

# De nuevo la tensión universalismo-multiculturalidad. Examen de una “tercera vía” a propósito de la jurisprudencia constitucional latinoamericana en materia indígena

*Renato Rabbi-Baldi Cabanillas\**

## **Resumen**

Uno de los desafíos más complejos que debe afrontar una teoría general de los derechos humanos lo constituye lo que podría caracterizarse como el test de universalidad. ¿Son estos válidos aquí y allá? O, por el contrario, la multiculturalidad –y el pluralismo jurídico que de ella deriva– revela concepciones incompatibles que tornan inútil cualquier juicio de reproche sobre el contenido de las conductas que puedan catalogarse como intrínsecamente perversas o radicalmente encomiables. En este trabajo me propongo defender, con apoyo en ejemplos jurisprudenciales del constitucionalismo latinoamericano, una teoría universal de los derechos humanos que reconozca las diversidades culturales y, más aún, que se enriquezca con ellas, de modo que pueda ofrecer una perspectiva mínima en cuanto al resguardo de ciertos bienes básicos de las personas a partir del dato de la multiculturalidad.

Palabras clave: derechos humanos, universalismo, multiculturalismo, interculturalidad, jurisprudencia constitucional latinoamericana.

\* Abogado (UBA); Doctor en Derecho (Univ. Navarra, España); Profesor Titular Teoría General y Filosofía del Derecho (UBA); Premio accésit Academia Nacional de Derecho por la obra “Teoría del Derecho” (2010); [renatorabbibaldi@gmail.com](mailto:renatorabbibaldi@gmail.com).

## **Newly found tension between universalism and multiculturalism. Study of a third way regarding Latin American constitutional case law concerning native communities**

### **Abstract**

One of the most complex challenges that a general theory of human rights must face is what could be characterized as the universal test: are these valid through the world? Or, on the contrary, the multiculturalism (and the judicial pluralism that it implies), reveal incompatible conceptions, which may turn useless any judgement over behaviors that may be considered perverse or radically praised.

In this essay, my purpose is to support, with the help of some judicial examples of Latin American constitutionalism, a universal theory of Human Rights that recognizes cultural differences, further on, they may be enriched with them, and maybe offer a minimum perspective on behalf of people's "basic values" and yet recognizing the fact of multiculturalism.

Keywords: Human Rights, Universalism, Multiculturalism, Interculturalism, Latin American Constitucional Jurisprudence.

### **I. Introducción**

Uno de los desafíos más complejos que debe afrontar una teoría general de los derechos humanos lo constituye lo que podría caracterizarse como el test de universalidad. ¿Son estos válidos aquí y allá; ayer, hoy y mañana? ¿Existe un fondo común que compromete a toda persona en tanto que tal y de la que se infieren exigencias básicas que anclan en la "unidad de la especie humana", como reflexiona Todorov?<sup>1</sup> O, por el contrario, la multiculturalidad –y el pluralismo jurídico que de ella deriva– revela concepciones incompatibles, que tornan inútil todo juicio de valor y, más aún, cualquier juicio de repro-

1. Todorov, Tzvetan, *Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana*, Madrid, Siglo XXI, 2010 (del francés por M. Mur Ubarsat), p. 437.

che sobre conductas que puedan catalogarse como intrínsecamente perversas o radicalmente encomiables. En ese contexto, ¿puede defenderse una teoría universal de los derechos humanos en el horizonte del multiculturalismo? En este papel me propongo responder de forma positiva a esta pregunta: propicio, en línea de principio, que la multiculturalidad no es incompatible con el universalismo, por lo que cabe, con buenas razones, defender una noción de los derechos humanos que reconozca las diversidades culturales y, más aún, que se enriquezca con ellas, de modo que termine por ofrecer una teoría mínimamente universal en punto al resguardo de ciertos bienes básicos de las personas a partir del dato de la multiculturalidad.<sup>2</sup> Me valdré para ello del desarrollo teórico que proporciona la denominada “interculturalidad” y que, según estimo, halla un interesante banco de prueba en la incipiente jurisprudencia constitucional latinoamericana en punto a las relaciones de las comunidades indígenas entre sí y con respecto a las autoridades estatales y grupos y personas ajenos a dichas etnias.

La “interculturalidad” asoma como una propuesta superadora del par universalismo-multiculturalismo.<sup>3</sup> Como es sabido, el “universalismo” postula la existencia de ciertos bienes básicos al ser humano, lo que indica que se trata de títulos anejos a cada una de las personas; cognoscibles por todos y desde los que es posible formular un juicio laudatorio o de reproche respecto de una determinada conducta.<sup>4</sup> Esta tesis encuentra correlato en la legislación internacional (incluso en documentos, como el Convenio 168 de la OIT que procuran resguardar y desarrollar la diversidad cultural) y en el

2. Pueden leerse más referencias al respecto en mi estudio *Universalismo vs. Multiculturalismo en la encrucijada contemporánea de los derechos humanos. Algunos ejemplos históricos y recientes de la jurisprudencia argentina*, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2013, vol. 40, pp. 17-55.

3. He planteado este asunto por primera vez en *Reflexiones desde la jurisprudencia sobre comunidades indígenas. De la tensión universalismo-multiculturalismo a la interculturalidad*, en Douglas Price, Jorge/Duquelski, Diego (coords.), “XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social. Multiculturalismo, interculturalidad y Derecho”, *Infojus*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2014, pp. 55-78 (reproducido, con correcciones y actualizaciones, en Martínez Muñoz, Juan Antonio, “Multiculturalismo y derechos humanos”, Porrúa-Red Integral de Juristas para la Integración Americana, México, 2015, pp. 317-338).

4. Cfr., por todos, Alexy, Robert, “¿Derechos humanos sin metafísica?” (del alemán por R. Soderó), *Ideas y Derecho*, Asociación Argentina de Filosofía Jurídica y Social, 6, 2008, p. 14.

derecho constitucional comparado. Si bien su fortaleza estriba en plantear un escenario de máximo reconocimiento de los bienes básicos de la humanidad (tanto en una perspectiva de “moral densa” como de “moral tenue”, para seguir a Walzer),<sup>5</sup> su debilidad se halla en que da por supuesto lo que muchos controvierten y, acaso más relevante aún, en que ignora las particularidades culturales que constituyen una dimensión insoslayable del ser humano. Desde estos presupuestos, el salto hacia perspectivas liberales o “singularistas” (pienso en Rawls) es tan corto como infecundo.<sup>6</sup> Y asimismo es corto y nada satisfactorio el tránsito hacia perspectivas “etnocentristas” (postura que considera la cultura propia como la única válida, por lo que todas las demás deben adecuarse a ella), las que reconocen diversos ejemplos históricos y actuales en todas las geografías del orbe.

Este último aspecto plantea una radical diversidad cultural que torna estéril cualquier intento de consensuar mínimos compartidos y, menos, un juicio de valor sobre las conductas de que se trate, pues impera un escepticismo en materia cognoscitiva. Si bien se destaca en el ámbito penal, donde brega por evitar sanciones con sustento en la tesis del “error culturalmente condicionado”, ello no resuelve la justicia o injusticia de la conducta en cuestión. ¿Cabe entonces abstenerse de todo juicio? Es más, ¿corresponde fomentar dicha abstención de modo que los estados asuman una suerte de *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même* a toda cultura, cualquiera sea la índole de las conductas que estas desarrollen? Todorov ha descrito con precisión las consecuencias de adoptar una respuesta del tipo que, en definitiva, remite a un horizonte relativista: “El relativismo consecuente renuncia a la unidad de la especie humana, lo cual es un postulado aún más peligroso que el etnocentrismo ingenuo de algunos colonizadores. La ausencia de unidad permite la exclusión, la cual puede llevar al exterminio. Por añadidura, el relativista, incluso el moderado, no puede denunciar ninguna injusticia [...] por temor a que estas formen parte de una tradición cualquiera, distinta a la suya: ni la excisión, ni los sacrificios humanos, merecen ser reprobados; por lo tanto, se podría decir que los propios campos de concen-

5. Walzer, Michael, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Madrid, Alianza Editorial, 1996 (del inglés y con estudio introductorio de R. del Águila), p. 35.

6. Rawls, John, *The law of peoples with the idea of public reason revisited*, Harvard Univ. Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, pp. 554-555.

tración pertenecen, en un momento dado de la historia rusa o alemana, a la tradición nacional. La situación no es mucho mejor en el caso de esas formas particulares del relativismo que son el nacionalismo y el exotismo”.<sup>7</sup> De ahí que, afirma Garzón Valdés, “no es verdad que de la diferencia de las culturas pueda inferirse sin más su incomensurabilidad” proposición que, de ser verdadera, en cuanto aquí interesa, conduciría a señalar que no resultará “posible afirmar la vigencia universal de los derechos humanos”.<sup>8</sup>

Parecería, entonces, que, si un multiculturalismo así planteado no proporciona una respuesta satisfactoria para una teoría universal de los derechos humanos, el universalismo que se propicia no puede prescindir del papel que desempeña la historia en la peripecia humana y, por tanto, las circunstancias de tiempo y lugar que le son connaturales. Un esfuerzo por superar ambas tesis lo asume la denominada perspectiva “interculturalista”.

Con todo, cabe aquí efectuar una precisión. Bajo esta denominación no se propicia, como sucede con algunos autores (por ejemplo Fonet-Betancourt o, más claramente, Ochoa García)<sup>9</sup> un diálogo entre culturas que meramente se ciña a *describir* las obvias diferencias existentes sin emitir juicio valorativo respecto de estas. Si así fuera, nada se habría avanzado, pues un “interculturalismo” concebido de ese modo colapsa en el “multiculturalismo”. Por el contrario, el “interculturalismo” defendido en este texto y que encontraría sustento en la jurisprudencia a examinar, busca algo más: abandona la sola descripción para internarse el difícil campo de lo *prescriptivo*, por cuanto asume que ninguna forma de vida puede pretenderse inmune a toda evaluación moral. Y al hacerlo se huye de un etnocentrismo simplista y, por tanto arrogante, propiciando, por el contrario, y como escribe Habermas, una “colaboración recíproca” pues “únicamente” sobre esa base “los derechos fundamentales pueden cumplir la promesa moral de respetar por igual la dignidad humana de cada persona”.<sup>10</sup>

7. Todorov, nota 1, p. 437.

8. Garzón Valdés, Ernesto, *Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2012, pp. 12 y 15.

9. Cfr, por todos, González de Prada, María Victoria, “Pueblos indígenas: hacia la construcción de un derecho intercultural. El plurijuridismo”, *La Ley*, Buenos Aires, 2/1/14, p. 3.

10. Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, LV, 64, mayo 2010 (del alemán por J. Aguirre Román, revisión por E. Mendieta y M. Herrera), p. 9 (énfasis añadido).

Rescato esta idea de “colaboración recíproca” la que, en cuanto aquí interesa, traduzco como el desafío de integrar los particularismos históricos de todos los participantes, para trascenderlos en aquellos aspectos que concitan, como se mencionó recién, “la unidad de la especie humana”. Autores que asumen tan diversas filosofías, como Josef Raz o Robert P. George, parecen compartir esta tesis. El primero postula que las distintas culturas son “precondición y factor que da forma y contenido a la libertad individual” ya que “solo a través de su socialización en una cultura puede uno escoger las opciones que dan sentido a la vida”.<sup>11</sup> El segundo expresa que “para la tradición del derecho natural, la obligación de una autoridad internacional de respetar la autonomía cultural y por lo tanto de permitir la diversidad cultural, está basada en el principio de subsidiaridad y en la diversidad de bienes comunes básicos y de los modos razonables en los que los individuos concretan esos bienes en sus vidas”.<sup>12</sup>

En ese contexto, como se adelantó, la alternativa intercultural halla una plataforma de trabajo de la mayor relevancia en el estudio del derecho indígena en su relación con el derecho estatal en los países latinoamericanos. En estos, en efecto, se perciben fuertes tensiones en la relación entre las costumbres de las comunidades aborígenes y las normas escritas del sistema estatal, lo que está dando lugar a una rica jurisprudencia que, al tiempo que procura ir aportando soluciones de especie, puede permitir que, analizadas dichas decisiones en conjunto, surjan elementos de interés para una configuración de una teoría de los derechos humanos de validez general o universal. No se trata, como es obvio, de una empresa sencilla que, como se adelantó, se halla en pleno desarrollo. Sin embargo, compartiré en lo que sigue ciertas conclusiones que, acaso, pueden brindar alguna ayuda para esta compleja cuestión a partir del análisis de tres casos resueltos por la jurisprudencia constitucional procedente de Ecuador, Colombia y la Argentina: se trata de tres casos que tienen que ver con el exigente desafío de una coexistencia posible entre comunidades indígenas y de estas con no indígenas.

11. Raz, Joseph, “Multiculturalism: a liberal perspective”, en *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 177.

12. George, Robert P., “Natural law and international order”, en *In defense of natural law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 242.

## II. Relevancia práctica del tema

1. Derecho a la vida y a la libertad y error de prohibición ante el delito de homicidio y de secuestro

Corte Constitucional de Ecuador, caso 72-14-CN, 6/8/14

a) En materia penal es conocido que la ausencia de comprensión de la ilicitud de una determinada conducta acarrea la exclusión de pena. Se trata, ciertamente, de un supuesto excepcional. Quienes lo prohíjan hacen referencia que resulta aplicable respecto de individuos pertenecientes a grupos que viven en estado de aislamiento total, hipótesis cada vez más difícil de hallar. Y aún en estos casos, la doctrina no lo admite, sin más, respecto de graves delitos, dando a entender que existiría un fondo común, en cuanto concierne a ciertos bienes básicos, que atraviesa sincrónica y diacrónicamente el decurso humano.<sup>13</sup>

La jurisprudencia ecuatoriana ofrece un ejemplo de interés originado en la examinación en la cuestión prejudicial planteada por el juez de primera instancia ante la instrucción fiscal por el presunto delito de genocidio que habrían cometido miembros de la nacionalidad Waoranis (pueblo indígena de reciente contacto), quienes a raíz del homicidio de dos ancianos de su comunidad a manos de los Taromenane (pueblo indígena en aislamiento), “organizó una incursión a la selva con el propósito de buscar rastros” y “localizar a familias de pueblos aislados con el propósito de darles muerte”, procediendo a sustraer dos niñas de 3 y 6 años de edad y de “dar muerte a varios miembros de las familias en aislamiento” (Descripción de los hechos...). La consulta se basa en que la Corte determine si el art. innumerado anterior al 441 del CP (“quien con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso [...] ocasionare la muerte de sus miembros, será sancionado...”) viola el 57 de la CE (“Se reconoce y garantizará a las comunas [...] indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos [...] internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos”, entre los que menciono, a título ejemplificativo: “1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad,

13. Sobre este tópico, a partir de la autoridad, entre otros, de Zaffaroni o Garcia Vitor, cfr. mi trabajo citado en la nota 3.

sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social...”).

b) El planteo hace al núcleo del tema bajo examen: una consideración irrestricta de las culturas, en el sentido de que por el mero hecho de existir exige no solo su respeto sino, en rigor, el aliento de las estructuras estatales, conduciría a bloquear cualquier tipo de reproche respecto del caso de especie. Es más, en puridad, lo que las autoridades estatales deberían realizar es fortalecer tales conductas de modo que no desaparezcan. Se trataría, pues, de una peculiar forma de “paternalismo”, ya que, como se anticipó, el Estado es llamado a “intervenir” bien en nombre de la “no intervención”. Se está, pues, ante la hipótesis del “aislamiento moral” que conduce a Steiner/Alston a expresar, críticamente, que “un Estado compuesto de regímenes de autonomía segregada se parecería más a un museo de antigüedades sociales y culturales que a un ideal de derechos humanos”.<sup>14</sup> Por el contrario, una consideración lineal del art. 57, en tanto sujeta las tradiciones ancestrales a lo que prescribe la Constitución y los pactos internacionales tampoco resuelve satisfactoriamente el tema, pues podría revelar un etnocentrismo que prescinde de la consideración del otro y del horizonte comprensivo en que este actúa como punto de partida para lograr ese “ideal de derechos humanos” recién sugerido que está en la base del proyecto constitucional y, acaso también, en el de la comunidad Waoranis, pues, como expresa su defensor, “los hechos que hoy se quieren juzgar desde la cosmovisión del mundo Waorani son hechos constitutivos para merecer una sanción, están establecidos en sus códigos de honor estas conductas como actos antijurídicos...” (Dr. Jorge Acaro).

¿Cómo razona la Corte? Para ella, si bien el art. 441 “es una norma penal imperativa, no puede ser aplicada fuera del contexto del principio de diversidad étnica y cultural que el caso concreto exige”, esto es, “desde una perspectiva intercultural [...] acercándose objetivamente a los rasgos y prácticas culturales de los respectivos grupos involucrados”, ya que la norma en cuestión “no presenta vicios de constitucionalidad”, por lo que de lo que se trata es de que “su aplicación al caso concreto [no] generaría una afectación a los derechos colectivos de pueblos ancestrales que desconocen el contexto

14. Steiner, Henry/Alston, Philip, “Ideals and counter-ideals in the Struggle over autonomy regimes for minorities”, en *Notre Dame Law Review*, 66, p. 28.



de la norma por ser ajena a su cosmovisión ancestral dado el conflicto entre un pueblo en asilamiento Taromenane y un pueblo de reciente contacto Waorani...” (II, 1, p. 19).

¿Cuáles son, entonces, esos principios de “diversidad étnica y cultural” convocados para discernir este aspecto? En otro precedente (Sent. 008-09-SAN-CC) la Corte acudió a los de “continuidad histórica” de los pueblos en cuestión, los que “no obstante su colonización [...] están presentes con sus identidades diferenciadas del resto de las sociedades nacionales”; el de la “diversidad cultural” de esas comunidades respecto de otras; el de “interculturalidad”, el que alude a un “diálogo fundamentalmente epistémico” en el que “los pueblos indígenas [no] sean los convidados de piedra”, máxime “al existir posiciones hegemónicas” de modo que los “pueblos hacen uso de diversas formas de producir [...] conocimiento para relacionarse entre sí, con la naturaleza...” y el de la “interpretación intercultural”, el que entraña “una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales” a partir del “enfoque sustentado en la diversidad cultural”.

Ahora bien, en ese horizonte hermenéutico, el tribunal plantea reglas de interpretación que se acomodan a un esquema jerárquico de las fuentes del derecho, para lo cual sigue a la Corte Constitucional de Colombia. Dicho esquema expresa: “1. A mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía”, bien que “2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares”. Es más: “3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural” y “4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas”.

c) De lo expuesto emanan interesantes lugares de trabajo para nuestro tema. Deseo remarcar ahora dos aspectos. El primero tiene que ver con el “diálogo epistémico”, el que surge como oposición a las “posiciones hegemónicas” que, si bien se miran, exhiben procedencias diversas: no solo se originan, respecto de las comunidades indígenas, por parte de los estados nacionales, sino, también, entre los grupos originarios (como sucede en este caso y en el próximo) o desde estos hacia personas procedentes de culturas no indígenas (como se verá en el último ejemplo de este papel). En efecto; el abuso de la fuerza no es un dato ajeno, pero tampoco lo es el esfuerzo de la Razón por “domesticarlas”, para apropiarme de una expresión de

Saint-Exupéry que me recuerda, a su vez, al famoso diálogo de Sócrates con Calicles en el *Gorgias* platónico.<sup>15</sup> El segundo, que la presentación de las fuentes del derecho ubica a los derechos constitucionales en la cúspide jerárquica, constituyendo un “mínimo obligatorio de convivencia”.

Obsérvese ahora este último aspecto, bien que ello no entraña abandonar el primero: ¿no significa esa jerarquización asumir un planteamiento hegemónico? ¿No supone dar por sentado lo que, precisamente, debe desentrañarse, a saber, un mínimo no negociable concerniente a los bienes primarios de todo ser humano? La prevención planteada parece salvada con el párrafo siguiente: “Corresponderá al juez de la causa, a través de peritajes antropológicos, sociológicos y todos los elementos de convicción necesarios, determinar en qué medida los presuntos infractores desconocían el contexto de la norma que contiene el delito cuya responsabilidad se les imputa así como si dentro de su cultura se evidencian estas prácticas como actos propios de su cultura, o si por el contrario son ajenas a la misma y por lo tanto objeto del derecho penal” (p. 21).

El *dictum* introduce dos consideraciones de relevancia. La primera es metodológica, cuestión sobre la que tanto se insiste en este trabajo. Es posible que la comunidad Waorani asuma como propio el mínimo obligatorio de convivencia estructurado en torno de los derechos fundamentales constitucionales, tal y como estatuyen las leyes supremas comparadas; los pactos internacionales y la jurisprudencia dictada en su consecuencia. Pero a ello se *llega* al cabo de un laborioso camino que incluye, como bien pide la Corte, el concurso de antropólogos y sociólogos, rasero que permite otra mirada –más amplia– del caso. No es un punto del que se parte, sino al que se arriba. Sobre tales bases, si fuera cierto lo indicado por el defensor de esa comunidad, en el sentido de que esta asume como reprochable la conducta en cuestión (puesto que forma parte de su “código de honor”), la existencia de un núcleo de principios comunes a todo ser humano con prescindencia de sus accidentes estaría garantizada, cuanto menos en cuanto concierne al derecho a la vida de quienes fueron privados de ella y a la libertad de los menores raptados. El franco encuentro intercultural propiciado por el tribunal habría entonces rendido frutos provechosos. Si, por el contrario, no fuera

15. Cfr. en relación con esto último, Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del Derecho*, Buenos Aires, Ábaco, 2016, 4º, pp. 149-152.

verdadero lo indicado por la defensa, entonces el valladar de la incomprensión de la conducta reprochada liberaría de sanción a quienes incurrieron en los actos referidos. Con todo, como lo he señalado en el trabajo citado en la nota 3, ello no resuelve la cuestión en torno de la injusticia o justicia intrínseca del acto en cuestión, que es lo determinante. Empero, aun en esta última hipótesis, no es poco lo que se ha avanzado: el encuentro intercultural es una metodología virtuosa pues huye deliberadamente del bloqueo en el que incurren tanto la perspectiva multicultural cuanto una versión reductiva de lo universal.

La segunda es lo que resta de ese tránsito. Dicho esfuerzo implica que el grado de conocimiento intersubjetivo es muy superior al de inicio y que, en consecuencia, el parejo respeto por el otro ha aumentado significativamente. Desde allí, el salto a la afirmación del reconocimiento del *neminem laedere* grabada a fuego desde la Roma estoica en adelante no parece tan lejana en el supuesto de que la incomprensión de las conductas bajo examen fueran ciertas (lo que, como se dijo, no parece que lo sean). Como se ve, más allá de algunas inconsistencias o reproches, la jurisprudencia glosada parece encaminarse a través de una interculturalidad no meramente descriptiva o constatativa, sino dispuesta a penetrar en el corazón antropológico del otro, hacia una universalidad de la que quepan extraer conductas mejor o peor configuradas para una coexistencia social pacífica.

2. La proporcionalidad de la sanción y la prohibición del destierro y de confiscar bienes ante condenas que traspasan el principio de responsabilidad individual

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 254/94, sent. 30/5/94

a) En esta causa se revisa la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tolima, confirmatoria de la decisión del Cabildo Indígena de El Tambo, el cual, según surge de las constancias de la causa, reunido en asamblea y luego de diversas amonestaciones previas, había expulsado de la comunidad al recurrente y a su familia, a raíz del hurto de cultivos, animales y productos agrícolas en los que aquel habría incurrido (cfr. Sentencia, consids. 1 y 12). A juicio de este último, la decisión vulnera diversas normas constitucionales.

Como primera medida, la Corte precisa los criterios que guiarán su decisión. Así, reconoce que la Constitución Política de Colombia ha creado una jurisdicción indígena (art. 246) bien que tanto esta como las funciones de

autogobierno encomendadas a los consejos de esa naturaleza (art. 330) “deben ejercerse [...] según sus usos y costumbres pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores” (consids. 7.3 y 7), precisando, a ese respecto, las reglas de interpretación que se han mencionado en la citada causa de la Corte Constitucional ecuatoriana 0072-14-CN (cfr. consids. 7.1, 7.2, 7.3 y 7.4) a la luz de las cuales deben resolverse “las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de” estos “órdenes jurídicos diversos” (consid. 7). De ello se concluye que la Corte sujeta los procedimientos indígenas a que no sean contrarios a la Constitución.

Se postula entonces, en el contexto de una reconocida multiculturalidad, un universalismo de base representado por los “derechos fundamentales”, los que “constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional...” (consid. 7.2), cuyos usos y costumbres, en consecuencia, “deben ser, *en principio*, respetados” (consid. 7.1, énfasis añadido). El matiz “en principio” es indicativo de la perspectiva filosófica que late en el pronunciamiento, el que se refuerza con la cita de Agnes Heller y de Norberto Bobbio. La primera rechaza un “relativismo ético extremo”, acogiendo el “respeto de la especificidad cultural salvo los casos en que esta encubra un inaceptable doble código de valores y una situación de fuerza o coacción susceptible de afectar la vida, la integridad o la libertad de la persona”. Desde esta lógica, el segundo considera las cartas internacionales de derechos humanos como “la más grande prueba histórica que jamás se haya dado del *consensus omnium gentium* sobre un determinado sistema de valores” (consid. 10).

Se advierte, pues, que la sentencia fija ese “consenso entre todos los hombres” en el resguardo de los derechos más básicos o primarios de las personas y en la exclusión de la violencia pues, de lo contrario, resultaría imposible no ya un esquema de descubrimientos recíprocos (que denomino “situación de no diálogo”), sino ni siquiera el dato mismo de la coexistencia (que menciono como “situación de supresión del otro”). Es entonces sobre tales bases que el Tribunal examina si la decisión comunitaria cercenó los derechos constitucionales invocados por la recurrente.

b) Así, en lo relativo al agravio suscitado por su expulsión de la comunidad, considera que “no vulneró la prohibición del destierro” pues esta “solo se refiere a la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las co-

munidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio...” (consid. 12). Sin embargo, no corren idéntica suerte adversa los agravios relativos a la confiscación y a la proporcionalidad de la sanción. Comenzaré por este último.

Para el Tribunal “la pena impuesta [...] involucró la expulsión de este y de su familia [...] colocando a” estos últimos “en una *situación económica y social de desventaja* por sus circunstancias especiales. De esta forma, la pena *trascendió a la persona del infractor* [...] evidenciándose como *desproporcionada* y contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos”, que descartan expresamente esa trascendencia. La Corte no se ciñe, empero, al simple recurso normativo: “Para ellos, la expulsión acarrea la completa ruptura de su entorno cultural y la *extinción de su filiación antropológica*; de otro lado, la [...] forzosa inserción en un marco cultural diferente, supone la *alteración radical de su modo de vida* y la necesidad de *interactuar en condiciones de inferioridad*”. Asimismo, la negativa del cabildo “a aceptar de asignar la parcela que trabajaba [...] a su hijo mayor [...] *priva irracionalmente a sus hijos de la única fuente de subsistencia...*” (consid. 15, énfasis añadido), además de que, añade en el mismo considerando “desde el punto de vista de la comunidad indígena, la pérdida de miembros, vista su condición minoritaria, no contribuye a su objetiva conservación”.

En cuanto a la confiscación, la que es definida como “la apropiación, a título de pena, por parte del Estado [...] de los bienes de una persona *sin el pago de una contraprestación*”, el constituyente la ha descartado expresamente porque “impondría un doble castigo para el delincuente, *extensivo a los herederos*”, pues todos se “verían expuestos a una situación de *indigencia y absoluto despojo*”. Para el Tribunal, no cambia las cosas el carácter colectivo de la propiedad indígena, pues “el régimen punitivo no puede contener sanciones que aparejen consecuencias *tan extremas* para el sujeto y su familia próxima, como las que provendrían de *la pérdida absoluta de sus posibilidades de subsistencia*” (consid. 13).

Sobre tales bases, la Corte casa la decisión de la anterior instancia y ordena el dictado de otra “con estricta sujeción a las normas constitucionales del debido proceso, en particular cuidando de no vulnerar los derechos fundamentales de terceros ajenos a los hechos objeto de juzgamiento...”, concretamente, “la *integridad física* de sus hijos” (consid. 17).

c) Las expresiones enfatizadas remiten, sin mayor esfuerzo argumentativo, al reconocimiento de ciertas exigencias básicas que atraviesan al ser

humano en cualquier circunstancia histórica: la injusticia que entraña la extensión de una pena a quien no la cometió; la no indemnización por las mejoras introducidas en un bien comunitario; la privación de medios de subsistencia a quienes son ajenos a la causa y, por tanto, la afectación de su integridad física o la negativa, acorde con usos o costumbres propios, de transferir en cabeza de un heredero no incurso en delito alguno el cuidado de la parcela asignada a una familia, parecen constituir conductas que afectan, radicalmente, a toda persona aun cuando algunas de estas participen de grupos sociales en los que lo comunitario exhibe una relevancia superior a la de otros grupos. Desde esa lógica, la sentencia que, como se vio, había asumido un universalismo de base, con buenas razones, justifica su punto de partida respecto de los bienes fundamentales que menciona para todo ser humano, más allá de su condición o función.

Con todo, no sucede lo mismo al convalidar la expulsión so pretexto de que el destierro alude al extrañamiento del territorio nacional y no del comunitario, lo que no pasa de ser una exégesis meramente normativa-fenomenológica que no penetra en el corazón del problema, el que, sin embargo, es expresamente abordado por la Corte cuando refiere que “bajo una *perspectiva antropológica*, la pena de destierro comprende la sanción de extrañamiento de un miembro de la colectividad que conlleva la *pérdida de su identidad cultural* y la separación física del resto de la comunidad” (consid. 12). En todo caso, que “esta práctica de condenar al ostracismo al infractor de las normas internas de la comunidad” sea “frecuente en las organizaciones sociales en las que la defensa de la colectividad prevalece sobre los derechos individuales” (*ibid.*) ni justifica la expulsión de toda la familia (pues surge de las constancias de la causa que las amonestaciones previas a la expulsión habían sido dirigidas al causante y no a su familia), ni autoriza la expulsión del imputado sin el cumplimiento de mínimos reconocimientos (v. gr., la indemnización por lo trabajado, en tanto, surge del expediente, que dicho reconocimiento también forma parte de las prácticas comunitarias).

Más allá de esta última observación, juzgo que la resolución comentada se inscribe en la metodología y fundamentación que se viene prohibiendo: suscribe una interculturalidad (por lo demás, expresamente señalada por su Constitución), esto es, la necesidad de un diálogo franco entre culturas diversas que anima, además de una dimensión descriptiva, una prescriptiva a partir de puntualizar ciertas exigencias básicas a cualquier ser humano que la situación de especie desconoce y cuyo desconocimiento –y esto es lo

decisivo— no es producto de una imposición extraña a la comunidad, sino que, según las constancias del caso, surge que también esta última las asume como propias. De esta manera, el planteamiento reviste especial interés pues denota la propuesta de animar una convivencia quebrada al interior de las comunidades indígenas a partir del reconocimiento de ese mínimo ético-jurídico difícil de no encontrar en toda práctica social.

3. El derecho a trabajar, a permanecer en el territorio y a la igualdad, ante actos discriminatorios

Cámara Federal de Apelaciones de Salta, Argentina, caso Prado, 12/10/10

a) En esta causa se plantea el desafío de la intercomunicación no ya *ad intra* de una comunidad indígena, sino entre integrantes de esta y quienes no pertenecen a la misma. El Tribunal conoce del recurso planteado por un miembro de la comunidad Kolla con asiento en Iruya, provincia de Salta, que había sido procesado por el delito de alentar a la persecución y el odio contra personas de origen no indígena, a las que conminó a que abandonen dicho pueblo, en el que trabajaban como guía turístico y en un hotel pues, caso contrario, “serían echados de cualquier manera”. Asimismo, de las constancias de causa surgió que el encartado alienta a los estudiantes de lugar a que “no se junten con los foráneos” y que fuera del ejido local la comunidad indígena ejerce “facultades de jurisdicción exclusivas en temas jurídicos [...] y administrativos” (consid. IX).

De lo expuesto, surge con claridad que el imputado invocó una jurisdicción que, contrariamente a lo que sucede en Ecuador y Colombia, no está legalmente prevista en la Argentina. Sin embargo, más allá de ese dato —que bien podría alterarse a través de una reforma legal—, lo determinante aquí es la conducta que late detrás de esa invocación: es que aun poseyendo una jurisdicción del estilo, poco rédito cabrá extraer de un planteamiento que se estructura a partir de la lisa y llana exclusión del “otro”.

A juicio del tribunal de alzada, que confirmó lo resuelto en la anterior instancia,<sup>16</sup> decisión que se halla firme,<sup>17</sup> la conducta y los documentos citados confrontan con los derechos constitucionales de “entrar, per-

16. Cám. Fed. Apel. Salta, “Prado, S. y ot.”, *in re*, sent. del 12/10/2010.

17. Cám. Fed. Cas. Penal, Sala IV, causa 13.354, *in re*, sent. del 29/3/12.

manecer, transitar y salir del territorio argentino”; “trabajar y ejercer una industria lícita” y a la “igualdad”, y se arrogan facultades administrativas y judiciales a la comunidad indígena que el actor dice representar que, de conformidad con nuestra arquitectura constitucional, son del resorte de las autoridades municipales, provinciales y nacionales. A su vez, con sustento en el Preámbulo de la Constitución Nacional que invita a “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”; en otros documentos internacionales (constitucionales e infraconstitucionales) y en la inveterada jurisprudencia del Alto Tribunal, consideró que los derechos reconocidos en aquella lo son “para todos los hombres, más allá de su raza, religión, sexo o cualquier otro accidente o condición”, por lo que confirmó el procesamiento al considerar que la conducta reprochada resulta “potencialmente hábil para alentar la persecución o el odio contra [...] personas residentes en Iruya pero no nacidas en esa localidad y que no pertenecen a las etnias indígenas ni practican su pertinente ‘cosmovisión’ [...] y aun contra aquellas que, oriundas del lugar, se relacionan con aquellos...” (consid. XI, párr. 15).

Como se aprecia de lo expuesto, y al igual que lo visto en el anterior precedente respecto, en especial, de terceros ajenos al delito reprochado, la conducta del encartado incurre en la negación del “otro”, del que, por ende, estaría justificado prescindir de “cualquier manera”. Como expresa el Tribunal, dicha afirmación implica “considerar a la persona como un mero objeto (y no como un sujeto); como una cosa susceptible de [...] eliminación o, para decirlo kantianamente, como ‘algo que pueda usarse como simple medio’, lo que choca no solo con las cláusulas recién citadas a título de ejemplo [...] sino, en definitiva, con el espíritu que dio vida al texto supremo y que conduce a que las personas sean consideradas ‘en todas las acciones como fin en sí’” (consid. X, 5º párr.). De ahí que, con cita de un precedente del Alto Tribunal, recuerda que “un fin que necesariamente debe alcanzar el Estado es [...] desalentar [...] el desarrollo de prácticas que promuevan el odio racial o religioso, y la *sujeción o eliminación de personas por el hecho de pertenecer a un grupo definido por alguna de las características mencionadas*”; deber este que, añade la Corte Suprema, posee “indiscutible validez moral” (consid. X, 4º párr., el énfasis se ha añadido), validez esta que, si bien se mira, es la causa que dispara la posterior recepción legislativa (nacional e internacional) de normas que consagran dicho temperamento.

b) La cámara salteña desnuda, pues, un “etnocentrismo”, en el caso, de origen indígena pero de comunes consecuencias a toda postura semejante



en tanto expropia al “otro” con sustento en la exacerbación de un particular punto de vista, lo que torna inviable toda apertura hacia una mínima base de entendimiento recíproco. Alexy lo ha expuesto de manera persuasiva cuando reflexiona que quien jamás puede entrar en una situación de diálogo y de fundamentación “no participa en aquello que uno puede llamar ‘la forma de vida más universal de la persona’”, la cual “afirma que todas las formas humanas de vida contienen necesariamente universales teórico-argumentativos que pueden ser expresados a través de las reglas del discurso. Puede suceder que [...] estos universales tengan muy poca vigencia en la realidad. Pero solo desaparecerán totalmente si los miembros de una forma de vida pierden completa y definitivamente su capacidad de formular la pregunta: ‘¿por qué?’ [...] En esta medida, la teoría del discurso rastrea los potenciales de la razón existentes en la realidad humana. En este sentido es, para usar una formulación de Höffe, ‘un esclarecimiento de la existencia de la persona’”.<sup>18</sup>

Existiría, pues, un universalismo de base que interpela a la apertura encuentro del uno con el otro al menos, y para decirlo hermenéuticamente, desde la estructura lógica de la pregunta.<sup>19</sup> El camino es semejante tanto en el precedente colombiano como en el argentino: este universalismo no constituye un punto de llegada, sino de partida. ¿Partida hacia dónde? Hacia el referido encuentro con el “otro” en aras de reconocerse con las diferencias de que dan cuenta geografías y tiempos históricos describen, pero que, no obstante, disciernen lazos de exigencias compartidas. Es, pues, el turno de la interculturalidad no meramente constatativa, sino exploratoria o indagativa (para apropiarme libremente de la expresión “pensamiento indagativo” –*fragendesdenken*– de Peter Habërle)<sup>20</sup> en los pliegues recónditos del ser humano. El art. 75, inc. 17 de la Constitución argentina, reformado en 1994, colabora en esa perspectiva.

18. Alexy, “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”, en *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2ª, 1997 (del alemán por José M. Seña), p. 147.

19. Gadamer, Hans Georg, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1960 y sucesivas ediciones (traducción castellana de la 4ª edición (1975) por A. Aparicio y R. De Agapito, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, t. I, Salamanca, 1977), p. 369.

20. Häberle, Peter, “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken”, en *Die Verfassung des Pluralismus*, Kögnstein/TS, 1980, p. 3.

c) Por de pronto, se hace cargo de la “preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”, luego de lo cual, “garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural”, y reconoce la “propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan”. Lo primero es una importante asunción de un dato de la realidad. Las restantes tres proposiciones son hondas en implicancias.

La primera de ellas (“respeto a la identidad”) entraña el resguardo de lo que se ha llamado la originaria “soberanía espiritual”<sup>21</sup> de personas y pueblos, hoy trágicamente desvirtuada por doquier. Si en verdad el “otro” cuenta, no cabe sino tomarlo en serio, es decir, asumir su “otredad” como dimensión intocable ante lo que, nuevamente con Kant, no se impone otra conducta que la que dimana de la palabra “respeto”.<sup>22</sup> Ahora bien, como se ha adelantado ya, de ello no se sigue que las culturas sean inconmensurables ni que, en consecuencia, quepa colapsar en un derecho “alternativo” en el que todo diálogo está vedado por inservible.

De eso da cuenta la segunda proposición (“educación bilingüe e intercultural”), que se erige en la perspectiva necesaria y complementaria de la anterior, pues está suponiendo que aquella identidad no es ni la única existente, ni se halla aislada de otras en el mundo globalizado en el que hoy se habita ni, menos aún, es pretendidamente superior a otras. Una educación del estilo (en rigor, lo educacional es un ejemplo, pues se trata de un curso de acción que cabe extender a todos los órdenes de la vida) entraña que se han puesto en práctica, como pedía Alexy, algunas de esas formas universales de vida desplegadas a través de las reglas del discurso. Se está ya en una perspectiva diversa en tanto, reflexiona Todorov, “los rasgos universales provienen, no del mundo empírico, objeto de observación, sino del avance mismo del espíritu humano”,<sup>23</sup> esto es, de lo que Hervada denomina el “tipo humano resultante de la evolución histórica, mediante el proceso

21. Juan Pablo II, “Discurso a la Quincuagésima Asamblea General de las Naciones Unidas” del 5/10/95, *L'Osservatore Romano*, edición semanal en lengua española, N°41, pp. 7-9.

22. Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (del alemán por E. García Morente), Madrid, Espasa, 1983, p. 94.

23. Todorov, nota 1, p. 31.

cultural y civilizador”.<sup>24</sup> La apertura al “otro” supone entonces un camino que conduce no solo a la capital pregunta de “por qué” sino que, desde ella, ahora heideggerianamente, puesto que coexistimos (*mit sein*) se infiere una preocupación por el otro (*für Sorge*).<sup>25</sup>

Y en ese horizonte se inscribe la tercera proposición en tanto esa clase de propiedad comunitaria viene a añadirse (no a suplantarse) a la propiedad individual regulada históricamente en la Constitución. Se trata de otro modo de vincularse las personas con las cosas a partir de usos inveterados que, como escribe Walzer, se hallan “culturalmente integrados” y son “completamente significativos”<sup>26</sup> para cada tradición.

En este horizonte, el “encuentro” de culturas, sin renunciar a una “moral crítica”, como alude Garzón Valdés,<sup>27</sup> permite un ascenso en el tipo humano que, llevado al ámbito jurídico, enlaza con el conocido criterio jurisprudencial de la “armonización” (también llamado de la “concordancia práctica”) de los derechos constitucionales a partir del resguardo de sus “contenidos esenciales”.<sup>28</sup> El Tribunal lo emplea cuando, de un lado, reivindica aspectos de las notas indígenas objeto de análisis que reclaman, v. gr., la no interferencia en su “cosmovisión indígena”; el cuidado de sus lugares sagrados; el resguardo de su pudor”; más, de otro, rechaza las amenazas de expulsión de los visitantes “estacionados temporalmente” en el lugar (confs. consid. XII, 6º párr. y IX, b, 3º párr.). De ahí que, concluye, el reconocimiento de los usos y costumbres indígenas “no entraña –ni puede así ser considerado– la preterición de los derechos de terceros o de otros grupos (lo que se halla expresamente vedado por el art. 19 de la Ley Suprema)”, sino que, por el contrario, todos estos grupos, en tanto “se apoyan en una base común: la dignidad del ser humano [...] se sitúan en la línea del perfeccionamiento de

24. Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1990, 6º, p. 103.

25. Cfr, a partir del autor de *Sein und Zeit*, las sugerentes consideraciones de Ballesteros, Jesús, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, Madrid, Tecnos, 1984, esp. pp. 125-126.

26. Walzer, nota 5, p. 37.

27. Garzón Valdés, nota 9, p. 17.

28. Cfr, por todos con referencias doctrinarias y jurisprudenciales, Rabbi-Baldi Cabanillas, *Teoría del Derecho*, nota 15, pp. 329-333.

los ideales constitucionales antes descriptos...”, en tanto “las diversas culturas [...] lejos de dividir y empobrecer a la humanidad, la enriquecen con el aporte de sus diversas perspectivas...” (consid. XII, párrs. 4º y 5º). Y concluye que esta solución es coherente con lo dispuesto por los documentos internacionales, tal el frecuentemente invocado Convenio 169 de la OIT sobre “Pueblos indígenas y tribales en países independientes” (1989) o el texto de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, organizada por la ONU (1993). El primero, es categórico cuando expresa que si bien dichos pueblos tienen “el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias”, ello solo es posible “siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (art. 8.2). El segundo, de modo análogo, dispone que “debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos”, sin que ello implique ignorar que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e independientes y están relacionados entre sí” (art. 5) (consid. cit., párr. 6º).

El pronunciamiento evade, pues, la tensa dialéctica “universalismo-multiculturalismo”: su respuesta transita la vía de la interculturalidad indagativa apostando, de la mano de la filosofía jurídica constitucional a la posibilidad del demorado “reencuentro” entre quienes siempre estuvieron y quienes se fueron integrando con posterioridad.

### **III. Conclusiones**

Las páginas precedentes dan cuenta de la trabajosa búsqueda en torno de un fundamento común para el respeto universal de ciertos bienes fundamentales del ser humano. El campo de estudio ha sido la jurisprudencia constitucional latinoamericana, cuyas respuestas proporcionan estimulantes elementos de reflexión que se sitúan, si cabe la expresión, en una interculturalidad “ascendente”. Es que si algún universalismo resulta posible, este no puede realizarse al margen de la historicidad de las personas y las comunidades. Y si esa dimensión histórica alguna enseñanza ofrece, ella consiste en que su recorrido aspira a arribar al núcleo duro donde, en verdad, se dirime el sentido mismo de la existencia humana. Como explica Walzer, “cualquiera sea el origen de la idea de justicia, o cualesquiera sean los argumentos en que se basa una u otra sociedad, quienes hablan de jus-

ticia terminarán encontrándose en un terreno común y concentrándose en puntos similares, tales como la tiranía política o la opresión a los pobres”.<sup>29</sup>

El camino de la interculturalidad así entendido puede ofrecer resultados más alentadores para una teoría de los derechos humanos que pretenda dar respuesta a los graves desafíos de la sociedad multicultural contemporánea. Por lo pronto, permitiría despejar ciertos malentendidos semánticos. Así, que esa urdimbre de contenidos que desde la modernidad se conocen como derechos humanos se hayan tematizado de modo prevalente en Occidente, ni los hace “occidentales” (como se le reprocha, negativamente, fuera de ese ámbito geográfico-cultural o como lo asumen, positivamente, algunos –v. gr. el liberalismo–); ni, tampoco, los abstrae de la realidad (como advierten bien los comunitarismos en contra de las tesis “singularistas”). Es que –y esto es lo decisivo– la historia registraría que existe una universalidad dentro de las particularidades espacio-temporales que recorre la humanidad. El repudio del rapto de menores o el homicidio bajo una lógica de venganza; el destierro de quien no han cometido reproche alguno; la condena a la indigencia del inocente o la expulsión de un territorio por razón de raza, para no citar sino los ejemplos estudiados en estas páginas, parecen aludir a un universalismo, para apropiarme de una idea de Alexy, como “idea regulativa”<sup>30</sup> que trasciende épocas y lugares pero que, conviene precisar, no está fuera de la historia. Por eso, escribe Walzer, el minimalismo moral es “re-iterativamente particularista y localmente significativo” y se halla “íntimamente ligado con las moralidades máximas creadas aquí y allá, en lugares y tiempos específicos”.<sup>31</sup>

Pero, además, al requerir la interculturalidad, metodológicamente, una apertura al “otro”, pone a este último en el centro de la escena. Alexy lo ha explicado persuasivamente: “Hay dos cosas que conducen a una estructura necesariamente comunicativa de la fundamentación práctica: primero,

29. Walzer, nota 5, p. 38. Cfr. asimismo p. 41, en la que se lee “los miembros de todas las diferentes sociedades, *porque son seres humanos*, pueden reconocerse unos a otros y a sus peculiares maneras, responder a las mutuas peticiones de ayuda, aprender los unos de los otros, y manifestarse (a veces) los unos en las manifestaciones de los otros” (énfasis añadido).

30. Cfr. entre otros estudios y a título ejemplificativo, Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, 5, 1988, p. 151.

31. *Ibid.*, p. 40.

la posibilidad de argumentar acerca del peso relativo de los intereses, que se convierte en necesidad si se quiere un equilibrio de intereses justo y por lo tanto correcto, y segundo, la exigencia de tomar en serio al otro como individuo”.<sup>32</sup>

Lo expuesto está suponiendo una apertura sociológica pero fundamentalmente antropológica que se presenta especialmente virtuosa en el ámbito jurisprudencial por cuanto la presencia del principio *audiator et altera pars* evita abstracciones y simplificaciones que redundan, invariablemente, en la exclusión del “otro”, antesala, como bien lo ha visto Todorov, de su posible exterminio. Los casos precedentemente examinados se inscriben en esa lógica de razonamiento más allá de que, en muchos supuestos, no brindan una respuesta con autoridad de cosa juzgada, lo que no debe extrañar, pues se está ante búsquedas y desarrollos transidos de dinamismo.

De ahí que me parezca oportuno concluir con el testimonio de muchas mujeres indígenas latinoamericanas, es decir, de quienes proceden de ámbitos en que lo personal (en el sentido de lo individual) tiende a considerarse menos gravitante que en otros contextos, por cuanto dichos estudios “manifiestan su intención de mantener tradiciones y cultura pero miran a esta con los ojos críticos de sus propias vivencias, pidiendo ‘respeto a las tradiciones que no afectan o agreden a las mujeres indígenas’”, señalando que entre la lista de costumbres propias “que sí les gustan”, se hallan “cuando los padres no obligan a las niñas a casarse”; “que nos dejen estudiar” o que “*caminen por igual, hombres y mujeres*” (Causa Ruiz, consid. 13, párr. 4°, énfasis añadido). En definitiva, la encuesta refleja una fina enseñanza acerca del respeto incondicional del ser humano, que emerge de una firme apertura intercultural superadora de términos extremos que, para recordar a Leibniz, plantean las bases del “estado óptimo”.

## **Bibliografía**

Alexy, Robert, “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”, en *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997 (traducción del alemán por José M. Seña).

32. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, reimpr. 1997 (del alemán por E. Garzón Valdés), p. 141.

- “¿Derechos humanos sin metafísica?” (traducción del alemán por R. Soderro), *Ideas y Derecho*, Asociación Argentina de Filosofía Jurídica y Social, 2008.
- “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, 5, 1988.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, reimpr. 1997 (traducción del alemán por E. Garzón Valdés).
- Cámara Fed. Cas. Penal, Sala IV, causa 13.354, *in re*, sent. del 29/3/12.
- Cámara Fed. Apel. Salta, “Prado, S. y ot.”, *in re*, sent. del 12/10/2010.
- Douglas Price, Jorge/Duquelski, Diego (coords.), “XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social. Multiculturalismo, interculturalidad y Derecho”, en *Infojus*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014.
- Gadamer, Hans Georg, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1960 y sucesivas ediciones (traducción castellana de la 4ª edición, 1975) por A. Aparicio y R. De Agapito, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, t. I, Salamanca, 1977.
- Garzón Valdés, Ernesto, *Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2012.
- George, Robert P., “Natural law and international order”, en *In defense of natural law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- González de Prada, María Victoria, “Pueblos indígenas: hacia la construcción de un derecho intercultural. El plurijuridismo”, *La Ley*, Buenos Aires, 2/1/14.
- Häberle, Peter, “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichtkeitsdenken”, en *Die Verfassung des Pluralismus*, Kögnstein/TS, 1980.
- Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en *Diánoia*, LV, 64, mayo 2010 (del alemán por J. Aguirre Román, revisión por E. Mendieta y M. Herrera).
- Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1990.
- Juan Pablo II, “Discurso a la Quincuagésima Asamblea General de las Naciones Unidas” del 5/10/95, *L'Osservatore Romano*, edición semanal en lengua española, N°41.

- Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (traducción del alemán por E. García Morente), Madrid, Espasa, 1983.
- Martínez Muñoz, Juan Antonio, “Multiculturalismo y derechos humanos”, México, Porrúa-Red Integral de Juristas para la Integración Americana, 2015.
- Rawls, John, *The law of peoples with the idea of public reason revisited*, Cambridge, Massachusetts, Harvard Univ. Press, 1999.
- Raz, Joseph, “Multiculturalism: a liberal perspective”, en *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- Steiner, Henry/Alston, Philip, “Ideals and counter-ideals in the Struggle over autonomy regimes for minorities”, en *Notre Dame Law Review*, 66.
- Todorov, Tzvetan, *Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana*, Madrid, Siglo XXI, 2010 (del francés por M. Mur Ubarsat).
- Walzer, Michael, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Madrid, Alianza Editorial, 1996 (traducción del inglés y con estudio introductorio de R. del Águila).