran avance en las luchas de las organizaciones indígenas por reivindicar sus derechos en instrumentos internacionales, tiene dos grandes limitaciones: por un lado, reconoce derechos solo a las personas pertenecientes a minorías culturales, pero no a grupos o colectividades, manteniendo un enfoque individualista;¹⁵³ y por otro, es un texto no vinculante para los Estados.

Luego existen otros textos complementarios, como la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, emitida por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Hay, además, instrumentos que, sin estar dirigidos a la protección de los pueblos indígenas o el respeto por la diversidad cultural expresamente, han sido utilizados como herramientas jurídicas para el respeto de sus derechos, como es el caso de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

También es posible mencionar la Declaración de Durban (Sudáfrica) suscrita en la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de intolerancia. Esta declaración del 2001, revisa temas de interculturalidad sin ser, eso sí, un instrumento internacional vinculante para los Estados.

Otros documentos internacionales que muestran la preocupación por la diversidad cultural, y en particular por los pueblos indígenas en América Latina, son la Declaración de Brasilia, suscrita en Noviembre de 2004 por representantes de 13 países latinoamericanos y dos europeos en el marco de la Primera Reunión

¹⁵³ Aylwin, J. (Ed.). (2004). Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno (1ª ed.). p. 23.

Intergubernamental sobre Institucionalidad y Políticas Públicas orientadas a Pueblos Indígenas. También es posible destacar el Programa de Acción para el Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo del 2005-2014, documento A/60/270 de la ONU.

Todos estos instrumentos recogen de manera fragmentada y cautelosa derechos culturales. Ninguno de esos derechos ha sido una concesión espontánea o una consideración casual, sino que todos han sido fruto del trabajo a escala internacional de comunidades indígenas y su diálogo político. Son, como diría Herrera Flores, fruto de un proceso de lucha.

Así, son las reivindicaciones indígenas las que en el plano del derecho internacional hicieron que la atención a los derechos para la protección de la diversidad cultural fuera ganando fuerza. Por ello la ONU creó una Comisión de Derechos Humanos de la cual dependió la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Esta comisión en 1983 publicó un resumen de su trabajo y recomendaciones, texto que dio origen al Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC), que a su vez creará un Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas. El 2002, bajo el paraguas de la ONU, se crearía un Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas, como organismo asesor del ECOSOC.

El grupo de trabajo del ECOSOC tenía el mandato de investigar temas relacionados con la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas. Luego de quince años de trabajo se entregó el proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, que más adelante se detallará un poco más.

Por otra parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) publicó un primer estudio sobre las condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas en 1953. Esto hizo que más tarde la OIT desarrollara el Convenio 107 sobre la Protección de las Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes. Sin embargo, este texto fue ampliamente cuestionado, pues reflejaba una perspectiva paternalista de integración y asimilación de las poblaciones indígenas, que por mucho prevaleció en la política pública de los Estados.

Las críticas a estas posturas asimilacionistas lograron que la OIT decidiera realizar una revisión del Convenio 107, que desembocó en 1989 en la adopción por la Conferencia General de la OIT del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, tratado que es hoy piedra angular para las luchas por reconocimiento de los propios pueblos indígenas al interior de los Estados y que también se revisará en las próximas páginas.

3.3.- Instrumentos internacionales de derechos humanos y multiculturalismo

Los primeros instrumentos internacionales de derechos humanos se construyeron desde la idea liberal de que no resultaba necesario atribuir derechos adicionales a los miembros de minorías étnicas o nacionales específicas.¹⁵⁴ Se entendía que las minorías se protegerían indirectamente garantizando los derechos civiles y políticos básicos de todos los individuos, con independencia de su grupo de pertenencia. Guiada precisamente por esta filosofía, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 no contiene ninguna referencia a los derechos de las minorías étnicas o nacionales.

Los liberales de la posguerra rechazaban la idea de que algunos grupos necesitaran derechos específicos para reconciliar diferencias culturales.

El problema era que las doctrinas tradicionales sobre los derechos humanos no daban ninguna respuesta a los problemas particulares de los pueblos indígenas o minorías culturales. Por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión nada dice sobre una política lingüística adecuada. El problema sería entonces que las minorías culturales son más vulnerables a injusticias y el obviarlo agravaría un conflicto etnocultural, como explica Kymlicka.

Por ello, en el desarrollo del derecho internacional se fueron complementando los principios tradicionales de derechos humanos, con teorías de derechos de las minorías.

Así, por ejemplo, por más de tres décadas las organizaciones indígenas negociaron la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Los debates se centraron en definir los criterios para determinar los grupos poblacionales que pueden ser considerados como pueblos indígenas, en el equilibrio entre los derechos individuales y los colectivos, así como entre los derechos generales y los especiales de las minorías étnicas.

La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, hoy en vigencia, fija claras responsabilidades para los Estados en la protección de las minorías culturales, tanto en la prevención de todo tipo de amenaza de las culturas e identidades como en la implementación de medidas especiales para los pueblos indígenas. Este instrumento es un hito porque marca una nueva forma de entender los derechos humanos. Sin embargo, el instrumento jurídico internacional vinculante de mayor relevancia es hoy el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

¹⁵⁴ Kymlicka, W. Op. cit., p.15.

Will Kymlicka explica que es posible encontrar distintas formas de pluralismo cultural, por un lado, los multinacionales, donde la diversidad cultural surge de la incorporación de culturas que anteriormente poseían autogobiernos y estaban concentradas territorialmente al interior de un Estado mayor y, por otro lado, distingue los Estados poliétnicos, donde la diversidad cultural surge de la inmigración individual y familiar. Sobre esta última perspectiva destaca la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de Diciembre de 1990.

De esta forma, sin existir un corpus iuris sobre derechos humanos en materias multiculturales, es posible encontrar varios textos que tratan temas étnicos, raciales, culturales y lingüísticos. Aquí se revisarán tres textos fundamentales referidos al respeto de la diversidad cultural: el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Además, se destacarán los textos fundamentales del Sistema Interamericano para contextualizar la protección de la multiculturalidad en este marco normativo, que se profundizará en el capítulo siguiente.

3.3.1.- El Convenio 169 de la Oficina Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales

El Convenio 169 fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en la reunión número 76, en 1989. El Convenio utiliza la terminología incluyente de pueblos indígenas y tribales y les atribuye el mismo conjunto de derechos a los dos grupos.

Entiende por pueblos tribales, según se explica en su artículo primero, a aquella población cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.

A su vez, menciona a los pueblos indígenas como aquellos que por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

El Convenio se fundamenta en el respeto a las culturas, por ello los principios fundamentales de consulta y participación constituyen su piedra angular.

Además el Convenio cubre una amplia gama de cuestiones relativas a los pueblos indígenas, que incluyen el empleo y la formación profesional, la educación, la seguridad social y la salud, las instituciones tradicionales, las lenguas, las creencias religiosas y la cooperación a través de las fronteras.

La explotación de los pueblos indígenas inspiró directamente la adopción de normas laborales predecesoras. El Convenio 107 fue el primer tratado internacional en ocuparse específicamente de los derechos de los pueblos indígenas. El Convenio sigue todavía en vigor en algunos países, aunque quedó cerrado a nuevas ratificaciones desde la entrada en vigor del Convenio 169.

Durante los años cincuenta fue cada vez más evidente que las condiciones laborales de estos pueblos eran la consecuencia de injusticias y prejuicios profundamente arraigados y ligados intrínsecamente a cuestiones más amplias de identidad, idioma, cultura, costumbres y tierras. Por ello, en 1957 la OIT adoptó el Convenio sobre poblaciones Indígenas y Tribales, número 107.

En 1986 una comisión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT concluyó que el enfoque integracionista del Convenio 107 era obsoleto y que su aplicación era perjudicial, por ello inició su revisión, adoptando finalmente el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en 1989.

El Convenio 169 adopta una perspectiva global que cubre una amplia gama de cuestiones que afectan la vida y el bienestar de estos pueblos, no solo en temas laborales. Por ello, declara la Convención que este instrumento internacional parte de la base del reconocimiento de las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, de su desarrollo económico, a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.

Declara la Convención que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión. El objetivo del Convenio es superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas.

En su artículo 2, el Convenio establece que los Estados, mediante sus gobiernos, deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos

interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad, debiendo asegurar a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; así como promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.

Por su parte, el artículo 8 limita la aplicación de toda la legislación nacional al respeto de las costumbres o derechos consuetudinarios. Sin embargo, como límite y contrapartida a lo anterior, el artículo 9 establece una limitación particular a temas penales, en tanto esa consideración tiene como límites los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Estas normas ilustran el rol de la interpretación jurídica, tanto del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, como del derecho internacional de los derechos humanos.

Este texto es un tratado internacional que adquiere carácter obligatorio para los Estados en virtud de su ratificación. Hasta la fecha, ha sido ratificado por múltiples Estados miembros de la OIT en América Latina, Asia, África y Europa. Pero más allá del círculo de los países ratificantes, el Convenio es un punto de referencia internacional, citado y utilizado por los órganos de la ONU, órganos regionales de derechos humanos y tribunales nacionales e internacionales como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Convenio, en este sentido, ha permitido desarrollar marcos legislativos nacionales en pro de la protección de la diversidad cultural. La responsabilidad de su aplicación recae en los Gobiernos de los países ratificantes. Los Estados se comprometen a presentar memorias sobre la aplicación del Convenio cada cinco años como mínimo. Dichas memorias se deben compartir con las organizaciones de trabajadores y de empleadores a nivel nacional.

Además, en virtud de la Constitución de la OIT, las organizaciones de trabajadores y de empleadores pueden comunicar informaciones y comentarios sobre la aplicación del Convenio, o presentar sus quejas con el objetivo de que los órganos de control de la OIT estén al tanto del progreso, los desafíos o las violaciones relacionadas con el Convenio. Las memorias son examinadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, la que formula comentarios para los Estados interesados con el objetivo de guiar el proceso de aplicación. Las observaciones de la Comisión de Expertos se presentan a la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, donde se selecciona un número limitado de dichas observaciones para discutir en un foro tripartito y se formulan conclusiones para los Estados en cuestión.

Las reclamaciones pueden ser presentadas por las organizaciones de empleadores o de trabajadores en virtud del Artículo 24 de la Constitución de la OIT en caso de una supuesta violación al Convenio. Las reclamaciones se remiten a un comité tripartito establecido por el Consejo de Administración, que formula conclusiones y recomendaciones.

El control de la aplicación del Convenio 169 es un proceso dinámico y la mayoría de los casos que han sido presentados ante los órganos de control atañen a la falta de consultas con los pueblos indígenas en lo relativo a las medidas o a los proyectos que afectan a sus tierras. El Convenio contempla la consulta y participación como mecanismo para eliminar el enfoque integracionista del anterior Convenio 107.

El requisito general de consultar a los pueblos indígenas se encuentra en el Artículo 6 del Convenio como una obligación general, cuando existan medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a dichos pueblos. Dichas medidas pueden referirse a la elaboración de legislación nacional relativa a consultas o a la construcción de infraestructura vial en las tierras de una comunidad indígena específica. Además, el Convenio subraya particularmente la necesidad de consultar en ciertas circunstancias, como cuando se trate de proyectos de prospección o la explotación de los recursos del subsuelo y a la reubicación y la enajenación de tierras.

El contenido central de la aplicación de los conceptos de consulta y participación resulta clave en el contexto de las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados. En términos operacionales, implica el establecimiento de mecanismos institucionalizados para consultas regulares y amplias a la par que mecanismos específicos que se aplican cada vez que una comunidad determinada se vea afectada por circunstancias particulares.

En 2009, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones indicaba que los Estados ratificantes debían garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales. También se debían incluir disposiciones en la legislación que exijan la realización de consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y prospección de recursos naturales.

La obligación de garantizar consultas adecuadas recae en los Estados, pero lo más interesante es que el Convenio estipula que los pueblos indígenas deben ser consultados a través de sus propias instituciones representativas.

Además, como se mencionó, el Convenio reconoce varios otros derechos de relevancia para pueblos originarios. Destaca el reconocimiento de un derecho amplio de los pueblos indígenas a las tierras y a los recursos que tradicionalmente ocupan y utilizan.

El reconocimiento del derecho a las tierras se fundamenta en la ocupación tradicional, que comprende la tierra donde los pueblos indígenas vivieron a lo largo del tiempo y que desean transmitir a las generaciones futuras.

También incluye una serie de salvaguardas para prevenir el desplazamiento de los pueblos indígenas de sus tierras, donde el principio general es que los pueblos indígenas no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan y cuando, excepcionalmente, el traslado resulte inevitable debe sólo constituir una medida excepcional. La reubicación excepcional sólo deberá efectuarse con el consentimiento previo de los pueblos indígenas, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.

Además, destaca el derecho a los recursos naturales existentes en sus tierras, que comprende el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. La excepción al principio general ocurre en los casos en los que la propiedad de los minerales, de los recursos del subsuelo o de otros recursos recae en el Estado. En tales casos, se establece una serie de salvaguardas para garantizar que los pueblos indígenas sean adecuadamente consultados y que participen en los beneficios y perciban una indemnización equitativa por todo daño que puedan sufrir.

En este contexto, por ejemplo, en 2010 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios solicitó al Gobierno de Perú la suspensión de las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectaban a los pueblos cubiertos por el Convenio, en tanto no se asegurara la participación y consulta de los pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio. Ese mismo año dirigió solicitudes similares sobre la suspensión de actividades a los gobiernos de Colombia y Guatemala.

Finalmente, es posible agregar, que además de estas consideraciones y derechos particulares, el Convenio 169 reafirma que los pueblos indígenas y tribales tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que todos los demás seres humanos.

3.3.2.- La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada por la Asamblea General de la ONU en 2007, después de más de 20 años de negociaciones entre los pueblos indígenas y los Estados. El texto es el más reciente sobre la temática y, pese a que no tiene la fuerza vinculante de un tratado, debe ser considerado de buena fe por todos los Estados Miembros de la ONU.

La Declaración recoge los derechos humanos contenidos en otras declaraciones pero los articula en el contexto de los pueblos indígenas.¹⁵⁵ Por ello es que las disposiciones de la Declaración y la del Convenio 169 se complementan. Sin embargo, la Declaración es más amplia y aborda otros temas que no fueron incluidos en el Convenio 169, tales como la militarización de las tierras indígenas y la protección de los conocimientos tradicionales, así como el debatido derecho de autodeterminación.

El texto reconoce la igualdad en derechos de los pueblos indígenas al indicar que son iguales a todos los demás pueblos, consagrando su derecho a no ser discriminados en el artículo 1, 2 y 15. También hace menciones a evitar discriminaciones particulares, como laboral o salarial en el artículo 17. A su vez, reconoce su derecho a la diversidad cultural, consagra el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales, en tanto contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas.

La declaración reconoce las injusticias históricas que han sufrido los pueblos indígenas como resultado, entre otras cosas, de la colonización, con el despojo de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses.

Destaca la necesidad de respetar y promover los derechos que denomina “intrínsecos” de los pueblos indígenas, que derivarían de sus estructuras políticas, económicas y

¹⁵⁵ Dentro de la temática también destaca Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992. El texto está inspirado en las disposiciones del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativas a los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. En su artículo primero establece que los Estados adoptarán medidas apropiadas, legislativas y de otro tipo, para proteger la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad; estableciendo en su artículo 2 que estas personas tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo.

sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos.

El instrumento internacional, además, afirma explícitamente el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación. Así lo señala tanto en su preámbulo como en su artículo 3 y 4, donde declara que en virtud de ese derecho pueden determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural, así como a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales.

Sin embargo, por los amplios debates que genera este derecho, se insertó en el numeral uno del artículo final la siguiente limitación relacionada con el derecho de autodeterminación: artículo 46: *“1. Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”*¹⁵⁶

Por otra parte, la cultura de los pueblos indígenas es protegida por el texto internacional en diversos artículos. Así, defiende el derecho a la identidad propia y la integridad cultural de los pueblos indígenas por medio del derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones culturales. También reconoce el derecho a pertenecer a una comunidad o nación, de conformidad con las costumbres de la comunidad o nación de que se trate; el derecho a practicar, revitalizar y transmitir sus costumbres y tradiciones culturales; el derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas; el derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales, costumbres, espiritualidad, tradiciones y sistemas jurídicos; a desarrollar su patrimonio cultural y sus conocimientos tradicionales; y el derecho a no ser sometidos a la asimilación forzada o la destrucción de su cultura.¹⁵⁷

Además, dentro de los varios derechos que consagrara en forma particular, destaca, en su artículo 10, el derecho a no ser desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios y el de practicar y revitalizar sus tradiciones, costumbres y manifestaciones culturales, destacando en tal sentido los artículos 11, 12, 13, 31 y 34. Así, el artículo 34 refuerza que los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones,

¹⁵⁶ El convenio 169 excluyó explícitamente el derecho de autodeterminación por el debate no cerrado sobre este punto.

¹⁵⁷ Artículos 5; 9; 11; 14 y 15; 34; 31; 8.

procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

En el artículo 20, la Declaración consagra que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas, económicas y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo.

Asimismo, reconoce en el artículo 26 que los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido, así como a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. A su vez, consagra en el artículo 28 el derecho a restitución de esos territorios ancestrales.

Por otra parte, la Declaración en su artículo 33 señala que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones, pero a su vez aclara que ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.

Finalmente, la Declaración establece el principio interpretativo más favorable a los pueblos indígenas, al indicar en el artículo 37 que nada de lo contenido en la Declaración se interpretará en el sentido de que menoscabe o suprima los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

Este instrumento internacional establece que los órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales contribuirán a la aplicación de la Declaración.

Es interesante observar que los derechos que figuran en la Declaración tratan de proteger, además de los derechos individuales, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, es decir, los pueblos indígenas pueden ser titulares colectivos de derechos humanos. Aquí se consagra por tanto una nueva comprensión, un acercamiento multicultural de los derechos humanos.

3.3.3 La protección a los derechos humanos de las personas migrantes

La protección a los derechos humanos de los migrantes podemos encontrarla en distintos textos, de manera directa e indirecta.¹⁵⁸ Sin embargo, la normativa más importante está contenida en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de Diciembre de 1990.¹⁵⁹ A este texto, habría que agregar el reciente Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, un acuerdo intergubernamental, no vinculante, negociado bajo el auspicio de las Naciones Unidas, cuyo objetivo es cubrir todas las diversas dimensiones de la migración y velar por la protección de los derechos humanos de todas las personas migrantes.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios fue adoptada luego de un largo proceso de redacción, inspirándose principalmente en los convenios de la OIT,¹⁶⁰ y es una manifestación de la

¹⁵⁸ Convención sobre la Esclavitud, de 1929; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984; Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985; Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, y sus protocolos facultativos relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 2000; Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, resolución 47/135 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992; Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998; Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000; Convención sobre estatuto de los refugiados (1951); Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, adoptado por las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000.

¹⁵⁹ En relación a los otros instrumentos de las Naciones Unidas, destacan principalmente la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, que es una de las más ampliamente ratificadas entre las convenciones de las Naciones Unidas que se refieren a los derechos humanos, y obliga a los Estados parte a prohibir toda discriminación basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico contra todas las personas dentro de la jurisdicción del Estado y a establecer sanciones legales por actividades basadas en tal discriminación.

¹⁶⁰ Convenio sobre la Igualdad de Trabajo, Accidentes del trabajo (N° 19), de 1925; Convenio sobre el Trabajo Forzoso (N° 29), de 1930; Convenio sobre la Conservación de los Derechos de Pensión de los Migrantes, (N° 48), de 1935; Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (N° 97), de 1949; Recomendación sobre los Trabajadores Migrantes (N° 86) de 1949; Convenio sobre Igualdad de Remuneración (N° 100), de 1951; Recomendación sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes (países insuficientemente desarrollados) (N° 100), de 1955; Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso (N° 105), de 1957; Convenio sobre la Discriminación (empleo y ocupación) (N° 111), de 1958; Convenio sobre la Igualdad de Trato en Materia de Seguridad Social (N° 118), de 1962; Convenio sobre

preocupación que en materia internacional se ha puesto al tema de los migrantes. A ello se suman otros esfuerzos de Naciones Unidas, como es la creación del Grupo de Trabajo Intergubernamental de expertos en derechos humanos de los migrantes y el cargo de Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, creados con el fin de examinar las maneras y medios de superar los obstáculos para la total y efectiva protección de los derechos humanos de este grupo vulnerable de personas.

La Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares abarca no solo temas laborales, sino también la migración de forma amplia, refiriéndose al trato, el bienestar y desarrollo cultural de los migrantes.

La Convención es aplicable, según lo señala su artículo 1, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Su protección se extiende a todo el proceso de migración desde la preparación, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual.

El instrumento en cuestión trata estos derechos en tres encabezados: en la parte II consagra el principio de no discriminación; en la parte III aborda los derechos humanos de los trabajadores migratorios y de sus familiares independientemente de su estatus legal, por tratarse de derechos humanos fundamentales; mientras que los otros derechos regulados en la parte IV se aplican sólo a los trabajadores migratorios en situación regular.

Como premisa para el resto de los derechos, en el artículo 7 se establece el principio de no discriminación, estableciéndose que los Estados deben comprometerse a respetar y asegurar los derechos consagrados en la Convención a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción.

En la tercera parte se establece un largo listado de derechos y libertades que deben respetarse aun cuando los trabajadores estén en situación irregular, para lo cual se enumeran en los artículos 8 al 35 un nutrido conjunto de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales aplicables a todos los migrantes y a sus familias.

los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) (Nº 143), de 1975; Recomendación sobre los Trabajadores Migrantes (Nº 151), de 1975; Convenio sobre la Conservación de los Derechos en Materia de Seguridad Social (Nº 157), de 1982; Convenio sobre el Bienestar de la Gente de mar (Nº 163), de 1987.

Estos derechos son en su mayoría una reiteración de las declaraciones contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo cual no se debe pensar que la Convención propone derechos humanos nuevos. Simplemente los hace explícitamente aplicables a la condición especial de dichas personas, considerando sus circunstancias particulares, de manera similar a como la Convención 169 los hacía explícitamente aplicables a los pueblos indígenas.

De ese modo, la Convención reafirma el derecho a la vida en su artículo 9 y prohíbe los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes en el artículo 10, así como la esclavitud o servidumbre y el trabajo forzoso u obligado en el artículo 11. También se consagran derechos a las libertades básicas como la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el artículo 12; el derecho de tener y expresar sus opiniones en el artículo 13; el derecho a su honor y reputación, así como a la privacidad, que se extiende a su hogar, su familia y sus comunicaciones en el artículo 14; además, se establece que su propiedad no debe ser confiscada arbitrariamente conforme al artículo 15.

Cuando la Convención pasa a ser legislación interna de cada Estado se establecen una serie de deberes para éstos, ya sea en su calidad de Estados de envío o de recepción de las migraciones. Los Estados involucrados no pueden ejercer presiones sobre los trabajadores migratorios o sus familiares para que cedan o renuncien a los derechos que surgen de la Convención, según lo señala el artículo 82. Por el contrario, deben asegurar el reconocimiento de estos derechos y proporcionar soluciones efectivas ante sus posibles violaciones.

Además, la Convención invita a una colaboración activa entre los Estados, al señalar que los Estados involucrados deben consultarse y colaborar entre sí, para asegurar a los migrantes y sus familiares mejores condiciones de vida y trabajo, teniendo en cuenta las necesidades sociales, económicas, culturales y otras que puedan tener, para lo que deberán tomar las medidas necesarias, no menos favorables que aquellas fijadas para los nacionales, de tal manera de asegurarles condiciones de vida y trabajo de conformidad con las normas de propiedad, seguridad, salud y dignidad humana.¹⁶¹

En concordancia con todo ello, se establece que los Estados deben mantener los servicios adecuados para la formulación e implementación de las políticas de migración; como también deben asegurar el intercambio de información, consulta y cooperación entre las autoridades.¹⁶²

¹⁶¹ Artículos 64 y 70.

¹⁶² Artículos 65 y 66

La Convención contempla una especie de control recíproco entre Estados, al señalar el artículo 76 que si un Estado parte considera que otro Estado parte no está cumpliendo sus obligaciones derivadas de la Convención, podrá comunicárselo por escrito e informar al Comité del mismo asunto. En un plazo de tres meses contados desde la recepción de la comunicación, el Estado receptor debe ofrecer al Estado que envió la comunicación una explicación u otra exposición por escrito en la que aclare el asunto y que, en la medida de lo posible, haga referencia a los procedimientos y recursos internos hechos valer, pendientes o existentes sobre la materia y si el asunto no es resuelto dentro de seis meses de recibida la comunicación inicial por el Estado receptor, cualquiera de ellos podrá referirlo al Comité para que se pronuncie.

Por otro lado, el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular es un proceso que tiene origen el 2016, cuando en la Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes, la Asamblea General decidió desarrollar un pacto mundial para establecer una migración segura, ordenada y regular. El proceso comienza concretamente en abril de 2017, y en diciembre de 2018 la Asamblea General celebrará una conferencia intergubernamental sobre migración internacional con vistas a adoptar este pacto mundial.

Este Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular reconoce el escenario actual, y la difícil realidad para muchos migrantes, instando a los gobiernos de los distintos Estados a impulsar políticas migratorias acordes al flujo migratorio y los derechos humanos de las personas migrantes. Sin embargo, no se trata de un instrumento internacional vinculante jurídicamente para los Estados, es únicamente un acuerdo global para proteger los derechos de las personas migrantes, pero no es un instrumento particularmente protector de su diversidad cultural.

Consta de 23 objetivos, como la cooperación para abordar las causas que motivan la migración o mejorar las vías de migración legal. Pero también hay compromisos concretos, como medidas contra la trata y el tráfico de personas, evitar la separación de las familias, usar la detención de migrantes sólo como última opción o reconocer el derecho de los migrantes irregulares a recibir salud y educación en sus países de destino.¹⁶³

La diversidad cultural y los derechos a la diferencia cultural en las sociedades de recepción no estarían especialmente protegidos en estos instrumentos internacionales. No existirían derechos colectivos o una especial mención sobre la protección de la multiculturalidad.

¹⁶³ Disponible en <https://refugeesmigrants.un.org/es/pacto-sobre-migraci%C3%B3n> Última consulta Noviembre 2020.

3.3.4. Textos fundamentales en el Sistema Interamericano desde una perspectiva multicultural

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es el texto fundamental en el sistema regional americano de derechos humanos vinculado a la Organización de Estados Americanos (OEA), que está compuesta por todos los Estados de las Américas y el Caribe.¹⁶⁴

En el sistema de la OEA, los derechos humanos están protegidos por dos marcos interrelacionados. El primero está basado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. El segundo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Declaración es aplicable y obligatoria en todos los estados miembros de la OEA,¹⁶⁵ mientras que la Convención es aplicable y obligatoria sólo a aquellos Estados que la han ratificado.¹⁶⁶

Los derechos definidos en la Convención y en la Declaración son fundamentalmente derechos individuales, civiles y políticos. Se contempla el derecho a la vida, el derecho a no sufrir discriminación y a gozar de una protección igualitaria ante la ley, el derecho al debido proceso legal, el derecho a la libertad de reunión, asociación y religión, el derecho a la propiedad, entre otros. Sin embargo, el preámbulo de la Convención

¹⁶⁴ La OEA fue creada en 1948 cuando se suscribió, en Bogotá, Colombia, la Carta de la OEA que entró en vigencia en diciembre de 1951. Posteriormente, la Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, que entró en vigencia en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, que entró en vigencia en noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, que entró en vigencia en enero de 1996, y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, que entró en vigor en septiembre de 1997. Los 35 países miembros son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, Barbados, Trinidad y Tobago, Jamaica, Granada, Surinam, Dominica, Santa Lucía, Antigua y Barbuda, San Vicente y las Granadinas, Bahamas, St. Kitts y Nevis, Canadá, Belice, Guyana

¹⁶⁵ En abril de 1948, la OEA aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en Bogotá, Colombia, el primer documento internacional de derechos humanos de carácter general.

¹⁶⁶ En 1969 se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor en 1978 y que hoy se encuentra ratificada por 25 países: A la fecha, veinticinco naciones Americanas han ratificado o se han adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 26 de mayo de 1998. Venezuela denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 10 de septiembre de 2012.

reconoce la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales y su indivisibilidad con respecto a los otros derechos humanos.

La Convención Americana fue suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos humanos en San José de Costa Rica en Noviembre de 1969 y, por ello, es también conocida como Pacto de San José. Este texto fundamental además de contemplar normas sobre derechos humanos, ha entregado competencias a la Comisión Interamericana y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para supervigilar el respeto a los derechos humanos de los Estados que han ratificado el instrumento internacional.

Conforme al artículo 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados parte se obligan a respetar estos derechos y garantizar su ejercicio, de modo tal que los Estados deben abstenerse de violarlos y, a su vez, deben tomar todas las medidas necesarias para su efectivo goce y ejercicio.

Los preceptos de la Convención Americana establecen derechos exigibles de manera directa dentro del Estado, a menos que exista una estipulación expresa que condicione el cumplimiento de la norma al desarrollo legislativo interno, como lo ha aclarado expresamente la Corte en opinión consultiva OC-7 del 29 de Agosto de 1986.

Los mecanismos de control e implementación de la Declaración y la Convención son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana. Las sentencias de la Corte son legalmente obligatorias, mientras que la Comisión es responsable del monitoreo de la implementación de los derechos contenidos en la Convención y la Declaración de acuerdo a sus funciones y poderes definidos por el Artículo 41 de la Convención Americana, lo que realiza de varias formas, incluyendo la recepción y análisis de las peticiones de individuos, grupos de individuos y ONGs, como también en los estudios que realiza sobre la situación de derechos humanos de los Estados miembros de la OEA, todo lo cual se encuentra regulado en los estatutos y reglamentos tanto de la Comisión como de la Corte.

La Corte Interamericana, conforme al artículo 33 de la Convención, tiene dos funciones principales: la de realizar la interpretación autorizada de tratados y otros instrumentos promulgados por el sistema de la OEA y, por otro lado, resolver casos y disputas puntuales. Conforme a ambas normas, si bien una sentencia de la Corte Interamericana tiene efectos directos sobre los Estados involucrados, la interpretación que realice sobre una norma tendrá efectos generales para todos los Estados sometidos al Sistema Interamericano.

Se debe aclarar que una característica importante del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es que los procedimientos ante la Comisión y la Corte no quedan

limitados exclusivamente a la aplicación de las normas contenidas en la Convención y la Declaración Americana, sino que se aplican varios instrumentos internacionales que le han ido entregando competencia.¹⁶⁷ Por su parte, el Artículo 29-b de la Convención establece que ninguna previsión de la Convención debe interpretarse como una restricción del goce o ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocidos en virtud de la legislación de cualquier Parte Estatal o en virtud de otro Convenio del que es parte uno de dichos Estados.¹⁶⁸

Por esta razón, la Corte Interamericana examina las obligaciones de los Estados con respecto a una variedad de instrumentos internacionales para determinar si ha ocurrido una violación de la Declaración Americana o a la Convención. En ese contexto, revisa también el cumplimiento de las obligaciones del Estado, por ejemplo, respecto del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, los Convenios números 107 y 169 de la OIT sobre pueblos indígenas, la legislación humanitaria internacional codificada en los Convenios de Ginebra y diversos tratados, declaraciones y resoluciones adoptados por la ONU y sus agencias especializadas.

Sin embargo, no existe un instrumento internacional regional vinculante que aborde de manera específica la temática multicultural. Sin embargo desde 1989 se encomendó por la Asamblea General de la OEA a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la preparación de un instrumento jurídico relativo a los derechos de las poblaciones indígenas.¹⁶⁹

¹⁶⁷ MacKay, F. (2001). Una Guía para los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

¹⁶⁸ Artículo 29. Normas de Interpretación Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 31. Reconocimiento de Otros Derechos Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

¹⁶⁹ Otros instrumentos de derechos humanos Interamericanos que destacan sobre la temática en comento son el Convenio de 1985 para Impedir y Castigar la Tortura; el Protocolo de 1990 para el Convenio Americano sobre Derechos Humanos para Abolir la Pena de Muerte; el Convenio de 1994 sobre la Desaparición Forzosa de Personas, el Convenio de 1994 sobre la Prevención, el Castigo y la Erradicación de la Violencia contra las Mujeres; y el Convenio de 1999 sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra Personas con Discapacidades.

Se estableció un grupo de Trabajo del Consejo Permanente para considerar el proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, elaborándose un proyecto de Declaración Americana, texto que finalmente fue aprobado en 2016.¹⁷⁰

En febrero de 1997, la Comisión aprobó el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y puso el proyecto de declaración a disposición de la Asamblea General de la OEA, que lo entregó a un Grupo de Trabajo del Consejo Permanente para que continuara con la consideración del proyecto.

En 2000, la CIDH aprobó un informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas y desde entonces se realizaron sesiones especiales que contaron con participación de representantes de pueblos indígenas en un proceso que buscó el diálogo en la esfera pública, con el propósito de que sus observaciones fueran recogidas en la declaración.

La Comisión Interamericana, a través de los especialistas de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, asesoró al grupo de trabajo de la OEA en la acreditación y proceso de participación de los pueblos indígenas para la elaboración dialogada de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Después de varios años de negociaciones, el 2016 fue finalmente aprobada esta declaración. La Declaración afirma la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, por ello debe aplicarse en conjunto con los otros instrumentos internacionales revisados, como la propia Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los tratados especializados del Sistema Interamericano y universal de derechos humanos.

El texto, en su preámbulo reafirma que los pueblos indígenas son sociedades originarias, diversas y con identidad propia que forman parte integral de las Américas, y hace interesantes reafirmaciones además de colocar en contexto la declaración.

Se divide en varias secciones: sección primera: pueblos indígenas. ámbito de aplicación y alcances; sección segunda: derechos humanos y derechos colectivos; sección tercera: identidad cultural; sección cuarta: derechos organizativos y políticos; sección quinta: derechos sociales, económicos y de propiedad; y sección sexta: provisiones generales.

¹⁷⁰ Aprobada en la segunda sesión plenaria, en el marco del 46 Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), celebrada el 14 de junio de 2016.

Toda la aplicación de la Declaración se basa en el reconocimiento del derecho a la autoidentificación, consagrado en el artículo I y artículo VIII de la Declaración. El artículo I numeral 2 señala que *“La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena.”*

De todos los derechos reconocidos, parece interesante destacar al menos los siguientes. Establece el derecho a que los estados reconozcan la diversidad cultural en el artículo II al señalar que *“Los Estados reconocen y respetan el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas, quienes forman parte integral de sus sociedades”*.

Pero dentro de las declaraciones más destacadas, dado los cuestionamientos e inquietudes que generaba, la declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación en el artículo III, señalando que *“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”*

Destaca además de manera especial la consagración de los llamados derechos colectivos, al establecer en el artículo VI que *“Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas.”*

Otro derecho muy destacado, es la consagración del derecho a la igualdad de género de las mujeres indígenas, Artículos VII y XXXII de la Declaración. El Artículo VII, bajo el título de Igualdad de género, en el numeral 1 establece *“Las mujeres indígenas tienen el derecho al reconocimiento, protección y goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales contenidos en el derecho internacional, libres de todas las formas de discriminación”*.

Bueno, son varias y novedosas las declaraciones del texto, aquí sólo se han querido destacar algunos puntos. Por ejemplo la declaración consagra el derecho a sus territorios ancestrales, a la consulta y a un consentimiento previo, libre e informado. A

su vez, destaca su derecho a vivir libres de genocidio y otras formas de asimilación, discriminación racial, racismo, intolerancia y violencia.

Por su parte toda la sección tercera aborda distintos derechos de identidad cultural, de manera que fomenta el respeto, el desarrollo y el fortalecimiento de las culturas, a la identidad cultural, tradiciones, formas de vida e idiomas indígenas; su derecho a impartir o tener acceso a educación en sus propios idiomas y cultura, tal como el derecho de promover, desarrollar y acceder en pie de igualdad a todos los sistemas y medios de comunicación. Además, la Declaración protege el derecho de los pueblos indígenas a la salud y a un medio ambiente sano, entre varios otros derechos.

Es además el primer texto en reconocer el derecho de los pueblos y comunidades indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial a permanecer en dicha condición y de vivir de forma libre y de acuerdo a su cultura y cosmovisión.

Esta Declaración, muy anhelada por toda la comunidad internacional y los pueblos indígenas, no solo marca un hito por su contenido progresista, sino además por la forma en que se gestó, con participación de los pueblos involucrados. Sin duda se convierte en una fuente de principios importante que deben guiar todas las actuaciones de los Estados y la comprensión de otros textos protectores de los derechos de los pueblos indígenas.

3.4.- Los Tratados Internacionales de derechos humanos como herramientas jurídicas en el interior de los Estados

La decisión de ratificar un instrumento internacional es una decisión soberana y voluntaria de los Estados. Dicha decisión culmina, a menudo, luego de un largo proceso de diálogo entre el Gobierno y diversos sectores de la sociedad civil al interior de los mismos. Sin embargo, una vez ratificado el texto internacional, los Estados tienen la obligación de aplicar el Instrumento de buena fe en la legislación y en las políticas internas.

El desarrollo de las organizaciones y tribunales internacionales ha permitido consolidar la idea de que los Estados tienen la obligación de asegurar tanto el respeto de los derechos al interior de sus fronteras, como el de rendir cuenta sobre estas materias a nivel internacional. Este punto será trascendente en el capítulo siguiente para dimensionar la importancia del ejercicio interpretativo de los derechos humanos, y comprender la doctrina del examen de convencionalidad en materias multiculturales.

Los sistemas de derechos humanos regionales han tomado durante el siglo XXI una relevancia preponderante en la aplicación e interpretación de los derechos humanos. Entre estos sistemas regionales destaca el Europeo, el Interamericano, y el Africano. En la práctica, es posible encontrar operando el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Tratado de Roma, 1950) con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como órgano de control. El área Interamericana, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (pacto de San José de Costa Rica, 1969) y su órgano de control central, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sistema en el que se centrará la presente tesis. No obstante, también se encuentra la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada en Nairobi en 1981 (en vigor desde 1986). Además, en 1994 la Liga Árabe (organismo político, no religioso) adoptó el texto de una Carta Árabe de los Derechos del Hombre, que recoge la Declaración Universal.

En este sentido, los nuevos contextos históricos y políticos exigen del derecho nuevas formas de pensar los ordenamientos jurídicos, donde la protección de los derechos humanos trascienda los Estados y el derecho internacional clásico.

La noción de Estado Constitucional de Derecho significa que todo el Estado y sus diferentes organismos se constituyen en base a una adecuada distribución de la potestad estatal en órganos y funciones diferenciados. Sin embargo, además significa que los poderes del Estado se encuentran limitados por los derechos fundamentales.¹⁷¹

A diferencia de lo que se creía hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, cuando se pensaba que la democracia era garantía suficiente para frenar los posibles abusos del poder, hoy se entiende que ésta puede sucumbir ante influencias antidemocráticas y, por ello, los derechos humanos se han presentado como elementos centrales de su definición y configuración.

Es la idea de democracia sustancial de Luigi Ferrajoli, quien vislumbra los derechos humanos como el elemento sustancial de las democracias, por ser relativos a su contenido, al *qué* de las decisiones democráticas. Las democracias ya no serían definidas solo por la forma, que se refiere al *quién y cómo* se toman las decisiones soberanas; sino por su contenido: el respeto de los derechos fundamentales en dichas decisiones.¹⁷²

Ferrajoli desarrolla este postulado desde una perspectiva positivista, entendiendo que los derechos humanos consagrados en las Constituciones Políticas de los Estados constituirían "*la esfera de lo indecible*", es decir, de las prohibiciones a las decisiones

¹⁷¹ Nogueira Alcalá, H. (2003). Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. pp. 403-466.

¹⁷² Ferrajoli, L. (2005). Los fundamentos de los derechos fundamentales. p. 36.

soberanas. Los derechos humanos son un límite sustancial a las democracias acordado a escala mundial, son un límite a la soberanía.

Sin embargo, los derechos humanos ya no serían un asunto de la comunidad política de un Estado aislado, disponible solo a escala Constitucional. La globalización ha significado que las fronteras se abran no solo para los mercados, sino también para las personas, acarreando grandes desafíos de convivencia a nivel global.

Esta es la premisa y la comprensión que han tenido diversas organizaciones indígenas y minorías culturales y, por ello, han volcado sus luchas, no solo al interior de los Estados, sino en organismos internacionales para lograr el reconocimiento de sus derechos en instrumentos internacionales de derechos humanos, para entrar en la esfera sustancial de las democracias contemporáneas.

Si se entiende que la soberanía es el resultado de un imaginario jurídico, cuyo contenido varía a lo largo del tiempo, entonces es posible comprender mejor lo que significa afirmar hoy que la soberanía haga referencia a un poder limitado por los derechos humanos.

Los derechos humanos se han postulado como parámetros de validez y legitimidad democrática de los Estados constitucionales en el escenario mundial. Configuran, o podrían configurar, una protección jurídica de los intereses de los más débiles a escala internacional: un contrapeso al soberano económico.

Por ello, estos derechos se presentan, por un lado, como parámetros ético-políticos del poder; pero por otro lado, como parámetros jurídicos de validez. Por ello dirá Habermas que *“Los derechos humanos tienen un rostro jánico que está dirigido a la vez a la moral y al derecho”*.¹⁷³

La soberanía estaría limitada por los derechos humanos porque son los propios derechos humanos los que permitirían participar en una práctica común, el autogobierno; impiden la destrucción total de la soberanía y posibilitan el ejercicio del poder político de los más débiles.

Se trataría de normas mínimas de convivencia pacífica consagradas en instrumentos internacionales, que pasan a formar parte de los ordenamientos nacionales porque sus procedimientos democráticos así lo han permitido. Por ello, una vez que los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales son aceptados por los distintos Estados soberanos, pasan a cumplir una doble función; la de ser normas de validez, por su jerarquía superior al interior de los Estados Constitucionales; y normas de legitimidad, por su referencia ética como consenso mínimo mundial. Limitarían, por

¹⁷³ Habermas, J. (2000). La constelación posnacional. p. 153.

tanto, las decisiones soberanas, serían la sustancia de las democracias en términos de Ferrajoli.

Esta aseveración, aparentemente teórica, tendrá enormes consecuencias prácticas, en particular en el Sistema Interamericano de derechos humanos. Así, en el llamado examen de convencionalidad, la Corte Interamericana exige a los órganos internos de los Estados que ninguna norma, actuación o interpretación atente contra la Convención o los derechos humanos protegidos por el Sistema Interamericano de derechos humanos.

Esta misma lógica de soberanía limitada ha permitido, a su vez, a los pueblos indígenas defender sus territorios al interior de los Estados Americanos cuando las políticas extractivistas han intentado obviar sus derechos, como se verá en el capítulo siguiente.

Entonces, cuando se indica que la soberanía se muestra como un imaginario jurídico cambiante,¹⁷⁴ se reconoce que dicha noción se redensifica con diversas ideas jurídico-políticas que buscan dar una justificación al poder político.¹⁷⁵ Las dos preguntas centrales que marcan estas ideas intentan dar respuesta a quién, dentro del Estado, debe detentar el poder: la soberanía *en* el Estado o el problema de la soberanía interna; y si existe o debe existir algún poder superior al Estado: la soberanía externa o soberanía *del* Estado.

Los derechos humanos serán entendidos entonces en estas páginas como un proyecto de convivencia pacífica, cuyo punto de partida son los instrumentos internacionales de derechos humanos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros. Pero también variadas declaraciones, protocolos e instrumentos, que, con más o menos fuerza jurídica, han surgido al calor de las luchas sociales y han permitido el diálogo en el escenario mundial: la Convención Belem do Para contra la Violencia Contra la Mujer; el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas; la Declaración de

¹⁷⁴ El profesor Estévez explica como la soberanía es fruto de la “imaginación jurídica”, un acto de creación teórica; sostiene la tesis que el Estado y la soberanía son conceptos eminentemente teóricos que con el tiempo adquirieron un carácter descriptivo de la realidad, viviendo un proceso de “adquisición de realidad”; sin embargo, hoy existirían fenómenos y cambios relevantes en esa realidad que no podrían ser contemplados y explicados desde el paradigma de los estados soberanos. Estévez Araujo, J. A. (2001). La soberanía de la imaginación jurídica. En *El derecho en la facultad, cuarenta años de la nueva facultad de derecho de Barcelona*, pp. 129-145.

¹⁷⁵ Si tanto el Estado como la soberanía son construcciones jurídicas, fruto del imaginario jurídico según los términos explicados por el profesor Estévez, y la realidad actual no puede ser explicada por dichas ficciones, no existe una concordancia entre la imaginación y la realidad, bien podría concluirse que hay que desechar esos paradigmas; o que hay que dotarlos de un nuevo contenido.

las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; la Convención para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, entre otros, son fruto de esas reivindicaciones de los más débiles y van construyendo un corpus iuris de lo indecible a escala mundial, la esencia de las democracias.

CAPÍTULO 4.- ESTUDIO DE CASO: LA INTERPRETACIÓN MULTICULTURAL Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

4.- Introducción

Para acercarse desde una perspectiva hermenéutica a la comprensión del derecho, y particularmente a la interpretación multicultural de los derechos humanos, estas páginas se detienen en el análisis de sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Este marco jurídico permitirá revisar la interpretación multicultural o la carencia de ella en una instancia internacional. Por esta razón, el capítulo se ha denominado un estudio de caso, pues el marco jurídico del Sistema Interamericano mostrará el ejercicio interpretativo multicultural en casos concretos.

Este acercamiento a la praxis jurídica tiene por finalidad situar las reflexiones hermenéuticas que se plantearán en esta tesis. El capítulo siguiente abordará la hermenéutica como una filosofía jurídica, como una comprensión del derecho en sí mismo. Sin embargo, en la operativa jurisprudencial, la propuesta filosófica de estas páginas adquiere un sentido distinto, una comprensión práctica, que permite que sea correlacionada con las problemáticas jurídicas actuales.

Los pueblos indígenas y tribales en el continente americano han usado los mecanismos internacionales de derechos humanos para la protección de su propia cultura. Por ello, revisar la comprensión multicultural del derecho en los fallos de la Corte Interamericana tiene un sentido contextual.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos está basado en tres instrumentos fundamentales: por un lado, la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), por otro, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y por último, por La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).¹⁷⁶

La Carta de la OEA contempla como uno de sus principios el respeto por los derechos fundamentales de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo

¹⁷⁶ La Carta de la OEA estableció que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos funcionaría como uno de sus órganos, encargado de la promoción y defensa de los derechos humanos en el sistema y órgano consultivo de la OEA (art. 106); pero además la Comisión cumplirá la función de ser un órgano de la CADH, como órgano que debe promover la observancia y proteger los derechos humanos en el Sistema Interamericano, jugando una función clave en el inicio del proceso del Sistema Interamericano para acceder a la competencia contenciosa de la Corte, determinando si una situación es violatoria de los derechos convencionales y puede emitir un informe o bien enviar el caso a la Corte, donde se inicia un procedimiento contencioso y se dictará finalmente sentencia obligatoria para los Estados.

o sexo. Establece la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como uno de sus órganos principales, encargado de la promoción y defensa de los derechos humanos en el sistema, además de cumplir funciones en calidad de órgano consultivo de la organización. Por su parte, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre es un instrumento originalmente suscrito como una manifestación de aspiraciones de los Estados Americanos, pero que pasó a ser un documento vinculante en materia de Derechos Humanos. A su vez, la Convención Americana de Derechos Humanos es un tratado internacional vinculante para los Estados parte y en él se establecen las obligaciones generales en materia de derechos humanos, un catálogo de derechos y libertades, así como los órganos para su protección.

La Convención Americana establece que los Estados parte deben respetar y garantizar los derechos humanos de todos los individuos sujetos a su jurisdicción,¹⁷⁷ y, además, contempla la obligación de adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en ella.¹⁷⁸

Así, el artículo 1.1 de la Convención Americana es el que establece dos importantes obligaciones para los Estados: por un lado, el de respetar los derechos humanos de todos los individuos sujetos a su jurisdicción y, por otro, el de garantizar su ejercicio y goce. Mientras que la obligación de respeto exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos establecidos en la Convención, la obligación de garantizar les exige emprender acciones para asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y de gozarlos, debiendo organizar todo el aparato del Estado con dicho fin. El Estado, por tanto, no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de dichos derechos, sino que, además, debe emprender acciones positivas tendientes a que todos los habitantes sujetos a su jurisdicción puedan gozar de sus derechos humanos.

En el artículo 2, la Convención Americana obliga a los Estados a adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en ella, de modo tal que, de ser necesario, los Estados deben adoptar las disposiciones que se requieran, tales como legislativas, administrativas, de políticas públicas u otras, para alcanzar la protección de los derechos consagrados en la Convención.

¹⁷⁷ Artículo 1.1 de la CADH: Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹⁷⁸ Artículo 2 de la CADH. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Así, bajo la lógica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos los seres humanos, los individuos y las colectividades serían titulares de derechos no solo dentro de sus ordenamientos estatales, sino también contra sus Estados en el orden Internacional.¹⁷⁹

Desde la perspectiva del derecho interno se observa que los derechos humanos se presentan en los Estados modernos como un parámetro de legitimidad de los sistemas políticos democráticos,¹⁸⁰ a diferencia de lo que ocurría en otros siglos donde se pensaba que la democracia era una garantía suficiente contra el poder y la violación de los derechos de las personas.¹⁸¹ A este respecto, como se mencionaba en el capítulo anterior, Ferrajoli explica de manera clara la limitación que en el ámbito interno de un Estado significa la incorporación de estos instrumentos internacionales de derechos humanos a los ordenamientos jurídicos nacionales, al sostener su noción de democracia sustancial, criticando la noción de democracia formal. En tal sentido, los derechos fundamentales darían el contenido a las democracias, constituirían “el qué” de las decisiones democráticas: de ellos se desprendería qué es lícito decidir y qué no, de modo que la noción de democracia no estaría dada solo por la forma relativa a “quién y cómo” de las decisiones soberanas, que son reflejo de una visión formal.¹⁸²

Pues bien, los derechos fundamentales expresarían la dimensión sustancial de la democracia, en tanto subordinarían los poderes públicos y limitarían el actuar al interior del Estado. Los derechos fundamentales serían límites al poder, y además serían, siguiendo a Ferrajoli, la sustancia misma de la democracia; serían fragmentos de soberanía para cada persona al interior del Estado.

Por su parte, la soberanía externa es también limitada por los derechos humanos, que se presentan entonces como restricciones a la potestad Estatal, al menos en lo jurídicamente estatuido.

Como se sostuvo en el capítulo anterior, los derechos humanos no representan una autolimitación revocable del poder soberano, sino límites supraordenados a él.¹⁸³ Es lo

¹⁷⁹ Ferrajoli, L. (2005) Op. cit., p. 178.

¹⁸⁰ A este respecto la socióloga Saskia Sassen señala que el rol del Estado y su poder soberano no solo viene siendo transformado por la globalización económica, sino que también se repositona su rol frente a lo que denomina genéricamente “códigos de derechos humanos universales” que se habrían ido configurando como “fuente autónoma de autoridad” capaz de deslegitimar determinados actos de un Estado. Sassen, S. Op. cit., p. 97 y ss.

¹⁸¹ Barberis, E. (2008). Ética para juristas. p. 61.

¹⁸² Ferrajoli, L. (2005) Op. cit., p. 36.

¹⁸³ “El proceso de incorporación de tratados de derechos humanos en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos y el valor heurístico otorgado por los Tribunales Constitucionales nacionales a la jurisprudencia internacional han provocado transformaciones en la institucionalidad pública, además de activar fuertes discusiones jurídicas y políticas sobre los márgenes de autonomía de la justicia y del gobierno frente a la injerencia de órganos internacionales. También ha abierto un debate en el seno de

que puede constatarse en múltiples fallos de la Corte Interamericana, donde, ni aun a pretexto de la autonomía interna, el Estado se ha liberado de una sanción por incumplir las normas de derechos humanos protegidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

4.1.- Algunas reflexiones sobre la interpretación en el Sistema Interamericano

El Sistema Interamericano no sólo contempla un catálogo de derechos y obligaciones, sino que ha establecido órganos que se encargan de controlar el cumplimiento de las obligaciones del Estado, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y La Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁸⁴ órganos que a su vez han introducido interpretaciones y desarrollos prácticos en estos derechos. Ha sido uno de los sistemas con mayores desarrollos interpretativos en materia de comprensión de los alcances de los derechos humanos.¹⁸⁵

La Comisión determina si una situación es violatoria de los derechos convencionales y puede emitir un informe y publicarlo; o bien, enviar el caso a la Corte, la que a través de un procedimiento contencioso dicta una sentencia obligatoria para el Estado.

La Corte Interamericana tiene competencia para conocer las violaciones de derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero también tiene competencia para conocer de los casos en que se aleguen violaciones de los derechos del párrafo a) del artículo 8 del Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); de los casos en que aleguen violaciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y se ha atribuido, además, competencia para aplicar la Convención

algunos mecanismos de protección –como el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH)– acerca de su función en un escenario regional de democracias constitucionales.” Abramovich, V. (2011). Autonomía y subsidiaridad. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales. En Rodríguez Garavito, C. (coord.): El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. p. 211.

¹⁸⁴ En adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión” y “la Corte Interamericana” o “la Corte”.

¹⁸⁵ El Sistema Interamericano consagra un procedimiento para conocer de las violaciones aisladas de derechos humanos que contempla dos etapas: una ante la Comisión y, eventualmente, otra ante la Corte. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la Convención, pero además es un órgano de la Carta de la OEA, y tiene atribuciones tanto respecto de los Estados Parte de la Convención como respecto de los miembros de la OEA. A la Comisión le corresponde promover la observancia y proteger los derechos humanos en el Sistema Interamericano y servir como órganos consultivos de la OEA. La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial del Sistema Interamericano, establecida por la propia Convención Americana, que tiene como funciones principales resolver los casos contenciosos sobre una presunta violación a la Convención por parte de un Estado parte, así como emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención Americana.

Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura, entre otros textos internacionales. Pueden ser demandados ante la Corte todos aquellos Estados que le han reconocido competencia y sus fallos son decisiones vinculantes para ellos.

Para comprender los alcances y la injerencia de la Corte es necesario detenerse en tres temas claves en materia de interpretación y aplicación de los pronunciamientos de la Corte Interamericana: por un lado, la doctrina del **seguimiento de la jurisprudencia supranacional** por parte de tribunales nacionales y el llamado **control de convencionalidad** que deben ejercer los órganos al interior del Estado;¹⁸⁶ y por otro, la **doctrina del margen de apreciación nacional**.

Estas nociones son elementos claves para dimensionar lo determinante de la interpretación de las normas de derechos humanos que realiza la Corte, así como también, la interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos y los límites del actuar soberano al interior del Estado.

La doctrina del seguimiento de la jurisprudencia supranacional por parte de tribunales nacionales antes mencionada afirma que la jurisprudencia de los órganos internacionales que supervisaban los tratados de derechos humanos, en especial la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una guía interpretativa para los tribunales nacionales al momento de la aplicación doméstica de este tipo de normas. Así, la interpretación que el órgano internacional haga sobre los derechos humanos es vinculante para todos los Estados, para todos los órganos del Estado y, por ende, para sus tribunales de justicia. Es por ello que se señala que esta doctrina habría conducido a una *“globalización de estándares y principios que transformó el marco conceptual de interpretación de la Constitución.”*¹⁸⁷

Sin embargo, la aceptación de este proceso de unificación de estándares interpretativos en materia de derechos humanos se ha construido en base a prácticas que no siempre son seguidas de igual forma por todos los Estados.¹⁸⁸ Además, existen sectores de la doctrina constitucional que cuestionan la injerencia de instancias internacionales en la comprensión y aplicación del derecho interno y objetan la

¹⁸⁶ Nogueira Alcalá, H. (2006). Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos. p. 252.

¹⁸⁷ Abramovich, V. Op. cit., p. 213.

¹⁸⁸ “No se trata de un proceso lineal y existen voces disidentes. Decisiones recientes de los tribunales superiores en República Dominicana y Venezuela relativizan la obligación de aplicar automáticamente las decisiones de la Corte IDH y procuran resguardar para las Cortes nacionales una facultad de revisión previa (test de legalidad) de la compatibilidad de la decisión del órgano internacional con el orden constitucional del país. (...) Tesis que se contraponen con la de un sistema jurídico integrado que requiere una interpretación y aplicación armónica e integral expresada en la idea del bloque de constitucionalidad”. Abramovich, V. Op. cit., p. 214.

limitación que implica para los tribunales nacionales el apego excesivo a lo que podría denominarse “precedentes internacionales.”¹⁸⁹

Es por ello que surge otra postura que genera un contrapeso: **la doctrina del margen de apreciación nacional**, la que ayudaría a generar un equilibrio entre dicha estandarización y la necesaria autonomía de los órganos internos de un Estado. Esta doctrina, por un lado, permitiría darle una dimensión cultural a la comprensión de los derechos humanos, teniendo en consideración la realidad particular al interior de los Estados, pero por otro, permitiría no justificar violaciones graves a estos derechos a través de argumentos como los de la independencia y la soberanía nacional.

Para comprender la doctrina del margen de apreciación nacional se debe tener en cuenta el principio de subsidiaridad de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y, en particular, el del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Se ha relacionado la doctrina del margen de apreciación nacional, originalmente propuesta por la Comisión Europea de Derechos del Hombre, con el rol subsidiario de las instancias internacionales.¹⁹⁰

En virtud de dicho principio de subsidiaridad, debe existir un agotamiento previo de los recursos internos antes de poder acceder al sistema internacional de derechos humanos. De esta manera se obliga a quien intente accionar en sede internacional a agotar el sistema de acciones y recursos del sistema judicial del Estado nacional, permitiendo a cada Estado la posibilidad de solucionar el conflicto internamente antes de que el asunto sea examinado en la esfera internacional.

De ese modo, si el asunto llega a conocimiento de instancias internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al revisar la forma en que han procedido los órganos nacionales previamente, particularmente los tribunales nacionales en su interpretación de los derechos fundamentales, deberá tenerse en consideración las características propias de cada Estado, otorgándole desde tal perspectiva un “margen de apreciación”.

¹⁸⁹ Véase lo dicho por Abramovich, V. Op. cit.

¹⁹⁰ Mientras la doctrina del margen de apreciación nacional “consiste, como es sabido, en la deferencia que el sistema europeo tiene hacia los Estados para que busquen los modos de cumplimiento de sus obligaciones bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Greer, 2000), dejando a los organismos de Estrasburgo un espacio de intervención mucho más limitado que el que se reconoce a sus pares interamericanos. La segunda doctrina, la así llamada “cuarta instancia”, reafirma el carácter subsidiario de los órganos del sistema regional agregando que no les corresponde revisar el mérito de las sentencias dictadas por tribunales locales salvo que se hayan dictado violando derechos fundamentales protegidos por la Convención Americana, pero no para actuar como tribunal revisor de estas.” Contesse Singh, J. (2011). Constitucionalismo Interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos. En Rodríguez Garavito, C. (coord.): Op. cit., p. 267.

En tal línea, en ciertos casos la Corte Interamericana ha considerado especialmente los argumentos desarrollados por los tribunales de los Estados cuando han aplicado la Convención o analizado los derechos humanos con sus propios parámetros constitucionales.¹⁹¹

En opinión consultiva la Corte Interamericana consigna expresamente la importancia de la existencia de un margen de apreciación nacional: *“Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.”*¹⁹²

La doctrina del margen de apreciación nacional, por tanto, postularía que los tribunales internacionales no deben aplicar el derecho internacional de los derechos humanos con criterios puramente generales o abstractos, sino que deben tener en consideración las circunstancias tanto fácticas como normativas del país donde se presenta el problema.¹⁹³

Así, estas dos doctrinas permitirían en su conjunto ponderar la interacción y la retroalimentación entre la jurisprudencia interna e internacional en materia de protección de los derechos humanos, así como la interpretación que estas instancias hagan de los derechos humanos.

El juez nacional deberá tener en cuenta lo dicho por el juez internacional, y a su vez, el juez internacional deberá también considerar las circunstancias existentes en el Estado parte para comprender y aplicar las reglas del caso.

Sin embargo, por otro lado, los juristas y tribunales han respaldado el desarrollo de una teoría llamada **control de convencionalidad**, que profundiza la interacción que existe

¹⁹¹ Este principio se utilizó, por ejemplo, al examinar una decisión de un tribunal nacional sobre la razonabilidad de una reforma del sistema de seguridad social, a fin de determinar si esa reforma cumplía con parámetros de proporcionalidad y progresividad y si, por lo tanto, existían restricciones legítimas de los derechos sociales, o dichas restricciones eran ilegítimas.

¹⁹² Numeral 58 de la opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, en relación a la consulta de Costa Rica para establecer requisitos de nacionalidad.

¹⁹³ Risso Ferrand, M. (2012). El bloque de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay. En Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Derechos fundamentales. Libro homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda. p. 558.

entre derecho interno e internacional y el control que realizan ambas jurisdicciones en la protección de los derechos humanos.

El llamado control de convencionalidad o examen de convencionalidad tiene un doble alcance para los países que adhieren al Sistema Interamericano: por un lado, genera la obligación de los órganos internos de los Estados de examinar sus normas internas a la luz de la Convención Americana; y por otro, implica que cuando un Estado parte incorpora a su ordenamiento jurídico dichos derechos fundamentales de fuente internacional, no solo se obliga internacionalmente a cumplir y proteger dichas normas, sino que además, se obliga a incorporar la interpretación que de los mismos realice la jurisprudencia internacional, en particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por tanto, esta doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que cada juzgador nacional debe examinar la aplicación de todo el ordenamiento jurídico a la luz de los tratados de Derechos Humanos.

Además, nos encontramos con que el ejercicio interpretativo que realiza la Corte Interamericana, que se denomina “**mutativo por adición**”,¹⁹⁴ considera que la interpretación que realice la Corte sobre un derecho en revisión se incorpora a la norma, en tanto la Corte realiza dicha interpretación en su condición de intérprete definitivo. De este modo, una interpretación extensiva que pudiera hacer la Corte se entiende parte del contenido inicial de la Convención, aunque el texto literal no hubiese variado.¹⁹⁵ Así, un Estado puede verse obligado por la interpretación dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una causa en la que él no ha sido parte, en tanto tal sentido pasa a formar parte de la comprensión normativa de los derechos humanos consagrados en el texto internacional e incorporados al ordenamiento jurídico nacional.

De este modo, los operadores jurídicos deberán tener como criterio interpretativo las reflexiones e interpretaciones vertidas por la Corte Interamericana en relación a los derechos humanos en sus fallos, debiendo adoptar en el caso concreto la

¹⁹⁴ Sagüés, N. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. p. 125.

¹⁹⁵ Art 62.3 de la Convención: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.”; Artículo 64.1: “Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.” El estado de Chile al ratificar la convención, declara expresamente que reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62.

interpretación del derecho fundamental que más acorde sea a la interpretación dada por la Corte Interamericana.

Sin embargo, como se ha señalado, dicho criterio debe ser sopesado con el del margen de apreciación nacional, el que daría un grado de libertad a los operadores jurídicos nacionales para interpretar y aplicar los derechos humanos en relación a las particularidades sociales de cada Estado, valorando el contenido de ciertos derechos y las posibilidades de establecer sus contornos en relación al caso concreto.¹⁹⁶

No obstante, si se hace coincidir este criterio con el del control de convencionalidad deberá entenderse que dicho margen de apreciación no puede tener por objeto introducir limitaciones al propio derecho humano,¹⁹⁷ de manera que este criterio interpretativo tiene un uso restrictivo.¹⁹⁸

El operador jurídico deberá balancear su interpretación en el equilibrio dado precisamente por todos estos criterios interpretativos: por un lado, deberá revisar las realidades sociales del propio Estado; pero por otro, deberá considerar las interpretaciones provenientes de instancias supraestatales.

4.1.1 El control de convencionalidad y los derechos humanos como orientadores de todo el ordenamiento jurídico

El examen de convencionalidad obliga al intérprete, en especial si es un intérprete oficial como lo son los órganos del Estado, a interpretar el ordenamiento jurídico nacional en su conjunto a la luz de las reglas de derechos humanos de fuente internacional, para que ninguna de las normas nacionales sea contraria al objeto y fin de estos derechos.

Se le ha denominado a este criterio “*examen de convencionalidad*” o “*control de convencionalidad*” pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado precisamente que los órganos de un Estado deben realizar un “examen” de sus ordenamientos jurídicos. De esta manera, vía interpretación-aplicación se controla que ninguna norma nacional pugne contra las de la Convención Americana de Derechos

¹⁹⁶ Benavides Casals, M. A. (2009). El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. pp. 295-310.

¹⁹⁷ Véase: Supra Capítulo Primero apartado 3.1

¹⁹⁸ Véase Núñez Poblete, M. (2012). Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos.

Humanos, de modo que así se cumpla plenamente la obligación de los Estados parte de respetar los derechos humanos de fuente internacional.

El examen de convencionalidad en definitiva significa para los tribunales nacionales de justicia que, aun cuando están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico interno, deben hacer prevalecer siempre las normas de derechos humanos de fuente internacional, o interpretar las normas nacionales conforme a los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

La formulación de este criterio desarrollado por la Corte Interamericana se asienta en las normas de la Convención Americana y en las de La Convención de Viena. Así, los arts. 1º y 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos establecen dos deberes específicos para los órganos de los Estados:¹⁹⁹ el primero es el de *respetar* los derechos de la Convención y *garantizarlos*, sin discriminación alguna; el segundo les obliga a adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter necesarias para hacerlos efectivos, aludiéndose al “efecto útil” que debe tener el Pacto. A su vez, las obligaciones internacionales deben ser cumplidas conforme al principio de buena fe, y no es posible alegar el derecho interno para incumplirlas, conforme el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

El fallo “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”, del 26 de septiembre de 2006, fue la primera sentencia de la Corte Interamericana que definió claramente el *control de convencionalidad* a practicarse por los jueces nacionales. En esta sentencia la Corte consagra la doctrina que venía esbozando principalmente por el juez de la Corte Sergio García Ramírez y por el juez Cançado Trindade, en sus votos razonados.

Donde primero se habría denominado así fue en el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez; también en el caso *Tibi* en sentencia de 2004 el jurista de nacionalidad mexicana desarrolla su postura haciendo una comparación con el examen

¹⁹⁹ Artículo 1º: Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano./Artículo 2º: Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

de constitucionalidad. Progresivamente, esta doctrina irá sumando fuerza, pero será solo en el caso Almonacid Arellano donde la Corte en pleno la asume y aplica.²⁰⁰

Es en el fallo Almonacid Arellano donde la Corte señala, en el considerando 124, lo medular sobre esta doctrina: *“la Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*.

El considerando 125 agrega que *“En esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969”*.

La doctrina del *control de Convencionalidad* luego fue reiterada por la Corte en los casos “La Cantuta vs. Perú”, sentencia de 29 de noviembre de 2006, considerando 173; “Boyce y otros vs. Barbados”, de 20 de noviembre de 2007, considerando 78; caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, de 24 de noviembre de 2006; “Fermín Ramírez”; Heliodoro Portugal vs. Panamá, del 12 de agosto de 2008; “Raxcacó Reyes vs. Guatemala” considerando 63, de 9 de mayo de 2008; Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, de 23 de noviembre de 2009,²⁰¹ y ya afianzada, seguido siendo reiterada en sus fallos. En el caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, sentencia de 24 de febrero de 2012, la Corte le reclama al Estado de Chile que se haga cargo del criterio del examen de convencionalidad, como lo habrían estado haciendo los otros Estados Americanos.²⁰²

²⁰⁰ Fallos disponibles en <http://www.corteidh.or.cr/>

²⁰¹ Fallos disponibles en: <http://www.corteidh.or.cr/>

²⁰² Considerando 281 que “conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus

En “*Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*”, la Corte alude directamente al control de convencionalidad. Así, casi dos meses más tarde de la sentencia *Almonacid Arellano*, en el fallo mencionado contra Perú del 24 de noviembre de 2006, la Corte Interamericana reitera su doctrina precisando que dicho control de convencionalidad procedía “de oficio” por parte de los tribunales nacionales, sin necesidad de que las partes lo solicitaran; y que debía ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias.

De ese modo, se plantea una revisión de congruencia entre las normas nacionales y la Convención Americana de Derechos Humanos. En tal sentido, los jueces nacionales se convierten en guardianes de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales de derechos humanos que se interpreten dentro de la coherencia del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, y de la jurisprudencia de la Corte.

En la mencionada sentencia de *Almonacid Arellano*, la Corte fue configurando esta doctrina, destacando el deber de los órganos del Estado, particularmente de los órganos jurisdiccionales, de realizar este control. Pero ese control no se refiere solo a la Convención, sino también a las interpretaciones de la Corte, de modo que los jueces nacionales deberán conocer la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y proyectarla a los fallos que emitan. Así, “*en el análisis jurídico de un caso concreto, el juez debe determinar si la norma jurídica interna es acorde o no con la Convención Americana sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.*”²⁰³

Lo anterior tendrá por tanto dos consecuencias prácticas, por un lado, si una norma jurídica interna permite por ejemplo varias interpretaciones posibles, el operador jurídico deberá preferir aquella interpretación que más armonice con la Convención Americana, y con la interpretación realizada por la Corte. Pero, por otro lado, si la norma interna en su ejercicio interpretativo hace concluir que es contraria a las normas de la Convención y a la interpretación de la Corte Interamericana, entonces el operador jurídico, vía interpretación, deberá rechazar la aplicación de tal norma, a través de la aplicación preferente de las normas de la Convención.

jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.” Y por su parte, numeral 284 lo siguiente: “En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso.”

²⁰³ Nogueira Alcalá, H. Op. cit., p. 255.

Esta doctrina del control de convencionalidad, en la práctica, constituye entonces no solo un enfoque interpretativo, sino un verdadero “soft control”, un control de convencionalidad difuso realizado por los jueces nacionales previo al control de convencionalidad concentrado realizado por la Corte Interamericana, en la medida que el intérprete nacional deseche aquella comprensión-aplicación de la norma nacional que se considere contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por otra parte, las normas de derechos humanos de fuente internacional constituirían un parámetro de interpretación para todas las normas del ordenamiento jurídico nacional, un parámetro de validez, o como diría Ferrajoli, la sustancia de la democracia.²⁰⁴

4.1.2.- La soberanía de los Estados frente a la indisponibilidad de los derechos humanos de fuente internacional

Revisando las doctrinas anteriores es imposible no pensar en la soberanía del Estado frente al órgano con jurisdicción internacional. Sin duda, la idea que subyace en el concepto jurídico de soberanía ha sufrido transformaciones profundas.²⁰⁵

Doscientos años después de la aparición de la obra de Hobbes y Bodin ya no se trataba de pensar el poder soberano en manos de un monarca para unificar el Estado, sino de justificar el poder del pueblo. Así, la Revolución Francesa implementó de manera abierta las ideas de Rousseau y Sieyès; la soberanía ya no sería concebida en manos de una persona, sino en manos del pueblo o la nación,²⁰⁶ hasta llegar a las actuales teorías de una soberanía difusa.²⁰⁷

²⁰⁴ En tal sentido se ha comprendido que, a través de dicha declaración, siguiendo la teoría del bloque de constitucionalidad, es posible construir una teoría de un bloque de supraconstitucionalidad. Sin embargo, ello no implica desconocer la posibilidad de argumentar en torno a que los derechos humanos tienen un simple rango constitucional, o incluso como algunos autores siguen planteando, que tengan un rango simplemente legal. Es posible sostener, y sigue siendo sostenido por una parte de la doctrina nacional, esto último.

²⁰⁵ Sería Bodin en “Six livres de la République” de 1577 quien primero trazaría una teoría en torno a esta palabra. Hinsley, F. H. (1972). El concepto de soberanía. p. 66.

²⁰⁶ Mientras Rousseau planteaba que mediante el contrato social cada uno de los individuos, naturalmente libres e iguales, consentían en la enajenación total de su persona a favor de la comunidad, subordinándose a la suprema dirección de la voluntad general; Sieyès desarrollaba el concepto de nación para identificar a la comunidad política en la que residía la soberanía, pensando que la soberanía no residía en el pueblo como comunidad, sino en cada uno de los ciudadanos que conformaban el pueblo. Es la idea de soberanía nacional que es recogida en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que en su artículo 3° sostiene que: “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ninguna corporación o estamento, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane

Desde sus primeros pensadores, las construcciones teóricas sobre el poder soberano buscaban influir en la realidad,²⁰⁸ por ello se trató de un imaginario jurídico que va adquiriendo realidad con las luchas territoriales que configuraron los actuales Estados Nacionales.

La soberanía es fruto de la imaginación jurídica,²⁰⁹ es un acto de creación teórica que con el tiempo va adquiriendo un carácter descriptivo de la realidad. Sin embargo, esa realidad sufre diversas transformaciones, pues si bien teóricamente la soberanía sigue radicando en el pueblo, quien delega su ejercicio en los modelos de democracia representativa, la realidad dice que muchas de las decisiones consideradas soberanas son tomadas por entidades distintas al pueblo o la nación. Por ello, algunos filósofos políticos contemporáneos y iusfilósofos afirman que hoy existirían fenómenos y cambios relevantes que no podrían ser contemplados y explicados desde el paradigma de los Estados Soberanos.²¹⁰

Se plantea entonces que existe una crisis del imaginario de la soberanía, pues en la actualidad sería una noción incapaz de explicar satisfactoriamente el surgimiento de nuevas estructuras de poder, que van más allá del poder soberano. En este sentido, el jurista Juan Ramón Capella describía que *“los poderes estatales, con soberanía recortada, tienen que privar a la población de voluntad política en determinadas materias (de defensa, de política económica, fiscal y tecnológica, fundamentalmente) al tiempo que afirman que la población mantiene capacidad de formar esa voluntad política, libertad de pensamiento y expresión, etc”*.²¹¹

Explica, por ejemplo, Capella que esta crisis se debe a *“la concentración de poder económico propiciado por la mundialización capitalista (que es como se denomina la faceta económica de la globalización neoliberal), la organización de la producción a nivel mundial, la aparición o cambio de función de ciertas instancias supraestatales (G8, OMC, FMI, BM) y la presencia de un Estado con un poder militar exorbitante en relación con el resto de los países del mundo (Estados Unidos)”*, y Ferrajoli explica que tal crisis se caracterizaría por la existencia de un vacío de derecho público, de reglas

expresamente de ella”.

²⁰⁷ Véase: Sassen, S. Op. cit.

²⁰⁸ Se entiende que la soberanía se ha configurado como un imaginario jurídico tendiente a fundamentar el poder, a pacificar el gobierno al interior del Estado y a ordenar las relaciones internacionales; ello siguiendo la explicación del profesor Estévez, quien señala que la soberanía es fruto de la “imaginación jurídica”, es un acto de creación teórica: el Estado y la Soberanía serían conceptos eminentemente teóricos que con el tiempo adquirieron un carácter descriptivo de la realidad, viviendo un proceso de “adquisición de realidad”. Estévez Araujo, J. A. (2001). La soberanía de la imaginación jurídica. pp. 129-145.

²⁰⁹ Estévez Araujo, J. A. Op. cit., p. 129-145.

²¹⁰ Esto es lo que algunos autores llaman crisis de la soberanía.

²¹¹ Capella, J. R. (1993). Ciudadanos Siervos. p.108.

públicas supraordenadas y capaces de regular los nuevos poderes transnacionales privados.²¹²

Estos autores señalan que el imaginario moderno no se condice con lo que está sucediendo en la actual fase de la globalización, donde *“el pueblo soberano no puede tomar decisiones que formalmente debe tomar. Los ciudadanos dotados de libertad en el plano discursivo están incapacitados para establecer las políticas económicas, militares, etc., de sus Estados, pero éstas aparecen como queridas por ellos”*.²¹³ Lo anterior se debería a que en estricto rigor la teoría de la soberanía o bien ya no sirve para explicar la realidad o bien debe ser explicada de mejor forma.

Luigi Ferrajoli sostiene en este sentido que la división de poderes, el principio de legalidad y los derechos humanos habrían vaciado de contenido la idea de soberanía, pues aunque se hable de soberanía popular, el pueblo soberano en realidad ejerce un poder a tal punto limitado, que la soberanía tiene lugar *en la forma y dentro de los límites de la constitución*.²¹⁴

Pues bien, si la soberanía es un imaginario jurídico cambiante,²¹⁵ que se redensifica con diversas ideas jurídico-políticas que buscan dar una justificación al poder político, es entonces plenamente entendible que hoy las realidades le planteen nuevos desafíos.

Por lo anterior, los derechos humanos entendidos como un límite a la soberanía, demandan la construcción de un nuevo imaginario jurídico. Los derechos humanos de fuente internacional constituirían cortafuegos a potenciales decisiones futuras, que con envoltorios democráticos pudieran pretender socavar los cimientos mismos de la democracia. El propio poder soberano de reformar la Constitución se encuentra limitado, existiría un límite material, o sustancial en palabras de Ferrajoli, que se traduce en la indisponibilidad o intangibilidad de los derechos humanos.

De este modo, al interior de los Estados la idea de poder soberano estaría subordinada a los derechos humanos. Pero los derechos humanos ya vivieron un proceso de internacionalización, que sobrepasa la consagración constitucional. Si bien en un primer momento fueron las constituciones las encargadas de velar por el respeto de los derechos humanos, y en aquel entonces era *“inconcebible la idea del derecho*

²¹² Estévez Araujo, J. A. Op. cit.

²¹³ Estévez Araujo, J. A. Op. cit., p.125.

²¹⁴ Ferrajoli, L. (2001). Derechos y Garantías. La ley del más débil. p. 147.

²¹⁵ Estévez Araujo, J. A. Op. cit.

internacional como derecho supraestatal”,²¹⁶ dicho camino se habría extendido hasta su propio suicidio y culminó con las dos guerras mundiales.

Las obligaciones internacionales que adquiere un Estado en materia de derechos humanos trascienden al derecho interno e imponen nuevas obligaciones a los Estados y sus agentes. Se configura, de este modo, una vinculación trascendente entre las concepciones de soberanía-democracia-derechos humanos.

Por ello, algunos autores han denominado este núcleo de derechos humanos reconocidos soberanamente como un “**coto vedado**”,²¹⁷ en tanto la democracia estaría marcada no solo por quiénes y cómo se toman las decisiones democráticas dentro del Estado, sino por un conjunto de normas y principios que no se pueden desconocer, los derechos humanos de fuente internacional reconocidos por los Estados.

Pues bien, es inevitable pensar que la afirmación que subyace al sostener la existencia de una soberanía limitada por los derechos humanos, es que éstos constituirían un bloque de supraconstitucionalidad,²¹⁸ un parámetro de validez de las normas de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Al argumentar a favor de la existencia de un bloque de supraconstitucionalidad, se adhiere a un ideal cosmopolita,²¹⁹ que busca que el orden jurídico de los Estados

²¹⁶ Ferrajoli, L. (2001). Op. cit., p. 143.

²¹⁷ Ferrajoli, L. (2008). La esfera de lo indecible y división de poderes. pp. 337-343.

²¹⁸ El desarrollo que ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos plantea el desafío de considerar los derechos humanos contenidos en tratados internacionales como parámetros superiores de validez normativa, con primacía sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico. Kelsen entendía que el derecho internacional era un derecho en estado primitivo, un derecho que debía ser pensado para regular la guerra y de ese modo alcanzar la paz. Por ello pensaba que si se pretendía que el Derecho Internacional evolucionara y abandonara técnicas como la autodefensa en pos de la paz, entonces el primer paso era la creación de órganos jurisdiccionales internacionales, tribunales supraestatales que resolvieran conflicto entre Estados, los únicos considerados sujetos de derecho internacional en aquel entonces.

²¹⁹ Se plantea entonces un ideal cosmopolita, pero es cierto que muchos son los modelos cosmopolitas, y en tal sentido el ideal que aquí se hila no sigue ni la confederación de Estado pensada por Kant, ni la de un gobierno mundial; sino que, siguiendo el modelo cosmopolita de Ferrajoli, se piensa precisamente un cosmopolitismo construido sobre instancias que garanticen los derechos humanos a escala planetaria. Serían pues los derechos humanos mundialmente consensuados los estándares mínimos para una convivencia pacífica, el contenido sustancial de los Estados de derecho, o al menos de los estados decentes en palabras de Rawls, y por ello implicarían un límite real al poder del soberano de cada Estado; dichos derechos se harían exigibles mediante garantías jurisdiccionales en tribunales supraestatales. En tal sentido el jurista italiano dice que no piensa en un improbable y no deseable gobierno mundial, sino en “una efectiva limitación de la soberanía de los Estados mediante el establecimiento de garantías jurisdiccionales contra las violaciones de la paz en el exterior y de los derechos humanos en el interior”. Ferrajoli, L. Op. cit., p.153.

pueda “culminar en un orden jurídico global que congrege a los pueblos y elimine las guerras”.²²⁰

Así, los ordenamientos jurídicos de los Estados Constitucionales de Derecho encontrarían su validez jurídica en los derechos humanos de fuente internacional, los que serían normas de mayor jerarquía; serían normas supraconstitucionales porque limitarían el poder soberano, limitarían al poder constituyente, y comprometerían la responsabilidad del Estado.

Se estaría ante una soberanía limitada por el corpus de los derechos humanos.²²¹ Los Estados constitucionales encontrarían legitimidad ético-política en los derechos humanos consagrados en los ordenamientos jurídicos internacionales.²²²

El Sistema Interamericano, y las construcciones que ha desarrollado la Corte, como la del control de convencionalidad, han permitido sin duda la protección de aquellos más desvalidos frente a los poderes del Estado. Cabe preguntarse, sin embargo, si esa praxis interpretativa, con la enorme injerencia que tiene en la comprensión de todos los ordenamientos jurídicos americanos, cumple el estándar de comprenderlos desde la diversidad cultural que migrantes y pueblos originarios reclaman en un contexto latinoamericano.

Los Estados, los pueblos, los individuos en América Latina requieren que estas normas sean observadas desde la perspectiva de la diversidad cultural. Dicha comprensión de los derechos humanos pareciera ser un requisito esencial para la supervivencia de estas normas como universales jurídicos. Pero a su vez, la invocación de manifestaciones culturales no puede ser un obstáculo para la protección de los derechos de los más débiles. Ese equilibrio interpretativo es, sin duda, el mayor desafío para los operadores y filósofos del derecho de los derechos humanos.

²²⁰ Habermas, J. (2010). La inclusión del otro. Estudios de teoría política. p.147.

²²¹ Señala en este sentido Ferrajoli que “Tomar en serio aquellos valores, los derechos humanos proclamados en las cartas constitucionales, significa, por consiguiente, tener valor de desvincularlos de la ciudadanía (...) reconocer su carácter Supraestatal...” Ferrajoli, L. (2016) Derechos y garantías. La ley del más débil”. p. 155.

²²² Usando la noción de legitimidad entendiéndola como el contenido ético-político de las normas de derechos humanos, y por tanto, al actuar del Estado que respeta los derechos humanos como parámetros ético-políticos de las decisiones soberanas. Por otra parte, la noción de validez refiere al hecho que una norma respete las normas de mayor jerarquía, en este caso, las normas de derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales. Véase Habermas, J. (2005). Facticidad y validez.

4.2.- El Sistema Interamericano de derechos humanos y el multiculturalismo

Los Estados Americanos durante el siglo XX desarrollaron políticas públicas que buscaban que las diferencias étnicas y culturales desaparecieran al interior de los modelos de Estados nacionales. Estas políticas asimilacionistas fueron impulsadas para construir una identidad nacional y asimilar a los pueblos indígenas a la población mayoritaria.²²³

Sin embargo, las luchas por el reconocimiento de la diversidad que comienzan a gestarse en la segunda mitad del siglo XX, particularmente a partir de los años sesenta, trajeron consigo reivindicaciones por territorio, reconocimiento jurídico y respeto por la diversidad cultural.

Como se señaló en el capítulo segundo, en un principio todo el andamiaje jurídico-político de los derechos humanos se desarrolló a partir de la cultura occidental y los derechos individuales, lo que dejaba de lado una gran parte de la población, que no veía reflejada en dichas consagraciones ni sus formas de vida ni sus cosmovisiones.

Ahora, es innegable que durante las últimas décadas la diversidad cultural y las cuestiones indígenas han sido una preocupación en materia internacional y que los derechos humanos han tenido una incorporación de la perspectiva indígena y migrante, como se recalcó en el capítulo anterior.

Los dos Grupos de Trabajos en Ginebra creados en 1982 marcaron el inicio de la acción indígena en las instituciones internacionales. El grupo de trabajo sobre el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, creado en 1995, y el Foro Permanente en la ONU sobre Asuntos Indígenas, creado en 2002 en Nueva York, dan muestra de los primeros encuentros internacionales que buscan dialogar sobre una comprensión multicultural de los derechos humanos a escala institucional.

La Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de la UNESCO del 2001 conceptualiza la diversidad cultural como patrimonio común de la humanidad y expresa su aspiración a una mayor solidaridad con base en el reconocimiento de la diversidad cultural. Así, la Convención de UNESCO después de amplios debates reiteró la concepción de la diversidad cultural como patrimonio común de la humanidad, y agregó

²²³ Pantel, B. (2004). Derechos internacionales y derechos políticos indígenas: el desafío democrático, en Aylwin, J, (Ed.). Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno. p. 73.

que la diversidad cultural sólo puede ser protegida y promovida mediante la salvaguardia de los derechos humanos.²²⁴

El Sistema Interamericano desde luego no ha podido ser ajeno a estas luchas por reconocimiento y protección de la diversidad cultural, ni a las problemáticas multiculturales en la aplicación e interpretación de los derechos humanos al interior de los Estados, que ya no pueden ser pensadas como homogéneas, tanto por la diversidad de pueblos originarios como por los flujos migratorios que llevan consigo la apertura hacia la diversidad al interior de cada uno de ellos.

En los puntos siguientes se revisará un listado de sentencias de la Corte Interamericana donde se realiza una interpretación intercultural de los derechos humanos. Se hará un comentario breve de algunas sentencias con aspectos culturales que se consideran relevantes para este estudio. Luego de dicha enumeración, se analizará con mayor detención cuatro fallos por su implicancia en la comprensión hermenéutica de la Corte en esta materia, en particular dos casos donde se plantean situaciones en que la Corte hace reflexiones interpretativas con especial énfasis en la cultura; y un tercer caso que aborda la no discriminación en un fallo contra Chile, para mostrar también ciertas oportunidades perdidas en el desarrollo de un corpus intercultural de los derechos humanos. Finalmente se revisará un cuarto fallo, para revisar la interpretación dinámica que hace la Corte para consagrar la protección de derechos de pueblos indígenas y la interdependencia de los derechos consagrados en el Sistema Interamericano. Luego se hará una reflexión final sobre la situación de la comprensión multicultural de los derechos humanos desde la perspectiva de la Corte Interamericana.

4.2.1. Revisión de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con connotación cultural

Las siguientes son sentencias revisadas por su pertinencia en temas de diversidad cultural y comprensión multicultural de derechos humanos. Se pasan a nombrar con un breve comentario sobre temas que se han querido destacar puntualmente del respectivo fallo:

²²⁴ Artículo 2(1) de la Convención de 2005.

1- Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Sentencia de 5 de febrero de 2018

El caso se refiere principalmente a la violación del derecho a la propiedad colectiva y a la integridad personal del pueblo indígena Xucuru como consecuencia de la demora de más de 16 años, entre 1989 y 2005, en el proceso administrativo de reconocimiento, titulación, demarcación y delimitación de sus tierras y territorios ancestrales. La interpretación que la Corte hace al derecho de propiedad, desde la perspectiva del pueblo indígena, es lo que destaca de esta sentencia, al igual que los alcances sobre la obligación de demarcación y la preservación de la cultura, temas que se analizarán más en detalle en otro punto.²²⁵

2- Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016

El caso se refiere principalmente al genocidio contra el pueblo indígena maya en Guatemala, a la ejecución de una masacre en la aldea Chichupac el 8 de enero de 1982, ejecuciones extrajudiciales, torturas, desapariciones forzadas, violaciones sexuales, omisiones de auxilio, detenciones ilegales, desplazamiento forzado y trabajos forzados cometidos en perjuicio de los indígenas maya achí de la aldea Chichupac y comunidades vecinas. El reconocimiento de la relación con la tierra, los alcances culturales del desplazamiento, la protección cultural y los análisis diferenciados en las sanciones y medidas reparatorias abordadas por la Corte en su sentencia, son algunos de los elementos destacados y que se detallarán en un apartado.²²⁶

3- Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015

El caso se refiere principalmente a la responsabilidad internacional del Estado por una serie de violaciones de los derechos de los miembros de ocho comunidades de los pueblos indígenas Kaliña y Lokono del Río Bajo Marowijne, en Surinam, por la ausencia de un marco normativo que reconozca la personalidad jurídica de los pueblos indígenas que permitan un reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas. La Corte en la sentencia reitera la conexión entre el territorio y recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales, y que son necesarios para su

²²⁵ Véase 4.2.2.

²²⁶ Véase 4.2.3.

supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, deben ser protegidos bajo el artículo 21 de la Convención.

Más aun, es interesante el reconocimiento que hace la Corte sobre el hecho de que la reparación en casos como el presente debe considerar el fortalecimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, garantizando el control de sus propias instituciones, culturas, tradiciones y territorios, a fin de contribuir con su desarrollo de acuerdo con sus proyectos de vida, necesidades presentes y futuras. Asimismo, el Tribunal reconoce que la situación de los pueblos indígenas varía según las particularidades nacionales y regionales, así como con las diversas tradiciones históricas y culturales. En vista de ello, la Corte estima que las medidas de reparación otorgadas deben proporcionar mecanismos eficaces, enfocados desde su propia perspectiva étnica, que les permita definir sus prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo y evolución como pueblo.

Adicionalmente a ello, la Corte analizó el derecho a consulta previa, y en relación al artículo 23, señaló que el Estado debe contar con *“mecanismos para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas, a través de procedimientos culturalmente adecuados para la toma de decisiones de dichos pueblos”*.

4- Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras, de 8 de octubre de 2015

El caso se relaciona con la responsabilidad internacional de Honduras por la falta de reconocimiento tardío y no adecuado de su propiedad tradicional; a la falta de delimitación oportuna de las tierras y restricciones en el acceso a zonas del territorio tradicional, además de la falta de consulta previa respecto a decisiones como la planificación y ejecución de proyectos turísticos, la creación de un área protegida y ventas de tierras comunitarias. El pueblo Garífuna constituye una cultura y un grupo étnico diferenciado, proveniente de un sincretismo entre indígenas y africanos, quienes han hecho valer sus derechos en Honduras como pueblo indígena. Interpretó la Corte el derecho de propiedad desde una perspectiva cultural, señalando que desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición a estos colectivos.

Estima la Corte que la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio requiere de la protección del derecho a la propiedad, pues es necesario para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y

continuidad de su cosmovisión. El artículo 21 de la Convención debe garantizar el acceso a su territorio para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas sean respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

Por otra parte, la sentencia vuelve a relacionar el derecho a consulta con este derecho de propiedad y la protección cultural, señalando que el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional que está cimentado, entre otros, en la estrecha relación de dichas comunidades con su territorio y en el respeto de sus derechos a la propiedad colectiva y a la identidad cultural. Dichos derechos deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.

5- Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014

El caso se refiere principalmente a la violación de los derechos de miembros del pueblo mapuche debido a su procesamiento y condena por delitos terroristas, en aplicación de una normativa penal contraria a los principios de derechos humanos consagrados en el Sistema Interamericano. En este caso destaca la preocupación sobre la no discriminación por estereotipos culturales en la aplicación de norma interna de los Estados, caso desarrollado en otro punto de la tesis.²²⁷

6- Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Sentencia de 14 de octubre de 2014

El caso se refiere principalmente a la responsabilidad internacional de Panamá frente a la violación del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano por el incumplimiento del pago de indemnizaciones relacionadas con el despojo e inundación de sus territorios ancestrales, como consecuencia de la construcción de la Represa Hidroeléctrica del Bayano entre los años 1972 y 1976; y la falta de reconocimiento, titulación y demarcación de las tierras otorgadas en ese contexto.

La Corte reitera su jurisprudencia sobre el derecho de propiedad y declara que debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen

²²⁷ Véase 4.2.4.

con su territorio, la protección del derecho a la propiedad del artículo 21 de la Convención, debe garantizar la supervivencia del pueblo indígena.

De modo que, para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados. El Tribunal recuerda que los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida.

7- Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012.

El caso se refiere principalmente al otorgamiento por parte del Estado de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku sin que se hubiere consultado previamente con éste y sin su consentimiento. La Corte interpreta el derecho de consulta como una norma fundamental para la protección del territorio y la cultura de los pueblos indígenas, señalando que el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales está cimentado en la estrecha relación de dichas comunidades con su territorio y en el respeto de sus derechos a la propiedad colectiva y a la identidad cultural. Sobre el derecho de consulta previa, destaca lo señalado por la Corte en cuanto que, para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, recuerda que las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo.

8- Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012

El caso se refiere principalmente al uso excesivo de fuerza de militares en contra de un grupo de inmigrantes haitianos, en el cual perdieron la vida siete personas y resultaron

heridas varias más, considerando en una especial situación de vulnerabilidad dichos inmigrantes por la existencia de factores culturales. En cuanto a los derechos de los migrantes, el Tribunal recuerda que es permisible que el Estado otorgue un trato distinto a los migrantes documentados en relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, siempre que ese trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos, pero aclara que el derecho internacional de los derechos humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria. La Corte estimó que una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta, reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables. Basándose entonces en la noción de discriminación indirecta, y que existió una discriminación *de facto* en perjuicio de las víctimas del caso por su condición de migrantes, lo cual derivó en una marginalización en el goce de los derechos que la Corte declaró violados en dicha Sentencia.

9- Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010

El caso se refiere principalmente a la responsabilidad internacional del Estado por la violación sexual y tortura de la señora Rosendo Cantú, mujer indígena, ocurrida el 16 de febrero de 2002, ante la falta de una debida investigación y sanción de los responsables así como las dificultades que enfrentan las personas indígenas, en particular las mujeres, para acceder a la justicia y a los servicios de salud. Pese a lo planteado, la Corte no revisa el impacto cultural que habría tenido en la comunidad indígena la violación sexual que habría sufrido la señora Rosendo a manos de militares en un contexto de militarización y represión a la comunidad indígena.

10- Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010

El caso se refiere principalmente a la responsabilidad internacional del Estado por la violación sexual y tortura de la señora Fernández Ortega ocurrida el 22 de marzo de 2002, por la falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables de esos hechos, y las dificultades que enfrentan las personas indígenas, en particular las mujeres, para acceder a la justicia. La Comisión solicitó a la Corte que ordene al

Estado que garantice a las mujeres indígenas el acceso a la justicia a través del diseño de una política que respete su identidad cultural, sin embargo la Corte no se pronuncia sobre esta medida solicitada, obviando una interesante comprensión intercultural del derecho de acceso a la justicia y su operatividad, pronunciándose de manera genérica, sin consideración especial a la cultura, sobre las violaciones del Estado y las reparaciones y medidas ordenadas. Sin perjuicio de lo anterior, en su sentencia ordena al Estado continuar las campañas de concientización y sensibilización de la población en general sobre la prohibición y los efectos de la violencia y discriminación contra la mujer indígena.

11- Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010

El caso se refiere principalmente a la desaparición forzada del dirigente político indígena maya kaqchikel, Florencio Chitay Nech ocurrida a partir del 1 de abril de 1981 en la Ciudad de Guatemala y la posterior falta de debida diligencia en la investigación de los hechos, así como la denegación de justicia en perjuicio de sus familiares. Se alegó que los hijos de Florencio Chitay sufrieron violaciones a sus derechos producto de estos hechos, al vivir un desplazamiento forzado que implicó la pérdida de su cultura, tradiciones, lengua y pasado ancestral, estimando la Corte que el desplazamiento forzado afectó de forma particularmente grave a los miembros de la familia Chitay Rodríguez por su condición de indígenas mayas, teniendo consideración especial por la relación de los indígenas con el territorio.

12- Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010

El caso se refiere principalmente a la responsabilidad internacional del Estado por la falta de garantía del derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek y sus miembros, ya que desde 1990 se encontraría tramitándose la solicitud de reivindicación territorial de la Comunidad, sin que fuera resuelta. La Corte ha considerado que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura, reiterando su interpretación sobre los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva entendiendo que existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.

Destaca la afirmación de la Corte referida a que los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica

13- Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Sentencia de 26 de noviembre de 2008

El caso se refiere principalmente a la desaparición forzada de María Tiu Tojín y su hija Josefa, ocurrida en el Municipio de Chajul, el 29 de agosto de 1990, en manos de efectivos del Ejército guatemalteco y miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil, y abusos cometidos durante el conflicto armado interno por las fuerzas militares contra el pueblo indígena maya, situación que afecta la vida misma de la nación y su cultura. Pese a la protección dada en su sentencia, ésta no abordó el acceso a la justicia con pertinencia cultural, ni una comprensión multicultural de los derechos humanos.

14- Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008

El caso se refiere a la interpretación de una sentencia previa, solicitada por el Estado, con objeto de obtener el pronunciamiento de la Corte. La Corte falla pronunciándose principalmente sobre los alcances de una efectiva participación del pueblo Saramaka ordenado en la Sentencia y las justas compensaciones en caso de concesiones, y en términos generales los alcances de la sentencia sobre la protección del pueblo de Saramaka. En relación con el sentido y alcance de la obligación del Estado de garantizar la supervivencia del pueblo Saramaka, interpreta los derechos consagrados en el Sistema Interamericano para determinar la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y su identidad cultural, debiendo adoptar medidas especiales que garanticen a los miembros del pueblo Saramaka el pleno e igualitario ejercicio de su derecho a los territorios que tradicionalmente han utilizado y ocupado. Nuevamente la Corte reitera la comprensión intercultural del derecho de propiedad.

15- Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007

El caso se refiere principalmente a las violaciones cometidas por el Estado contra los miembros del pueblo Saramaka, comunidad tribal que vive en la región superior del Río Surinam, en tanto el Estado no adoptó las medidas efectivas para reconocer su derecho al uso y goce del territorio que han ocupado y usado tradicionalmente. La Corte interpreta el derecho de propiedad de manera amplia para proteger la supervivencia de la cultura, en tanto entiende que la tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Sostiene la Corte, con base en el artículo 1.1 de la Convención, que los miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural.

16- Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Sentencia de 4 de julio de 2007

El caso se refiere principalmente al asesinato de Escué, cabildo Gobernador del Resguardo Indígena de Jambaló y defensor del territorio indígena. En su fallo la Corte, para determinar la afectación de su familia, consideró especialmente la cultura de la víctima, es decir la cultura Nasa.

17- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006

El caso se refiere principalmente a la violación del derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Sawhoyamaxa y sus miembros, ya que desde 1991 se encontraría en tramitación su solicitud de reivindicación territorial, sin que se haya resuelto, lo que ha significado la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de sus tierras e implicó un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazó en forma continua su supervivencia e integridad de su cultura. Al tratar los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte recuerda que de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción, y para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las

características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural, mismo razonamiento que aplica la Corte en su fallo, particularmente respecto del derecho de propiedad, y en voto razonado, el derecho a la vida.

18- Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de interpretación de 6 de febrero de 2006

El Estado de Paraguay solicita la interpretación de la sentencia dictada por la Corte el 17 de junio de 2005 sobre dos aspectos: la obligación del Estado a la restitución del territorio tradicional de los miembros de la comunidad, y sobre la manera en la que operaría en la práctica la obligación del Estado de crear un fondo destinado exclusivamente a la adquisición de las tierras a entregarse a los miembros de la Comunidad Yakye Axa. Esta sentencia interpretativa profundiza la comprensión profunda del derecho de propiedad y el derecho a la vida, el primero en cuanto un derecho comunitario para un pueblo indígena, con reglas de posesión propios y alcances culturales, y vinculándolo con el derecho a la vida, refiriendo que la entrega definitiva de las tierras comunales tiene repercusiones amplias por tratarse, en última instancia, de una cuestión de sobrevivencia de la identidad cultural de los miembros de aquella Comunidad. Sólo mediante aquella providencia se estará protegiendo debidamente su derecho fundamental a la vida lato sensu, abarcando su identidad cultural.

19- Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005

El caso se refiere principalmente a la violación del Estado de los derechos humanos de la comunidad indígena por la no garantía sobre el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakye Axa y sus miembros, ya que desde 1993 se encontraría en tramitación la solicitud de reivindicación territorial de la citada Comunidad, sin que se haya resuelto satisfactoriamente lo que ha significado la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio y ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma.

La Corte declaró que el Estado violó los derechos a las Garantías Judiciales y a la Protección Judicial consagrados en los artículos 8 y 25, respectivamente, de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1. y 2 de la misma, en perjuicio de los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa; y así también que el Estado violó el derecho a la Propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa. Este fallo es clave en el Sistema Interamericano, pues reconoció la vinculación del "*derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura*" con el término "bienes" en el artículo 21 de la Convención, y valoró la garantía de aquel derecho teniendo presentes las expresiones tradicionales, el derecho consuetudinario, la filosofía y los valores de dichas comunidades (párrs. 137 y 154), y ordenó al Estado "*identificar el territorio tradicional de los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa y entregárselo de manera gratuita*" (punto resolutivo n. 6).

20- Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005

El caso se refiere principalmente a la masacre ocurrida el 29 de noviembre de 1986, en contra de la comunidad N'djuka Maroon de Moiwana donde habrían muerto más de 40 hombres, mujeres y niños, los sobrevivientes desplazados de sus territorios.

En su fallo la Corte establece que el Estado debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la Comunidad Moiwana su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron expulsados y asegurar, por lo tanto, el uso y goce de esos territorios. Conforme al punto resolutivo número tres de la sentencia, estas medidas deberán incluir la creación de un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular dichos territorios tradicionales.

21- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001

El caso se refiere principalmente a las violaciones en que ha incurrido el Estado de Nicaragua al no haber demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales, así como por haber otorgado una concesión en las tierras de la Comunidad sin su consentimiento y no haber garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad sobre sus

derechos de propiedad. La Corte se pronunció sobre la violación a los artículos 1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención. Lo interesante de este fallo es que es el primero que forja una jurisprudencia sobre la interpretación del derecho de propiedad, entendido como derecho a la propiedad comunal que posee una dimensión cultural. En esta Sentencia la Corte, por primera vez, profundiza en el análisis de la materia, en una aproximación a una interpretación integral de un derecho humano consagrado en la Convención, desde la cosmovisión indígena, señalando en su párrafo 149: *“Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”*

4.2.2 Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Sentencia de 5 de febrero de 2018.

La reiterada jurisprudencia de la Corte sobre la comprensión del derecho de propiedad, hace necesario su comentario. La Corte en este caso interpreta el derecho de propiedad de la comunidad indígena comprendiendo que debe ser visto desde la cultura que lo ejerce, de manera colectiva y como elemento de conservación de su patrimonio cultural.

Es posible afirmar que el derecho de propiedad es el que más ha sido interpretado por la Corte Interamericana desde una perspectiva intercultural, para dar vida a un derecho multiculturalmente interpretado, alejado del individualismo occidental en el que fue concebido, y dimensionado más bien como un elemento de la cultura de los pueblos en América.

Por ello, la Comisión Interamericana ya previamente recomendaba al Estado adoptar las medidas necesarias, *“incluyendo las medidas legislativas, administrativas o de otra naturaleza necesarias, para realizar el saneamiento efectivo del territorio ancestral de pueblo indígena Xucuru, de acuerdo con su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres. En consecuencia, garantizar a los miembros del pueblo que puedan seguir viviendo de manera pacífica su modo de vida tradicional, conforme a su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones particulares”*.

El caso sometido a la Corte fue presentado por la Comisión el 16 de marzo de 2016 denominado caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros contra la República Federativa de Brasil (en adelante “el Estado” o “Brasil”). De acuerdo con lo indicado por la Comisión, el caso se refiere a la presunta violación del derecho a la propiedad colectiva y a la integridad personal del pueblo indígena Xucuru como consecuencia de: i) la alegada demora de más de 16 años, entre 1989 y 2005, en el proceso administrativo de reconocimiento, titulación, demarcación y delimitación de sus tierras y territorios ancestrales; y ii) la supuesta demora en el saneamiento total de dichas tierras y territorios, de manera que el referido pueblo indígena pudiera ejercer pacíficamente tal derecho. Asimismo, el caso se relaciona con la presunta violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, como consecuencia del alegado incumplimiento del plazo razonable en el proceso administrativo respectivo, así como la supuesta demora en resolver acciones civiles iniciadas por personas no indígenas con relación a parte de las tierras y territorios ancestrales del pueblo indígena Xucuru. La Comisión indicó que Brasil violó el derecho a la propiedad, así como el derecho a la integridad personal, a las garantías y protección judiciales, previstos en los artículos 21, 5, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

Las referencias históricas al Pueblo Indígena Xucuru se remontan al siglo XVI y actualmente dentro de la Tierra Indígena Xucuru viven 7.726 indígenas distribuidos en 24 comunidades dentro de un territorio de aproximadamente 27.55 hectáreas, en el municipio de Pesqueira, estado de Pernambuco, Brasil. Además, aproximadamente 4.000 indígenas viven afuera de la tierra indígena en la ciudad de Pesqueira. El Pueblo Xucuru tiene su propia organización, con estructuras políticas y de poder, como la Asamblea, el Cacique y Vice Cacique, el Consejo Indígena de Salud de Ororubá, una Comisión Interna para resolución de problemas entre la comunidad, un Consejo de Líderes, un Pajé (líder espiritual de la comunidad y de los líderes del Pueblo), entre otros.

La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 otorgó rango constitucional a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y

recursos. Según el artículo 20 de la Constitución, las áreas indígenas son propiedad de la Unión, que concede la posesión permanente a los indígenas, así como el usufructo exclusivo de los recursos en ellas. El proceso de demarcación tiene cinco etapas y ocurre por iniciativa y bajo orientación de la Fundación Nacional del Indio (en adelante FUNAI), pero el acto administrativo final de demarcación es atribución exclusiva de la Presidencia de la República. El proceso de demarcación tiene varias etapas, todas ellas sorteadas por el pueblo, en medio de circunstancias violentas, según se describió en los hechos de la sentencia, marcado por un contexto de inseguridad y amenazas.

La Comisión indicó que el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas tiene características particulares por la especial relación de dichos pueblos con sus tierras y territorios tradicionales, de cuya integridad depende su propia supervivencia como pueblo, siendo objeto de protección jurídica internacional. El territorio indígena es una forma de propiedad que no se fundamenta en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el tradicional uso y posesión de las tierras y recursos. A su vez, indicó que la obligación de demarcación y reconocimiento es el procedimiento a través del cual se otorga seguridad jurídica a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y se previenen conflictos con diversos actores, sentándose las bases para lograr la posesión y uso pacífico de sus tierras y territorios mediante el saneamiento.

Por ello, la Corte recuerda que el artículo 21 de la Convención Americana protege la estrecha vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con sus recursos naturales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas y tribales existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Tales nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero la Corte ha establecido que merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Consagra la Corte que desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición a estos colectivos. Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

Refiere la sentencia que la jurisprudencia de la Corte ha reconocido reiteradamente el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales, y el deber de protección que emana del artículo 21 de la Convención Americana, a la luz de las normas del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre

los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como los derechos reconocidos por los Estados en sus leyes internas o en otros instrumentos y decisiones internacionales, conformando así un *corpus juris* que define las obligaciones de los Estados Partes de la Convención Americana, en relación con la protección de los derechos de propiedad indígena. Por tanto, al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29.b de la misma y como lo ha hecho anteriormente, la referida interrelación especial de la propiedad colectiva de las tierras para los pueblos indígenas, así como las alegadas gestiones que ha realizado el Estado para hacer plenamente efectivo estos derechos.

Por otra parte, el Tribunal recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas, según la cual: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; 4) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros de buena fe, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad; 6) el Estado debe garantizar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio; 7) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros, y 8) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas al control y uso de su territorio y recursos naturales. Con respecto a lo señalado, la Corte ha sostenido que no se trata de un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, sino de un derecho de los integrantes de pueblos indígenas y tribales para obtener la titulación de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra.

Finalmente, La Corte declara que el Estado es responsable por la violación del derecho a la garantía judicial de plazo razonable, previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del Pueblo Indígena Xucuru, en los términos de los párrafos

130 a 149 de la presente Sentencia; así también que es responsable por la violación del derecho a la protección judicial, así como del derecho a la propiedad colectiva, previstos en los artículos 25 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del Pueblo Indígena Xucuru.

4.2.3 Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016

Este fallo aborda la segunda situación donde la Corte ha hecho especiales consideraciones en relación a la diversidad cultural, la protección de la cultura de las víctimas por medio de la interpretación de los hechos, como también por la interpretación del derecho de propiedad.

El caso fue sometido a la Corte el 5 de agosto de 2014 y aborda el genocidio contra el pueblo indígena maya en Guatemala, la masacre en la aldea Chichupac el 8 de enero de 1982, así como las ejecuciones extrajudiciales, torturas, desapariciones forzadas, violaciones sexuales, omisiones de auxilio, detenciones ilegales, desplazamiento forzado y trabajos forzados, cometidos en perjuicio de los indígenas maya achí de la aldea Chichupac y comunidades vecinas entre 1981 y 1986, la falta de esclarecimiento judicial de los hechos, sanción de todos los responsables y reparación de las presuntas víctimas.

Durante las audiencias el Estado reconoció su responsabilidad por la violación de los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención, aunque no especificó en perjuicio de quiénes reconocía dicha violación. Asimismo, en su contestación, el Estado no negó los hechos de este caso, ni su obligación de resarcir a las víctimas, aunque interpuso una serie de excepciones dilatorias.

Son múltiples los análisis de la Corte, pero en particular, sobre temas culturales la Corte refiere que las desapariciones forzadas de los miembros de la comunidad no sólo afectan la integridad y dignidad de sus miembros, sino que además afectaron a los sobrevivientes y la dimensión cultural en general, en tanto que la falta de un entierro de acuerdo con las tradiciones de la cultura maya achí rompió las relaciones de reciprocidad y armonía entre vivos y muertos, afectando la unión de las familias con sus ancestros.

Señala la Corte que todos esos hechos tuvieron y tienen importantes efectos culturales en los pueblos mayas, pues las violaciones de derechos humanos sucedidas durante el conflicto armado interno en Guatemala también significaron la pérdida de los valores, prácticas culturales y religiosas de los pueblos mayas, así como de sus instituciones sociales, económicas y políticas.

Detalla la sentencia que los actos de violencia contra este pueblo afectaron las estructuras de autoridad y liderazgo indígena, destruyendo el tejido y las relaciones sociales tradicionales al interior de las comunidades, y que especial relevancia habría tenido la violencia ejercida en contra de los ancianos, como autoridades ancestrales y columna vertebral de la cultura de los pueblos mayas.

Por otra parte, y conforme a su jurisprudencia, reiteró el reconocimiento de la relación de los indígenas con el territorio como elemento esencial para mantener sus estructuras culturales y su supervivencia étnica y material. Por ello, además la Corte señala que es evidente que el desplazamiento de los miembros de la aldea Chichupac y comunidades vecinas impactó gravemente la relación del pueblo maya aquí con su territorio, así como los lazos comunitarios, tradicionales, culturales, religiosos y ancestrales. En este sentido, la Corte destaca el impacto diferenciado que los hechos de violencia y el desplazamiento han tenido en la identidad étnica y cultural de sus miembros.

Finalmente, dentro de las medidas de reparación que impone la Corte al Estado se encuentra la de incorporar al currículo del Sistema Educativo Nacional, en todos sus niveles, un programa de educación cuyo contenido refleje la naturaleza pluricultural y multilingüe de la sociedad guatemalteca, impulsando el respeto y el conocimiento de las diversas culturas indígenas, incluyendo sus cosmovisiones, historias, lenguas, conocimientos, valores, culturas, prácticas y formas de vida.

4.2.4. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014

El caso fue sometido a la Corte el 7 de agosto de 2011 y se refiere a la alegada violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.f, 8.2.h, 9, 13, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, debido al procesamiento y condena por delitos terroristas de ocho miembros del pueblo mapuche, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao,

Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Patricia Roxana Troncoso Robles y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, por aplicación de una normativa penal, con una serie de irregularidades que afectaron el debido proceso y tomando en consideración su origen étnico de manera injustificada y discriminatoria.

Se estimó al presentar el caso que en los hechos existían violaciones de los derechos humanos consagrados en los artículos 8, 9, 24, 13 y 23, que tuvieron un impacto sobre la integridad sociocultural del pueblo Mapuche como un todo, más allá de la transgresión a los derechos de los directamente afectados.

De las ocho personas sobre las que versa el fallo, siete de ellos eran a la época de los hechos del caso autoridades tradicionales o miembros del Pueblo indígena Mapuche. Contra ellos se abrieron procesos penales por hechos ocurridos en los años 2001 y 2002 en las VIII y IX Regiones de Chile en los cuales fueron condenados como autores de delitos calificados de terroristas en aplicación de la Ley 18.314 denominada “Ley Antiterrorista”. Los hechos por los cuales fueron juzgados son incendio de predio forestal, amenaza de incendio y quema de un camión de una empresa privada, y en ninguno de dichos hechos resultó afectada la integridad física ni la vida de alguna persona.

Se constata en la investigación de los hechos que a inicios de la década de los 2000, época en que ocurrieron los hechos, existía en el sur de Chile una situación social de numerosos reclamos, manifestaciones y protestas sociales por parte de miembros del Pueblo indígena Mapuche, líderes y organizaciones del mismo, con el fin de que fueran atendidas y solucionadas sus reivindicaciones, fundamentalmente referidas a la recuperación de sus territorios ancestrales y al respeto del uso y goce de dichas tierras y sus recursos naturales.

La Corte en su fallo revisa los procesos penales, los recursos y medidas contra los involucrados. Sin que sea del caso entrar aquí en dicho detalle, lo que la Corte debió resolver fue si la ley penal que les fue aplicada, la llamada ley Antiterrorista, era violatoria del principio de legalidad, así como también si en los procesos penales se configuraron violaciones a garantías judiciales, y si la prisión preventiva decretada violó su derecho a la libertad personal. Pero principalmente, para efectos de estas páginas, importa el pronunciamiento que debió realizar la Corte sobre la supuesta consideración del origen étnico de las presuntas víctimas para aplicarles de forma discriminatoria la ley penal y su aplicación selectiva en perjuicio de miembros del pueblo indígena mapuche, que criminalizó la protesta social de miembros de ese pueblo indígena.

Previo a emitir su pronunciamiento, la Corte concluye que la aplicación de una presunción de intención terrorista a partir de los hechos vulneró el principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia, previstos en los artículos 9 y 8.2 de la Convención Americana, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de ese tratado.²²⁸ Además, la Corte constata que varios órganos y expertos internacionales han afirmado que Chile no ha resuelto de forma efectiva las causas que dan lugar a la protesta social mapuche señalando que resulta prioritario que el Estado garantice una atención y solución adecuada y efectiva a tales reclamaciones para proteger y garantizar tanto los derechos del pueblo indígena como los del resto de los miembros de la sociedad en dichas regiones.²²⁹

Declara finalmente que el Estado violó varios derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, pero en particular interesan las declaraciones sobre la violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento,²³⁰ particularmente en los razonamientos de la sentencia del Estado que denotan estereotipos y prejuicios en su fundamentación.

En este punto es interesante observar cómo la Corte interpreta el principio de no discriminación desde la perspectiva de la diversidad cultural, señalando que no debe haber una aplicación discriminatoria de la ley penal al ser condenada una persona basándose en un razonamiento fundado en estereotipos negativos que asocien a un grupo étnico con el terrorismo.²³¹ Señala la Corte que los estereotipos *“constituyen preconcepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado; y la Corte ha indicado que las condiciones discriminatorias basadas en estereotipos se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades”*.²³²

Ahora bien, existió una preocupación especial por la protección de los individuos en tanto miembros de una etnia, pero ninguna norma que se declara transgredida se comprendió desde la cultura mapuche y su cosmovisión. Más allá de la especial preocupación por el hecho de que las normas de derechos humanos permitieran la protección de los integrantes del pueblo mapuche frente al proceso judicial llevado a

²²⁸ Párrafo 174.

²²⁹ Párrafo 182.

²³⁰ Analizado en los párrafos 222 a 228 y 230 de la Sentencia.

²³¹ Párrafo 223

²³² Párrafo 224

cabo al interior del Estado, la Corte pierde en este fallo la oportunidad de hacer una hermenéutica multicultural de varios derechos humanos.

4.2.5 Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020.

El reciente fallo, muy interesante, destaca no solo por abordar la comprensión del derecho de propiedad de manera multicultural, sino especialmente por la interpretación que hace de otros derechos humanos con perspectiva intercultural, de modo de incorporarlos a la protección de los pueblos indígenas.

Desde esa perspectiva, destaca que en el fallo la Corte estableció que Argentina violó los derechos de las comunidades indígenas víctimas del caso, sus derechos, relacionados entre sí, a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, y al agua, contenidos en el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con la obligación de garantizar los derechos prevista en el artículo 1.1 del mismo instrumento.

Estableció la Corte en sus consideraciones que existe una interdependencia entre los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural y especificidades en relación con pueblos indígenas. Señala que dichos derechos presentan una estrecha vinculación y destaca la estrecha relación o interdependencia entre el ambiente y los derechos humanos.

Además la sentencia destaca porque se refiere al derecho de identidad cultural, y establece que dicho derecho “*protege los rasgos distintivos que caracterizan a un grupo social, sin que ello implique negar el carácter histórico, dinámico y evolutivo de la cultura*”,²³³ señala que con él se tutela la libertad de las personas, inclusive actuando en forma asociada o comunitaria, a identificarse con una o varias sociedades, comunidades, o grupos sociales, a seguir una forma o estilo de vida vinculado a la cultura a la que pertenece y a participar en el desarrollo de la misma.

²³³ Párrafo 240

Así, en este fallo, la Corte por primera vez en un caso contencioso se pronuncia sobre los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural a partir del artículo 26 de la Convención en consideración a la identidad cultural de un pueblo indígena

El Tribunal señala que el derecho a un medio ambiente sano debe considerarse incluido entre los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, dada la obligación de los Estados de alcanzar el desarrollo integral de sus pueblos, que surge de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Convención Americana.²³⁴ Además, relaciona esta protección con el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, que en su artículo 11, titulado “Derecho a un Medio Ambiente Sano”, dispone que “1. *Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.*2. *Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente*”.

Pero además la Corte aclara que diversos derechos pueden verse afectados a partir de problemáticas ambientales, pero que ello puede darse con mayor intensidad en determinados grupos en situación de vulnerabilidad, entre los que se encuentran los pueblos indígenas, afectando en estos casos a su vez su derecho por ejemplo a la alimentación adecuada.²³⁵ En relación al derecho al agua señala la Corte que este puede vincularse con otros derechos, inclusive el derecho a participar en la vida cultural.²³⁶ La sentencia en el párrafo 275 establece que la interdependencia explicada es “a su vez, más evidente respecto de pueblos indígenas, en relación a los que

²³⁴ La Corte en el párrafo 203 hace referencia a otros pronunciamientos que habría hecho sobre el derecho a un medio ambiente sano, en su Opinión Consultiva OC-23/17, donde establecía que “constituye un interés universal” y “es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad”, y que “como derecho autónomo [...] protege los componentes del [...] ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza”, no solo por su “utilidad” o “efectos” respecto de los seres humanos, “sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta”. Lo anterior no obsta, desde luego, a que otros derechos humanos puedan ser vulnerados como consecuencia de daños ambientales.

²³⁵ (sección B.1.1.2 de la sentencia) El derecho a la alimentación adecuada 210. En lo que respecta al derecho a la alimentación adecuada, la Carta señala en su artículo 34.j que “[l]os Estados miembros convienen [...] en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de [...] nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos”. 211. El derecho a la alimentación puede identificarse también en el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante también “Declaración Americana”)205, que dispone que “[t]oda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación”, entre otros aspectos. 212. Además, el artículo 12.1 del Protocolo de San Salvador, expresa que “[t]oda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual”.

²³⁶ Párrafos 231 a 242.

normas específicas mandan la salvaguarda de su ambiente, la protección de la capacidad productiva de sus tierras y recursos”

Así, el derecho a participar en la vida cultural incluiría según la comprensión de la Corte el derecho a la identidad cultural,²³⁷ estableciendo que el Estado había producido una afectación a los rasgos culturales propios o identitarios, a la cultura como “modo de vida”. Basó su comprensión de la noción de “identidad cultural” en lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos indígenas y en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Establece que la “identidad cultural” es un “derecho humano fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática” conforme se habría pronunciado en Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 113 y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, párr. 217. Establece la Corte en tal sentido, en el párrafo 238 de la sentencia, que la diversidad cultural y su riqueza deben ser protegidas por los Estados que estarían obligados a proteger y promover la diversidad cultural.

Sin duda, resulta sumamente interesante como la sentencia establece la interdependencia entre los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua, la identidad cultural y lo hace desde la perspectiva de la protección de los modos de vida de los pueblos indígenas

La Corte entiende entonces que corresponde tener en consideración la interdependencia de los derechos analizados y la vinculación que presenta el goce de los mismos en las circunstancias del caso. Por ello señala en tal sentido en el párrafo 274 que *“tales derechos no deben ser entendidos en forma restrictiva. Ya se ha dicho (supra párrs. 203, 209, 222, 228, 243 a 247 y 251) que el ambiente se encuentra relacionado con otros derechos, y que hay amenazas ambientales que pueden*

²³⁷ La Carta al establecer, en sus artículos 30, 45 f., 47 y 48, el compromiso de los Estados para a) “que sus pueblos alcancen un desarrollo integral[que] abarca [el] campo [...] cultural [...]”; b) “[l]a incorporación y creciente participación de los sectores marginales de la población, tanto del campo como de la ciudad, en la vida [...] cultural [...]”, a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional”; c) “estimul[ar...] la cultura” y d) “preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos”. El artículo XIII de la Declaración Americana indica, en lo pertinente, que “[t]oda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad”, el Protocolo de San Salvador, por su parte, reconoce en su artículo 14.1.a. “el derecho de toda persona a [...] participar en la vida cultural”. 234. En el ámbito universal, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 27.1, dispone que: “[t]oda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad”. El PIDESC en su artículo 15.1.a. señala “el derecho de toda persona a [...p]articipar en la vida cultural”. Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) prevé en su artículo 27 que “[e]n 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”.

impactar en la alimentación, el agua y en la vida cultural. Por otra parte, no cualquier alimentación satisface el derecho respectivo, sino que la misma debe ser aceptable para una cultura determinada, lo que lleva a tener en cuenta valores no relacionados con la nutrición. La alimentación, a su vez, es indispensable para el goce de otros derechos, y su carácter adecuado puede depender de factores ambientales y culturales. La alimentación es, en sí, una expresión cultural. En ese sentido, puede considerarse a la alimentación como uno de los rasgos distintivos que caracterizan a un grupo social, quedando comprendido, por ende, en la protección del derecho a la identidad cultural a través de la salvaguarda de tales rasgos, sin que ello implique negar el carácter histórico, dinámico y evolutivo de la cultura.”

Así, la Corte ha destacado que la falta de acceso a los territorios y los recursos naturales correspondientes puede exponer a las comunidades indígenas a varias violaciones de sus derechos humanos, además de ocasionarles sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma. Asimismo, en el párrafo 288 ha advertido que los Estados deben proteger la estrecha relación que los pueblos indígenas mantienen con la tierra y su proyecto de vida, tanto en su dimensión individual como colectiva.

4.2.6.- La perspectiva multicultural de la Corte Interamericana

La Corte Interamericana en sus fallos ha comprendido a la cultura como una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo 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.²³⁸

La Corte entiende que el concepto de etnia se refiere a las comunidades de personas que comparten, entre otras, características de naturaleza socio cultural, tales como afinidades culturales, lingüísticas, espirituales, orígenes históricos y tradicionales. Dentro de esta categoría se encuentran los pueblos indígenas, respecto de los cuales se ha reconocido que tienen características propias que conforman su identidad cultural, tales como su derecho consuetudinario, sus características económicas, sociales, sus valores, usos y costumbres.²³⁹

²³⁸ Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, párr. 147, y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 130.

²³⁹ Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, Par. 204

Buscando casos en que la Corte en su ejercicio interpretativo y en su rol jurisdiccional hubiese revisado los derechos humanos desde una mirada multicultural se han podido revisar varias sentencias en los puntos anteriores, principalmente relacionados con víctimas individuales de alguna etnia o comunidades indígenas que buscaron la protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La Corte en esos casos se ha pronunciado sobre temas que dicen relación con los pueblos indígenas y la diversidad cultural, y es posible decir que en tales casos el factor cultural ha sido considerado en la comprensión de los hechos, o al menos, ha influenciado el ejercicio interpretativo de los derechos humanos y la aplicación de los mismos, así como de sanciones o medidas de reparación. Sin embargo, no se han encontrado criterios sistemáticos que aborden la problemática general de comprender los derechos humanos desde un prisma multicultural.

Es posible entonces afirmar que la Corte sí ha interpretado un derecho humano desde un prisma multicultural; principalmente ha resuelto cuestiones relativas a un derecho humano típicamente individualista, como el derecho de propiedad. Así destaca cómo ha comprendido desde una perspectiva indígena, desde una visión comunitaria y multicultural al derecho de propiedad, llevándolo a una dimensión intercultural.

Sin duda lo más ampliamente desarrollado en las interpretaciones contenidas en las sentencias dice relación principalmente con la comprensión intercultural de este derecho de propiedad, pero también se ha pronunciado sobre los derechos políticos, los cuales ha relacionado con el derecho a consulta indígena,²⁴⁰ así como al derecho a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua en fallos recientes; sin embargo, no existe una reflexión sobre la problemática de la comprensión intercultural de los derechos humanos en general.²⁴¹

²⁴⁰ En un reciente fallo la Corte ha reforzado tal interpretación señalando que “Conforme la Corte ha indicado, en razón de los “derechos políticos” de participación receptados en el artículo 23 de la Convención, en cuestiones atinentes a sus tierras, los pueblos indígenas deben ser consultados de forma adecuada a través de instituciones representativas de los mismos”. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

²⁴¹ Dentro del análisis del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, también se ha realizado por la Comisión una interpretación evolutiva del derecho de consulta previa, y además relacionado con el derecho de propiedad, se ha generado un desarrollo sobre el concepto de vida digna, lo que el Sistema Interamericano ha vinculado a otros derechos de manera indirecta, como el derecho a un medioambiente sano, el derecho a la alimentación y medicina tradicional, a la preservación de la identidad cultural y el derecho al agua. Véase también otros alcances relacionados con la Comisión en: Quintana, K. y Flores, R. (2017). Los derechos de los pueblos indígenas. Una visión desde el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos.

Por otro lado, también es posible afirmar la especial preocupación de la Corte por aquellos casos en que se han visto involucradas personas o grupos de alguna etnia o pueblo indígena, considerando su cultura para evaluar hechos e imponer sanciones.

En este sentido, la principal preocupación de la Corte ha sido el respeto por la diversidad cultural en términos de la preservación de la cultura en aquellos casos donde se han visto involucradas personas de los pueblos indígenas o tribales.²⁴² En tal sentido, la Corte ha establecido que los Estados deben adoptar todas las medidas especiales destinadas a proteger el ejercicio de los derechos propios de los pueblos indígenas.²⁴³

En relación a la comprensión multicultural del derecho de propiedad, la Corte al interpretarlo le ha dado un contenido colectivo. Así, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido reiteradamente el derecho de propiedad colectivo de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y el deber de protección que emana del artículo 21 de la Convención Americana, a la luz de las normas del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lo ha señalado en varias sentencias, como el caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil, Sentencia de 5 de febrero de 2018; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs Nicaragua de 31 de agosto de 2001; Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname, de 25 de noviembre de 2015; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, de 29 de marzo de 2006; Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras, de 8 de octubre de 2015; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, de junio de 2005 y Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá, de 14 de octubre de 2014.

A partir de esta interpretación del derecho de propiedad se le ha dado no solo un alcance comunitario, sino también reglas de posesión especial, obligaciones accesorias al Estado de demarcación y consulta, y una dimensión no solo material, sino también espiritual, vinculándolo con el derecho a la vida y la subsistencia de la cultura.

En la Sentencia de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de 31 de agosto de 2001, la Corte se hizo cargo del tema del derecho de propiedad garantizado en el artículo 21.1 de la CADH, realizando una comprensión de ese derecho desde la

²⁴²Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales.

Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de derechos humanos. Comisión interamericana de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 diciembre 2009.

²⁴³CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1072. CIDH, informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 169

cosmovisión y praxis de la comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni. El caso revisaba que el Estado de Nicaragua no había demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni había tomado medidas efectivas que aseguraran los derechos de propiedad de dicha Comunidad en sus tierras ancestrales. La Corte determinó que, conforme a las normas interpretativas aplicables, artículo 21 y 29.b de la Convención, los propios trabajos preparatorios de la Convención, y la propia legislación de Nicaragua, que ese derecho podía ser comprendido de manera comunitaria, como una propiedad comunal, realizando una interpretación progresiva del derecho de propiedad,²⁴⁴ ampliando su contenido típicamente individual a una comprensión comunal propia de la cosmovisión indígena.

Además, agregó en su contenido un vínculo directo con la cultura indígena y el derecho a la tierra como base para el desarrollo cultural y la preservación del legado, dándole una dimensión trascendente para la vida y la cultura de un pueblo.²⁴⁵

La Corte agrega además que para probar el dominio de ese derecho colectivo serviría el derecho consuetudinario propio de la comunidad indígena, sin necesidad del apego al derecho registral de la propiedad bajo normativa del estado de Nicaragua, de modo tal que el Estado debía reconocer oficialmente la propiedad de la tierra acreditada mediante el derecho consuetudinario y debía proceder a registrarla de acuerdo a su derecho interno.

De este modo, la Corte ha establecido que los derechos territoriales de los pueblos indígenas abarcan un concepto más amplio que la comprensión del derecho de propiedad occidental, pues está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado y con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida, sosteniendo que la propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.²⁴⁶

Es indudable que la Corte Interamericana realizó una interpretación intercultural del derecho de propiedad, dándole una nueva dimensión. La Corte reflexiona que *“para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las*

²⁴⁴ Nash Rojas, C. (2004). Los derechos Humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos. En Aylwin, J. Op. cit., pp. 29-43.

²⁴⁵ Párrafo 149

²⁴⁶ Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. par. 138; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 146; Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros, párr. 143

generaciones futuras".²⁴⁷ La Corte interpreta este derecho desde los elementos propios de la cultura indígena y extrae desde esos elementos consecuencias prácticas en el reconocimiento legal y las obligaciones del Estado en la protección del derecho.²⁴⁸

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, en la demanda presentada ante la Corte en caso Comunidad Mayagna Awas Tingni versus Nicaragua, por primera vez reclamó de la falta de demarcación de las tierras poseídas por aquella Comunidad; la Corte, en su Sentencia, en su punto resolutivo número 3, ordenó la creación de un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas, interpretando armónicamente las normas de derechos humanos con el valor cultural de las tierras.

De esta forma, el Sistema Interamericano de derechos humanos mediante un ejercicio interpretativo sostenido ha establecido que el artículo 21 de la Convención Americana protege la estrecha vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con sus recursos naturales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas y tribales existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Tales nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero la Comisión y la Corte han establecido que merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana.²⁴⁹

Así también, enmarcado en la interpretación amplia del derecho a la propiedad, artículo 21 de la Convención, la Corte en el caso de la Comunidad Moiwana versus Suriname, estableció su competencia para pronunciarse sobre el desplazamiento de la comunidad de sus tierras tradicionales y afirmó que la falta de una investigación efectiva de los hechos ocurridos impidió a los miembros de la Comunidad vivir nuevamente en su territorio ancestral en forma segura y pacífica. Consignó además que, en el caso de los miembros de las comunidades indígenas, la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.²⁵⁰

Por otro lado, en sus fallos la Corte además reconocerá la vinculación del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales, y

²⁴⁷ Párrafo 149

²⁴⁸ Nash Rojas, C. (2004). Los derechos Humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos. En Aylwin, J. Op. cit., pp. 29-43..

²⁴⁹ Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Sentencia de 5 de febrero de 2018.

²⁵⁰ Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 128 y 131.

sobre los recursos naturales ligados a su cultura, interpretando el término "bienes" del artículo 21 de la Convención.²⁵¹

En la Sentencia de 5 de febrero de 2018, Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil, la Corte recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas, en los términos siguientes: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; 4) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros de buena fe, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad; 6) el Estado debe garantizar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio; 7) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros, y 8) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas al control y uso de su territorio y recursos naturales. Con respecto a lo señalado, la Corte ha sostenido que no se trata de un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, sino de un derecho de los integrantes de pueblos indígenas y tribales para obtener la titulación de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra.²⁵²

Por otro lado, para velar por el efectivo ejercicio de un derecho, la Corte también ha tenido en consideración nociones de la propia cultura. En el caso Comunidad Mayagna (Sumo) reconoce que era necesario un procedimiento específico que atendiera a las características especiales de la propiedad indígena, permitiera la protección de su derecho de propiedad, para delimitar, demarcar y titular las tierras comunales indígenas acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de dicha comunidad indígena.

²⁵¹ Comunidad Indígena Yakye Axa versus Paraguay, Sentencia del 17 de Junio de 2005, párrafo 137 y 154

²⁵² Párrafo 117

Así también la Corte considera el derecho a consulta para los pueblos como un derecho fundamental derivado del Sistema Interamericano de derechos humanos, señalando que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática y ello implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización.²⁵³

El derecho a la consulta se vincula particularmente con el derecho a la participación política consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana que reconoce el derecho de todos los ciudadanos a “*participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos*”, pero se vincula también, y desde luego se relaciona con el derecho de consulta del Convenio 169 de la OIT.

En el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la participación política incluye el derecho a participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos, desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, según lo ha indicado la Corte en sentencia de 23 de junio de 2005, Caso Yatama vs. Nicaragua. Se ha vinculado, a su vez, este derecho de consulta al de propiedad y al de identidad cultural, y al derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales, derecho que ha sido reconocido por la Corte Interamericana en el Caso Pueblo Saramaka vs Surinam.²⁵⁴

Por otro lado, en relación a la segunda perspectiva donde el Sistema Interamericano ha ejercido una mirada multicultural, es posible señalar que la Corte al analizar los hechos ha tenido una mirada diferenciada en los casos donde se han visto involucradas personas o comunidades indígenas, al aplicar sanciones o reparaciones ha tenido en consideración los aspectos culturales de la comunidad cuyos derechos habrían sido violados o conculcados. Un ejemplo es lo dictaminado en el caso Aloeboetoe versus Surinam,²⁵⁵ que revisaba la violación de los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de siete personas pertenecientes a la comunidad indígena a manos del ejército de Surinam. En este caso la Corte al determinar a los titulares de las

²⁵³ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012, párrafo 217.

²⁵⁴ La libre determinación de los pueblos indígenas responde, a criterio del Relator Especial de la ONU, “a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo de determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en los procesos de adopción de decisiones que los afecten [lo que] tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión.” Steiner, C y Uribe, P. (eds.). (2014). Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada. p.984.

²⁵⁵ Sentencia de 10 de Septiembre de 1993.

indemnizaciones siguió un criterio intercultural, pues determinó que los titulares debían ser los hijos, cónyuge y los ascendientes de las víctimas, determinados conforme al derecho local,²⁵⁶ al derecho de dicho pueblo, de modo que regían las relaciones hereditarias según la costumbre y no según las normas comunes de Surinam.

En otro caso, *Bámaca Velásquez*, sentencia de 22 de febrero de 2002, la Corte debía determinar el destino de los restos mortales de las personas detenidas y desaparecidas pertenecientes a una comunidad indígena, para ello reflexionó desde la perspectiva de la cultura Maya, a la que pertenecían las víctimas, consagrando que el respeto de dichos restos debía ser de acuerdo a la cultura Maya.²⁵⁷ Así también al momento de determinar la indemnización por daños materiales con ocasión del asesinato del hijo mayor de una familia maya, etnia mam, la Corte tuvo en consideración la costumbre maya de que el hijo mayor suele hacer aportes al sostenimiento de sus padres y hermanos.

De esa forma, la Corte ha utilizado aspectos culturales para comprender tanto las normas de derechos humanos como los hechos objeto de los casos. La cultura ha sido considerada también para la determinación de los alcances de los fallos, al establecer determinadas reparaciones con especial consideración en la diversidad cultural.

En tal sentido, el desarrollo jurisprudencial en el Sistema Interamericano en torno a los derechos de los pueblos indígenas se ha basado en el artículo 2 de la Convención y el deber que impone a los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno.²⁵⁸

El derecho a la vida ha tenido también una comprensión intercultural, en tanto, la Corte Interamericana ha interpretado el artículo 4 de la Convención para reconocer el derecho a la vida digna, o a la existencia digna, como la obligación de garantizar condiciones mínimas de vida a favor de las personas, con especial atención a su modo de vida; así lo señaló expresamente en el Caso de la Comunidad Indígena de *Sawhoyamaya vs. Paraguay*, En este sentido, la Corte afirmó que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho. Además, este derecho lo ha

²⁵⁶ *Aloeboetoe versus Surinam*, Sentencia de 10 de Septiembre de 1993, Párrafo 62-64

²⁵⁷ *Bámaca Velásquez*, sentencia de 22 de febrero de 2002, Párrafo 81

²⁵⁸ Steiner, C y Uribe, P. (eds.). (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. p. 79-81.

vinculado con el del artículo 26, reconociendo la vinculación del derecho a la vida con la obligación de desarrollo progresivo reconocida en la Convención.

Por otro lado, el principio de no discriminación contemplado en el artículo 24 de la Convención se ha interpretado de modo de incorporar la noción de discriminación positiva, donde se ha reforzado que los Estados tienen la obligación de otorgar a los pueblos indígenas un trato acorde con su diversidad, pero que esta obligación en casos relacionados con grupos específicos como las comunidades indígenas tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas, orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, como lo indica la Corte en el caso Yakye Axa.

A su vez, en materia de reparaciones, en aquellos casos referidos a comunidades étnicas, la Corte Interamericana ha desarrollado progresivamente un criterio de inclusión del sufrimiento causado a los miembros de la comunidad por la afectación de derechos a algunos de ellos, comprendiendo la afectación, por tanto, desde el prisma de la propia cultura afectada. Así, en los casos de las violaciones de derechos cometidas a algunas personas de una comunidad indígena la Corte ha contemplado el impacto en el resto de la comunidad.

Además, cabe mencionar lo referido a los derechos de los niños, contemplado en el artículo 19 de la Convención, en relación al cual el Tribunal ha señalado que el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño establecía una obligación adicional y complementaria que dotaba de contenido al artículo 19 de la Convención, y que consistía en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, religión e idioma, estableciendo que la pérdida de prácticas tradicionales y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectaban en forma particular *“el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la Comunidad, quienes no podrán siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura, si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos”*. En el Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, la Corte señaló que el desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social, de modo que para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, *“los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma.”*

Todo lo anterior muestra que la Corte no ha estado ajena a una interpretación intercultural de los derechos humanos, en especial teniendo en consideración a los

pueblos indígenas y tribales;²⁵⁹ sin embargo, como se mencionó, no se vislumbra un criterio general para acercarse a estos temas interpretativos. A diferencia de otras construcciones teóricas que ha desarrollado la Corte en su constante preocupación por los Derechos Humanos como instrumentos vivos y dinámicos, para el caso de la comprensión multicultural no ha revisado la problemática de comprender en general los derechos humanos desde otra cultura, sino, más bien, ha hecho interpretaciones puntuales de derechos relacionados con la protección de los pueblos indígenas y tribales.

Es entonces posible afirmar que efectivamente ha tenido en consideración aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas,²⁶⁰ pero no existiría un criterio de interpretación multicultural ni una postura general sobre un camino intercultural de interpretación de las normas de derechos humanos, más allá del amplio desarrollo en relación a la comprensión multicultural del derecho de propiedad.

²⁵⁹ Véase: Sección especial: Pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo y reparaciones. En Steiner, C y Uribe, P. (eds.). (2014). Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada. pp. 947 y ss.

²⁶⁰ Nash Rojas, C. (2004). Los derechos Humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos. En Aylwin, J. Op. cit., pp. 29-43.

TERCERA PARTE: EL POSTULADO FILOSÓFICO

*“El sentido de un texto supera a su autor no ocasionalmente
sino siempre. Por eso la comprensión no es nunca
un comportamiento solo reproductivo,
sino que es a su vez siempre productivo.”*

Hans-Georg Gadamer ²⁶¹

²⁶¹ Gadamer, H-G. (1977). Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica. p. 366.

CAPÍTULO 5.- LA PERSPECTIVA: INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y HERMENÉUTICA FILOSÓFICA

5.- Introducción

La interpretación jurídica constituye un ejercicio básico que realizan los operadores jurídicos; ya sean abogados, jueces nacionales, jueces supraestatales, administración del Estado, legisladores o ciudadanos.²⁶² Se dirá en estas páginas, siguiendo la filosofía hermenéutica, que la interpretación es el derecho mismo, ya que tanto en su comprensión como en su aplicación se hace indispensable interpretarlo.

En términos generales, la interpretación es un ejercicio donde se le atribuye un sentido o significado a símbolos. Por ello, el derecho, que está estructurado por símbolos que conforman el lenguaje, para ser comprendido deberá ser siempre, y no opcionalmente, interpretado.

Al revisar los orígenes de la hermenéutica es posible situarla en el pensamiento de Aristóteles, quien la concibió como un análisis de los juicios realizado desde el lenguaje. Más tarde, la hermenéutica pasó a ser entendida como la simple traducción de textos, principalmente religiosos. Es lo que puede denominarse hermenéutica clásica, que era entendida como un método.

Dicha noción de hermenéutica comienza a ser renovada a fines del siglo XIX cuando Dilthey plantea la posibilidad de una hermenéutica universal como la base de todas las ciencias del espíritu, como su herramienta de acceso. Se entendió entonces a la hermenéutica como una metodología para comprender, como la epistemología propia de las ciencias del espíritu, que se diferenciaba de los métodos de conocimiento de las ciencias naturales.

No obstante, solo con Heidegger la hermenéutica comienza a perfilarse como una filosofía, vive un proceso de ampliación, adquiere un “peso ontológico”,²⁶³ postulándose la omnipresencia del fenómeno interpretativo.

²⁶² La interpretación es entendida como un ejercicio democrático que debe ser realizado por una sociedad abierta de intérpretes y no por un círculo cerrado de juristas. En este sentido, el profesor Estévez nos plantea el pensamiento de Peter Haberle señalando que la interpretación, si bien en sentido estricto es una actividad consciente, dirigida a la comprensión y aplicación de la norma, en sentido amplio sería un ejercicio democrático. Estévez Araujo, J.A. (1994). *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, pp. 83-84.

²⁶³ Una periodificación de la historia de la hermenéutica basada en los estudios de Gadamer postula: etapa 1, prehistoria de la hermenéutica romántica dominada por reglas de interpretación; etapa 2, de la hermenéutica romántica, con Schleiermacher caracterizada por el tema de la comprensión; etapa 3, con

Será, sin embargo, Hans-Georg Gadamer el autor que le dará forma a la filosofía hermenéutica, quien llegará a afirmar que el acceso a la comprensión del ser en el mundo (Dasein)²⁶⁴ se lleva a cabo mediante un ejercicio interpretativo, cuyo intermediador es el lenguaje. Así, Gadamer dirá que *“la interpretación no es un acto complementario y posterior a la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar y, en consecuencia, la interpretación es la forma explícita de la comprensión”*.²⁶⁵

Esta filosofía, llevada al campo jurídico, permite afirmar que comprender el derecho es siempre un acto de interpretación. Pero esto que se viene señalando, y que hoy parece cada vez más aceptado, por mucho tiempo fue una cuestión extraña para el derecho, pues la interpretación se concebía como un recurso extremo, externo a la comprensión del derecho y a su aplicación.

Durante el siglo XIX y principios del XX reinó la Jurisprudencia de Conceptos Alemana y la Escuela Francesa de la Exégesis, corrientes filosóficas que concebían las soluciones jurídicas a partir de inferencias axiomáticas, la primera, y lógico-gramaticales, la segunda,²⁶⁶ buscando siempre reflejar un significado único que se entendía pre-constituido en la norma.

Bajo esta corriente jurídica, la aplicación de una norma no implicaba su interpretación, pues se entendía que una norma cuyo texto era claro debía simplemente ser aplicada de forma deductiva, de la premisa mayor que era la ley a la menor que eran los hechos, el caso concreto; solo si el texto llegaba a ser oscuro la interpretación tenía cabida.

Por otra parte, la escuela historicista limitaba la interpretación a una ciencia destinada a reconstruir el pensamiento del autor de la norma, entendiendo la interpretación como un acto escindido de los momentos de comprensión y aplicación.²⁶⁷

Kelsen, desde una perspectiva positivista, abrirá en parte esa concepción entendiendo que siempre tendrá que interpretarse una norma,²⁶⁸ aunque, fiel a su perspectiva,

Dilthey y la idea de la hermenéutica como saber de las ciencias del espíritu; y la etapa 4, de la hermenéutica filosófica que va de Heidegger a Gadamer. Véase Quintana Bravo, F. (1994). Interpretación, ratio iuris y objetividad. p. 22.

²⁶⁴ Gadamer y su pensamiento está profundamente influenciado por el de Heidegger, por ello debe entenderse este concepto relacionado con el Dasein o ser-ahí, ser en el mundo.

²⁶⁵ Gadamer, H-G. (2012). Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica (13ª ed.). p. 378.

²⁶⁶ Viola, F. y Zaccaria, G. (2008). Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho. p. 178.

²⁶⁷ Zuleta Puceiro, E. (1980). Aspectos actuales de la teoría de la interpretación. p. 23.

²⁶⁸ Los límites de la interpretación para Kelsen se encuentran en el propio ordenamiento jurídico, en la norma superior, con independencia de cuestiones que el autor estima externas al derecho, por ejemplo el tratarse de una solución justa, pues esto último es una cuestión que incumbiría a la política jurídica y

afirmará que toda interpretación debía buscarse al interior del ordenamiento jurídico, sin intromisión de realidades consideradas extra jurídicas como la política, la realidad social o la moral. Sin embargo, es posible afirmar que este autor no se aleja del todo de una perspectiva hermenéutica, en tanto afirmará que el intérprete que procura establecer el sentido de la norma, lo que busca es exponer significados posibles. No existiría entonces para Kelsen un único significado impreso en la norma, sino que las normas tendrían una multiplicidad de sentidos.²⁶⁹ De ese modo, lo que hace el intérprete es determinar un sentido dentro de un marco de posibilidades que no conducen necesariamente a una única decisión.²⁷⁰

En el modelo jurídico es posible afirmar que la filosofía hermenéutica cambia la forma en que se entiende el derecho. A partir de su influencia los iusfilósofos postulan que el derecho siempre requiere ser comprendido y que se debe comprender a través de la interpretación, que es mucho más que la reproducción de la intención del autor.²⁷¹ Tendrán afinidad con los planteamientos de la hermenéutica iusfilósofos como Esser, Larenz, Hruschka, Arthur Kaufmann, F.Müller, Viola, Zaccaria, entre otros.²⁷²

Desde la perspectiva de la filosofía hermenéutica ya no es posible afirmar que una norma solo se interpreta cuando su texto es oscuro, ni se pueden ignorar los problemas lingüísticos, gnoseológicos, históricos o sociológicos de un texto jurídico. Así, desde esta filosofía se entiende que el acto de comprensión del derecho va unido al de su interpretación; que interpretar no es solo descubrir el sentido dado por el autor, sino que es una fusión de horizontes, en palabras de Gadamer.²⁷³

Interpretar tiene un alcance creador, pues no solo se reproduce la voluntad del autor. A su vez, habrá que observar que la norma se aplica en la realidad, de manera que hay que comprender no únicamente la norma, sino que para comprender el derecho y aplicarlo habrá que comprender también los hechos; todo lo cual entrará en la dinámica de la interpretación.

no a la ciencia del derecho. Así, para un autor positivista como Kelsen los límites o parámetros que enmarcan el acto interpretativo están en el propio ordenamiento jurídico, entendido como un conjunto de normas de estructura piramidal; pero otra perspectiva, como la de Dworkin, pondrá los principios como límites o parámetros que encausen la producción de norma que se genera en el acto interpretativo.

²⁶⁹ Kelsen, H. (1969). Teoría general del derecho y del Estado.

²⁷⁰ Manson Terraza, M. (1983). Kelsen, la interpretación del derecho y la lógica jurídica. p. 65.

²⁷¹ Cofré, J. O. (1995). Racionalidad en el derecho. Una aproximación filosófica a la hermenéutica jurídica. pp. 41-59.

²⁷² García Amado, J. A. (2003). Filosofía hermenéutica y derecho. pp. 191-211.

²⁷³ Como se verá, Gadamer explica la comprensión-interpretación en el diálogo, insertando al intérprete en un contexto y al autor en otro; utiliza así la idea de situar a ambos en horizontes hermenéuticos, a partir de los cuales el intérprete comprende.

5.1.- La perspectiva hermenéutica en la interpretación jurídica

La hermenéutica como corriente de pensamiento filosófico contemporáneo es denominada hermenéutica filosófica o filosofía hermenéutica, aunque esta última denominación es más precisa, en tanto revela que se trata de una filosofía y no de una metodología que se apoya en la interpretación de textos. Se ha considerado como autores con influencia hermenéutica a Schleiermacher, Dilthey, Ricoeur y, en gran medida, a Habermas, Betti, Esser, Larenz, Hassemer y Dworkin,²⁷⁴ pero el gran exponente de la filosofía hermenéutica es Hans-Georg Gadamer, a quién se seguirá en las páginas siguientes.

La filosofía hermenéutica junto con la filosofía analítica son las dos grandes líneas de la filosofía contemporánea, las que se caracterizan por abandonar la idea de que la filosofía es una arquitectura de la razón, donde el conocer es una construcción.²⁷⁵ Ambas filosofías abandonan, por tanto, la imagen constructivista del conocer y dan un “giro lingüístico”, pues su foco de atención prioritario pasa a ser el lenguaje.

Sin embargo, ambas corrientes no entienden el lenguaje de la misma manera. Para los analíticos el lenguaje es el objeto de estudio, de modo que los problemas filosóficos son básicamente problemas de lenguaje. Por ello, para los analíticos el rol de la filosofía es analizar el lenguaje y replantearlo de forma correcta para que pueda ser resuelto el problema filosófico de fondo. En cambio, para la filosofía hermenéutica el lenguaje es la forma de acceso al mundo del ser, es la forma en que el ser tiene mundo.

La hermenéutica y la analítica, dos grandes corrientes filosóficas de nuestra época, llevadas al campo jurídico, presentarían dos formas distintas de entender el derecho.

Por un lado, la analítica como iusfilosofía sería la teoría del derecho más desarrollada del siglo XX y, aunque los distintos autores que pudieran considerarse dentro de esta corriente tienen notables diferencias entre ellos,²⁷⁶ se caracterizarían todos por ciertas tendencias positivistas hacia el saber científico, preocupándose por el análisis del lenguaje mediante la descomposición del todo en partes.

²⁷⁴ Es discutible situar a todos estos autores dentro de la filosofía hermenéutica, se ha seguido a: Atienza, M. (2010). *Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho*, en: Lifante Vidal, I (Ed.). *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. p.74.

²⁷⁵ Habría que agregar la corriente marxista. Umberto Cerroni, exponente de esta corriente, explicaría el derecho desde la perspectiva de la realidad vista como dialéctica.

²⁷⁶ Se ha señalado como iusfilósofos exponentes de la corriente analítica a Ross, Hart, Bobbio, Von Wright, Alchourrón, Bulygin, Carró, Scarpelli, Tarello, Raz, MacCormick, Nino, Guatín.

La hermenéutica, por otro lado, identifica que el sujeto forma parte del proceso de conocimiento. Dicho proceso de conocimiento por el cual se accedería a la comprensión del derecho estaría mediado por el lenguaje. Así, para acceder al derecho se deberá vivir un proceso de interpretación, donde la perspectiva del autor jugará un rol clave. Para los iusfilósofos hermeneutas el derecho es visto como una práctica social compleja, donde el lenguaje es central para la comprensión de los fenómenos humanos.

De este modo, para la filosofía hermenéutica el mundo se experimenta en medio de la lengua/lenguaje.²⁷⁷ El lenguaje constituye la mediación de la experiencia, pues la comprensión del mundo se encuentra subsumida en la función comunicativa y expresiva del lenguaje. El lenguaje para la filosofía hermenéutica tiene una función de apertura de mundo, pues permite la configuración del mundo.

Por otro lado, en el campo jurídico se ha explicado la interpretación como el acto por el cual se le atribuye un sentido determinado a un signo lingüístico que es la norma, de manera que el ejercicio interpretativo busca determinar el sentido y el alcance de ese signo por el cual se estructura el derecho.²⁷⁸

Así, la perspectiva desde la cual se aborde en el mundo jurídico el problema de la interpretación es variada. Analíticos, lógicos, hermeneutas, romanísticos, por nombrar algunos, han pensado desde distintas aceras el problema de la interpretación jurídica. En el análisis que se desarrollará en estas páginas se ha tomado una opción, la perspectiva hermenéutica, recogiendo los aportes de esta filosofía para arrastrarlos al modelo jurídico, de manera de aclarar la comprensión y aplicación de los derechos humanos desde una perspectiva multicultural.

5.1.1.- Gadamer y la filosofía hermenéutica llevada al modelo jurídico

La filosofía hermenéutica reflexiona en torno a la comprensión del ser, del ser en el mundo;²⁷⁹ pero, como se ha venido señalando, dicha filosofía es también capaz de ampliar los horizontes de la interpretación jurídica.

²⁷⁷ En alemán, "lenguaje" se dice "Sprache", pero en contexto también significa lengua.

²⁷⁸ Contreras Matus, P. (2005). Interpretación Constitucional: Un régimen especial. pp. 301-321.

²⁷⁹ Gadamer parte de la noción de Dasein de Heidegger, quien retoma la pregunta filosófica por el ser. Heidegger al preguntarse por el ser no usa el concepto de "Seyn" (ser) sino de "Dasein" (estar ahí), porque se pregunta por el ser ahí, el ser en el mundo, un ser situado. "El ser se encuentra en el hecho de que algo es y es su ser-así, en la realidad, en el estar-ahí (Vorhandenheit) en la consistencia, en la validez, en el existir (Dasein)". Heidegger, M. (2015). Ser y Tiempo (5ª ed. traducción Jorge Rivera).

Estas páginas harán sus análisis influenciados por la filosofía hermenéutica, recogiendo el trabajo de Hans-Georg Gadamer. Desde tal perspectiva se busca pensar en el modelo jurídico el problema de la interpretación y, en particular, la interpretación de los derechos humanos de manera multicultural.

La filosofía hermenéutica revoluciona por un lado el pensar filosófico, pero por otro, tendrá un profundo impacto en el pensar jurídico.²⁸⁰ Con la Jurisprudencia de Conceptos Alemana y la Escuela Francesa de la Exégesis, iusfilosofías que reinaron durante los siglos XIX y principios del XX, el derecho era comprendido a partir de inferencias lógico-sistemáticas. La comprensión del derecho se encerraba entonces en aplicaciones deductivas al interior de las estructuras de la norma; fue el reinado de los silogismos jurídicos.

Bajo tales concepciones, la aplicación de una norma no significaba su interpretación, pues se entendía que una norma cuyo texto era aparentemente claro debía simplemente ser aplicada, de forma deductiva: de la premisa mayor que era la norma, a la menor que eran los hechos. Solo si el texto llegaba a ser aparentemente oscuro debía interpretarse, pero tal interpretación consistía en averiguar la voluntad del legislador, del creador de la norma.

Por el contrario, desde la perspectiva hermenéutica, es posible entender que una norma no puede ser comprendida y aplicada sin ser interpretada. El filósofo Hans-George Gadamer dirá que *“la interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión”*.²⁸¹

También dirá Gadamer, específicamente en relación al modelo jurídico, que *“cuando el juez intenta adecuar la ley transmitida a las necesidades del presente, tiene claramente la intención de resolver una tarea práctica. Lo que en modo alguno quiere decir que su interpretación de la ley sea una traducción arbitraria. También en su caso comprender e interpretar significa conocer y reconocer un sentido vigente. El juez intentará responder a la “idea jurídica” de la ley mediándola al presente”*,²⁸² enseguida agrega que el juez *“no se comporta, pues, como historiador, pero sí se ocupa de su propia historia, que es su propio presente”*.

De este modo, la filosofía hermenéutica permite afirmar en el modelo jurídico que el ejercicio de comprensión del derecho no se ancla en la intención del autor o del legislador; sino que es un proceso de acercamiento de horizontes, donde el intérprete

p.31.

²⁸⁰ Cofré, J. Op. cit., pp. 41-59.

²⁸¹ Gadamer, H. (2012). Op. cit., p. 378.

²⁸² Gadamer, H. (2012). Op. cit., p. 400.

desde su propio contexto histórico, dentro de su tradición y su cultura, bajo todos los efectos de la historia sobre él, comprende una norma.

Así, como se viene señalando, bajo la perspectiva hermenéutica el derecho siempre estará mediado por la interpretación. Para comprender el derecho, y por tanto los derechos humanos, se deberá interpretar sea claro u obscuro su texto, pues ya para afirmar su claridad u oscuridad se debe hacer un ejercicio de comprensión que estará mediado por la interpretación de quien comprende.

La interpretación entonces se entenderá no como una actividad de tipo mecánica, solo reproductiva, sino como una actividad productiva, creativa, pues el intérprete no reproduce, sino que interpreta, y en cada ejercicio de interpretación, crea.

La hermenéutica filosófica, si bien tiene impacto en la iusfilosofía, va mucho más allá. Por tanto, para comprender su influencia en la perspectiva de análisis jurídico, es necesario dimensionar alguno de sus postulados.

Gadamer afirma que cuando el autor se expresa, lo expresado traspasa su concepción, de modo que lo que se quiere comprender se desprende del autor. Dirá el filósofo que lo comprendido pasa desde la indeterminación de su sentido a una nueva determinación. Lo expresado por el autor se abre al diálogo. Así, el problema de la comprensión deja de ser un problema del autor y pasa a ser un problema de su interlocutor, de su intérprete.

Lo expresado por el autor se entrega entonces al receptor, por ello se afirmará por Gadamer que la expresión individual se inserta siempre en un hecho comunicativo y no debe entenderse como un hecho individual.²⁸³ Para Gadamer, la comprensión no consiste en una conducta reproductiva,²⁸⁴ el término utilizado en lengua alemana así lo denota,²⁸⁵ pero también su pensamiento,²⁸⁶ como se explicará más adelante.

Por ahora se dirá que estas afirmaciones llevadas al modelo jurídico permiten entender que comprender el derecho es siempre un acto de interpretación; siempre que se quiere comprender, por muy claro que sea un texto jurídico o un contexto fáctico, el interlocutor deberá realizar un ejercicio interpretativo.

²⁸³ Gadamer, H. (2012). Op. cit., p. 400.

²⁸⁴ Los textos de Gadamer, como los de Heidegger utilizarían para expresar este “comprender” la palabra alemana “Verstehen” que denotaría un comprender productivo y no netamente reproductivo. Véase Giménez, J. A. (2010). La dialéctica platónica como modelo de la experiencia hermenéutica en la filosofía de Gadamer. pp. 63 -77 P.68.

²⁸⁵ Gadamer, H-G. (1998). Verdad y método II. p. 26

²⁸⁶ Gadamer, haciendo referencia a la palabra que Heidegger utiliza para comprensión, “Verstehen”, remonta su origen lexicológico al lenguaje jurídico, señalando que su sentido original era el de “defender la causa de una parte en el tribunal”. Gadamer, H-G. (2003). El problema de la conciencia histórica. p. 74.

La comprensión es una participación en la pretensión común, en el diálogo entre quien se expresa en la norma y el intérprete. De este modo, al interpretar una norma el intérprete no abandona completamente lo que el legislador quiso decir, sino que lo integra en un diálogo con él, con su presente, con su actual contexto de aplicación.

Gadamer explica el diálogo, insertando al intérprete en un contexto y al autor en otro, en dos horizontes, y dicha comprensión estará marcada por lo que él denomina la fusión de horizontes, los prejuicios y la historia efectual, o efectos de la historia sobre el intérprete.

En ese sentido, el autor reivindica el valor de los pre-juicios en la comprensión, pues explica que el ser que comprende está conformado por prejuicios. Somos prejuicios dirá, pues somos nuestras experiencias y al tratar de entender el mundo no se parte de la nada. El intérprete se vincula con el objeto a comprender desde lo que pre-comprende, desde sus experiencias.

Afirma que tener prejuicios no significa pues en modo alguno juicio falso, sino que está en su concepto el que pueda ser valorado positivamente o negativamente. La palabra alemana para prejuicio (*Vorurteil*), igual que el francés *préjugé* fue restringida en la ilustración al significado de “juicio no fundamentado”, pero para Gadamer, los prejuicios son mucho más que eso, son precisamente las precomprensiones que permiten acercarse a una nueva comprensión.

Esta precomprensión marcada por las experiencias previas del intérprete configura su praxis interpretativa, su horizonte hermenéutico. Dicho horizonte está marcado por la historia, por los efectos de la historia, pues el ser que comprende es un ser-en-el-mundo, que forma parte del mundo.

Gadamer les quita entonces el carácter peyorativo o negativo a los prejuicios y por ello se dice que los reivindica,²⁸⁷ los considera como un elemento fundamental de la comprensión, los presenta como una constatación, es decir, como un elemento del ser, que para comprender debe partir de sus prejuicios, que son sus experiencias previas.

Cuando se oye a alguien o cuando se emprende una lectura, no es que se deban olvidar todas las opiniones previas sobre su contenido o todas las posiciones propias, sino que se debe estar simplemente “abierto a la opinión del otro o la del texto”.²⁸⁸ Dicha apertura o receptividad de la que habla Gadamer no presupone neutralidad, sino que contempla una convergencia entre lo dicho por el autor con las opiniones previas del intérprete.

²⁸⁷ Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 337.

²⁸⁸ Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 335.

La apertura del intérprete hacia el autor hace que se ponga la opinión del otro en alguna clase de relación con el conjunto de las opiniones propias. Por ello, dirá el filósofo que el intérprete se pone en cierta relación con autor y por ello es que el que quiere comprender tiene que estar dispuesto a dejarse decir algo.

Por otro lado, explica Gadamer que el ser que comprende, el intérprete, no es un ente abstracto sino un ser situado, contextualizado en el mundo y, por ello, para comprender debe existir una conciencia de esa historicidad, de los efectos de esa historia, de esas tradiciones que lo contextualizan y de su distancia histórica con el autor de lo que se quiere comprender.

Abordará entonces el problema de la conciencia histórica, expresando que cuando se comprende, el intérprete no se coloca en el lugar del otro, pues la comprensión no consistiría en penetrar en la actividad espiritual del autor. Quien comprende lo hace desde su experiencia en el mundo, la experiencia del ser en el tiempo, en su contexto histórico.

Lo que plantea entonces la filosofía hermenéutica, a diferencia de las concepciones historicistas, es que para comprender no se debe desentrañar lo que quiso decir el autor, sino que se debe comprender lo que la norma dice hoy. No hay que derribar esa distancia histórica dirá el autor, sino aceptarla.

Por ello, cuando se piensa en el modelo jurídico, se entiende que cuando se quiere comprender la norma y el ordenamiento, lo que se busca es desentrañar la comprensión de la norma en el presente, al tiempo de aplicarse dicha norma, en el contexto histórico-social y cultural de su aplicación.

De este modo, la comprensión no estará tan influida por el contexto histórico del autor como lo estará por el contexto histórico del destinatario, del intérprete, pues será su experiencia la que le permitirá avanzar en la comprensión de la norma. Esa experiencia es la experiencia de la propia historicidad del ser que comprende²⁸⁹ y, por ello, se afirmará que el sentido de un texto supera a su autor no ocasionalmente, sino siempre.²⁹⁰

De este modo, cuando el intérprete comprende, lo hace desde su tiempo, desde su "historia efectual", y cuando se entiende aquello en modelo jurídico, es posible vislumbrar al derecho y, en particular los derechos humanos, no como una construcción pétrea; anclado en la memoria del legislador o en su cultura. En cambio, si se entiende al derecho desde los ojos de la filosofía hermenéutica, la comprensión no pasa por

²⁸⁹ Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 359.

²⁹⁰ Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 366.

rememorar una pretérita intención, sino en comprender la norma desde el presente, abriendo diálogos entre aquellos dos horizontes.

La interpretación es entonces un ejercicio dialogal, la coincidencia entre lo que se quiere comprender y lo que ya estaba comprendido. Interpretar es una coincidencia, un diálogo abierto que Gadamer narra en la metáfora del horizonte, para explicar una fusión de perspectivas. Así, la fusión de horizontes permite la conexión entre el horizonte del presente y el horizonte del pasado, tendiéndose puentes para que pueda realizarse la comprensión.

5.1.2.- El carácter ontológico de la hermenéutica

Es preciso aclarar que la hermenéutica filosófica llevada al campo jurídico es también una ontología jurídica. La interpretación del derecho vista desde la filosofía hermenéutica no es un acto metodológico, no es un ejercicio que determina pautas a seguir, sino que afirma que la interpretación es la constitución misma del derecho.

La filosofía hermenéutica llevada al modelo jurídico entiende entonces que el derecho es esencialmente interpretación; que el derecho se configura en el círculo interpretativo de creación-reconstrucción.

Entonces, cuando se habla de la filosofía hermenéutica en el campo jurídico, se habla de una ontología del derecho. La perspectiva hermenéutica lleva así a la pregunta por el ser del derecho: es una ontología, pues se pregunta qué es el derecho para concluir que es esencialmente interpretación.

La hermenéutica filosófica permite comprender los derechos humanos de una manera dinámica, dándoles un sentido que permite liberarlos de ataduras culturales. Ello es así, no porque permita establecer un método para interpretar estos derechos en particular, sino porque se trata precisamente de una forma de ver lo que es el derecho.

Según se viene describiendo, el derecho se concreta en el acto de su comprensión, donde entre el enunciado jurídico y la aplicación de la norma existiría un espacio en el que el operador jurídico, principalmente el juez, tendría un campo de opciones donde juega la interpretación. Esto ocurre no ocasionalmente cuando se presentan problemas interpretativos, sino siempre, porque siempre se requiere comprender, y en ese acto se interpreta.

De este modo, situado el tema en el plano ontológico, es posible contextualizar la hermenéutica filosófica dentro de una de las dos grandes corrientes que desde esta

perspectiva explican lo que es el derecho. Por un lado, es posible encontrar aquellas corrientes que conciben el derecho como un objeto dado y acabado; y por otro, aquellas que lo entienden en continua construcción, dentro de las cuales se encontraría la filosofía hermenéutica.

Dentro de aquellas corrientes que entienden el derecho como un objeto dado sería posible situar las corrientes iusnaturalistas, el imperativismo y el normativismo. Las distintas corrientes iusnaturalistas tendrían en común el ser una ontología jurídica idealista, donde en la cúspide de todo derecho situarían aquellas normas cuya validez y obligatoriedad no dependen de que sean conocidas o acatadas, sino al derecho natural cuyo núcleo antecede a toda legislación, y donde la interpretación es un acto accesorio que no afecta la esencia de ese derecho natural. Para las corrientes imperativistas, en cambio, la esencia del derecho está dada por su material psicológico, donde el derecho se define por el mandato que expresa una voluntad del soberano, por ello la interpretación es el acto que se limita a buscar la voluntad del legislador, la voluntad imperativa del autor de la norma. En el normativismo, por su parte, la esencia de lo jurídico está dada por una forma, la forma de lo normativo, ajeno a hechos, valores y voluntades. El derecho es derecho por su forma, no por un hecho volitivo como la voluntad del soberano, ni por un juicio sobre su contenido, sino por su relación con otras normas del mismo sistema jurídico que le dan su validez jurídica.

En la otra acera se encontrarían aquellas concepciones del derecho que lo entienden como objeto dinámico. Dentro de tales concepciones se encuentran las corrientes decisionistas, ideológicas y la hermenéutica.

Para las corrientes decisionistas, el derecho es el ejercicio de decidir en el caso concreto la aplicación de una norma y la argumentación es lo que permitirá llegar a concretar esa decisión. Para las corrientes ideológicas, el derecho no sería más que el reflejo del poder, de la dominación efectiva.²⁹¹ En ambos casos, la interpretación mediará entre lo normativo y la praxis. Estas corrientes compartirían con la filosofía hermenéutica la concepción dinámica del derecho, pero no postularían que la forma del derecho es en esencia interpretación, como lo hace la hermenéutica. Para la hermenéutica filosófica, la interpretación y aplicación son el derecho mismo.

²⁹¹ García Amado sitúa a Carl Schmitt y a Th. Viehweg dentro de la corriente decisionista. Sin embargo, desde otra perspectiva es posible afirmar que Viehweg y su tópica jurídica, como se verá, se relacionarán con una propuesta hermenéutica, por medio del postulado de la hermenéutica diatópica. Para Viehweg, el derecho tiene su razón de existir en la decisión de casos conflictivos y esa decisión está constitutivamente orientada a la búsqueda de la solución mejor para el caso. La búsqueda de esa solución se realizaría con un carácter tópico, es decir, mediante un intercambio de argumentos que busca encontrar lugares comunes o tópicos, que son todos aquellos en los que se condensa el saber y las opiniones que en derecho rigen en un lugar y época determinados y que gozan de consenso. Viehweg, T. (1964). Tópica y jurisprudencia. p. 96.

En este sentido, cuando Gadamer postula que la hermenéutica tiene un peso ontológico explica que el proceso mismo de interpretar es la forma en que se manifiesta el ser. Por ello, se afirma que mientras para Dilthey la hermenéutica era una metodología que permitía alcanzar el conocimiento en las ciencias naturales, para Gadamer la interpretación era la forma de ser del ser.

Heidegger, maestro de Gadamer, es quien primero le da este peso ontológico a la interpretación que es la forma de comprensión del ser, al considerarlo parte de su estructura, no como una opción o como una actividad más. Es el Dasein, ser ahí, el ser en el mundo de Heidegger, el punto de partida. Un ser situado en el espacio-tiempo, y que comprende desde allí.²⁹² El ser humano desarrolla su existencia mediada por el lenguaje, que es su horizonte de significación, lo que posibilita su comprensión y, de ese modo, su realización existencial. La interpretación es por tanto la forma en que el ser adquiere mundo, la forma en que comprende.

Gadamer plantea que comprender no es un ideal de la experiencia vital humana como en Dilthey, ni un método de la filosofía, sino que comprender es la forma originaria de realización del estar ahí, del ser-en-el-mundo.

Por ello, el concepto de la comprensión no es ya un concepto metódico y tampoco el intento de fundamentar hermenéuticamente las ciencias del espíritu, sino que *“comprender es el carácter óntico original de la vida humana misma”*.²⁹³

Para la filosofía hermenéutica, la interpretación deja de ser un método, porque ya no es el medio que permite acceder a una verdad universal en las ciencias sociales; ya no hay una separación entre el objeto a comprender y el sujeto que comprende. Se dice que no existe tal separación entre el ser que comprende y el objeto comprendido porque la interpretación no es vista como un método separado del intérprete, sino que conforma al intérprete mismo. En el plano jurídico, la hermenéutica no propone un procedimiento interpretativo, una técnica que determine los pasos que han de regir la comprensión, deja de ser un instrumento de la práctica jurídica y pasa a ser el derecho mismo, forma parte constitutiva del derecho.

²⁹² “El Dasein es de tal manera que, siendo, comprende algo así como el ser. Sin perder de vista esta conexión, deberá mostrarse que aquello desde donde el Dasein comprende e interpreta implícitamente eso que llamamos el ser, es el tiempo. El tiempo deberá ser sacado a la luz y deberá ser concebido genuinamente como el horizonte de toda comprensión del ser y de todo modo de interpretarlo. Para hacer comprensible esto se requiere una explicación originaria del tiempo como horizonte de la comprensión del ser, a partir de la temporeidad en cuanto ser del Dasein comprensor del ser.” ... “El ser del Dasein tiene su sentido en la temporeidad”. Heidegger, M. Op. cit., p. 43 y 45.

²⁹³ Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 325.

5.2.- El rol de la interpretación en la noción de derechos humanos

De acuerdo a lo que se ha venido afirmando, siempre que se pone en práctica el derecho, siempre que se aplica, se debe comprender, por muy claro que sea un texto jurídico o un contexto fáctico. El operador jurídico deberá realizar, por tanto, un ejercicio de comprensión, que no es más ni menos que un ejercicio de interpretación.

Ello lleva a afirmar, a diferencia de lo que postulan otras filosofías del derecho, que aplicar el derecho no es un acto reproductivo, sino que es un acto creativo, pues el intérprete jurídico al realizar su ejercicio de interpretación estará creando, aunque dicha creación no tendrá la misma fuerza normativa si es realizada por un doctrinario, por un ciudadano, o por un juez.

Desde la perspectiva de la filosofía hermenéutica se ha visto que la interpretación es la forma de comprensión del ser, pero, por otro lado, es posible dimensionar qué es la interpretación, describiéndola como un diálogo de horizontes, una fusión de horizontes.

La interpretación entendida como un diálogo es la clave en estas páginas. El diálogo interpretativo llevado al mundo jurídico permite afirmar que los derechos humanos pueden superar las limitaciones de sus orígenes occidentales y ser ampliados hacia una comprensión y praxis multicultural. Al menos ese es el postulado que se viene desarrollando en estas páginas. La interpretación, por tanto, es la puerta de salida a la crítica fundamental que se ha revisado en esta tesis sobre los derechos humanos, el de ser vectores de hegemonía cultural, el de ser etnocéntricos.

La interpretación, desde una perspectiva hermenéutica, sería entonces la puerta de entrada a la comprensión-reconstrucción multicultural de los derechos humanos. La interpretación es el elemento clave en la noción de los derechos humanos, en su contenido y alcances prácticos.

Es importante destacar que al hablar de interpretación en estos términos, ésta tiene un alcance creador, pues no solo reproduce un sentido dado, sino que también crea un sentido contextual.²⁹⁴ Ahora, la interpretación puede hacerla tanto un operador jurídico como un ciudadano; un tribunal internacional o una ONG; sin embargo, la creación con más impacto directo en el derecho será aquella que proviene de los organismos a los que les corresponde su aplicación.

²⁹⁴ Se hace referencia aquí a la capacidad de crear derecho, y no a la fuerza jurídica, o capacidad para crear realidades sociales, pues temas que escapa a las reflexiones de esta tesis.

5.2.1.- La fusión de horizontes en la comprensión jurídica

La historia tiene efectos sobre el acto de comprensión al influir sobre el intérprete. La intersección de tiempo e historia se gesta en el acto interpretativo, que es para Gadamer una fusión de horizontes. El horizonte se actualiza en el momento de la comprensión, cuando se funde pasado y presente, autor original e intérprete, y entonces la historia adquiere sentido en el ejercicio interpretativo.

De ese modo, la interpretación de textos clásicos, de acontecimientos históricos, de obras de arte, etc., es decir la comprensión-interpretación del mundo, y desde luego del derecho, son explicados bajo la fusión de horizontes.²⁹⁵

Así, en el modelo jurídico el horizonte es el ámbito de visión que abarca y encierra todo lo que es visible desde un determinado punto para el autor de la norma y por otro lado, para el intérprete.

Se pregunta Gadamer si existen realmente dos horizontes distintos, aquel que vive el que comprende y el horizonte histórico al que este pretende desplazarse para comprender. Explica Gadamer que el horizonte es algo en lo que hacemos nuestro camino y que hace el camino con nosotros, y por ello se desplaza al paso de quien se mueve.²⁹⁶ En el momento de interpretar y aplicar una norma convergen historia y tiempo en un solo acto.

La hermenéutica filosófica describe entonces el momento interpretativo como el espacio de intersección entre el pasado y el presente por medio de la fusión de horizontes.

Como se viene explicando, al no existir un sujeto completamente separado de lo interpretado, la dinámica de la comprensión deja de tener un carácter metodológico y pasa a ser entendida como un acto dinámico, de carácter ontológico.

La fusión de horizontes es una fusión de temporalidades, porque el objeto comprendido y su pasado construido por su autor son resituados en el acto interpretativo, proyectándose un horizonte presente desde el sujeto que interpreta.

Se genera así un diálogo hermenéutico donde la norma interpretada traspasa la voluntad de su autor, actualizando su sentido al contexto presente. La fusión de horizontes es entonces una herramienta conceptual que tendría el carácter de central

²⁹⁵ Catoggio, L. (2009). El papel de la reflexión en la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. pp. 65-80.

²⁹⁶ Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., pp. 374-375.

en la explicación del fenómeno hermenéutico, pues en este punto todas las normas adquieren un sentido actual.

Por ello, Gadamer dirá que la comprensión no es una comprensión histórica que reconstruye la génesis de un texto, sino que se está comprendiendo el texto mismo y por ello se produce una “resurrección” del sentido del texto. En esa resurrección de una norma de derechos humanos, entonces, serían determinantes las ideas del intérprete, pero no como un punto de vista que se impone, sino como una posibilidad que se pone en juego y que ayudará a apropiarse de lo que dice el texto.²⁹⁷ Esto es la fusión de horizontes, que forma la realización de una conversación en la que un tema accede a su expresión, como una cosa común entre el autor y el intérprete.

Así, una norma de derechos humanos no agotaría su sentido en el enunciado de la norma, sino que el significado se ve determinado por el pasado y por el presente en la fusión de horizontes del ejercicio de comprensión-interpretación que ejecuta el intérprete de la norma de derechos humanos.

Ahora, esto se explica al entender que para Gadamer el lenguaje no se consume en los enunciados, sino que el lenguaje es la realización de sentido del horizonte de significación del intérprete. Es decir, el lenguaje es el medio en el que se realiza el acuerdo de los interlocutores y el consenso sobre la cosa que se comprende.²⁹⁸ La interpretación es un círculo encerrado en la dialéctica de pregunta y respuesta, es una relación que se realiza en el medio del lenguaje, en una verdadera conversación.²⁹⁹

De este modo, el lenguaje sería el medio universal en el que se realiza la comprensión misma y la forma de realización de la comprensión es la interpretación. Por ello, el filósofo hermeneuta explicará que todo comprender es interpretar y toda interpretación se desarrolla en el medio de un lenguaje que pretende dejar hablar el objeto y es, al mismo tiempo, el lenguaje propio de su intérprete.³⁰⁰

Este fenómeno no está exento de problemas como la diferencia entre el lenguaje de un texto y el de su intérprete o la falla que separa al traductor de su original, así como problemas de la expresión lingüística, etc. A dichos problemas, es posible agregar la distancia cultural. Todos ellos y otros, son problema de la comprensión y por tanto de la interpretación.

En este sentido, Gadamer revisa el problema de la comprensión desde una perspectiva lingüística. Entonces se preocupa del problema de la diferencia del lenguaje como

²⁹⁷ Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 466.

²⁹⁸ Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 462.

²⁹⁹ Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 467.

³⁰⁰ Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 467.

distancia cultural que limitaría la comprensión. Se pregunta cómo es posible llegar a comprender una tradición extraña si estamos tan atados a la lengua que hablamos, a lo cual explica que este es un razonamiento solo aparente.

Para la hermenéutica, los problemas de la comprensión no son vistos ni abordados de la misma manera que la filosofía del lenguaje. Lo anterior porque, si bien es verdad que la multiplicidad de lenguas plantea preguntas, para la filosofía hermenéutica lo central es determinar cómo cada lengua puede estar en condiciones de decir todo lo que quiere, a pesar de su diversidad respecto a las demás lenguas. Es la unidad entre pensamiento y lenguaje la que permite a la hermenéutica afirmar que a pesar de todas las diversas maneras de hablar, existiría una unidad indisoluble de pensamiento y lengua, como unidad entre comprensión e interpretación.³⁰¹

5.2.2.- La historia efectual y la contextualización multicultural

El intérprete es el ser inserto en el mundo, marcado por los efectos de la historia y, por ello, para comprender debe existir una conciencia de esa historicidad, de ese horizonte que es también cultural.

Afirma Gadamer que la conciencia de la historia efectual es, en primer lugar, conciencia de la situación hermenéutica, pues se está en la historia. Explica el autor que *“uno se encuentra siempre en una situación cuya iluminación es una tarea a la que nunca se puede dar cumplimiento por entero”*.³⁰²

Desde luego el concepto de la historia efectual, la noción del presente finito que tiene sus límites para el intérprete, está asociado al concepto de horizonte antes visto.

Quien comprende lo hace desde su propia experiencia en el mundo y también desde su tiempo y desde su concepción del mundo, de su cultura. El presente se abre desde el concebir previo o precomprensión; es decir, desde los conceptos transmitidos por la historia y la cultura en la que está inserto. Por ello, cuando se dimensiona la fusión de horizontes que se viene revisando, se explica que historia y tiempo tienen efectos sobre la interpretación, y el intérprete sobre la comprensión.

Gadamer dirá, haciendo una reflexión en el modelo jurídico, que cuando el juez intenta adecuar la ley transmitida a las necesidades del presente tiene la intención de resolver una tarea práctica, pero ello no significa que su interpretación sea arbitraria, pues

³⁰¹ Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 483.

³⁰² Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 373.

comprender e interpretar significa también conocer y reconocer un sentido vigente. El juez intentará responder a la idea jurídica de la ley mediándola al presente.³⁰³ Sostiene que el juez no se comporta como historiador, pero sí se ocupa de su propia historia, que es su propio presente.

De este modo, los efectos de la historia sobre el intérprete son múltiples, por un lado marcan su pre-comprensión y por otro sitúan el objeto comprendido en un contexto actual. Por ello, desde la perspectiva jurídica, la interpretación tiende puentes entre la distancia temporal del ayer y del hoy, entre la generalidad de una norma abstracta y un caso concreto.

Desde tal perspectiva es posible afirmar que en materia de derechos humanos el camino interpretativo podrá salvar el problema del peligro de imperialismo cultural, pues es posible pensar que en la historia efectual se transitaría no solo entre tiempo e historia, sino también entre el contexto cultural.

El intérprete comprende desde los efectos de su cultura sobre él. Estar situado en otro tiempo y en otra cultura a la del autor de una norma de derechos humanos no puede significar que no sea posible comprender dicha distancia; de ello precisamente trata la filosofía hermenéutica.

Gadamer dice que el intérprete no debe intentar salvar la distancia histórica entre el objeto interpretado, el autor y el momento de interpretación, sino que debe aceptarla. Así también, el intérprete de una norma de derecho humano deberá aceptar la distancia cultural entre el enunciado y el contexto de aplicación.

El intérprete no debe salvar el problema de su pre-comprensión cultural, porque no comprende de la nada; sino que debe aceptar que lo que pre-comprende, sus prejuicios culturales, son los que le permiten acercarse a lo interpretado, en este caso, las normas de derechos humanos. Las experiencias conforman una especie de plataforma sobre la cual es posible acercarse a lo interpretado, abrirse y resignificar.

En esta lógica hermenéutica es posible afirmar que el intérprete no debe salvar el problema de la distancia cultural entre el origen de la norma de derechos humanos y su cultura o la cultura en la cual se aplica la norma, sino que debe aceptarla y, como dirá Gadamer, dejarse decir algo, estar abierto al diálogo, al diálogo intercultural en la aplicación de la norma de derecho humano.

La distancia cultural entre una norma de derecho humano y la cultura en que se interpreta y aplica, no es otra cosa que los efectos de la historia o historia efectual. Es un elemento que el intérprete dentro del proceso de comprensión debe aceptar.

³⁰³ Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 400.

Entonces, el interés histórico no se orienta a fenómenos históricos, sino que tiene como temática el efecto de los mismos en la propia historia del intérprete. Por ello, Gadamer indica que *“Cuando intentamos comprender un fenómeno histórico desde la distancia histórica que determina nuestra situación hermenéutica en general, nos hallamos siempre bajo los efectos de esta historia efectiva”*.³⁰⁴ Asimismo, cuando intentamos comprender una norma interculturalmente, el intérprete se encontrará siempre influenciado por la cultura desde la cual comprende.

Gadamer explica que quien comprende se desplaza desde su horizonte histórico al otro horizonte, donde desplazarse significa comprender, hacer consciente de la alteridad y de su individualidad.³⁰⁵

Por ello, cuando la conciencia histórica del intérprete se desplaza hacia horizontes históricos y culturales diversos, esto no quiere decir que el intérprete se traslade a mundos extraños, sino que ambos forman un gran horizonte que mueve más allá de las fronteras del presente y de la cultura. Este desplazarse no sería ni empatía, ni sumisión; por el contrario, significaría siempre un ascenso hacia la generalidad que rebasa tanto la particularidad propia como la del otro, de la otra cultura. *“Ganar un horizonte quiere decir siempre aprender a ver más allá de lo cercano y de lo muy cercano, no desatenderlo, sino precisamente verlo mejor integrándolo en un todo más grande”*.³⁰⁶

En este sentido, comprender una cultura requiere sin duda la conciencia de un horizonte cultural. El intérprete tiene que tener su propio horizonte cultural para poder desplazarse a una comprensión multicultural cualquiera.

El horizonte del presente está marcado por los prejuicios de la propia cultura del intérprete, por los códigos culturales, éstos forman precisamente el horizonte del presente. Pero el horizonte del presente está en un proceso constante de formación, en la medida que se está constantemente obligado a poner a prueba los prejuicios, que son también precomprensiones culturales. Parte de ese horizonte es también la comprensión de la propia tradición, el horizonte del presente por tanto no se forma al margen del pasado.

Comprender es siempre el proceso de fusión de estos horizontes de pasado y presente. La fusión tiene lugar constantemente. Por ello, la comprensión multicultural también es un proceso constante en un mundo globalizado.

³⁰⁴ Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 371.

³⁰⁵ Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 375.

³⁰⁶ Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 375.

Todo encuentro con la tradición realizado con conciencia histórica experimenta la tensión entre pasado y presente, cultura propia y cultura ajena. La tarea hermenéutica consistiría en no ocultar esa tensión, sino en desarrollarla conscientemente.

El intérprete no comprende desde cero, sino que, tal como se viene explicando, parte desde su precomprensión, que está configurada por su experiencia previa, y por tanto por su cultura.

Gadamer explica que cuando se oye a alguien o cuando se emprende una lectura, no es que se deba olvidar todas las opiniones previas o todas las posiciones propias, sino que se debe simplemente estar “abierto a la opinión del otro”.³⁰⁷ La apertura a la que hace referencia, entonces, no presupone neutralidad o negar la propia cultura, sino que se postula una apertura entre la cultura del autor, la del intérprete y el horizonte cultural en el cual se aplicará la norma.

5.3.- La apertura y el diálogo para una interpretación multicultural

Desde la perspectiva de la filosofía hermenéutica, la interpretación es explicada a través del diálogo. Se utiliza la idea de situar al intérprete en un contexto, en un horizonte hermenéutico, que se coloca en diálogo con el horizonte del autor. Se produce entonces una apertura de mundos, de horizontes hermenéuticos, y a partir de ese diálogo el intérprete comprende.

Para Gadamer, esta apertura implica siempre que se pone la opinión del otro en alguna clase de relación con el conjunto de las opiniones propias, o que uno se pone en cierta relación con las del otro y por ello es que el que quiere comprender, tiene que estar dispuesto a dejarse decir algo.³⁰⁸

La filosofía hermenéutica plantea entonces una apertura de diálogos entre la voluntad del autor y los prejuicios o precomprensión del intérprete. Una apertura de diálogos entre los horizontes históricos de la norma y el de su intérprete; entre la cultura donde se crea la norma y aquella donde se aplica.

El diálogo parte de los prejuicios del intérprete. Entendiendo a los prejuicios como las comprensiones previas del intérprete. Por ello se dice que Gadamer le quita el carácter peyorativo o negativo al concepto de prejuicios y los reivindica. Hay que aclarar que el concepto de prejuicios muestra que solo en la ilustración dicho concepto adquiere el

³⁰⁷ Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 335.

³⁰⁸ Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 335.

matiz negativo que ahora tiene, pues prejuicio no significaría entonces para la filosofía hermenéutica un juicio falso, sino que puede ser valorado positivamente o negativamente.³⁰⁹

Así, tal como se viene explicando, desde una postura hermenéutica se puede afirmar que el acto de comprensión de los derechos humanos va unido al de su interpretación; y que interpretarlos no es solo descubrir el sentido dado por el autor histórico, sino que es una fusión de horizontes, es un acto de reconstrucción pero también de creación.³¹⁰

La interpretación es la participación en la pretensión común, en el diálogo cultural, entre quien se expresa y el intérprete; entre la norma de derecho fundamental y el intérprete que la comprende en un determinado contexto histórico y cultural.

El intérprete jurídico, por tanto, no abandonará completamente lo que el legislador quiso decir, pero lo integrará en un diálogo con él, con su presente, con su actual contexto de aplicación y con la cultura en la cual se pretende aplicar la norma de derecho humano.

Como se viene explicando, la filosofía hermenéutica plantea una apertura de diálogos entre la voluntad del autor y los prejuicios o precomprensión del intérprete.³¹¹ Sin embargo el horizonte de quien aplica el derecho no es nunca puramente personal, sino que se inserta y debe medirse en un horizonte general, común a la sociedad en que se interpreta y a la cultura en la cual se inserta dicha interpretación.

Por medio de la interpretación de los derechos humanos se hace posible su delimitación y contextualización, en tanto interpretar un derecho es establecer su contenido y sus fronteras, es determinar el ámbito de realidad protegido en el caso concreto. En este sentido, el camino hermenéutico posibilita salvar las críticas planteadas a los derechos humanos, como es la de tratarse de derechos occidentales con una pretensión de universalismo eurocéntrico, o la crítica a su originario individualismo liberal,³¹² porque el derecho no se debe entender anclado a su origen

³⁰⁹ "(...) La palabra alemana para prejuicio (Vorurteil), - igual que el francés préjuge, pero quizás aún más pregnadamente- parece haberse restringido desde la Ilustración y su crítica religiosa al significado de juicio no fundamentado". Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 337.

³¹⁰ "El sentido de un texto supera a su autor no ocasionalmente sino siempre. Por eso la comprensión no es nunca un comportamiento solo reproductivo, sino que es a su vez siempre productivo". Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 366.

³¹¹ Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 337.

³¹² Por ejemplo, clásicos son los cuestionamientos planteados por Marx en "La cuestión judía", donde plantea la crítica a estos derechos que ve como liberales, en tanto entiende que lo que se denomina derechos del hombre son en realidad los derechos atribuidos al hombre miembro de una sociedad burguesa, a un hombre separado de la comunidad, pues analiza los textos que consagran aquellas libertades civiles. Véase Vidal Gil, E. Los derechos humanos como derechos subjetivos. En Ballesteros, J. (Ed.). (1992). Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos. p. 35 y ss.

cultural o contextual, sino que se comprende dinámico, inmerso en el círculo hermenéutico de la comprensión humana, en el círculo de comprensión, creación y aplicación.

Bajo la mirada de la hermenéutica, el intérprete entra en diálogo con lo que comprende, pues se deja decir algo por el objeto interpretado, por su horizonte, por su historia, por su cultura; y luego lo acerca a su precomprensión, a su horizonte histórico, cultural. En ese diálogo interpretativo, en ese círculo hermenéutico, se construye una interpretación que pudiera ser intercultural.

La interpretación entonces es el camino que se realiza mediante la apertura que el intérprete realiza, al estar dispuesto a dejarse decir algo por el objeto interpretado, teniendo conciencia que se acerca, no como una hoja en blanco, sino desde lo que precomprende. La apertura es entonces la clave para la posibilidad de comprender. La interpretación sin esa disposición al diálogo es un camino infructuoso.

El diálogo, desde esta perspectiva, no es una forma de persuasión o de enseñanza, como lo sería para Platón o Aristóteles, sino que es el camino por el cual el ser descubre, conoce, comprende y crea.

Por ello, es posible afirmar que así como la conmensurabilidad entre culturas es factible solo con la disposición al diálogo intercultural así también la comprensión multicultural de los derechos humanos solo es factible con una apertura interpretativa consciente de la distancia cultural.

El intérprete jurídico debe tener conciencia de su sesgo histórico y cultural, de la distancia entre ese horizonte y el horizonte de la norma. La apertura al diálogo hermenéutico es la apertura al diálogo cultural entre una norma nacida en un momento histórico puntual y lo que hoy dice, en un horizonte cultural diverso.

La comprensión de los derechos humanos en los distintos ordenamientos jurídicos es una comprensión que debe estar abierta al diálogo cultural, a una interpretación dialogal.

5.3.1.- Una interpretación dialogal en el contexto contemporáneo de los derechos humanos

Gadamer dirá que la interpretación no es un acto complementario y posterior a la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, de modo que la interpretación es la forma explícita de la comprensión.

Así, la filosofía hermenéutica plantea que el diálogo es la puerta de entrada a la comprensión. El diálogo se explica al insertar al intérprete en un horizonte distinto del horizonte del autor. La comprensión pasará entonces por la fusión de dichos horizontes.

Los prejuicios conforman al intérprete, son parte de él, y le permiten precisamente aproximarse a lo comprendido. Quien intenta entender el mundo, en este caso la norma de derechos humanos y su aplicación culturalmente contextualizada, lo hace desde sus experiencias, desde su propia cultura.

Por ello, solo a través de los prejuicios se puede observar y comprender el mundo, pues a través de ellos el intérprete se ha hecho una idea del mundo. El horizonte cultural del intérprete, así como el horizonte cultural del autor de la norma, es parte intrínseca de ambos sujetos, y por tanto del objeto comprendido.

Quienes comprenden la norma de derecho humano lo hacen desde un nuevo horizonte cultural y temporal, y deben tener conciencia de ello. El intérprete salva esa distancia y se vincula con el objeto/sujeto a comprender desde la conciencia de ser un acercamiento cultural diverso, teniendo conciencia de los efectos de su cultura sobre su interpretación. Los prejuicios son parte ineludible del acto de la comprensión-interpretación, son por tanto no un sesgo que deba ser obviado, sino un elemento que permite el acceso al diálogo interpretativo, serán lo que permitirán su comprensión multicultural.

La filosofía hermenéutica es la que marca la forma en que estas páginas se aproximan al problema de la interpretación multicultural de los derechos humanos. Marcan una perspectiva ontológica, plantean una forma de entender lo que es el derecho y el rol de la interpretación en general como acto creador. Esta perspectiva ontológica solo permite afirmar que es posible la comprensión de los derechos humanos en las distintas culturas, y que el sesgo cultural de su nacimiento no tiene necesariamente que arrastrarse a su aplicación.

Los postulados de la hermenéutica filosófica permiten afirmar que la interpretación jurídica es un proceso de comprensión de sentidos latentes en categorías jurídicas

como los derechos humanos, donde no solo juega un rol importante la comprensión desde el texto jurídico, sino que es clave el contexto en el que se interpreta, la cultura en que se aplican. Así, la interpretación jurídica podrá jugar un rol decisivo en la comprensión no hegemónica de los derechos humanos.

Como se mencionó, cuando el intérprete se abre al diálogo en la llamada fusión de horizontes, dicho horizonte no es un horizonte puramente personal, sino que se inserta y debe medirse en un horizonte general, común a la sociedad en que se interpreta, común a la cultura desde la cual interpreta y en la cual aplica.

Es posible entender que dicho horizonte en el modelo jurídico estará conformado por el conocimiento jurídico, pero también, por la perspectiva cultural desde la cual se interpreta y sobre la cual se aplica el derecho. Así, quien interpreta los derechos humanos lo hace desde su propia experiencia y comprensión cultural del mundo; desde su pre-comprensión de los derechos humanos: de antiguas interpretaciones, de desarrollos jurídicos-doctrinarios, de la jurisprudencia de tribunales internacionales de derechos humanos, desde criterios o principios de interpretación, de la finalidad de dichos derechos humanos, etc.; y también desde lo que su cultura entiende por derecho y su concepto de la fundamentación de los mismos.

Por otro lado, el intérprete debe ser consciente de las tradiciones que lo contextualizan. Por ello, el problema de la conciencia histórica significa que cuando se comprende, el intérprete no se coloca en el lugar del otro, pues la comprensión no consistiría en penetrar en la actividad espiritual del autor. Quien comprende lo hace desde su cultura, pero está dispuesto a dejarse decir algo por la cultura fuente de la norma y así también por la cultura donde se aplica la norma.

De este modo, lo que se plantea es que para comprender no se debe desentrañar lo que quiso decir el autor, sino que se debe comprender lo que dice la norma hoy, desde el contexto de la cultura en la cual se aplica. No hay que derribar la distancia cultural entre el nacimiento de la norma y su aplicación, sino aceptarla,³¹³ para así poder acercarse multiculturalmente los derechos humanos.

Esto permite entender a los derechos humanos no como normas pétreas, ancladas a las primeras declaraciones, en la memoria de un legislador, sino como normas

³¹³ Solo habrá comprensión si el que comprende toma conciencia de sus prejuicios, de su historia efectual y de su tradición: "(...) pero en esta comprensión habrá siempre algo más que la reconstrucción histórica del mundo pasado al que perteneció la obra. Nuestra comprensión contendrá siempre al mismo tiempo la conciencia de la propia pertenencia de la obra a nuestro propio mundo. Y con esto se corresponde también la pertenencia de la obra a nuestro propio mundo". Gadamer, H-G. (2012). Op. cit., p. 359.

dinámicas y porosas al contexto cultural. Por ello, los derechos humanos se abren hoy a la diversidad, a un universalismo interactivo, como se explicó en el primer capítulo.

La interpretación de los derechos humanos debe entonces abrir diálogos entre el horizonte del pasado y del presente, entre las primeras declaraciones de derechos humanos y los actuales desafíos, entre las distintas culturas y los distintos fundamentos que los sostienen. Los derechos humanos hoy no son los mismos, ni son entendidos de la misma forma que los derechos humanos de los primeros textos internacionales.

Bhikhu Parekh, en este sentido, justificará el diálogo intercultural en la búsqueda de principios mínimos que permitan lo que él denomina un universalismo pluralista. Como se mencionaba en el capítulo primero, este autor afirma que se requiere que el diálogo permita superar la falsa percepción de universalidad general de una sola cultura, para dimensionar la diversidad y las distintas perspectivas interculturales.³¹⁴

Así, es posible vislumbrar los instrumentos internacionales de derechos humanos como consensos mínimos para entender, al igual que Parekh,³¹⁵ que los derechos humanos al ser generales y responder a formulaciones históricas deben ser interpretados reconciliándolos con la diversidad cultural, para reconstruirlos emancipatoriamente.

Es por ello que, tal como se viene sosteniendo, la interpretación jurídica juega un rol dialógico en la reconstrucción multicultural de los derechos humanos.³¹⁶

³¹⁴ Parekh, B. (2005). Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política. p. 197.

³¹⁵ Parekh, B. (2005). Op. cit., p. 207.

³¹⁶ La exigencia de reconstrucción intercultural de los derechos humanos pasa también por instancias político-sociales de consenso, sin embargo, adentrarse en estas otras instancias no es el objetivo ni el foco de esta tesis.

CAPÍTULO 6.- LA HERMENÉUTICA DIATÓPICA COMO CRITERIO ORIENTADOR DE LA INTERPRETACIÓN MULTICULTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

6.- Introducción

En estas páginas se ha revisado el derecho desde la perspectiva de la hermenéutica filosófica que, siguiendo a Gadamer, entiende al derecho mismo como interpretación y a la interpretación como una comprensión creadora de derecho. Esta perspectiva filosófica es la propuesta óptica que lleva a un camino abierto hacia el diálogo cultural en los derechos humanos.

Así, cuando se piensa el ordenamiento jurídico, y en particular los derechos humanos, se piensa en normas porosas al contexto cultural, abiertas a su comprensión intercultural.

Por ello, cuando se revisó el problema del cuestionado etnocentrismo o peligro de imperialismo cultural subyacente en los derechos humanos se afirmó que de esta crítica aflora también el problema de si es posible el diálogo intercultural o si, por el contrario, el mundo está condenado a guetos de inconmensurabilidad cultural. Descartada esta última corriente de pensamiento en los capítulos anteriores, se fueron sondeando diversas cuestiones relacionadas con los derechos humanos y la diversidad cultural para entender que una comprensión intercultural de los derechos humanos era posible desde una iusfilosofía hermenéutica.

Mirando el derecho internacional de los derechos humanos y particularmente la praxis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta idea se presentó útil, no solo en lo teórico, desde donde se desarrollan estas páginas, sino también en lo práctico.

Sin embargo, sostener que los derechos humanos pueden ser comprendidos multiculturalmente y constatar que dicho ejercicio es útil para el diálogo intercultural no es suficiente. La perspectiva óptica de la hermenéutica filosófica como cimiento de la propuesta, y como fundamento de las reflexiones de estas páginas, lleva a afirmar que es posible una comprensión intercultural de los derechos humanos, pero no lleva a un método o criterio, no es en ningún caso un método práctico o una constatación fáctica, sino una reflexión filosófica que justifica que los derechos humanos pueden ser comprendidos como multiculturales.

Entonces, recogiendo lo planteado a lo largo de estas páginas, y algunas críticas de juristas pragmáticos que buscan erróneamente en la filosofía hermenéutica métodos de

interpretación o pautas metodológicas concretas, se ha querido plasmar esa comprensión dialógica del derecho en la construcción de un criterio o principio que oriente la praxis de la interpretación jurídica multicultural de los derechos humanos.

De este modo, si bien la comprensión del derecho es interpretación, como se explicó en el capítulo anterior, el camino interpretativo de un operador jurídico, especialmente de los tribunales de justicia, puede estar orientado o enmarcado en principios, cánones o reglas interpretativas. Si se asume que las normas jurídicas tienen una multiplicidad de sentidos latentes, toda norma jurídica es un marco abierto a varias posibilidades de interpretación. El propio Kelsen explica que interpretar una ley equivale a fijar el marco de posibles sentidos y alcances que la ley posee.

Los derechos humanos, con su profundo contenido ético-político, han sido interpretados desde distintas perspectivas. Es por esto que en su ejercicio de comprensión no pueden obviarse los efectos políticos ni las problemáticas prácticas que su interpretación puede acarrear.

Por ello, cuando se interpretan los derechos humanos es importante hacerlo teniendo en cuenta la diversidad cultural y el problema del imperialismo cultural. Es por esto que interesa postular aquí un criterio particular que, sin alejarse de la objetividad metodológica, de la argumentación y el razonamiento jurídico, ponga en evidencia que los derechos humanos deben ser interpretados teniendo en consideración los efectos políticos y éticos, en este caso, referidos a la interculturalidad.³¹⁷ Se propondrá así un criterio hermenéutico diatópico que deberá guiar el ejercicio interpretativo de los derechos humanos hacia una comprensión respetuosa de la diversidad cultural.

Entonces, la pregunta es por qué se hace necesario un criterio que guíe la interpretación multicultural de los derechos humanos. Desde la teoría jurídica se ha explicado que la interpretación de los derechos humanos está fuertemente influenciada por lo que aquí se viene denominando precomprensión jurídico-filosófica de los mismos. Es decir, el cómo se entienden los derechos humanos. Esto marca la forma de interpretarlos y los efectos políticos de su aplicación.

El ejercicio interpretativo de los derechos humanos está también influenciado por las concepciones filosóficas e históricas desde las cuales se comprende el derecho, por la

³¹⁷ Ferrajoli explica que el liberalismo anti-ilustrado del siglo XX construye la idea de apoliticidad del derecho y neutralidad del Estado y defiende una “autonomía de lo jurídico” pretendiendo “separarlo de la sociedad, de un lado, y de la política de otro”. Analiza Ferrajoli este fenómeno en el derecho italiano, señalando que “el paradigma civilista continuará siendo dominante al menos hasta los años sesenta de nuestro siglo, y proporcionará los postulados de neutralidad y apoliticidad del derecho; la plenitud y la coherencia del ordenamiento; el carácter técnico-avalorativo de las interpretaciones, tanto doctrinales como judiciales.”. Ferrajoli, L. (2010). *Cultura jurídica y paradigma constitucional. La experiencia italiana del siglo XX*. pp. 18, 21, 43.

iusfilosofía que los enmarca. Esa precomprensión filosófica del intérprete, por así decirlo, va mucho más allá de una perspectiva individual, sino que apunta a una concepción de la teoría jurídica de los derechos humanos. Así, siguiendo a Gadamer, es posible afirmar que al comprender estos derechos se pondrá en juego una concepción filosófica de los mismos que remitirá también a un resultado interpretativo.

Así, por ejemplo, la *teoría liberal* entiende que los derechos humanos son derechos de libertad del individuo frente al Estado, derechos que se establecen para asegurar frente a la amenaza estatal ámbitos importantes de la libertad individual. Por otro lado, una *teoría institucional* de los derechos humanos les asignaría un carácter de principios objetivos de ordenación para determinados ámbitos considerados vitales dentro del Estado. Una *teoría axiológica* entendería que el Estado se encontraría en un constante proceso de integración de valores y los derechos humanos se presentarían como valores fundamentales de la comunidad jurídica.³¹⁸

Habermas, en este sentido, explica que es posible buscar en el ejercicio interpretativo una objetividad del intérprete, pero no sería posible defender la neutralidad valorativa³¹⁹ y, por ello, trabajar sobre las nociones de objetividad y neutralidad enriquecería el trabajo intelectual y afianzaría la posibilidad de poder sostener una ciencia social crítica.³²⁰

Dice, en este sentido, el sociólogo portugués Boaventura de Sousa Santos que la ciencia moderna tuvo que luchar contra un enemigo poderoso: los monopolios interpretativos de la religión, el Estado, el partido, etc. No obstante, al triunfar la lógica en la revolución científica del siglo XVI, la lógica cartesiana se fue imponiendo también en el mundo jurídico, tradicionalmente colonizado por la retórica,³²¹ entonces se llegó al

³¹⁸ En este sentido lo explicado muy descriptivamente en la tesis doctoral de Carolina León, quien agrupa alguna de esas teorías. León Bastos, C. (2010). La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica. pp. 44-46.

³¹⁹ Schanzer, R. M. y Wheeler, C. I. (2010). Jürgen Habermas y la problemática de la neutralidad valorativa. ¿Es posible una ciencia social crítica? pp. 2-3.

³²⁰ El problema de la neutralidad y la objetividad puede ser rastreado desde los neokantianos (Windelband y Rickert); en el positivismo Durheimiano y la ciencia libre de valores de Weber. Cuando se inicia la ciencia social, o la sociología para ser más precisos, los primeros sociólogos luchaban porque esta nueva ciencia fuera aceptada en el mundo científico como válida, y trataban de que ésta cumpliera con los parámetros establecidos por las ciencias ya reconocidas en ese momento. Así, mientras la completa neutralidad parecía cuestionable, pues la neutralidad implicaría librarse de todas las cargas físicas y emocionales que le impregnan al investigador, esto es, librarse de condicionantes como el sexo, el estatus social, "raza", credos, etc., la objetividad implicaría realizar su estudio siguiendo cierto método, sea cuantitativo o cualitativo. Bustos Silva, G. (2011). Las polémicas por la científicidad en las ciencias sociales. De la neutralidad ideológica a la objetividad científica.

³²¹ La retórica como arte de persuasión por la argumentación es una de las tradiciones más enraizadas en el pensamiento occidental, narra Santos, y siempre disputó la primacía del conocimiento con la tradición lógica. Señala Santos que la retórica es una forma de conocimiento que avanza desde premisas

abandono total de la retórica jurídica y a su sustitución por la ciencia jurídica.³²² El conocimiento jurídico resultaba de la prueba científica y no de una argumentación razonable. Sin embargo, desde la década del sesenta, este panorama estaría cambiando, cuestionándose ese supuesto conocimiento científico y resurgiría la retórica.³²³

El postulado cientifista afirma la neutralidad científica,³²⁴ sosteniendo que es posible estudiar y describir la existencia de una realidad independiente del investigador, del observador. Sin embargo, esta perspectiva sufrió una gran transformación a raíz de la teoría de la relatividad y de la mecánica cuántica, lo que significó un replanteamiento, postulándose precisamente que la neutralidad científica es una ilusión, en tanto el observador nunca estaría exento de interferir en el objeto estudiado. Así mismo, el intérprete jurídico nunca sería absolutamente neutro frente a la norma.

En tal sentido, por medio de la filosofía hermenéutica se explicó en estas páginas que las precomprensiones del operador jurídico influyen en la interpretación de los derechos humanos, en su resultado interpretativo. Pero como se explicó, no solo influyen en ese ejercicio interpretativo, sino que precisamente lo posibilitan, pues el intérprete se acerca al objeto a comprender desde sus prejuicios, que posibilitan el círculo hermenéutico, y ello marcará la interpretación que finalmente haga de los derechos humanos.

De esta forma, asumir la imposibilidad de una neutralidad científica del intérprete, permitirá, a juicio de quien escribe, entender los derechos humanos y su interpretación en su dimensión real, para que el intérprete no se escude en una falsa premisa de neutralidad y aislamiento científico-jurídico, para argüir que su interpretación es la verdadera.

Sin embargo, ello lleva a un camino abierto en el ámbito de la comprensión de los derechos humanos. Esa puerta abre el espectro de la interpretación y precisamente por ello se hace necesario plantear ciertos principios o cánones que guíen a los operadores jurídicos en un camino dialógico sobre los derechos humanos.

Una concepción filosófica sobre la comprensión multicultural de los derechos humanos no tendrá los alcances prácticos de un criterio particular que se desenvolverá en un ejercicio interpretativo específico.

probables hacia conclusiones probables mediante varios tipos de argumentos.

³²² Santos, B. de S. (2003) Op. cit., p. 109.

³²³ Santos, B. de S. (2003) Op. cit., pp. 108-110.

³²⁴ Se esbozará esta distinción entre objetividad y neutralidad, sin poder profundizar en esta cuestión, que tan ocupada tiene a la filosofía de la ciencia.

Sin embargo, aun entendiendo así el ejercicio interpretativo, reconociendo desde la perspectiva de la hermenéutica filosófica la no neutralidad del intérprete, no se abandona a la suerte de la discrecionalidad del intérprete la interpretación, que es el temor del relativismo. Lo anterior pues, si bien no existe la neutralidad interpretativa, sí existe la objetividad, la razonabilidad y la fundamentación jurídica. En este sentido, los criterios interpretativos, como el que particularmente se presentará en esta tesis, el hermenéutico diatópico, son puentes que encausan en cierto camino la comprensión de los mismos. En este caso, lo encausan hacia una comprensión multicultural.

Así, explicadas en los capítulos anteriores la problemática y la perspectiva hermenéutica, se propondrá en este capítulo la noción de hermenéutica diatópica como criterio o principio interpretativo práctico de los derechos humanos, noción que se construirá principalmente a partir de la formulación de Boaventura de Sousa Santos y del pensamiento de Raimon Panikkar.

6.1.- Un criterio interpretativo multicultural desde la concepción hermenéutica

El punto de partida del criterio o principio interpretativo que aquí se postulará es desde luego la perspectiva de la filosofía hermenéutica. Pero la hermenéutica planteada por Gadamer no pensó los problemas que pudieran acarrear la multiculturalidad en particular; eran otras las inquietudes filosóficas que el autor quiso abordar. Sin embargo, ello no quiere decir que la hermenéutica se agote en los dilemas específicos abordados por Gadamer, pues él postula una ontología general.

Por ello, autores como Boaventura de Sousa Santos o Walter Mignolo llevan a otros campos y a otros dilemas a la filosofía hermenéutica: al campo de la diversidad cultural como un mecanismo sociológico de diálogo intercultural.

Tal y como se explicó en el capítulo anterior, estas páginas comprenden los derechos humanos, y el derecho en general, desde la lógica de la hermenéutica filosófica. Por tanto, se entiende que al ser el derecho esencialmente interpretación, éste es dinámico, no se encuentra anclado en un único momento histórico, sino que se construye desde la fusión de pasado y presente. Desde tal perspectiva, las críticas a los derechos humanos revisadas también en esta tesis, se reducen a un problema de comprensión limitada.

Es la filosofía hermenéutica entonces la que al explicar el derecho y en particular los derechos humanos como dinámicos salva distancias culturales e históricas, tiende puentes por medio de la fusión de horizontes hermenéuticos.

Entonces, el derecho se concreta en el acto de su comprensión, donde entre el enunciado jurídico y la aplicación de la norma existiría un espacio en el que el operador jurídico interpreta. En esta operación de concretización es posible situar un criterio de hermenéutica multicultural para los derechos humanos.

Así, si se piensa la hermenéutica filosófica como orientadora de un criterio concretizador, este criterio plantearía que los derechos humanos no pueden anclarse en la intención del legislador, sino que las normas de derechos humanos toman vida en una interpretación dinámica, que es también reconstrucción de sentido cultural. La comprensión de los derechos humanos entonces va evolucionando conforme a cada tiempo y cada contexto social, y desde luego, se comprende desde cada cultura.

Por tanto, un criterio inspirado en la filosofía hermenéutica se asemejaría a un criterio sociológico, en tanto recoge el postulado que el derecho, y en este caso particular la interpretación de los derechos humanos, debe ser acorde a los cambios sociales y a la diversidad cultural. De ese modo, los derechos humanos no se petrifican en determinadas situaciones pensadas en la época de su consagración, sino que evolucionan. Así, una norma jurídica de derecho humano se comprende dinámicamente a través de las diversas circunstancias históricas, políticas, sociales y culturales.

En este sentido, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia en contra del Estado de Chile en el llamado caso Atala, afirma en el numeral 83 que, aunque al momento de firmar la convención no se contemplaba el derecho a la no discriminación por orientación sexual, *"La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados."*

La Corte Interamericana habla de una interpretación evolutiva para referirse a lo que es posible denominar también criterio sociológico.³²⁵ Así, se plantea que los derechos humanos no se encontrarían anclados a los contextos sociales y culturales de su

³²⁵ También se le ha denominado criterio de progresividad.

surgimiento y consagración, sino que evolucionan, y van respondiendo a las diversas situaciones de la sociedad en la que rigen.

Por otro lado, la distancia cultural entre una norma de derecho humano y la cultura en que se interpreta y aplica no es otra cosa que los efectos de la historia o historia efectual de la que hablaba Gadamer. El intérprete tiene que tener conciencia de su propio horizonte cultural para poder desplazarse a una comprensión multicultural cualquiera. Por ello, se afirma que la hermenéutica jurídica sería una herramienta que permitiría dotar de contenido intercultural a los derechos humanos.

Entonces, comprendiendo al derecho desde la perspectiva hermenéutica, se entiende que el derecho es esencialmente interpretación y que la interpretación tiene un alcance creador, pues no solo reproduce un sentido dado, sino que también crea un sentido contextual, un sentido cultural.

De este modo, el intérprete de una norma de derecho humano deberá aceptar la distancia cultural entre el enunciado y el contexto de aplicación. El intérprete no debe salvar el problema de la distancia cultural, sino que debe aceptar que está enmarcada en precomprensiones culturales, que es precisamente lo que le permite acercarse a lo interpretado.

Por ello, más allá de la perspectiva hermenéutica de comprender el derecho, que salva filosóficamente los cuestionamientos a los derechos humanos, y más allá de la perspectiva ontológica desde la cual se aborde la pregunta por el derecho y en particular los derechos humanos, es indudable que el ejercicio práctico requiere de resguardos que posibiliten el diálogo multicultural en la comprensión y aplicación de estas normas.

El intérprete comprende desde los efectos de su cultura sobre él. Estar situado en otro tiempo y en otra cultura a las del autor de una norma de derechos humanos no puede significar que no sea posible comprender dicha distancia; de ello precisamente trata la filosofía hermenéutica.

Así planteadas las cosas, construir un postulado, un canon o criterio interpretativo que resguarde el camino de su comprensión intercultural es un desafío ineludible en estas páginas.

6.1.2- Los orígenes del criterio interpretativo

Si bien la diversidad cultural no fue objeto de mayor reflexión para Gadamer, autores posteriores a Gadamer recogiendo su filosofía plantearon una hermenéutica diatópica, concibiéndola como un mecanismo para interpretar las diversas culturas, buscando formular una traducción intercultural.

Esta hermenéutica diatópica servirá de base para postular en el campo jurídico un criterio interpretativo de los derechos humanos, que se plantea como un principio ilustrativo del camino que los operadores jurídicos puedan seguir para construir una comprensión intercultural de estos derechos.

Es posible situar los primeros esbozos de una hermenéutica diatópica en Raimon Panikkar,³²⁶ así como en Walter Mignolo que planteaba el concepto de hermenéutica pluritópica.³²⁷ Por otra parte, Boaventura de Sousa Santos desarrolla el concepto de hermenéutica diatópica en el campo de la sociología de las emergencias. De estos postulados se recogerá principalmente la hermenéutica diatópica para extenderla al campo jurídico y reconfigurar la hermenéutica diatópica como un criterio interpretativo.

Pues bien, Boaventura de Sousa Santos propone la hermenéutica diatópica como herramienta de traducción de distintos espacios culturales entre las diversas culturas, lugares comunes o *topoi*. Esta misma herramienta conceptual permite transformar los derechos humanos desde lo que el autor denomina una globalización hegemónica, o desde arriba, a una globalización desde abajo: a un derecho cosmopolita subalterno.³²⁸

Si los derechos humanos no son pensados interculturalmente seguirán siendo, según explica Santos, un localismo globalizado, derechos nacidos en una cultura determinada que se instalan en una cultura local receptora.³²⁹

³²⁶ Borsani, M.E. (2011). *Hermenéuticas para un pensar geo-situado, o derivas de la hermenéutica en Latinoamérica*. En *II Jornadas Internacionales de Hermenéutica: La hermenéutica en diálogo con las Ciencias Humanas y Sociales: convergencias, contraposiciones y tensiones*.

³²⁷ Walter Mignolo (1995) ampliaría la hermenéutica occidental a partir de la incorporación de modos de conocimiento y tradiciones colonizadas que han sido sistemáticamente marginadas, permaneciendo sumergidas, y propone entonces lo que denomina hermenéutica pluritópica, es decir, un nuevo modo de conocimiento descentrado que teoriza desde diferentes localidades espaciales y temporales; en su obra *The Darker Side of the Renaissance: Literacy, Territoriality, and Colonization*.

³²⁸ Santos, B. de S. (2002). *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*. pp. 64-65.

³²⁹ Hay que recordar que Santos distingue cuatro modos de producción de la globalización: el localismo globalizado, que tiene lugar cuando un fenómeno local es exitosamente globalizado; la globalización de un localismo, que es el impacto específico de imperativos transnacionales en condiciones locales; el cosmopolitismo subalterno, que es la solidaridad transfronteriza entre grupos que son oprimidos o excluidos; y en cuarto lugar lo que denomina la herencia común de la humanidad. Lo que Santos denomina localismos globalizados y globalismos localizados corresponden a la globalización

Desde una perspectiva sociológica, cuando Santos plantea una hermenéutica diatópica propone la idea de una traducción intercultural, que sería un procedimiento de inteligibilidad recíproca entre los diferentes actores sociales de las diversas culturas. El procedimiento de traducción funcionaría mediante la generación de zonas de contacto interculturales que más adelante se detallarán.

Por su parte, Raimon Panikkar desde una perspectiva antropológica y teológica abordará la posibilidad de entablar diálogo entre culturas y religiones, camino que construirá desde la hermenéutica. En ese contexto clasifica la hermenéutica en tres tipos: la *hermenéutica morfológica*, que permite descifrar y transmitir a través de los padres, maestros y otras figuras de autoridad los conocimientos de una cultura particular; la *hermenéutica diacrónica*, que contribuye a superar la distancia temporal entre culturas para facilitar la comprensión de textos de épocas pasadas; y la *hermenéutica diatópica*, que permite ir más allá de la distancia temporal, permite ir a los lugares comunes teóricos, los *topoi* culturales, para buscar puntos de encuentros que permitan el diálogo intercultural.

Es entonces la diatópica el elemento central en la construcción de un criterio o principio intercultural. A su vez, la tópica es la fuente de dicho principio, concepto que se arrastra del pensamiento de Aristóteles y Cicerón.³³⁰ La tópica y la retórica aristotélica influirán entonces en la noción de diatópica de Santos y Panikkar.

Por otro lado, la perspectiva jurídica de Theodor Viehweg aporta a la comprensión de la diatópica en el derecho. Viehweg es uno de los primeros filósofos del derecho contemporáneo que retoma la tópica aristotélica para situarla en el planteamiento jurídico, recogiendo el método problemático de la tópica.

De este modo, en la base de la hermenéutica diatópica planteada por Santos y Panikkar, se encontraría la tópica. Estos *topoi* serían los lugares comunes, las premisas generales, ampliamente difundidas, sobre las que se funda una argumentación.

Al no discutirse esas premisas, dado que se consideran verdades evidentes y ampliamente aceptadas, los *topoi* hacen posible la producción ordinaria de argumentos. Los *topoi* de cada cultura entonces constituyen premisas de carácter general que permiten fundamentar los valores y principios comunes de esa cultura particular. Se trataría de las premisas más generales que intervienen en los cimientos de los valores

hegemónica, la globalización desde arriba; en cambio, el cosmopolitismo subalterno y la herencia común de la humanidad serían globalizaciones desde abajo, la globalización contrahegemónica.

³³⁰ Escribe Viehweg que Aristóteles “proyecta en su tópica una teoría de la dialéctica, entendida como arte retórica” y Cicerón entendió la tópica “como una práctica de la argumentación, que maneja el catálogo de tópicos que con este fin esquematizó”. Viehweg, T. Op. cit., p. 43.

comunes de una cultura, aquellos que servirían para justificar la comprensión del mundo desde los ojos de una cultura.

Por otro lado, como se mencionó, también es posible encontrar en materia jurídica el método tópico de interpretación. La tópica jurídica busca fundamentar las decisiones jurisdiccionales a través de proposiciones plausibles que conduzcan a una verdad racional. La tópica jurídica partiría desde los problemas jurídicos puntuales y postularía que las soluciones no pasan por la búsqueda de “*una verdad*”, sino por encontrar interpretaciones que representen el mejor argumento racional dentro de un consenso justificado.³³¹

Viehweg formula una jurisprudencia de casos y una teoría de la interpretación basada en pautas de valoración, que se elaboran desde un planteamiento problemático que rechazaría el método deductivo. Viehweg, tomando la noción de la tópica de Aristóteles, afirma que los Topoi serían “*puntos de vista utilizables y aceptables universalmente, que se emplean en favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad*”.³³²

El autor sigue la evolución del análisis tópico en la jurisprudencia romana y en el *mos italicus* de los postglosadores y comentaristas, detecta el esquema tópico en la escolástica, para reivindicar desde allí la tópica en la jurisprudencia, de modo que sostiene que la tópica se infiltra en el sistema jurídico a través de la interpretación.

Viehweg se centra en la tópica como una técnica del pensamiento que se orienta hacia los problemas. Siguiendo un razonamiento tópico en la jurisprudencia, las interpretaciones jurídicas deberán buscar las premisas necesarias para la comprensión de un problema, que permitirá ver distintas salidas, distintos caminos. Por ello, la interpretación constituye una pieza de la tópica, que abre la posibilidad a nuevos entendimientos de algo que parecía fijado.³³³

Siguiendo a este jurista, es posible afirmar que la tópica jurídica constituye un esquema donde los márgenes de los argumentos son establecidos por los propios interlocutores en función de sus respectivas convicciones y criterios, para buscar un consenso razonado al problema interpretativo. La tópica se presenta entonces como una técnica de interpretación-argumentación que busca recoger los distintos puntos de vista. Se trata por tanto de un método abierto que entiende al derecho como un proceso social inacabado.

³³¹ Autores como Theodor Viehweg o Konrad Hesse habrían desarrollado el método tópico de interpretación jurídica.

³³² Viehweg, T. Op. cit., p. 37-38.

³³³ Viehweg, T. Op. cit., p. 61.

Relacionado con lo anterior, Santos señala que las ciencias sociales modernas tuvieron que luchar contra un enemigo poderoso, los monopolios interpretativos.³³⁴ Sostiene Santos que el conocimiento emancipador y la legalidad cosmopolita, es decir, el derecho puesto al servicio de un objetivo emancipador, debe enfrentarse a dos enemigos: al monopolio de la interpretación y la renuncia a la interpretación. Afirma que para que el conocimiento sea emancipatorio, la verdad debe ser retórica, es decir, “*vista como una pausa mítica en una batalla argumentativa continua e interminable trabada entre varios discursos de verdad*”.³³⁵

Santos explica que tanto la tópica como la retórica, como artes de la persuasión, son tradiciones enraizadas en el pensamiento occidental, pero que siempre habrían tenido que disputar la primacía del conocimiento con la tradición lógica. Aclara que como las revoluciones científicas del siglo XVI y XVII habrían hecho triunfar a la lógica, la lógica cartesiana se impuso también en la cultura y la práctica jurídica, tradicionalmente colonizada por la retórica. Entonces, el positivismo jurídico habría conducido al abandono total de la retórica jurídica y a su sustitución por la ciencia jurídica.³³⁶ Desde entonces, el conocimiento jurídico se entendió como el resultado de la prueba científica y no de una argumentación razonable. Sin embargo, desde la década del sesenta habría comenzado a dudarse de dicho conocimiento y tendría lugar la reemergencia de la retórica.

De este modo, se seguirá aquí el propio círculo hermenéutico para estudiar el presente de la hermenéutica diatópica en la sociología de Santos, revisar su tradición en la antropología teológica de Raimon Panikkar, y hacer una proyección de sentido en la interpretación jurídica de los derechos humanos, proponiendo un criterio interpretativo hermenéutico diatópico.

6.1.3.- Las raíces diatópicas para un criterio hermenéutico

Raimon Panikkar plantea la hermenéutica diatópica como la herramienta clave en la comprensión de la antropodiversidad. Es esta hermenéutica diatópica la que postula como una metodología que permite la convivencia de distintos mundos en un solo mundo. Como se vio, Panikkar clasifica la hermenéutica en tres tipos: la *hermenéutica morfológica*, la *hermenéutica diacrónica*, y la *hermenéutica diatópica*.³³⁷ Precisamente,

³³⁴ Santos, B. de S. (2003). Op. cit., p. 110.

³³⁵ Santos, B. de S. (2003). Op. cit., p. 108.

³³⁶ Santos, B. de S. (2003). Op. cit., p. 109.

³³⁷ Panikkar, R. (1995). Sobre el diálogo intercultural. p. 87.

la hermenéutica diatópica es la que posibilitaría la traducción de lugares comunes, no físicos, sino espacios intelectuales similares entre las distintas culturas.

La hermenéutica diatópica partiría de la premisa de que el otro, aquel a quién estamos tratando de comprender, no comparte nuestro horizonte de inteligibilidad por encontrarse en un horizonte cultural diverso. Supone por tanto un acercamiento a otro universo heterogéneo, con principios fundacionales generalmente invisibles, fundamentos indiscutidos que plantean otra visión de mundo.

Panikkar plantea una hermenéutica diatópica para formular una metodología de comprensión donde el eje central no es cualquier tipo de comprensión-interpretación, sino aquella que se produce entre dos universos culturales diversos. En este sentido planteará que la comprensión intercultural se dirige hacia el encuentro con el otro a partir de ciertos elementos que se hallan en una relación de equivalencia homeomórfica.

Una relación de homeomorfismo consistiría, según el autor, en vincular términos aparentemente intraducibles entre culturas diversas, buscando aquellos conceptos que desempeñan roles equivalentes; es decir, aquellos que ocupan lugares homólogos en sus respectivos sistemas culturales.

Así, para hacer comprensibles dos conceptos diversos entre culturas es posible acceder a una interpretación mediante el homeomorfismo, el que establece una analogía, buscando dos términos que cumplen la misma función en dos sistemas culturales heterogéneos, es decir, dos conceptos que sin ser idénticos tienen funciones equivalentes en cada cosmovisión.

Panikkar introduce de ese modo el concepto de equivalentes homeomórficos como un primer paso hacia la interculturalidad y lo introduce al hacer una revisión intercultural de la filosofía. Los equivalentes homeomórficos no son meras traducciones literales, ni tampoco traducen simplemente el papel que la palabra original pretende ejercer, sino que apuntan a una función equiparable, equivalente a la noción que se quiere comprender.

Para el filósofo, las culturas están constituidas por aquellos ritos, costumbres, opiniones, ideas dominantes y formas de vida que caracterizan a un pueblo en una época determinada. La lengua, la historia y la geografía serían elementos esenciales que dan forma a cada cultura. Por ello, explica que cada cultura posee una visión que hace patente el mundo en el que vivimos, en el que creemos estar. Dirá en este sentido que cada cultura es una galaxia que segrega su autocomprensión y, con ella, los criterios de verdad, bondad y belleza de todas las acciones humanas.

Sostiene así el autor que para lograr una metodología intercultural no es posible usar una hermenéutica de contexto, que es la hermenéutica usada para comprender textos, sino que se requiere una hermenéutica adecuada, la que denominó precisamente diatópica. La nombró así porque los *topoi* o lugares culturales son distintos y no se pueden presuponer a priori las interacciones que han permitido que emerjan los distintos contextos culturales. El vocablo griego *topos* significa lugar y el prefijo *diá* apunta a la idea de un recorrido “*por medio de*”, o “*por entre*”: la hermenéutica diatópica da cuenta entonces del paso de un lugar a otro, de la conexión entre dos culturas.

Para el autor, no habrían universales culturales, esto es, contenidos concretos de significación válidos para todas las culturas, para la humanidad de todos los tiempos. Sin embargo, entiende que sí existirían ciertas invariantes humanas, en tanto toda persona comería, pasearía, se relacionaría, pensaría, etc. Aun así, el cómo cada cultura interpreta, vive y experimenta esas invariantes humanas es distinto y distintivo en cada cultura y tiempo.

Ahora, Panikkar admite que en determinados momentos en la humanidad hay mitos que adquieren mayor universalidad que otros, pero aun en estos casos la manera como suelen interpretarse es distinta. Por ejemplo, indica que la regla de No matarás puede ser la formulación de un mito universal abstracto que hoy día, por ejemplo, condena el canibalismo, pero la creencia real en un no matarás absoluto no es universal.

Ahora, si bien para este pensador no existirían universales culturales, sí sería posible encontrar lugares comunes, lugares culturales desde los cuales se puede entablar una comprensión intercultural. Por ello se pregunta qué se debe hacer si no se puede traducir un sistema de pensamiento a otro, si no se encuentra complementariedad,³³⁸ si acaso esto lleva a hacer pensar que “las otras” interpretaciones pudieran estar equivocadas. Agrega que precisamente el desafío de la hermenéutica diatópica es librarse de la trampa del absolutismo sin caer en el relativismo.

Panikkar ilustra con una metáfora la interdependencia y complementariedad recíproca de las culturas.³³⁹ Habla de ventanas; donde cada cultura es como una ventana abierta al mundo que permite verlo y representarlo de una determinada manera. Cada cultura-ventana, aunque se autoconciba como un todo panorámico, es en realidad una perspectiva parcial. Precisamente las otras visiones parciales de la realidad permiten que una cultura comprenda que ella es solo una de las ventanas posibles y que tiene, por tanto, un carácter incompleto y parcial.

³³⁸ Panikkar, R. (1995). Sobre el diálogo intercultural. p. 159.

³³⁹ Panikkar, R. (1995). Op. cit., p.135.

En relación a la hermenéutica diatópica, escribe que no es posible que ella prescriba reglas exactas de interpretación, en tanto precisamente requiere ir a la filosofía del otro y entrar en ella tanto como sea posible, “*tenemos que superar nuestros parámetros y sumergirnos en un proceso participativo*”.³⁴⁰ Para interpretar la cultura del otro se requiere descubrir sus códigos, para lograr así interpretar su interpretación del mundo.

Recogiendo estos planteamientos, aquí se acepta la posible conexión entre dos culturas por medio de los *topoi* como lugares comunes retóricos ampliamente extendidos de una determinada cultura, autoevidentes, que no son objeto de debate, que funcionan como premisas para la argumentación, posibilitando la producción e intercambio de argumentos.³⁴¹ La diatópica, entonces, consistiría en tender puentes entre dos formas de comprender el mundo y la hermenéutica diatópica apuntaría a una comprensión desde dos culturas diversas, de modo que como criterio interpretativo llevaría al intérprete a comprender los derechos humanos y sus fundamentos con un pie en cada cultura.

6.2.- La hermenéutica diatópica como metodología para la interculturalidad

El sociólogo portugués Boaventura de Sousa Santos plantea la hermenéutica diatópica como una metodología sociológica que permite un ejercicio de reciprocidad entre culturas. Para el autor, esta hermenéutica diatópica es una propuesta emancipatoria que busca lograr una interculturalidad que no sea avasalladora de las culturas más débiles y, por ello, la metodología consiste en transformar las premisas de argumentación o *topoi* de una cultura determinada en argumentos inteligibles y creíbles en otra cultura.

Señala Santos que las premisas en una argumentación bien podrían ser hechos, bien podrán ser verdades, o bien *topoi*. Estos últimos serían los “*lugares comunes*”, puntos de vista ampliamente aceptados, de contenido muy abierto, inacabado o flexible y fácilmente adaptables.

Propone entonces una tópica de la emancipación, una novísima retórica, donde la tópica sea una tópica social, un conocimiento emancipatorio que no desprecia conocimientos, que permite desarrollar una sociología de las emergencias. Mediante

³⁴⁰ Panikkar, R. (1995). Op. cit., p. 91.

³⁴¹ Santos, B. de S. y Rodríguez Garavito, C. (eds.). (2007). El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita. p. 72.

esta hermenéutica diatópica, Santos afirma que es posible entablar un intercambio entre diferentes saberes y culturas, es decir, entre universos de significado diferentes.

En cada cultura habría *topoi* fuertes que determinarían la comprensión intercultural. Estos *topoi*, que Santos denomina fuertes, funcionarían como premisas para la argumentación, son la base de los argumentos, los que posibilitan la producción de un argumento. Los universos de significado consistirían en constelaciones de *topoi* fuertes. Los *topoi* fuertes serían lugares comunes retóricos, ampliamente extendidos de una determinada cultura, autoevidentes, que no son objeto de debate. Estos *topoi* fuertes serían sumamente problemáticos cuando se los utiliza en otra cultura y *“lo mejor que les puede ocurrir es que sean degradados de premisas de la argumentación a argumentos”*.³⁴²

Ahora, para entender estos postulados hay que entender que para el autor las culturas son incompletas y la hermenéutica diatópica, como una metodología para la interculturalidad, permite profundizar en la conciencia de esa incompletud. Por tanto, el objetivo de la hermenéutica diatópica es crear una conciencia reflexiva de la incompletud de cada cultura, permitiéndole la apertura necesaria al diálogo intercultural.

El diálogo intercultural no se puede establecer unilateralmente, sino que cada comunidad debe decidir cuándo está preparada para ese diálogo. Además, no debe existir nada irreversible en la hermenéutica diatópica, pues la posibilidad de revisión es lo que hace que dicho diálogo sea un proceso político abierto y explícito. El diálogo intercultural es selectivo tanto en los temas, como en los socios.³⁴³ Requiere de la producción de conocimiento colectivo, interactivo y en red.³⁴⁴

Comprender una determinada cultura desde los *topoi* de otra cultura puede resultar muy difícil, por ello la hermenéutica diatópica, entendida en este acápite como una metodología sociológica, exige a sus participantes un esfuerzo mutuo por tratar de conocer, comprender y traducir en la medida de lo posible los *topoi* de cada cultura.

Para llevar a cabo un ejercicio de hermenéutica diatópica como metodología sociológica, el autor portugués esboza también la figura del intelectual cosmopolita,³⁴⁵ que sería un representante elegido de cada cultura que cuente con una actitud mental de apertura para relacionarse con sujetos plurales, con suficiente actitud crítica para

³⁴² Santos, B. de S. y Rodríguez Garavito, C. (eds.). (2007). Op. cit., p.72.

³⁴³ Santos, B. de S. (2010). Op. cit., pp. 84-87.

³⁴⁴ Santos, B. de S. (2010). Op. cit., p. 79.

³⁴⁵ El intelectual cosmopolita sería un dirigente de movimientos sociales o activistas de base, personas con fuertes vínculos con los saberes y prácticas a los que representan.

comprender la incompletud cultural.³⁴⁶ Para realizar esta traducción cultural, se requiere que el intelectual cosmopolita, es decir el intérprete hermeneuta, esté entre los dos *topoi*, con un pie en cada cultura.

La hermenéutica diatópica planteada por Santos sería un ejercicio epistemológico y sociológico, una metodología de traducción intercultural, serían criterios procedimentales que, aplicados a los derechos humanos, conducen a una concepción no hegemónica de los mismos, para lo cual se debe entablar un intercambio entre diferentes saberes y culturas, es decir, entre universos de significado diferentes.³⁴⁷

De ese modo, para que el ejercicio de traducción cultural planteado por Boaventura de Sousa Santos sea fructífero, las culturas en diálogo se deben reconocer incompletas. Se debe superar la tensión entre universalismo y relativismo cultural, pues ambas posiciones limitarían el diálogo intercultural, mientras el universalismo ocultaría la globalización de localismos, el relativismo negaría la posibilidad de comunicación, le cerraría las puertas al dialogo.

Además, el diálogo no puede ser impuesto, eso ya no sería diálogo. Por tanto se hace necesario concentrarse en cuestiones escogidas de mutuo acuerdo entre las culturas, en aquellos puntos que reflejan preocupaciones comunes. Desde otra perspectiva, debe aceptarse que en el trabajo de traducción intercultural no hay nada irreversible, el diálogo es flexible y pueden existir avances o retrocesos.

Es así como la hermenéutica diatópica planteada desde la perspectiva sociológica de Boaventura de Sousa Santos apuesta por la creación de un multiculturalismo progresista, que rechaza tanto el universalismo hegemónico como el relativismo, para proponer un marco teórico que permite la construcción de relaciones interculturales.

6.2.1.- La hermenéutica diatópica como criterio jurídico de interpretación

Mientras Panikkar propone una filosofía y Santos una sociología intercultural desde la hermenéutica diatópica, estas páginas pretenden postular un criterio de interpretación jurídico, un criterio hermenéutico diatópico que oriente la comprensión intercultural de los derechos humanos.

³⁴⁶ Aguiló Bonet, A. (2010). Op. cit., p. 156, haciendo referencia a Santos, B. de S. (2005). El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política. p. 184.

³⁴⁷ Entiende Santos, al igual que Benhabib, que un diálogo intercultural debe empezar por la hipótesis que las culturas siempre han sido interculturales, y que los intercambios siempre han sido muy desiguales, siempre han existido opresores y oprimidos; localismos que se globalizan y se imponen sobre otros.

Todas estas perspectivas convergen en que la hermenéutica diatópica es un camino para el diálogo intercultural que, aplicado a la comprensión de los derechos humanos, aporta a su reconstrucción dialogal.

Así, la hermenéutica diatópica como criterio de interpretación permitiría comprender de manera local a los derechos humanos, reconstruyéndolos desde sus localismos culturales.

Mientras los derechos humanos sean concebidos como derechos universales, en tanto universalicen lo que una cultura entiende por dignidad humana, tenderán a funcionar como localismos globalizados, según las categorías que explica Santos. Para poder funcionar entonces como una globalización cosmopolita, los derechos humanos deben también ser fundamentados desde una perspectiva multicultural.

La hermenéutica diatópica planteada por Boaventura de Sousa Santos se presenta como un ejercicio de reciprocidad entre culturas, que transforma las premisas de una argumentación, los *topoi* de una cultura determinada, en argumentos inteligibles y creíbles en la otra cultura. Esta hermenéutica diatópica permitiría apropiarse y reconceptualizar los derechos humanos desde las diversas culturas.

Cuando se postula entonces un criterio hermenéutico diatópico se plantea una herramienta de comprensión intercultural desde el mundo jurídico, un camino interpretativo que tienda puentes entre culturas a través de los *topoi*, a través de los puntos comunes entre culturas.

Los *topoi* como puntos de vista ampliamente aceptados al interior de una cultura, son para cada una de ellas, premisas de argumentación sobre las cuales se funda su comprensión del mundo, los derechos humanos y su forma de justificarlos. Para poder entonces entrar en diálogos interculturales, esas premisas aparentemente intocables, deben también entrar en diálogo, pasar a ser argumentos.

En tal sentido resulta interesante relacionar este camino con lo planteado por Robert Alexy. El autor explica en su teoría de la argumentación jurídica que las premisas son mecanismos de argumentación racional. Para dicho autor, las premisas serían elementos claves en la interpretación-aplicación del derecho en los casos difíciles. En su modelo de concretización las premisas pueden entenderse como reglas para las expresiones utilizadas en los pasos de la fundamentación de las decisiones judiciales.³⁴⁸

³⁴⁸ Se aboca Alexy al problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas, y se pregunta cómo arribar a una fundamentación racional. La subsunción y la ponderación son, a juicio de Alexy, las dos grandes formas de la argumentación. Sostiene que ya no es posible afirmar que la aplicación de las

El autor sostiene que el objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Las premisas usadas en la justificación interna bien pueden ser reglas de derecho o bien enunciados empíricos; o bien, premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo.³⁴⁹

Plantea el iusfilósofo un esquema de fundamentación especial para los casos complicados. Explica, por ejemplo, cuando una norma contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho; cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas; o cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas; o bien, cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones.

Estos distintos tipos de premisas se corresponden con distintos métodos de fundamentación. La fundamentación de una regla de derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. Si, por el contrario, se busca fundamentar premisas empíricas puede recurrirse a una escala completa de formas de proceder que va desde los métodos de las ciencias empíricas pasando por las máximas de la presunción racional hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso. En la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo sirve lo que puede designarse como argumentación jurídica.

La justificación de las premisas que no son ni reglas de derecho ni enunciados empíricos es lo que el autor denomina justificación externa. Aquí se encuentran los cánones de interpretación, los que han sido, según explica, desde Savigny objeto de muchas discusiones y, por ello, no toma postura en la disputa en saber lo que son estos cánones, pero sí analiza su estructura lógica.

Interesa este punto, en tanto un criterio hermenéutico diatópico sería, bajo una lógica interpretativa tradicional, un canon interpretativo que buscaría analizar las premisas argumentativas de diversas culturas para acercar la comprensión intercultural de los derechos humanos.

Se pregunta Alexy cuál será el status lógico de los cánones de interpretación. Sostiene que en general no serían reglas pues no indican qué deba hacerse, sino que serían más bien esquemas de argumentos, esquemas de enunciados, a partir de los cuales se

normas no es más que una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente. Esto por al menos cuatro razones "(1) la vaguedad del lenguaje jurídico, (2) la posibilidad de conflicto de normas, (3) el hecho de que sean posible casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente y (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales." Alexy, R. (2018). Teoría de la argumentación jurídica (2ª ed.). p.23.

³⁴⁹ Alexy, R. (2018). Op. cit., p. 218.

sigue lógicamente un enunciado de forma determinada, o bien, dicho enunciado puede fundamentar el acuerdo con una regla presupuesta. Por esta razón se les designa como formas de argumentos.

Por otro lado, hay que recordar que para el autor los derechos humanos son principios, es decir, mandatos de optimización, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.³⁵⁰

En este sentido, el criterio hermenéutico diatópico sería un esquema de enunciado a partir del cual los derechos humanos, principios según Alexy, pueden ser fundamentados.

6.2.2. Un criterio jurídico especial de interpretación de los derechos humanos

La interpretación jurídica no es una actividad de tipo mecánica, sino que sería un ejercicio creativo que lleva a un pluralismo interpretativo. Este pluralismo interpretativo no queda al arbitrio del intérprete, se enmarcaría en una cadena de tradiciones, de contextos, de criterios y principios.

Robert Alexy, quien se aboca al problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas, se pregunta cómo arribar a una fundamentación racional. En la construcción de una teoría de la argumentación racional reconoce la importancia de los criterios y de los principios en ese ejercicio.³⁵¹

Sostiene Alexy que uno de los problemas de estos criterios o cánones de interpretación es precisamente que el número de reglas o procedimientos posibles es discutido.³⁵² Pero además se discute la ordenación jerárquica de los mismos y existe una indeterminación del contenido de esos cánones. Sin embargo, estima que estas debilidades de los cánones de interpretación no significan que carezcan de valor, pero serían insuficientes para la fundamentación de las decisiones jurídicas.

³⁵⁰ Alexy, R. (2018). Teoría de la argumentación jurídica (2ª ed.). p.67.

³⁵¹ La subsunción y la ponderación son, a juicio de Alexy, las dos grandes formas de la argumentación. Afirma entonces que la metodología jurídica puede resolver el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas si es capaz de proporcionar reglas o procedimientos.

³⁵² "Así, Savigny diferencia entre elemento gramatical, lógico, histórico y sistemático de la interpretación. Según Larenz, hay cinco criterios: el sentido literal, el significado de la ley según el contexto; las intenciones, metas e ideas normativas del legislador histórico; los criterios teleológico objetivos; y el mandato de interpretación conforme a la constitución. Wolff, por mencionar otro ejemplo, conoce la interpretación filológica, lógica, sistemática, histórica comparativa, genérica y teleológica" Alexy, R. (2018). Teoría de la argumentación jurídica (2ª ed.). pp.24, 25.

Ahora, teniendo presente que los criterios de interpretación son variados y que son solo pautas orientadoras del ejercicio interpretativo y no reglas rígidas o recetas jurídicas, sino más bien un marco que aleja de la discreción al interprete, se entiende en estas páginas que los criterios que guían al operador jurídico en el ejercicio interpretativo de los derechos humanos deben permitir su comprensión y aplicación teniendo presente sus características particulares.

Por ello, aquellos cánones o criterios de corte iusprivatista, o incluso iuspublicista, si bien son útiles, son insuficientes para guiar a cabalidad el camino interpretativo de los derechos fundamentales.

En relación a lo recién mencionado, algunos autores como Gregorio Peces-Barba por ejemplo, al tratar el tema de la interpretación de los derechos fundamentales les hace aplicables los criterios generales,³⁵³ y que según el autor tendrían su origen en Savigny, haciendo referencia a los criterios gramatical, lógico, histórico y sistemático, y además mencionando el criterio sociológico y el teleológico. Pero además de estos criterios, serían aplicables criterios específicos de los derechos fundamentales.

Entonces, teniendo esa idea como eje central, se formula un criterio a partir de las propias características de los derechos humanos y de la problemática revisada en estas páginas, esperando que más allá de la investigación filosófica contenida en esta tesis, dicho criterio tenga utilidad para los operadores jurídicos al momento de comprender interculturalmente los derechos humanos.

La formulación de este criterio recogerá no solo la concepción hermenéutica, sino también la diatópica y utilizará el método tópico para su construcción.

Ahora, es posible entender por tópica jurídica,³⁵⁴ tres cosas diferentes: por un lado, una técnica de búsqueda de premisas; por otro, una teoría sobre la naturaleza de las premisas; o bien, una teoría del uso de estas premisas en la fundamentación jurídica.

La tópica jurídica entendida como una búsqueda de premisas propone una búsqueda de todos los puntos de vista mediante aforismos jurídicos, tales como "*lex posterior derogat legi priori*". Como una teoría sobre la naturaleza de las premisas, la tópica orientaría a quien argumenta. La crítica a esta forma de entenderla sería que no le daría importancia a la valoración, sino que tendría una estructura superficial de argumentos estándar.

Finalmente, la tópica entendida como una teoría del uso de las premisas resulta problemática también para Alexy, pues la regla de considerar todos los puntos de vista

³⁵³ Peces-Barba Martínez, G. (2004). Lecciones de derechos fundamentales. p. 308

³⁵⁴ Alexy, R. (2018). Teoría de la argumentación jurídica (2ª ed.). p. 39-40.

no diría nada sobre qué punto de vista debe prevalecer, ni ayuda a determinar los puntos de vista a considerar.

Sin embargo, pese a todas estas críticas que Alexy le formula a la tópica jurídica, concluye que su teoría asume en cierta medida las intenciones de la tópica jurídica, especialmente lo formulado por Viehweg sobre la tópica formal, en tanto sus reglas serían las reglas de la pragmática del lenguaje.

Sigue, por tanto, la conclusión de la tesis tópica, en cuanto donde no es posible fundamentaciones concluyentes el campo no debe quedar abandonado a la decisión irracional. Concuerta, por tanto, con Viehweg en la necesidad de elaborar una teoría de la argumentación jurídica.

Si bien estas páginas no podrían identificarse con una investigación tópica, recogen en particular algo de esta teoría: la estructura tópica para la argumentación, para desde allí construir un criterio que oriente el ejercicio de interpretación multicultural de los derechos humanos.

6.2.2.1- Un criterio hermenéutico diatópico en la interpretación de los derechos humanos

La hermenéutica diatópica es, como se ha venido explicando, un ejercicio de reciprocidad entre culturas, que consiste en transformar las premisas de argumentación de una cultura determinada en argumentos inteligibles y creíbles en otra cultura.³⁵⁵

Desde tal perspectiva, la hermenéutica diatópica como canon o criterio de interpretación para los derechos humanos busca reconstruir, desde el prisma de cada cultura, los fundamentos de los derechos humanos. Entonces, la fundamentación del derecho humano aplicable en un caso concreto deberá ser revisado a la luz de la cultura en la que es comprendido.

La diatópica postula la posibilidad retórica de buscar y encontrar puntos de convergencia entre dos culturas, detectando argumentos que permitan una conexión entre ambas culturas. La diatópica consistiría en tender puentes entre dos formas de comprender el mundo.

En tal sentido, la hermenéutica diatópica como criterio interpretativo entendería que por medio del ejercicio de comprensión-interpretación de los derechos humanos es posible

³⁵⁵ Santos, B. de S. y Rodríguez Garavito, C. (eds.), Op. cit.

una comprensión desde dos culturas diversas, traspasando la fundamentación occidental de los derechos humanos, para acercarse a ellos desde un nuevo *topoi*.

Los derechos humanos, entonces, deben ser interpretados partiendo desde la base de que su fundamentación puede variar de una cultura a otra,³⁵⁶ y que al ser aplicados es posible encontrar conflictos que requerirán de una traducción intercultural.

Cuando se interpreta, el intérprete no comprende solo la intención original del autor, en este caso los derechos humanos occidentales históricamente formulados; tampoco se comprende solo desde el arbitrio del intérprete, que debe tener conciencia de su determinación histórica, de la tradición jurídica desde la cual interpreta y de la cultura desde la cual comprende los derechos humanos.

Para una comprensión multicultural de los derechos humanos, el intérprete debe acercarse al otro horizonte, con plena conciencia de sus prejuicios, que son su precomprensión jurídica y cultural. Debe, por tanto, dejarse decir algo por el horizonte cultural en el cual deben ser recepcionados y vividos los derechos humanos. Lo que se interpreta es lo creado a partir de dicho diálogo en ese acercamiento de horizontes. La interpretación será entonces una reconstrucción multicultural de sentidos de la norma.

El operador jurídico no podrá dejar de lado sus propios *topoi* culturales y transportarse completamente a los *topoi* de otra cultura, sino que los hará entrar en diálogo. Por ello, se dice que deberá tener un pie en cada horizonte cultural y transitar entre cada *topoi*. Al hacer uso de este criterio interpretativo el intérprete debe aspirar a una fusión de horizontes culturales.

Un criterio interpretativo hermenéutico diatópico, como el que aquí se postula, permite encausar al intérprete, al operador jurídico, en la comprensión multicultural de los derechos humanos, facilitándole el camino de traducción intercultural. Para hacer operativo este criterio interpretativo se requiere aceptar ciertas cuestiones previas que se han venido señalando.

Así, el intérprete deberá asumir que los derechos humanos no son estáticos, sino que tienen un carácter reflexivo y abierto, y que éstos deben tomar vida en las distintas culturas. Los derechos humanos son productos culturales y deberán ser apropiados desde distintas culturas. Son procesos abiertos al igual que las culturas. No se trata de relativismo, sino de relatividad, como se expresó en la tesis.

³⁵⁶ Si las comprensiones del mundo son diversas, bien podrían los derechos humanos tener como fundamentos diversos valores, en este sentido se señala por ejemplo que "Another is that the grounds of human rights may be pluralistic: we have no reason to assume ex ante that human rights protect a single value...". Beitz, C., Op. cit. p.197.

En segundo lugar, requiere aceptar que el criterio hermenéutico diatópico en el ejercicio de comprensión-aplicación de los derechos humanos no se limitará a yuxtaponer elementos distintos de culturas diferentes, sino que para que los derechos humanos sean aplicados desde las distintas culturas deberá asumirse la incompletud de las culturas y su relativa forma de ver el mundo. Un auténtico diálogo intercultural, en el cual se funda un criterio hermenéutico diatópico, requiere aceptar la incompletud de las diversas culturas para tender puentes entre ellas.

En tercer lugar, requiere aceptar que los fundamentos de los derechos humanos deben ser reconceptualizados desde las diversas culturas, según sus valores, noción de dignidad humana u otro concepto que los fundamente.³⁵⁷ Al transformar los fundamentos de premisas a argumentos, ellos entran también en el diálogo interpretativo.

Se estima que estas serían las bases sobre las cuales se podría iniciar una interpretación multicultural de los derechos humanos.

Luego, la construcción de un criterio interpretativo particular que posibilite la comprensión intercultural de los derechos humanos recoge todo lo hasta aquí planteado. Todo ello se estructura ahora desde la tónica jurídica de Viehweg.³⁵⁸ De este modo, el criterio hermenéutico diatópico que se postula aquí guía al intérprete por un esquema tónico.³⁵⁹

La tónica jurídica permite entonces construir el camino del intérprete: el camino que el criterio hermenéutico diatópico invita a recorrer:

En primer lugar, el intérprete debe partir de una visión problematizada: la pretensión de universalidad de los derechos humanos frente al multiculturalismo.

En segundo lugar, el intérprete al utilizar este criterio fijará el problema en particular: la comprensión-aplicación de un derecho humano puntual en una cultura específica, para un caso concreto.

³⁵⁷ Herrera Flores propone en este sentido un relativismo relacional según el cual “las diferentes y plurales formas culturales de acercarse al mundo con el objetivo de explicarlo, interpretarlo y, en su caso, transformarlo no tienen por qué asumir la forma occidental de reacción frente a su propio entorno de relaciones.” Lo que propone es alejarse de un relativismo relativista que le otorga “valor” a cada una de las formas plurales, sino que reconoce la pluralidad y multiplicidad de propuestas y reacciones culturales, asumiendo conflictos inevitables y dando la bienvenida al diálogo. HERRERA FLORES, J. Los derechos humanos como productos culturales. op., cit., p. 65.

³⁵⁸ Viehweg, T. Tónica y jurisprudencia. pp. 136-137.

³⁵⁹ Se proponen estos pasos siguiendo y reconstruyendo en parte lo propuesto por Santos en el ámbito sociológico y por Viehweg, en el ámbito jurídico.

En tercer lugar, introducirá los diversos puntos de vista de los derechos humanos y, a su vez, considerará las preocupaciones comunes entre las distintas culturas.

En cuarto lugar, tenderá los puentes, es decir, revisará los posibles nuevos puntos de vista, los distintos argumentos, incluidas las premisas culturales rebajadas a argumentos y la cadena de posibles encuentros y desencuentros que el derecho humano analizado genera.

Finalmente, buscará un consenso, el diálogo en el interior del ejercicio interpretativo; formulando la propuesta interpretativa que acerque los puntos de encuentro o las similitudes. Este criterio interpretativo le propone al intérprete jurídico buscar la traducción de distintos espacios culturales, *topoi* comunes entre las diversas culturas, para transformar los derechos humanos en códigos compartidos, comprensibles a través de los distintos argumentos y fundamentos.

De ese modo, una interpretación multicultural hará que los derechos humanos adquieran una multiplicidad de fundamentos, tendrán diversos modos de ser comprendidos. Por ejemplo, el derecho a la vida fundado en la dignidad humana se abrirá al diálogo con el derecho al buen vivir fundado en la armonía y el equilibrio de todas las formas de vida y enraizado en una cosmovisión indígena; serán dos formas de comprender y dos formas de fundamentar que, en cierto punto en un caso concreto, deberán entrar en diálogo.

También los instrumentos internacionales de derechos humanos requerirán de una interpretación que los comprenda desde las culturas particulares. Tendrán fundamentos que ya no serán necesariamente los que dieron origen al texto. Los instrumentos internacionales de derechos humanos se entenderán en un proceso abierto.

Así, la perspectiva hermenéutica permite reconocer la historicidad y el enraizamiento cultural de quien realiza el ejercicio interpretativo de los derechos humanos. A su vez, la diatópica exige que el intérprete haga un esfuerzo por acercar los horizontes, colocando un pie en cada cultura. Se trata de un proceso complejo para el intérprete, en especial para el operador jurídico y es por ello que se estima debe aspirar a ser guiado por un criterio jurídico con pretensión multicultural.

Si se piensa que la interpretación jurídica debe ser enriquecida con la interculturalidad, entonces adquiere gran relevancia un criterio interpretativo propio, como el propuesto, que haga operativa la comprensión multicultural de estos derechos.

7.- CONCLUSIONES

7.1.- El rol de la interpretación jurídica en la comprensión multicultural de los derechos humanos

En estas páginas se postuló la comprensión del derecho en general, y particularmente los derechos humanos, desde la perspectiva de la hermenéutica filosófica. Desde esta perspectiva óptica del derecho es posible plantear tres conclusiones preliminares, para luego ampliar la cadena de conclusiones que las reflexiones de esta tesis permiten sostener.

1.- El derecho es interpretación. El derecho para ser aplicado debe ser comprendido y para ser comprendido debe ser interpretado. Siguiendo a Hans-George Gadamer se entiende que la interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar.³⁶⁰ Si el derecho siempre se interpreta, y esa interpretación es dinámica, entonces el ser mismo del derecho se construye en la interpretación.

2.- La interpretación es una comprensión creadora. Al ser interpretada una norma se le reconoce su sentido latente, pero también se media su sentido con el presente. Cuando una norma de derecho humano no se interpreta multiculturalmente, no significa que no se hubiese interpretado de manera alguna, sino que fue interpretada de manera monocultural.

3.- La interpretación jurídica constituye un ejercicio básico y necesario, que realizan desde luego los operadores jurídicos: abogados, jueces nacionales, jueces supraestatales, administración del Estado, legisladores, etc; pero también los ciudadanos, aquella esfera pública general que requiere comprenderlos y vivenciarlos. Es por tanto un ejercicio democrático y una praxis cultural.

Así, la filosofía hermenéutica permite afirmar en el modelo jurídico, que el ejercicio de comprensión no se ancla en la intención del autor; sino que es un proceso de acercamiento de horizontes, donde el intérprete desde su propio contexto, dentro de su tradición y su cultura, bajo todos los *efectos de la historia* sobre él, comprende una norma y por tanto al mismo tiempo, interpreta, aplica y crea un nuevo sentido.

Entonces, una norma de derecho humano no puede ser comprendida y aplicada sin interpretación. Esa interpretación le da contexto y dinamismo cultural, llevándola al

³⁶⁰ Gadamer, H. (1977/2012). *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica.*, p. 378.

momento y al tiempo de su aplicación-interpretación. Lo anterior no significa que su interpretación sea arbitraria, pues comprender e interpretar significa también reconocer un sentido latente. El intérprete no es un historiador, pero sí se ocupa de su propia historia, de su presente, pero media ese presente también con principios y criterios que orientan la interpretación.

La filosofía hermenéutica le da sentido al todo, no se trata sólo de salvar una crítica en particular formulada a los derechos humanos, sino de comprender el derecho de una forma dinámica.

Con la perspectiva filosófica expuesta, no se piensa en cómo encontrar una pauta interpretativa, sino que se analiza el derecho para darle un sentido de construcción-reconstrucción. No es una cuestión de métodos de interpretación, sino de la forma de comprender el derecho en general y los derechos humanos en particular. Una consecuencia de dicha perspectiva ontológica, es que viene a salvar la distancia cultural en estas categorías de derechos.

Por ello, siguiendo la hermenéutica de Gadamer, se afirma que el intérprete no debe salvar el problema de la distancia cultural entre el origen de la norma de derechos humanos y su cultura o la cultura en la cual se aplica, sino que debe aceptarla, dejándose decir algo, abriéndose al diálogo, al diálogo intercultural en la aplicación de la norma de derecho humano.

El camino hermenéutico salva las críticas revisadas de ser derechos occidentales con una pretensión de universalismo etnocéntrico, o la crítica a su originario individualismo liberal, porque entiende al derecho no anclado a su origen cultural o contextual, sino que lo comprende dinámico, inmerso en el círculo hermenéutico de la comprensión humana, en el círculo de comprensión, creación y aplicación.

El cuestionado etnocentrismo y el peligro de imperialismo cultural subyacente en los derechos humanos deja de tener sentido cuando se comprende el derecho como dinámico. La principal conclusión, entonces, es que una comprensión multicultural de los derechos humanos es posible desde la iusfilosofía hermenéutica.

Sin embargo, la comprensión de los derechos humanos desde la perspectiva hermenéutica no es suficiente garantía de una interpretación multicultural de los mismos. La perspectiva ontológica de la hermenéutica filosófica es el cimiento de la propuesta, pero ella misma no es una certeza de interpretación multicultural. El derecho siempre es interpretado, pero el camino que siga esa interpretación-reconstrucción puede ser amplio. Puede ser desde luego multicultural, pero también monocultural. Por ello, ante dicha conclusión, no solo teórica sino también práctica, la tesis plantea un criterio orientativo de un acercamiento multicultural a estos derechos.

Al aceptar que las normas jurídicas tienen una multiplicidad de sentidos latentes, y al reconocer la no neutralidad interpretativa, pero sí la objetividad, la razonabilidad y la fundamentación jurídica, se hizo necesario formular un criterio interpretativo multicultural para los derechos humanos: el hermenéutico diatópico.

Se siguió el propio círculo hermenéutico para estudiar el presente de la hermenéutica diatópica en la sociología de Santos; revisar su tradición en la antropología de Raimon Panikkar y en la tónica jurídica de Theodor Viehweg; y hacer una proyección de sentido en la interpretación jurídica de los derechos humanos, proponiendo una interpretación multicultural que salve, desde una perspectiva práctica, la crítica planteada.

La hermenéutica diatópica como criterio interpretativo permitirá, por medio del ejercicio de la interpretación, una comprensión desde dos culturas diversas, traspasando la fundamentación occidental de los derechos humanos, para acercarse a ellos desde un nuevo *topoi*, desde una nueva premisa, desde una nueva argumentación.

De ese modo, siguiendo ese esquema tónico es posible ordenar el ejercicio de interpretación: primero se introducen los diversos puntos de vista y preocupaciones comunes; luego se revisan posibles nuevos puntos de vista, contradicciones y la cadena de posibles encuentros y conclusiones; para finalmente buscar una interpretación que permita un consenso.

Entonces, los propios fundamentos de los derechos humanos deben ser reconceptualizados y repensados desde las diversas culturas, según sus distintos valores, noción de dignidad humana u otro concepto que los fundamente. Al transformar los fundamentos de los derechos humanos de premisas a argumentos, ellos entran también en diálogo.

Así, aceptar la aplicación de un criterio hermenéutico diatópico permite concluir, en primer lugar, que el intérprete deberá asumir que los derechos humanos no son estáticos, sino que tienen un carácter reflexivo y abierto; y en segundo lugar, que éstos deben tomar vida en las distintas culturas, variando sus fundamentos y argumentos.

7.2.- Una reconstrucción multicultural de los derechos humanos

Los peligros del etnocentrismo han acechado desde siempre a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Frente a este y otros reparos las opciones pueden ser variadas: aquellas que simplemente los desechan como instrumentos válidos para la paz y se quedan en las críticas, y otras que los piensan salvando esos

reparos. En esta última opción se enmarca esta tesis y los autores principalmente considerados en ella.

La no renuncia a este tipo de derechos es un acto de esperanza, de esperanza en una convivencia pacífica por medio del derecho. Es una opción no solo filosófica y jurídica, sino también política.

Sin embargo, la forma de comprender los derechos humanos no es el único punto de partida, sino que la comprensión de lo que se entiende por cultura determina en gran medida el ángulo de análisis y el acercamiento hacia los derechos humanos.

Las culturas son entendidas en estas páginas como creadas a partir de diálogos complejos con otras culturas. Son comprendidas, por tanto, como totalidades complejas, dinámicas, con relatos controvertidos internamente, y porosas a otras culturas. Se siguió en este sentido principalmente a Seyla Benhabib. La postura opuesta, entenderlas como totalidades bien delineadas y cerradas, llevaría a concluir que las culturas solo pueden coexistir como si fueran piezas de un mosaico, separadas.

La conclusión, entonces, es que la conmensurabilidad entre culturas es posible solo si se parte de la comprensión de cultura abierta y porosa como la indicada. Así también, la comprensión multicultural de los derechos humanos solo es factible con una comprensión abierta de cultura.

Pues bien, retomando esta y otras consideraciones, en este punto es posible enumerar 10 conclusiones a las que se arribó, así como algunas otras reflexiones finales.

1.- Los derechos humanos, más allá de su carácter jurídico, son un proyecto de convivencia pacífica en las sociedades iuscéntricas en las que vivimos y, por ello, si bien no están exentos de críticas razonables, aun así, son mínimos de convivencia que merecen sobrevivir a dichas críticas. Los reparos a los derechos humanos no se evitan mediante su renuncia a ellos, sino mediante su reconstrucción. Para ser normas de consenso político, deben reconceptualizarse como inclusivos, como multiculturales.

2.- Una comprensión multicultural de los derechos humanos solo se puede plantear desde una comprensión porosa de culturas, desde una visión de las culturas como totalidades conmensurables y dialogantes. Por el contrario, una visión culturalista clásica o antropológica, así como un multiculturalismo radical, que asuma como inconmensurables las distintas culturas, hace inviable el diálogo intercultural y desde allí también imposible una comprensión de los derechos humanos como reglas de consenso respetuosas de las distintas visiones de mundo.

3.- El diálogo intercultural permite una revisión de los derechos humanos. Ese diálogo debiera poder darse en doble escala: a escala político-institucional, en la construcción

de consensos para su formulación; y a escala de aplicación, en su interpretación multicultural en casos concretos. Esta última ha sido la perspectiva abordada en la tesis, sin desconocer desde luego las otras instancias.

4.- Los derechos humanos deben ser interpretados asumiendo que su fundamentación puede ser diversa y su contenido va densificándose con el tiempo y el contexto. No pueden ser vistos como algo pétreo en las primeras declaraciones, sino que deben ser entendidos como procesos abiertos, como normas dinámicas que dialogan con las distintas realidades históricas y culturales. Se acepta, por tanto, que los derechos humanos, fruto del activismo y las luchas por el reconocimiento, pueden sufrir avances y retrocesos, pueden ser interpretados de manera hegemónica o multicultural.

5.- Comprender que los instrumentos internacionales de derechos humanos pasan a formar parte de los ordenamientos nacionales y le dan el contenido central a las democracias significa entenderlos como un límite al poder soberano. Limitarían las decisiones soberanas, serían la sustancia de las democracias en términos de Ferrajoli. En ese contexto, se entiende el rol fundamental que el Sistema Interamericano ha tenido para las democracias al establecer doctrinas como la del control de convencionalidad.

6.- La praxis interpretativa de los derechos humanos debe ser guiada por criterios especiales. Aun tribunales especializados, como la propia Corte Interamericana, muestran la necesidad de una construcción teórica como la formulada en estas páginas para iniciar un camino robusto en dicho sentido. Por ello, pensar un criterio interpretativo particular para los derechos humanos, el *hermenéutico diatópico*, es clave en la reconstrucción multicultural de los derechos humanos.

7.- Desde una perspectiva interpretativa, los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos pueden ser tanto opresores como emancipadores; serán opresores en la medida en que quedan en el ámbito de las formulaciones abstractas y cuando sean comprendidos pétreamente; en cambio, serán emancipadores en tanto sean comprendidos multiculturalmente.

8.- Es posible compatibilizar el universalismo normativo de los derechos humanos con una visión pluralista y respetuosa de la diversidad cultural. El peligro de imperialismo cultural subyacente en la universalización de categorías jurídicas como los derechos humanos puede ser salvado por medio de una interpretación diatópica de los derechos humanos; al menos ésta ha sido la propuesta de estas páginas.

9.- El principio de la igualdad entre culturas hace que todas deban ser consideradas con el mismo derecho a la existencia. Mientras el relativismo diría que todo vale lo mismo, el principio de relatividad en realidad entiende que cada cultura tiene su propio

valor interno, que es diferente y único. El relativismo se plantea a partir de la supuesta inconmensurabilidad fuerte, basados en la idea de culturas puras. Sin embargo, si se consideran las culturas humanas como constantes creaciones, recreaciones y negociaciones de fronteras, entonces en realidad el relativismo cultural es un planteamiento equivocado. Los casos difíciles deben ser correctamente abordados estableciendo un diálogo moralmente serio con los portavoces de las minorías afectadas para lograr un consenso, que Parekh denomina principio del consenso dialógico.

10.- Lo anterior, no excluye las limitaciones a determinadas prácticas en un escenario democrático. Así, en los casos difíciles o respecto de ciertas prácticas controvertidas la justicia no debiera aceptar que un derecho permita que un grupo oprima o explote a otros grupos, o las libertades básicas de sus propios miembros. Debe existir lo que Benhabib denomina autoadscripción voluntaria y libertad de salida y asociación. Estas limitaciones hacen que ciertas prácticas escapen de la protección de los derechos culturales.

Así, sin lugar a dudas la exigencia fundamental que se les plantea hoy a los derechos humanos es el de ser derechos respetuosos de la diversidad; el de convertirse en mínimos comunes desde un universalismo interactivo planteado por Benhabib, o un universalismo pluralista como el planteado por Parekh, un universalismo de llegada según lo formulado por Boaventura de Sousa Santos o a posteriori según lo declarado por Herrera Flores; es decir, en definitiva, construirlos como consensos dialogados con aspiraciones de universalidad de aplicación.

Por lo anterior, el criterio hermenéutico diatópico quiere ser un aporte al respeto de la diversidad cultural, en tanto llama a entender que interpretar los derechos humanos implica tomar conciencia que el carácter de universal de los derechos humanos no puede negar la necesaria diversidad cultural y su distinta forma de comprender el mundo.

Entonces, si bien los derechos humanos son comprendidos como universales, en cuanto son aplicables a todos y en todos los Estados, también deben ser comprendidos particularmente desde cada cultura. Sin embargo, desde otra perspectiva, no es menos cierto que la defensa cultural, tal como explica Benhabib, no puede ser una excusa para atentar contra los más débiles, normalmente mujeres y niños. El desafío es precisamente ése, buscar un camino que permita librarse de la trampa del absolutismo sin caer en el relativismo radical.

El miedo al relativismo es la inquietud que plantea el tema sobre los límites de la interpretación. Pensar la interpretación jurídica como la puerta hacia un derecho

dinámico, evolutivo, hace también preguntarse por los límites de esa creación, de esa evolución interpretativa. Gadamer desde luego no piensa el tema específicamente en la interpretación de los derechos humanos, pero algo dice sobre los límites de la creación en la comprensión, cuando plantea que para que exista diálogo se debe estar abierto también a lo que el otro quiere decir. La comprensión de los derechos humanos debe entonces abrir diálogos entre las primeras declaraciones de derechos humanos y los actuales instrumentos internacionales y su comprensión. La hermenéutica diatópica como un criterio jurídico de interpretación no pretende un diálogo intercultural amplio, sino aplicado a un caso concreto.

Así, con esta perspectiva clara, es posible entender que estas páginas no plantean una solución al desafío político y ético de una democratización de los derechos humanos, sino que el objetivo de la investigación parte de la potencial aplicación de los instrumentos internacionales vigentes y su reconceptualización hacia derechos respetuosos de la multiculturalidad.

La aspiración de los derechos humanos de alcanzar un universalismo de llegada se compatibiliza así con la búsqueda por el respeto de la diversidad cultural a través de una comprensión hermenéutica. Dicha comprensión requerirá un diálogo de doble vía: político y social en instancias oficiales, pero también una interpretación jurídica que sea respetuosa de la diversidad cultural, como la planteada en estas páginas.

BIBLIOGRAFÍA

- Abbagnano, N. (1994). *Historia de la filosofía* (4a Ed., Vol. 4 tomo II). Barcelona: Hora S.A.
- Aguilera Portales, R. (2006). Multiculturalismo, derechos humanos y ciudadanía cosmopolita. *Letras Jurídicas*, N° 3. ISSN 1879-2155. Disponible en <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/index.php/letrasjuridicas/article/view/21/21>
- Aguiló Bonet, A. (2009). Globalización neoliberal y antropodiversidad: (tres) propuestas para promover la paz y el diálogo intercultural. *Nómadas*, 24(4). ISSN 1578-6730. Disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=18112178001>
- Aguiló Bonet, A. (2010). Hermenéutica diatópica, localismos globalizados y nuevos imperialismos culturales: orientaciones para el diálogo intercultural. *Cuadernos Interculturales*, 8(14), 145-163. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/552/55217005009.pdf>
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. (2a ed. en castellano, traducción Carlos Bernal Pulido). Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales.
- Alexy, R. (2018). *Teoría de la argumentación jurídica*. (2a ed.). Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales.
- Asociación Chilena de Derecho Constitucional. (2012). *Derechos fundamentales. Libro homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Avila Ordóñez, M. P. y Corredores Ledesma, M. B. (eds). (2009). *Los Derechos Colectivos. Hacia su efectiva comprensión y protección* (1ª ed.). Ecuador: FLACSO Naciones Unidas. Consultado en <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/116661-opac> 25 de Julio 2020.
- Aylwin, J. (Ed.). (2004). *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno* (1ª ed.). Temuco: Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera.
- Badillo O'Farrell, P. (2003). *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo. Reflexiones para un mundo plural*. España: Ediciones Akal.

- Ballesteros, J. (Coord). (1992). *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*. España: Tecnos.
- Barberis, E. (2008). *Ética para juristas*. Madrid: Editorial Trotta.
- Barranco, M.C. (2009). *Teoría del derecho y derechos fundamentales*. Lima: Palestra editores.
- Becerra, M. (2006). *La recepción del derecho internacional en el derecho interno* (1ª ed.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Beitz, C. (2009). *The idea of human rights*. New York: Oxford University Press.
- Benavides Casals, M. A. (2009). El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*, 15(1), 295-310. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/197/19711346009.pdf>
- Benhabib, S. (2006). *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global* (traducción Alejandra Vassallo). Buenos Aires: Katz editores.
- Berlin, I. (1958). *Dos conceptos de libertad*. Conferencia Inaugural en Universidad de Oxford, 31 de octubre de 1958. Oxford: Clarendon Press.
- Bidart Campos, G. (1989). *Teoría general de los derechos humanos* (1ª ed.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales n° 120, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bobbio, N. (2013). *Democracia y secreto*. México D.F.: Fondo de cultura económica.
- Boladeras, M. (coord.). (2010). *Ciudadanía y derechos humanos. Gobernanza y pluralismo*. Barcelona: Editorial Horsori.
- Bonorino, P. (2003). *El Imperio de la interpretación. Fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*. Madrid: Dykinson.
- Borja Jiménez, E. (coord.). (2006). *Diversidad cultural: Conflicto y derecho*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Borsani, M.E. (2011) *Hermenéuticas para un pensar geo-situado, o derivas de la hermenéutica en Latinoamérica*. Presentado en *II Jornadas Internacionales de Hermenéutica: La hermenéutica en diálogo con las Ciencias Humanas y Sociales: convergencias, contraposiciones y tensiones*. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales. Buenos Aires, Argentina. Disponible en

https://www.academia.edu/34915876/Hermen%C3%A9uticas_para_un_pensar_geo_situado_o_derivadas_de_la_hermen%C3%A9utica_en_Latinoam%C3%A9rica

- Bustos Silva, G. (2011). Las polémicas por la cientificidad en las ciencias sociales. De la neutralidad ideológica a la objetividad científica. *Sincronía*, n° 48. Disponible en <http://sincronia.cucsh.udg.mx/bustosfall08.htm>
- Caicedo, N. y Moya, D. (coords.). (2015). *Diversidad cultural e interpretación de los derechos. Estudios de casos*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Cancado Trindade, A. (2001). *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.
- Capella, J. R. (1993). *Ciudadanos Siervos*. Madrid: Editorial Trotta.
- Capella, J. R. (2008). *Fruta prohibida: una aproximación histórica-teórica al estudio de derecho y del Estado*. Madrid: Editorial Trotta.
- Carrillo Salcedo, J. A. (1995). *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos.
- Carrillo Salcedo, J. A. (2000). Derechos humanos y derecho internacional. *Isegoria*, n° 22, 69-81. Disponible en <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/522/522>
- Catoggio, L. (2009). El papel de la reflexión en la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, vol. XIV, 65-80. ISSN: 1136-4076. Disponible en <https://revistas.uma.es/index.php/contrastes/article/view/1394/1341>
- Cofré, J. O. (1995). Racionalidad en el derecho. Una aproximación filosófica a la hermenéutica jurídica. *Revista Chilena de Derecho*, 22(1), 41-59. Disponible en <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14639>
- Cóndor, E. (coord.). (2011). *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*. La Paz: Fundación Konrad Adenauer (KAS), Programa Regional de Participación Política Indígena.
- Contreras Matus, P. (2005). Interpretación Constitucional: Un régimen especial. *Derecho y Humanidades*, n° 11, 311-321. Disponible en <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/17069/17797>

- Convención Americana Sobre Derechos Humanos. San José, 22 de noviembre de 1969. Disponible en <http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/451f3931394e2571121fd5973c2a3151.PDF>
- Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Nueva York, 18 de diciembre de 1990. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10498.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004. Disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm>
- De la Pienda, J. A. (2009). Multiculturalidad y multiculturalismo. Relatividad cultural y relativismo. *Revista de Filosofía*, 61(1), pp. 89 – 115. Disponible en http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S0798-11712009000100006&script=sci_abstract
- Del Real, A., Ansuátegui, F.J., López, J.A., Ruiz, R. (coords.). (2005). *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*. Madrid: Dykinson.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Estévez Araujo, J. A. (1994). *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Editorial Trotta.
- Estévez Araujo, J. A. (2001). La soberanía de la imaginación jurídica. En VVAA. *El Derecho en la Facultad, Cuarenta años de la nueva Facultad de Derecho de Barcelona*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Estévez Araujo, J. A. (2006). *El Revés del Derecho: Transformaciones Jurídicas en la globalización neoliberal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001b). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.

- Ferrajoli, L. (2007). Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo. (Texto de la conferencia impartida en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM el 30 de octubre de 2007, con motivo de la recepción del Premio Internacional de Investigación Jurídica «Héctor Fix Zamudio»). *RIFP*, nº 30. Disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-2007-30-64580DC4-5890-3844-F72E-BC85A601EFBC/PDF>
- Ferrajoli, L. (2008). La esfera de lo indecible y división de poderes. *Estudios Constitucionales*, 6(1), 337-343. ISSN 0718-0195. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/820/82060116.pdf>
- Ferrajoli, L. (2010). *Cultura jurídica y paradigma constitucional. La experiencia italiana del siglo XX*. Lima: Palestra editores.
- Ferrajoli, L. (2016). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta.
- Figueroa Huencho, V. (2009). Desarrollo indígena y políticas públicas: Una difícil relación para una convivencia multicultural. *Revista Docencia*, 37, 11-18.
- Gadamer, H-G. (1998). *Verdad y Método II*. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- Gadamer, H-G. (2003). *El problema de la conciencia histórica (2ª ed.)*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Gadamer, H-G. (2012). *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica (13ª ed.)*. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- García Amado, J. A. (2003). Filosofía hermenéutica y derecho. *Azafea Revista de Filosofía*, 5(5), 191-211. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/40909844_Filosofia_hermeneutica_y_derecho
- Giménez, J. A. (2010). La dialéctica platónica como modelo de la experiencia hermenéutica en la filosofía de Gadamer. *Revista de Filosofía*, vol. 66, 63-77. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rfilosof/v66/art04.pdf>
- Gofré, J. (1995). Racionalidad en el derecho. Una aproximación filosófica a la hermenéutica jurídica. *Revista Chilena de Derecho*, 22(1), 41-59. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/28218867_RACIONALIDAD_en_el_DERECHO_UNA_APROXIMACION_a_la_HERMENEUTICA_JURIDICA
- Gómez, C. M. (2015). La hermenéutica intercultural de Raimon Panikkar. *Franciscanum* 164, Vol. 57(164), 19-43. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/3435/343540286002.pdf>

- González Agudelo, E. M. (2011). El retorno a la traducción o nuevamente sobre la historia del concepto de hermenéutica. *Opinión Jurídica*, 10(19), 41-60. ISSN 1692-2530. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v10n19/v10n19a03.pdf>
- González di Pierro, C. (2012). Caracterización del concepto cultura en la didáctica de las lenguas. *Cartaphilus*, N°10, 84-108. Disponible en <https://revistas.um.es/cartaphilus/article/view/167691>
- Gundermann, H., Foerster, R., Vergara, J. (2003). *Mapuches y aymaras. El debate en torno al reconocimiento y los derechos ciudadanos*. Santiago: Universidad de Chile, Predes, RIL editores.
- Habermas, J. (2000). *La Constelación posnacional. Ensayos Políticos*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Habermas, J. (2003). *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez* (trad. Manuel Jiménez Redondo). Madrid: Editorial Trotta.
- Habermas, J. (2010). *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Heidegger, M. (2015). *Ser y Tiempo* (5ª Ed. traducción Jorge Rivera). Santiago: Editorial Universitaria.
- Herdegen, M. (2005). *Derecho internacional público* (1ª ed.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Herrera Flores, J. (2004). Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia. *Dikaiosyne* N°12, 39-58.
- Herrera Flores, J. (2005). *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catara.
- Hinsley, F.H. (1972). *El concepto de soberanía*. Barcelona: Labor.
- Kant, I. (1998). *Sobre la paz perpetua*. Traducción Joaquín Abellán. Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (1946). *La paz por medio del derecho*. Buenos Aires: Editorial Losada.
- Kelsen, H. (1969). *Teoría general del derecho y del Estado*. México: Textos Universitarios Universidad Nacional autónoma de México.

- Kymlicka, W. (2003). *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona: Ediciones Paidós.
- Kymlicka, W. (2015). *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Larenz, K. (2001). *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.
- León Bastos, C. (2010). *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*. Madrid: Editorial Reus.
- Lifante Vidal, I. (coord.). (2010). *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. Lima: Palestra editores.
- Locke, J. (1970). *Carta sobre la tolerancia y otros escritos*. México D.F: Editorial Grijalbo.
- Londoño García, C. A. (2007). *La hermenéutica jurídica contemporánea a la luz de la filosofía hermenéutica Gadameriana* (Trabajo de Grado para optar al título de abogado). Universidad de Medellín, Facultad de derecho, Área de filosofía del derecho y hermenéutica jurídica, Colombia. <https://investigaciones-pure.udem.edu.co/en/studentTheses/la-hermen%C3%A9utica-jur%C3%ADdica-contempor%C3%A1nea-a-la-luz-de-la-filosof%C3%ADa-h>
- Lucas, B. (2014). *Derechos humanos y derechos colectivos: influencia de las culturas indígenas bolivianas en los textos y las prácticas jurídicas*. (Tesis Doctoral). Law. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I; Instituto de derechos humanos "Bartolomé de Las Casas", 2014. Español.
- Mackay, F. (2001). *Una Guía para los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Copenhague: Programa para los Pueblos del Bosque e IWGIA. Disponible en <http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/09/iachrbriefingoct01sp.pdf>
- Manson Terrazas, M. (1983). Kelsen: la interpretación del derecho y la lógica jurídica. *Revista de Ciencias Sociales*, n° 23, p.63-76.
- Martínez-Pujalte, A. y De Domingo, T. (2010). *Los Derechos fundamentales en el sistema Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Meentzen, Á. (2007). *Políticas públicas para los pueblos indígenas en América Latina. Los casos de México, Guatemala, Ecuador, Perú y Bolivia*. Lima: Fundación Konrad Adenauer. Disponible en

https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_11358_4.pdf/be9e6062-d5dc-cbc1-e393-b403acabaffc?version=1.0&t=1539664356075

Mignolo, W. (1995). *The Darker Side of the Renaissance: Literacy, Territoriality, and Colonization*. Michigan: University of Michigan Press.

Montecinos, E. (2004). Democracia y multiculturalismo: ¿son compatibles los derechos de las minorías con los principios orientadores de la democracia liberal? *Alpha (Osorno)*, (20), 201-212. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22012004000200013&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-22012004000200013

Nash, C. (2008). La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales. (Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho). Santiago, Universidad de Chile. Disponible en: www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-nash_c/pdfAmont/de-nash_c.pdf

Nino, C. (2014). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.

Nogueira Alcalá, H. (2003). Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. *Ius et Praxis*, 9(1), 403-466. ISSN 0718-0012. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020&lng=es&nrm=iso&tlng=es

Nogueira Alcalá, H. (2006). *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Santiago: Editorial Librotecnia.

Núñez Poblete, M. (2012). *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Nussbaum, M. (2018). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.

ONU: Asamblea General, *Declaración y programa de acción de Viena*. 12 julio de 1993. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

- ONU: Asamblea General. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Nueva York, 13 de septiembre de 2017. Disponible en https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- ONU: Asamblea General. *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*. 2016 Disponible en https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713_agreed_outcome_global_compact_for_migration.pdf (inglés)
- Organización de los Estados Americanos (OEA) (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá, Colombia. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Panikkar, R. (1990). *Sobre el diálogo intercultural*. Salamanca: Editorial San Esteban.
- Panikkar, R. (1995). Religión, Filosofía y Cultura. *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, N° 1, 125-148.
- Panikkar, R. (1999). *El mundanal silencio. Una interpretación del tiempo presente*. Barcelona: Círculo de lectores.
- Parekh, B. (2005). *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*. Madrid: Istmo.
- Peces-Barba Martínez, G. (2004). *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Perez Luño, A. (1984). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Quintana Bravo, F. (1994). *Interpretación, ratio iuris y objetividad*. Valparaíso: Editorial Edeval.
- Quintana, K. y Flores, R. (2017). *Los derechos de los pueblos indígenas. Una visión desde el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Disponible en www.corteidh.or.cr/tablas/r37412.pdf
- Rawls, J. (2001). *El derecho de gentes*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Rawls, J. (2012). *Teoría de la justicia*. (2a ed. traducción María Dolores González) México: Fondo de cultura Económica.

- Rodríguez Garavito, C. (coord.). (2011). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Sagüés, N. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, 8(1), 117-136. ISSN 0718-0195. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>
- Salas, M. E. (2007). Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho. *ISONOMÍA*, n° 27, 111-142. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n27/n27a5.pdf>
- Sánchez Rubio, D., Herrera Flores, J., de Carvalho, S. (2010). *Direitos humanos e globalização. Fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Anuário Ibero-americano de Direitos Humanos (2003/2004) (2ª ed.)*. Porto Alegre: EDIPUCRS.
- Sánchez-Melero, H. y Gil-Jaurena, I. (2015). Análisis interseccional y enfoque intercultural en el estudio de la ciudadanía y la participación. Consideraciones epistemológicas. *Diálogo Andino*, 47, 143-149.
- Santos, B. de S. (2002). Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. *El otro derecho*, n° 28, 59-83. Disponible en http://www.uba.ar/archivos_ddhh/image/Sousa%20-%20Concepci%C3%B3n%20multicultural%20de%20DDHH.pdf
- Santos, B. de S. (2003). *Crítica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática. Volumen I*. España: Editorial Descée de Brouwer.
- Santos, B. de S. (2005). *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. Madrid: Trotta.
- Santos, B. de S. (2006). *Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria* (1era ed.). Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales UNMSM.
- Santos, B. de S. (2009). *Pluralismo epistemológico*. La Paz: CLACSO.
- Santos, B. de S. (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo: Ediciones Trilce.
- Santos, B. de S. (2014). *Epistemologías del sur (Perspectivas)*. Madrid: Ediciones Akal.

- Santos, B. de S. y Rodríguez Garavito, C. (eds.) (2007). *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*. Barcelona: Editorial Anthropos.
- Sassen, S. (2001). *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*. Barcelona: Editorial Bellaterra.
- Schanzer, R. M. y Wheeler, C. I. (2010). Jürgen Habermas y la problemática de la neutralidad valorativa. ¿Es posible una ciencia social crítica? *Papeles de Trabajo. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Etnolingüística y Antropología Socio-Cultural*, N°19, 1-9. ISSN 1852-4508. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/61698033.pdf>
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*. Buenos Aires: Editorial Planeta.
- Sen, A. (2019). *La idea de la justicia*. Barcelona: Taurus.
- Stavenhagen, R. (2008). *Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas*. Ponencia presentada en el XXVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 18 al 29 de agosto de 2008. *Revista IIDH*, 48. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23714.pdf>.
- Steiner, C. y Uribe, P. (eds.) (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada (1a ed.)*. Santiago: Fundación Konrad Adenauer. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>
- Talavera Fernández, P. (2011). Diálogo intercultural y universalidad de los derechos humanos. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 5(28), 7-38. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a2.pdf>
- Taylor, C. (2005). *La libertad de los modernos*. Buenos Aires: Amorrortu editores.
- Taylor, C. (2006). *Imaginario sociales modernos*. Barcelona: Ediciones Paidós.
- Taylor, C. (2009). *El multiculturalismo y "La política del reconocimiento"*. Segunda edición en español. México: Fondo de Cultura Económica. Título original *Multiculturalism. Examining the politics of recognition*, 1992.
- Travieso, J.A. (1996). *Derechos humanos. Fuentes e instrumentos Internacionales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Tuhiwai Smith, L. (2016). *A descolonizar las metodologías. Investigación y pueblos indígenas*. Santiago de Chile: LOM ediciones.

- UNICEF. *Interculturalidad: reflexiones desde la práctica*. Quito: UNICEF.
- Vargas Carreño, E. (2012). *Derecho Internacional público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Vergalito, E. (2009). Acotaciones Filosóficas a la Hermenéutica Diatópica de Boaventura de Sousa Santos. *Impulso (Piracicaba)*, 19(48), 19-30. Disponible en https://www.academia.edu/39710542/Acotaciones_Filos%C3%B3ficas_a_la_Hermen%C3%A9utica_Diat%C3%B3pica_de_Boaventura_de_Sousa_Santos
- Vergara Henriquez, F. J. (2008). Gadamer y la comprensión efectual: Diálogo y tradición en el horizonte de la Koiné Contemporánea. *Universum*, 23(2), 184-200. ISSN 0718-2376. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-23762008000200011&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- Vergara Henriquez, F. J. (2008b). La apropiación de(l) sentido: las experiencias hermenéuticas de diálogo y comprensión a partir de Gadamer. *ALPHA*, n° 26, 153-166. ISSN 0716-4254. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/alpha/n26/art10.pdf>
- Vergara, J. I., Vergara Estevez, J., Gundermann, H. (2012). Tramas y laberintos: Sociología e identidad cultural latinoamericana. *Atenea* (Concepción), n° 506, 13-27.
- Vidal-Beneyto, J. (coord.). (2006). *Derechos humanos y diversidad cultural. Globalización de las culturas y derechos humanos*. Barcelona: Icaria.
- Viehweg, T. (1964). *Tópica y jurisprudencia*. Madrid, Taurus.
- Villar Borda, L. (2004). *Derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo* (Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Viola, F. y Zaccaria, G. (2008). *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Vivelo, F. R. (1978). *Cultural Anthropology Handbook: A Basic Introduction*. Nueva York: Mc Graw Hill.
- Zuleta Puceiro, E. (1980). *Aspectos actuales de la teoría de la interpretación*. Valparaíso: Editorial Edeval.

SENTENCIAS

- 1- Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf
- 2- Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_328_esp.pdf
- 3- Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf
- 4- Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras, de 8 de octubre de 2015. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf
- 5- Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf
- 6- Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_284_esp.pdf
- 7- Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Disponible en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf
- 8- Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf
- 9- Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf
- 10- Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

- 11- Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf
- 12- Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf
- 13- Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf
- 14- Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf
- 15- Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf
- 16- Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Sentencia de 4 de julio de 2007. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_165_esp.pdf
- 17- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf
- 18- Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de interpretación de 6 de febrero de 2006. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_esp.pdf
- 19- Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf
- 20- Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf
- 21- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

- 22.- Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf
- 23.- Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- 24.- Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf
- 24.- Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf
- 26.- Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf
- 27.- Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf
- 28.- Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf
- 29.- Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf
- 30.- Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf
- 31.- Caso Atala Ríffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Disponible en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

32.- Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf