

UNIVERSIDAD DE GRANADA
DEPARTAMENTO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL

Tesis doctoral

**Pluralismo jurídico, derecho
humano a la identidad cultural y
globalización**

Autora: Columba María del Socorro Melania del Carpio Rodríguez

Director: Prof. Dr. Gregorio Cámara Villar, Catedrático de Derecho
Constitucional de la Universidad de Granada

Fdo.: Columba María del Socorro Melania del Carpio Rodríguez.

Fdo.: Gregorio Cámara Villar, Catedrático de Derecho
Constitucional de la Universidad de Granada, Director de la Tesis

Granada, Septiembre de 2011

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Columba María del Socorro Melania del Carpio Rodríguez
D.L.: GR 1578-2012
ISBN: 978-84-9028-038-6

RESUMEN

En la era de la globalización dos corrientes jurídicas se han abierto paso. Una de ellas el "Globalismo Jurídico" encuentra fácil lógica como expresión de ese proceso, pues tiene pretensiones de universalidad. La otra, el "Pluralismo Jurídico", sustentado en el derecho humano a la identidad cultural, pretende por el contrario la justicia local, al propugnar la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo territorio. *Prima facie* ambas corrientes serían totalmente contrapuestas. Sin embargo no deja de causar extrañeza que juntas aparezcan en el proceso globalizador. Explorar el tema a fin de determinar posibles puntos de encuentro entre ambas corrientes y establecer las perspectivas del pluralismo jurídico en la era global es de vital importancia para países pluriculturales, singularmente para Perú y los países andinos.

SUMMARY

In the era of the globalization two legal schools have opened. One of them the "Legal Globalism" is an easy logic that express this process, regarding its claims of universality. In contrast, the legal pluralism is based on the human right of cultural identity, which seeks local justice and advocate the coexistence of different legal systems in the same territory. *Prima facie* both streams would set off; however, it never ceases to cause surprise that they appeared together in the globalization process. To explore this topic in order to identify possible similarities between

both streams and to establish the perspectives of legal pluralism in the global era is of vital importance for multicultural countries, such as it is Peru and the andians countries.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento constitucional, hace casi un par de décadas, de la pluralidad cultural y su correlato, la pluralidad jurídica, a través de la justicia comunal, en la región andina y en particular en la Constitución peruana de 1993 suscitó muchos interrogantes, aunque si bien es cierto se trataba sólo de dar el espaldarazo a una realidad preexistente y a una justicia comunal de larga data.

En efecto, dicho reconocimiento era, en principio, un clamor de los grupos humanos involucrados; sin embargo todo no quedaba allí, pues buen sector de la población de los países andinos también hicieron eco de esos reclamos, y es más aún, en el caso de Perú fue el propio Congreso de la República el que relacionó la omisión constitucional con el grave problema del terrorismo que enlutó al país durante más de una década, enfocándolo desde la perspectiva de una violencia estructural, por la falta de reconocimiento de esta realidad. Sin embargo éste no hubiere sido posible, si no se hubiere venido gestando el cambio en el mundo jurídico a nivel local, nacional e internacional; sólo así, dicho reconocimiento solidamente sustentado, cobraría sentido y relevancia supranacional.

En efecto, la pluralidad cultural, que no es sino el reconocimiento legal o constitucional de la multiculturalidad, así como su correlato, la pluralidad jurídica, no era un suceso aislado. De este modo, resultaba interesante poder determinar qué ligazones, además de las

exigencias sociales, guardaba la pluralidad cultural y jurídica con otros fenómenos, así como las características de los mismos. No debe perderse de vista que, este acontecimiento ha venido siendo explorado básicamente sólo en el plano fáctico.

Es por ello que el presente trabajo aspira ir más allá y pretende encontrar la ligazón de la pluralidad cultural y jurídica con el o los derechos que le sirven de sustento, lo que nos coloca *prima facie* frente al derecho a la identidad cultural, y, a categorías como el Estado y el Derecho, que a su vez nos conduce al ineludible fenómeno de la globalización. En relación con esta última, resulta interesante descubrir que en forma coetánea al pluralismo jurídico interno (justicia local) corre paralela una corriente mundial, el globalismo jurídico (justicia supranacional).

Encontrar la relación entre estas dos contradictorias corrientes jurídicas, y su nexos con el derecho a la identidad cultural -sustento del pluralismo jurídico, tema central del presente trabajo- y a su vez con El Estado y el Derecho constituye la finalidad del presente trabajo, el que lo hemos dividido en 4 capítulos:

En el primer capítulo efectuamos el análisis desde diferentes perspectivas del derecho humano a la identidad cultural, sus factores y el fundamento filosófico de ese derecho. Después se hace un recuento de los diferentes instrumentos internacionales que lo reconocen, finalizando este capítulo con el no menos importante tópico de la interculturalidad.

El impacto de la globalización en el Estado y el Derecho de la transmodernidad se analiza en un segundo capítulo, pasando luego a un plano mayor, al de la globalización del Derecho, a través del estudio de los derechos humanos en dos

realidades diferentes, como son la de Latinoamérica y la de la Unión Europea, poniendo énfasis en los Derechos económicos y sociales, necesidad que parte de la época histórica. En esa misma perspectiva, no podía dejar de analizarse la necesidad de un diálogo intercultural sobre derechos humanos.

Un tercer capítulo está destinado al análisis del Pluralismo Jurídico en la Globalización. En él se abordan tópicos de singular importancia en el presente trabajo, como son: la igualdad, la ciudadanía y la justicia complejas. Se contrasta luego el Globalizo Jurídico universalizante con el Pluralismo Jurídico clásico.

La aplicación del Pluralismo Jurídico a la realidad del Ande latinoamericano es el tema del IV Capítulo, el que contiene un análisis pormenorizado de dicha aplicación en los 4 países andinos, como son: Perú, Colombia, Bolivia y Ecuador. Se aborda finalmente la necesidad que se promulguen las normas de desarrollo constitucional de la justicia comunal.

La coherencia del trabajo, pretende verse reflejada a nivel vertical, cuando cada capítulo se cierra con sus respectivas conclusiones; y a nivel horizontal a lo largo del trabajo, tratando de enlazar cada una de las partes con el todo, hasta arribar a las conclusiones finales, que aspiran a ser un aporte para el sustento del pluralismo jurídico, en momentos en que el tema concita especial interés en diferentes puntos del orbe, ciertamente porque la mayoría de Estados en el mundo confronta de una u otra manera una realidad multicultural.

Arequipa-Perú, febrero de 2011

Columba del Carpio Rodríguez

Doctoranda de la Universidad de Granada (España)
en Convenio con la Universidad Privada de Tacna (Perú)

CAPÍTULO I

EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de Derechos Humanos, la *Universal Declaration of Human Right*, adoptada en el seno de las Naciones Unidas en 1948 es el primer texto jurídico-internacional que formula un catálogo omnicomprendivo de derechos humanos, el cual tiene valor universal, es decir, para todos los hombres de la tierra¹.

Su importancia radica en que sólo después de la Segunda Guerra Mundial se produce la *internacionalización* de los derechos humanos, pues a partir de ese momento, y luego de los horrores de la guerra, se produjo un consenso entre los Estados en el sentido de garantizar al individuo la protección de sus derechos frente a su propio Estado. En otras palabras, la protección al ser humano dejaba de ser un asunto exclusivamente interno (*domestic jurisdiction*), para convertirse en un tema asumido por la comunidad de los pueblos.

La internacionalización de los derechos humanos encuentra pues dos razones fundamentales²:

- a) La toma de conciencia de la insuficiencia de una protección en el ámbito estatal, que siempre puede hallar su límite en la razón del Estado, y

¹ SOMMERMANN, Karl-Peter. "El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948", en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Edit. Marcial Pons. Madrid, 1996, pp. 97-112.

² PECES BARBA. Gregorio. Derecho positivo de los derechos humanos. *Debate*. Madrid, 1987, pp.266-267.

b) La experiencia de los propios Estados, miembros de la comunidad internacional, que constatan cómo la lucha por algunos derechos, cuyas violaciones trascienden las fronteras estatales, necesitan una colaboración intergubernamental para afrontar eficazmente su protección.

De lo anterior puede colegirse porqué la humanidad ha comprendido la necesidad de su *consagración jurídica* (positivización), de su *defensa* (judicialización), y de su *universalización* (internacionalización).

Ante todo, es necesario puntualizar que los derechos humanos, como estructura conceptual, no han surgido en el último medio siglo de la historia. Su raíz más clara está en el surgimiento del Estado liberal.

Bajo la influencia del pensamiento de Kant, uno de los principales filósofos de la Ilustración, se desarrolla el concepto de "*dignidad*" del ser humano; pensamiento ilustrado que ejerce capital importancia en el desarrollo del humanismo jurídico, que entiende al hombre como el centro del Derecho.

Kant destaca en el ser humano su *racionalidad*, lo que determina que las personas sean un fin en sí mismas, a diferencia de las cosas que son sólo medios. Por medio de la razón el hombre no sólo tiene la capacidad de conocer los objetos del mundo perceptible, sino también el imperativo moral, en función del cual ha de obrar.

Sin embargo la concepción eminentemente racional del ser humano fue cuestionada en la primera mitad del siglo XX. Los filósofos de la época retoman los postulados del Cristianismo en torno a la libertad del ser humano. Así la libertad pasa a ser el núcleo de la existencia.

En base al concepto de "*dignidad*" de la persona se sustentó, por un lado, la idea de *libertad*, y por otro, la de

responsabilidad. De todos estos conceptos fluye el sustento de los derechos humanos.

En contraposición al planteamiento de Kant, que decía que la dignidad humana había que conquistarla, una de las características saltantes del mundo contemporáneo es el reconocimiento que todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales. Así lo proclama el art. 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

El fundamento de esta afirmación se torna controversial. Es la clásica discusión entre Derecho Natural y Derecho Positivo.

Para las Escuelas de Derecho Natural, los derechos humanos son consecuencia del orden jurídico con arraigo esencial en la naturaleza humana. Sin embargo, el iusnaturalismo no tiene la adhesión universal que caracteriza a los derechos humanos, hecho que otros justifican como el mero resultado de un proceso histórico.

Lo cierto es que el *auge* de los derechos humanos, a partir de la segunda mitad del Siglo XX, ha venido propiciando a su vez, el *renacimiento* o *retorno* del Derecho Natural. En esta oportunidad es el Neoiusnaturalismo que replantea la tesis, invocando los clásicos argumentos esgrimidos por el Derecho Natural racionalista de la Ilustración: existencia de los derechos humanos anteriores y superiores al Estado, cuya validez no deriva de haber sido positivizados.

Frente a esta tesis de los derechos humanos como derechos naturales, los positivistas replican que sólo en el reconocimiento de estos derechos se afinca su validez y sobre

todo su garantía: existencia de instrumentos jurídicos para la tutela de estos derechos.

Existe sin embargo un punto de confluencia y es que, tanto una como otra tesis, nos reconduce a la *dignidad del ser humano* como sustento primordial de sus derechos; en consecuencia, aquella discusión podría resultar estéril.

Como lo hemos precisado, si bien el auge de los derechos humanos es relativamente reciente, en el último medio siglo, su punto de eclosión se sitúa en el Siglo XVIII. A esta época pertenecen documentos tan importantes como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (4 de julio de 1776), la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789), y la Constitución de los Estados Unidos (1787).

No debe perderse de vista, sin embargo, que en la historia constitucional de occidente, fue en Inglaterra donde emergió el primer documento significativo que establece limitaciones de naturaleza jurídica al ejercicio del poder del Estado frente a sus súbditos: *la Carta Magna de 1215*, la cual, junto al *Hábeas Corpus de 1679* y el *Bill of Rights de 1689*, pueden considerarse como precursores de las modernas declaraciones de derechos. Mas estos documentos no se fundan propiamente en los derechos inherentes a la persona, sino en las conquistas sociales, estableciendo deberes para el gobierno.

Durante el Siglo XIX se hace más patente la positivización de los derechos humanos, así como su difusión y generalización a nivel mundial; se empieza a superar la visión excesivamente iusnaturalista de estos derechos. Asimismo, surgen los mecanismos más antiguos de su garantía en el Derecho Internacional, como lo eran ciertas cláusulas de los tratados sobre protección de minorías, las que, por lo

demás, sólo amparaban a los grupos humanos correspondientes por intermedio de los Estados.

Será recién en el Siglo XX que los derechos humanos terminarán de consolidarse, primero en el ámbito de los Estados, y luego, a partir de la segunda mitad de dicho siglo, a nivel universal. Así, resultan emblemas del desarrollo de los derechos humanos en las primeras décadas del último siglo: la Constitución de los Estados Unidos de México (1917) y la Constitución Alemana de Weimar (1919).

Ahora bien, la Declaración Universal de los Derechos Humanos es para el profesor Truyol Serra, la expresión de la conciencia jurídica de la Humanidad, representada por la ONU³. Sin embargo, la Declaración en sí constituye sólo un primer nivel, ya que los autores de la Declaración diseñaron 3 escalones en la protección internacional de los derechos humanos. René Cassin, principal redactor de la Declaración, la comparaba a la imagen de un tríptico, cuyo cuerpo central lo constituiría la misma Declaración, y cuyos paneles laterales representarían, de un lado a la Convención que desarrollaría a aquélla, y del otro a los mecanismos de implementación⁴.

En efecto, la Asamblea General de la ONU decidió en 1952 que deberían elaborarse no una, sino dos convenciones, de las cuales, una recogería los derechos civiles y políticos y la otra, los derechos económicos, sociales y culturales. He allí los Pactos sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobados por las Naciones Unidas en el año 1966.

En cuanto al tercer escalón debe destacarse, en primer término, la actividad de la Comisión de Derechos Humanos de

³ TRUYOL SERRA, A., *Los derechos humanos*, Madrid, 1982, p.31

⁴ CASSIN DREYFUS, René Samuel, nacido en la ciudad de Bayona (Francia), incansable luchador por la paz desde la Primera Guerra Mundial, Premio Nóbel de la Paz (1968), fue uno de los principales redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Naciones Unidas, órgano dependiente del Consejo Económico y Social, que funciona a partir de 1970 fecha en que se dicta la Resolución 1503, y que estableció su desarrollo a nivel regional. Por otro lado, en 1950 se aprobó, en el marco del Consejo de Europa, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEPDH), complementada por varios protocolos adicionales. En forma correlativa, se crean la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En este mismo nivel encontramos el sistema interamericano para la protección de los derechos humanos; la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1969, y que entró en vigor desde 1978. Cabe mencionar que en el sistema interamericano existen también una Comisión y una Corte.

Otro documento importante es la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (Carta de Banjul), aprobada en 1981 bajo los auspicios de la Organización para la Unidad Africana (OUA), en vigor desde 1986. Esta región está dotada también de una Comisión.

Adviértase que, en principio, el segundo escalón en el desarrollo universal de los derechos humanos, se contrae sólo a la protección de dos categorías de derechos: *Civiles y Sociales*, los que a su vez están sustentados en los de libertad e igualdad respectivamente. Es en este contexto, hace más de un par de décadas, que llegó a postularse por los países tercermundistas el *derecho al desarrollo*. Otros derechos vinieron a sumarse a esta nueva categoría: el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la paz. Estos tres derechos fueron positivizados, por vez primera, en la Carta de Banjul en sus artículos 22.1., 23.1 y 24.

Así, el art. 22.1 de dicha Carta consagra:

“Todos los pueblos tienen **derecho al desarrollo económico, social y cultural, compatible con el adecuado respeto de su libertad y de su *identidad*, así como a la participación igual en el patrimonio común de la humanidad**”.

En dicho artículo destaca, además del derecho al desarrollo, el respeto a la identidad de los pueblos.

Pues bien, estos principios fueron recogidos por Karel Vasak en 1984, entonces Director del Departamento Jurídico de la UNESCO, quien planteó su aproximación *trigeneracional* a los derechos humanos en un artículo publicado en el libro homenaje a Jean Pictet. Tras la primera (derechos civiles y políticos) y la segunda generaciones (derechos económicos, sociales y culturales), asistimos a la gestación de una tercera generación de derechos: *los derechos de solidaridad*. Vasak plantea entonces un tercer Pacto Internacional sobre Derechos de Solidaridad, el cual debiera añadirse a los Pactos aprobados por Naciones Unidas⁵.

Así, la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (Carta de Banjul), aprobada en 1981, se convierte en un antecedente primordial del derecho a la identidad cultural. En tanto, su configuración, como derecho humano de tercera generación, se dará luego de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por las Naciones Unidas en 1986, a partir de la cual se redefinen los derechos culturales como derechos a la identidad⁶.

1. DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL

1.1. Dimensión cultural de la vida humana

Es frecuente ver como buen número de personas tienen un concepto restringido de *cultura*, limitándolo a las

⁵ VASAK, Karel. Director del Departamento Jurídico de la UNESCO. “Por una tercera generación de derechos del hombre”, en *Homenaje a Jean Pictet* (1984).

⁶ BORGUI, Marco. *Derechos culturales*. Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo. Lima-Perú, septiembre 1996, p.16.

manifestaciones externas que produce un pueblo, tales como la música o la artesanía. Sin embargo, el concepto de cultura alude a una realidad mucho más profunda, no sólo la relativa al plano artístico.

Existen pues perspectivas que en concreto, sólo se refieren a alguna o algunas de las facetas de la vida o creación humana. Las hay otras más completas, que engloban a su vez, otras no menos importantes como la moral y legal. Y es que el término *cultura* hoy por hoy ha sido orientado a todo lo que signifique creación del ser humano como miembro de una sociedad, independizándolo además del equívoco término *progreso*, con el que se le solía confundir. De allí es que se hace necesario partir de las concepciones antropológicas y sociológicas.

Un concepto amplio de cultura lo encontramos en la obra de María Heise, quien la define como el "conjunto de formas y modos adquiridos de pensar, hablar, expresarse, percibir, comportarse, comunicarse, sentir y valorarse a uno mismo en cuanto individuo y en cuanto grupo"⁷.

Así, en una cultura encontramos un conjunto de formas o modos de pensar que están intrínsecamente vinculados a una lengua, porque el lenguaje no es solamente un instrumento de comunicación sino, sobre todo, la expresión de una manera de concebir el mundo. Todo lenguaje conlleva un "esquema de pensamiento" que contiene la concepción que los hablantes tienen sobre el tiempo y el espacio.

Para Jesús Mosterín, profesor del Departamento de Lógica, Historia y Filosofía de la Ciencia de la Universidad de Barcelona, cultura es "todo lo que el ser humano sabe hacer, porque ha aprendido socialmente a hacerlo". Natura es información transmitida genéticamente; cultura es información

⁷ HEISE, María y otros. *El desafío de la interculturalidad*. Centro Amazónico de Antropología. CAAP, Lima-Perú, febrero 1992, p.7.

no transmitida genéticamente, adquirida por aprendizaje social⁸.

Podemos apreciar que las dos definiciones anteriores, sobre todo la del filósofo Mosterín, son muy amplias, y apoyadas en *una base social, engloban todo lo que el ser humano sabe hacer*. En otras palabras, nada de lo que el hombre *sabe hacer* escapa al concepto de cultura. Aquí el término *saber hacer* es, en principio, sinónimo de creación en todos los campos de la actividad humana, creación que luego es transmitida socialmente. Ello supone pues un aprendizaje en sociedad, en el grupo, no aislado; lo que va configurando una *identidad*, un patrimonio cultural común, logrado a través de generaciones, con vínculos reforzados con el transcurso del tiempo, en el que el resultado del aprendizaje, constitutivo de la cultura, se va retroalimentando con nuevas creaciones dentro del mismo grupo y sobre todo, con el contacto con miembros de otras culturas. Todo ello en un proceso de gran dinamismo social.

De allí que Peter Häberle⁹, en su "Teoría de la Constitución como ciencia de la Cultura", haga hincapié en tres aspectos concretos al definir la cultura: 1) "cultura" es la mediación de lo que en un momento dado fue (aspecto tradicional); 2) "cultura" es el ulterior desarrollo de lo que ya fue en su momento, y que se aplica incluso a la transformación social (aspecto innovador); y 3) "cultura" no es siempre sinónimo de "cultura", lo cual significa que un mismo grupo humano puede desarrollar simultáneamente diferentes culturas (aspecto pluralista de la cultura). En este sistema basado en los tres aspectos orientativos

⁸ MOSTERIN, Jesús. *¿Qué es cultura?* Texto de la ponencia presentada en el IV Congreso Nacional de Filosofía en Arequipa (Perú), en diciembre de 1991 por el autor, Profesor Honorario de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, p.15.

⁹ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Editorial Tecnos. Madrid-España, 2000. P. 26.

aludidos de *tradición, innovación y pluralismo* -léase aperturismo-, es donde debe encontrar el horizonte toda dogmática en torno al Derecho Constitucional Cultural, al igual que toda Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura.

Häberle sostiene así que la Ciencia Iuspublicista parte de un concepto cultural restringido a un triple nivel: educación o formación, ciencia y creación artística. Este es, en realidad, un concepto clásico de *cultura*. En cambio, se muestra partidario de un concepto amplio, propuesto por E.B.Taylor, quien entiende por cultura un conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de una sociedad determinada¹⁰.

Destácase en la definición de Tylor el alcance de la cultura a "leyes y costumbres". De allí que se afirme la existencia de "una cultura jurídica". En el mismo sentido se pronuncia Pablo Lucas Verdú, en su *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*, cuando sostiene que "la Teoría de la Constitución la concibo como cultura, cultura euroatlántica, ideológicamente inspirada, justificada por valores, que iluminan, fundamentan y dinamizan mediante los derechos humanos, reconocidos y protegidos, mediante la delimitación de los poderes públicos, a una organización estructural normativizada que se apoya en una estructura sociopolítica"¹¹.

En pocas palabras, no hay dimensión de la actividad humana que escape al concepto amplio de cultura, menos aún la dimensión jurídica: "La cultura así entendida en un sentido mucho más amplio forma el contexto de todo texto legal y de

¹⁰ HÄBERLE, Peter. Op. Cit., p.24.

¹¹ LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Dyckinson. Madrid-España, 1997, p.22.

toda acción relevante jurídicamente significativa dentro del Estado Constitucional”¹².

1.2. Factores que configuran la identidad cultural

La identidad cultural tiene importancia y significación como distintivo personal y grupal. Pero ¿qué es lo que configura la identidad cultural de un pueblo? Dicha pregunta nos ubica, en primera instancia, en el significado de los factores que la configuran. Advertimos, sin embargo, que la cultura como señal de identidad no posee partes, factores o variables independientes, pues cada cultura es una simbiosis de estos factores, que por razones analíticas las vamos a revisar por separado:

1.2.1. Factor histórico: La memoria o conciencia histórica

La cultura es expresión de múltiples elementos que se dan como producto de un proceso histórico. Ello nos encamina al pasado. Historia y cultura dan cuenta de la forma en que hemos sido moldeados. Nos sitúan en el tiempo, diciéndonos de donde venimos históricamente y nos hacen sentir presentes en el momento en que nos toca vivir.

Esta conciencia histórica como factor de identidad, es memoria del pasado y anticipación de lo que se espera y lo que se puede ser, y como tal, es la forma más lograda para preservar la identidad de un pueblo.

La dependencia mutua entre memoria y conciencia histórica, y la identidad cultural, es tan profunda y esencial que una se entiende y se explica por la otra. Todo pueblo, cuando tiene memoria o conciencia histórica, se afirma en la idea de pertenencia común. Cuando esta memoria

¹² HÄBERLE, Peter. Op. Cit., p.26.

se diluye, también se diluye de algún modo su propia identidad cultural.

De allí que los programas de política cultural tienen también la tarea de cumplir la recuperación de la memoria histórica. No es su objetivo específico, pero la labor que le es propia no puede ser cumplida si no contribuyen a afirmar la conciencia de pertenencia.

1.2.2. Factor étnico

Expresado en la autoconciencia étnica, es la capacidad que tiene un grupo étnico para autoidentificarse como tal, al extremo de identificarse con un solo nombre en todos y cada uno de los miembros (etnónimo), por ejemplo: argentino, francés, cubano, senegalés, chino, etc.

Este factor no excluye las relaciones con otros pueblos que aparecen como poseedores de una identidad diferenciada y que, además, pueden ser fuente de enriquecimiento de la propia identidad (multiculturalidad).

Esta autoconciencia étnica es una especie de fondo virtual que condiciona, por manifestarse en un período histórico concreto, las diferentes formas de conciencia. Es algo así como un conjunto de significaciones y representaciones relativamente permanentes que, como códigos de cultura subyacente, reflejan la conciencia de todo un pueblo.

De esta manera, el modo en que se manifiesta el arte, la ciencia, la filosofía, la religión, etc., no es determinante por el sesgo universal que posea, sino a través del tinte particular de cada pueblo donde se manifiesta, y la esencia de lo particular del etnos está dado en su autoconciencia, condicionada a su vez por su propio ser.

En este sentido, lo étnico, como particularidad del desarrollo de la autoconciencia étnica, y como noción de

pertenencia a determinado pueblo, constituye un factor de identidad cultural que integra otros componentes culturales, tales como el lingüístico, el político, y de manera especial, el histórico, que juntos condicionan o configuran la especificidad étnica.

1.2.3. Factor lingüístico: La lengua como señal de identidad

Una definición interesante de la lengua nos la da Manuel Sánchiz cuando nos dice que no es solamente un sistema de signos útiles para comunicarse, sino que también constituye una red donde están preservadas las formas entrañables de vida y pensamiento de cada comunidad cultural individualizada¹³.

Para Hernández Arregui “la cultura de un pueblo está espiritualmente litografiada en su lengua, a través de la idiosincrasia nacional, fija en el idioma, que es la memoria de su existencia histórica”¹⁴.

Lengua y cultura son dos términos íntimamente vinculados entre sí. La lengua constituye una dimensión netamente humana de la cultura, y en la medida que son inseparables, la salvaguarda de la identidad cultural pasa también por la defensa de la lengua y, al interior de un país, por la defensa de las lenguas minoritarias, o por lo menos su inclusión en el sistema educativo.

Sin una lengua propia es difícil concebir el desarrollo de una identidad cultural. El idioma es el componente esencial de una cultura. “Todo idioma es un hecho único, resultado de la creación genial de un pueblo; por ello, es indispensable velar por los idiomas que se han conservado

¹³ SANCHIZ GUARNER, Manuel, cit. por Ander-Egg Ezequiel, “La problemática de la identidad cultural” en *Las políticas culturales en América Latina: Una reflexión plural*. Ediciones APPAC (Asociación Peruana de Promotores y Animadores Culturales). Lima-Perú, 1989, pp.15-44.

¹⁴ HERNÁNDEZ ARREGUI, Juan. *¿Qué es el ser nacional?*, Edit. Hachea, Buenos Aires-Argentina, 1972, p.33.

hasta nuestros días, ellos constituyen el patrimonio de toda la humanidad”¹⁵.

Sin embargo, cabe anotar que pueden coexistir varias lenguas en una misma comunidad, acorde a su entramado social, histórico, económico, etc. Bien decíamos, al empezar el análisis de estos factores, que la cultura como señal de identidad no posee partes o variables independientes, pues cada cultura es una simbiosis de estos factores.

Según Matilde Gurrera Roig, profesora de Derecho Constitucional en la UAM (Universidad Autónoma de Madrid), la dualidad de lenguas se produce, bien como consecuencia de procesos de expansión y unificación política, bien a consecuencias de movimientos migratorios¹⁶.

Ambos, los procesos de expansión como los movimientos migratorios son fuente de conflictos lingüísticos. Se produce una suerte de jerarquización de las lenguas coexistentes a favor de la del grupo dominante. El grupo en desventaja tiene dos opciones: a) la asimilación a la lengua dominante o b) la inmovilidad y la conservación de su propia lengua, pero subordinada a la lengua dominante.

Es común que el proceso de expansión de un grupo humano dé lugar a un proceso de unificación cultural y política, con claro intento de unidad lingüística, como una faceta más de la integración nacional.

Aquí pueden existir dos respuestas. Bien, la lengua expansiva no encuentra resistencia en la lengua en vías de asimilación; o, éstas presentan una dura oposición a la política unificadora. Es éste un caso de lealtad lingüística, que según el lingüista polaco Uriel Weinreich, consiste en defender la propia lengua frente a la amenaza de un cambio o

¹⁵ ALMATOV, Chinguiz, *Cada lengua es un mundo*, en Correo de la UNESCO, Paris, 1982, p.34.

¹⁶ GURRERA ROIG, Matilde. “El pluralismo lingüístico”, en *Revista de Estudios Políticos N° 48, Nueva Época, noviembre-diciembre 1985*. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, pp.221-232.

de interferencias lingüísticas¹⁷. Es un estado emocional sustentado en fuertes vínculos con los valores del propio grupo, en oposición a los de otros grupos. Constituye una indudable manifestación de la *identidad de resistencia* de aquéllos que no quieren asumir un orden con el que no se identifican¹⁸. Pero si bien esta unidad lingüística puede rechazar la unificación, no podrá escapar a la subordinación.

Algo diferente es el supuesto de los movimientos migratorios, en el que las necesidades económicas prácticamente obligan a una población a someterse a la población autóctona. Los países más desarrollados económicamente se constituyen en un polo de atracción para las poblaciones más pobres que se desplazan en busca de recursos. En este caso también resulta válida la jerarquización en el uso de las dos lenguas.

Frente a estos conflictos que provocan la existencia de dos lenguas en el mismo territorio, le corresponde al Estado asumir una *política lingüística*, entendiendo como tal al "conjunto de medidas políticas y administrativas destinadas a orientar la evolución lingüística del país hacia una situación deseable por parte del poder"¹⁹.

La política lingüística puede tener dos orientaciones:

a) La primera, que es la negación del pluralismo democrático, implica la asimilación de las minorías nacionales por el grupo lingüístico dominante.

En esta orientación, el Estado se propone la unificación lingüística de su territorio, a través de la asimilación de las lenguas minoritarias por la del grupo dominante, a la que declarará como la única oficial.

¹⁷ WEINREICH, Uriel. *Languages in contact. The Hague Mouton*, 1970, p.105.

¹⁸ CASTELLS, Manuel. *La era de la información: Economía, Sociedad y Cultura, vol.2, El poder de la identidad*. Alianza, Madrid, 1998, p.29.

¹⁹ SHERMERHORN, R. A. *El poder y la sociedad*, Paidós, Buenos Aires, p.31.

En este caso se impondrá la lengua oficializada en tres niveles: en los actos de gobierno, en el sistema educativo y en los medios de comunicación.

Así, la lengua oficial tendrá uso exclusivo en los actos de gobierno, en las relaciones del Estado con los ciudadanos y de ellos con el Estado, o con cualquiera de sus órganos.

La característica de exclusividad en el sistema educativo tendrá el efecto de convertir en bilingüe a la población joven, quedando reducida con el tiempo la lengua del grupo minoritario a lengua coloquial.

El resultado de la aplicación de estas medidas dependerá de la postura de los usuarios de la lengua en posición de inferioridad. Vale decir, asumirán una *resistencia pasiva* o, contrariamente, una *resistencia activa*; en este último caso, a través de movimientos sociales hasta conseguir la cooficialidad.

b) La segunda opción en materia de política lingüística en un Estado multilingüe, se sustenta en un sistema democrático pluralista que integra de modo institucional la diversidad idiomática dentro del Estado²⁰.

En ella, las medidas más importantes que debe optar el Estado para mantener en posición de igualdad a las lenguas existentes, con la aplicación del principio de personalidad (garantía de servicios en la propia lengua, independientemente del lugar en que se encuentre la persona), serán: el derecho a utilizar la propia lengua tanto en los actos públicos como en los privados; la enseñanza de las dos lenguas, que permita que los sujetos puedan expresarse en igualdad de condiciones en cualquiera de ellas; la expresión de ambas lenguas en los medios de comunicación, principal soporte para su difusión y para mantenerlas totalmente vivas.

Es importante destacar que la aplicación del principio básico de garantía del derecho a la propia cultura, en el caso de las minorías lingüísticas dentro de un Estado, trae consigo el reconocimiento jurídico de la diversidad idiomática, que alcanzará su grado máximo con la declaración de oficialidad, en las condiciones referidas. Debe evitarse a toda costa que se produzca el fenómeno de la *disglosia*²¹, definido actualmente como la superposición de un idioma formal a otro reducido a la condición de lengua coloquial.

La segunda opción, la del pluralismo lingüístico, está reconocida, por ejemplo, en la vigente Constitución española de 1978, aunque también lo estuvo ya en la de 1931. Encontramos este principio en el art. 3º, que en su primer párrafo dice a la letra: "El *castellano* es la lengua española oficial del Estado", expresión feliz que deja la posibilidad de que las demás lenguas también puedan considerarse españolas. Aquí, lengua oficial, "es aquélla que se usa normativamente por el Estado en base a una definición política, generalmente de rango constitucional, en el ámbito de las relaciones entre los poderes públicos entre sí y entre éstos y los ciudadanos"²².

Pero es más, el mismo párrafo establece que todos los españoles tienen el deber de conocer el castellano y el derecho de usarlo.

El apartado segundo del mismo artículo reconoce la oficialidad de las demás lenguas españolas en sus respectivas comunidades, sin precisar cuáles. Mas la disposición final de la Constitución, dispone que el texto de la misma sea publicado en las demás lenguas de España. En efecto, dicho

²⁰ MACKEY, William. *A Description of Bilingualism*, Univ. Laval, URB Québec, 1967.

²¹ Disglosia es un término introducido por el lingüista norteamericano Charles A. Ferguson, uno de los fundadores de la Sociolingüística, en *World* N° 15, 1959, pp.325-340.

²² GURRERA ROIG, Matilde. *Revista de Estudios Políticos* N° 48, *Nueva Época*, noviembre-diciembre 1985. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, pp.221-232.

texto se publicó en catalán, vascuence y gallego. De allí se colige que son estas las lenguas a que se refiere la Carta Política de España.

De la revisión de los Estatutos de esas Comunidades, en armonía con la Carta, se concluye que el sistema del constituyente español al consagrar el pluralismo lingüístico es, por tanto, el de cooficialidad con *régimen de estatuto personal*, con características individuales particulares, en aquellos territorios con lengua propia distinta del castellano. Esto quiere decir que los ciudadanos pueden utilizar cualquiera de las dos lenguas oficiales dentro de la Comunidad, por tanto los servicios públicos deberán ser bilingües. Ello se constituye en una garantía jurídica para que la facultad de usar una determinada lengua pueda ejercitarse.

En ese sentido el Tribunal Constitucional español, en la sentencia N° 31/2010, de 28 de junio, recaída en la recurso de inconstitucionalidad, interpuesto contra la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña ha establecido en el fundamento 14.a), que según la regulación constitucional, es oficial una lengua, independientemente de su realidad y peso como fenómeno social, cuando es reconocida por los poderes públicos como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos. Que ello implica que el castellano es medio de comunicación normal de los poderes públicos y ante ellos en el conjunto del Estado español, en tanto que las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas.

Lo importante es que, además, el TCE establece que, de conformidad con el art. 3.2 de la Constitución española, la consecuente cooficialidad lo es con respecto a todos los poderes públicos radicados en el territorio autónomo, siendo,

por tanto, el criterio delimitador de la oficialidad del castellano y de la cooficialidad de otras lenguas españolas, el territorio.

La interpretación del Tribunal Constitucional español es pues acorde con la Carta Magna, que preserva el idioma catalán como lengua cooficial, evitando así el fenómeno de la disglosia.

Al contemplar la Constitución española, la oficialidad del idioma castellano y la cooficialidad de las demás lenguas españolas -léase en este caso catalán, vascuence y gallego- en las respectivas Comunidades Autónomas, sentido en que la interpreta el TCE, consagra el pluralismo lingüístico en un Estado multilingüe, propio de un sistema democrático pluralista.

Caso diferente es el de las Constituciones latinoamericanas, en cuyos países prevalece el multiculturalismo y plurilingüismo, en mayor o menor medida. Dichas Constituciones consagran, en principio, la oficialidad de la lengua castellana. Es más, "comienzan por hacerse en castellano, un indicio que profesan, aunque ya no confiesen una determinada cultura"²³. Si bien todas ellas protegen directa o indirectamente a las lenguas aborígenes, sólo algunas promueven programas de educación en las lenguas de las culturas respectivas, y pocas, como las de Panamá y Argentina, establecen programas de educación bilingüe. Sólo tres, las de Nicaragua, Paraguay y Perú, reconocen la cooficialidad de las demás lenguas aborígenes, alcanzando el grado máximo del reconocimiento jurídico de la diversidad idiomática, por lo menos en lo formal. Estas tres Constituciones dejan a la ley el desarrollo de ese derecho. Esto quiere decir que "es el Estado con sus poderes, y no

²³ CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution: Cultura y lengua constitucionales*. Edit. Trotta, Madrid, 1997, p. 247.

unas *comunidades* con sus derechos, la institución que habrá de conferir sentido y alcance al reconocimiento mismo”²⁴.

En pocas palabras, pese a la reconocida multiculturalidad y plurilingüismo de los países latinoamericanos, no se advierte en sus Constituciones una vocación democrática pluralista que se haga tangible en el reconocimiento, en todas ellas, de la cooficialidad de las lenguas de las diversas comunidades idiomáticas que habitan en sus territorios, con las tres principales medidas que deben adoptarse para mantener en posición de igualdad de las lenguas existentes, vale decir: derecho a usar la propia lengua en los actos públicos y privados, la enseñanza de las dos lenguas en los territorios respectivos, así como su uso en los medios de comunicación.

En particular, en el caso de Perú, no se ven coronados los esfuerzos del Constituyente del 93 al consagrar en principio la identidad étnica y cultural, una de cuyas expresiones es justamente el reconocimiento de la cooficialidad de los idiomas quechua y aymara junto al oficial idioma castellano. No se han dictado las medidas que garanticen los derechos mínimos que hagan efectivos dicha cooficialidad, con excepción de las relativas a la educación.

El peligro de la disglosia se cierne así sobre Latinoamérica, aún sobre aquellos 3 países que han consagrado la cooficialidad de las lenguas nativas en sus Constituciones.

1.2.4. Factor político

Desde el momento en que un pueblo o nación está sometido políticamente, su identidad cultural, como consecuencia de la

24 CLAVERO, Bartolomé. Op. Cit., p. 249.

agresión política, sufre necesariamente alguna forma de deterioro.

Cuando existe dominación política, la relación es siempre asimétrica: el grupo más fuerte política y económicamente impone de hecho su cultura. Esto no se da, necesariamente, de manera agresiva o impositiva, sino simplemente como resultado de fenómenos de *aculturación* y *transculturación*.

La cultura hegemónica puede ser el medio o canal que conduce a la pérdida de la identidad cultural de la cultura subalterna.

Lo político, como factor de identidad cultural, debe considerarse en una doble dimensión, externa e interna: *deculturación* por agresión exterior, cuando un Estado queda sujeto a la voluntad de otro Estado extranjero; y *pérdida de la identidad cultural* como consecuencia de la transmisión de valores por parte del grupo dominante.

Toda política cultural ha de tener en cuenta estas circunstancias, y así lo considera la Resolución N° 5 de la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales de la UNESCO. En ella se rechaza "toda forma de dominación cultural", se proclama que "la autonomía cultural es inseparable del ejercicio pleno de la soberanía", y se recomienda a los Estados miembros que "se solidaricen con los pueblos que luchan por su autodeterminación e independencia y por la afirmación de sus culturas nacionales". Entendemos que los términos independencia y autodeterminación, por la forma que han sido utilizados, se refieren al supuesto de dominación de un pueblo por un Estado extranjero.

Mas la autodeterminación de los pueblos al interior de un Estado no debe ser identificada exclusivamente con la constitución de Estados independientes. Es posible plantear una visión más integral, que signifique el manejo de una serie de decisiones, que por tener implicaciones culturales

propias, es generalmente más adecuado dejar en manos de la población indígena (salud, educación, recursos naturales, etc.). De esta forma la autodeterminación no es una amenaza para la soberanía estatal²⁵.

Al respecto, el problema que se plantea parte de la inexistencia de una definición internacional del término "pueblo" y del hecho que éste aparezca en la Carta de Naciones Unidas y en los dos pactos que recogen los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El artículo 1º de ambos pactos tiene idéntica redacción:

"Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural".

Es fácil advertir que la definición de "pueblo" es sustancial para poder concluir con exactitud quiénes son los beneficiarios del "derecho a la libre determinación.

Tanto en ambos instrumentos aprobados por las Naciones Unidas, como en el art. 55º de la Carta, se establece que los *pueblos* a que se refiere el mencionado derecho son *todos*. Sin embargo, su aplicación, que más que un derecho constituye un principio, no puede interpretarse como estímulo a los movimientos de secesión o como justificación de las actividades encaminadas a modificar el sistema de gobierno de un país.

A dicha conclusión arriba el estudio del Relator Especial de la ONU, nombrado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y de Protección a las Minorías el año

²⁵ ARDITO, Wilfredo. "Los derechos indígenas en el Derecho Internacional", en *Revista Judicial de la Corte Superior de Justicia de Tacna y Moquegua (Perú)*, 1998, pp. 135-147.

1974²⁶, estableciendo que el término "pueblo" designa a una entidad social que posee una identidad evidente y con características propias, pero que además implica una relación con un territorio, incluso si el pueblo de que se trata ha sido injustamente expulsado de él y reemplazado artificialmente por otra población.

En el mencionado estudio se remarca que cuando las Naciones Unidas decidieron la elaboración de un pacto sobre derechos humanos, que en definitiva resultaron ser dos, se vertieron los siguientes argumentos para incluir el derecho de los pueblos a la libre determinación:

"Se estimó que en el pacto era preciso incluir un artículo sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación porque: a) ese derecho era la fuente o condición sine qua non de los demás derechos humanos, ya que no podía haber un ejercicio efectivo de los derechos individuales sin la realización del derecho de los pueblos a la libre determinación; b) en la redacción del pacto era preciso poner en práctica y proteger los propósitos y principios de la Carta, entre los que figuraba el principio de igualdad de derechos y el de la libre determinación de los pueblos; c) varias de las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos se relacionaban directamente con ese derecho; d) si el pacto no enunciaba tal derecho, sería incompleto y carecería de efectividad".

Ahora bien, en el contexto de la eliminación del colonialismo ha sido más fácil resolver las dificultades planteadas para determinar los pueblos que habían de beneficiarse del derecho de libre determinación. Esto se advierte de la aprobación del principio de concesión de la independencia "a los países y pueblos coloniales", contenido

²⁶ Relatoría Especial de las Naciones Unidas. *El derecho a la autodeterminación, desarrollo histórico y actual sobre la base de los instrumentos de las Naciones Unidas*, 1974.

en la Declaración sobre el tema (resolución 1514 [XV] de la Asamblea General), lo que no significa que únicamente los pueblos sometidos a coloniaje gozan del derecho de libre determinación.

Sin embargo, el término "pueblo" no debe confundirse con las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, cuya existencia y derechos se reconocen en el art. 27° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁷, precisión que resulta de importancia para nuestro estudio, pero que colisiona con el art. 1.1.b) del Convenio 169 de la OIT que considera "pueblos" en países independientes a los indígenas que habitan en ellos y que descienden de poblaciones de la época de la colonización.

En el caso de las minorías rige un principio proclamado por vez primera, en la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, recogido en muchas otras resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas:

"La igualdad de derechos que se reconoce a estos grupos no se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén por tanto dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color".

Lo anterior nos permite concluir:

a) Que, en principio, el derecho a la libre determinación de los pueblos es la condición *sine qua non* de los demás

²⁷ *Ibíd.*, p.127.

derechos humanos, sin cuyo reconocimiento no estaría garantizado el ejercicio de estos últimos;

b) Que no existe una definición internacional del término "pueblo", pero eso sí, los instrumentos de la ONU remarcan que "todos los pueblos" son los beneficiarios de ese derecho;

c) Que, por tanto, gozan de la libre determinación, por un lado, los pueblos sometidos a régimen colonial con derecho a independizarse; y por otro, cualquier pueblo que exista en el interior de los Estados soberanos e independientes, lo que no les da derecho a la secesión; y

d) Que, según el referido estudio de la Relatoría Especial de la ONU, en la terminología de los instrumentos internacionales de dicha organización, las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no están consideradas como "pueblo", y por tanto, a ellas no les alcanza el derecho a la libre determinación, cosa que sí sucede con los derechos reconocidos expresamente en estos mismos instrumentos. Estos derechos tampoco confieren, a estas minorías, autorización para fomentar acción alguna para quebrantar la integridad territorial de los Estados soberanos e independientes.

En relación con lo anterior, la situación de los indígenas americanos no se presenta clara. Se trata de aquellos grupos humanos -poblaciones de las comunidades campesinas como las nativas de la selva- que pueden considerarse como descendientes de los pobladores originales de América, que en la actualidad manifiestan características culturales que los distinguen, y que por lo general, ocupan una posición de inferioridad y de marginación económica y social frente al resto de la población.

En muchos países de América Latina, los indígenas representan una pequeña minoría nacional (Argentina, Brasil, Chile y Costa Rica), hay también grupos relativamente numerosos (como en Colombia, Ecuador, México y Perú), o

incluso pueden representar la población mayoritaria del país (como en Bolivia y Guatemala), no obstante, fueron los grandes ausentes de los textos constitucionales en la región hasta hace pocos años.

Uno de los elementos fundamentales de la identidad india en América es su territorialidad, y éste es uno de los puntos especiales en que insisten las organizaciones indígenas. Para ellos, pertenecer a un grupo indígena significa tener la conciencia de poseer un territorio y mantener vivo un vínculo especial con la tierra, vínculo de carácter colectivo y no individual.

Con estos antecedentes, cada vez con mayor insistencia se escucha en congresos y declaraciones de organizaciones indígenas, así como en foros nacionales e internacionales, los términos "autodeterminación" y "autonomía" con referencia a los pueblos indígenas. Éstos invocan el artículo primero de los pactos internacionales, aprobados en 1966 por la Asamblea General de la ONU, sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación. Los gobiernos latinoamericanos temen que estas demandas sean de tipo "separatista" y secesionista. Un claro ejemplo de este delicado problema es el que confronta el gobierno de Nicaragua con el grupo de los miskitos.

Debe tenerse en cuenta que la cuestión de las minorías se limitó esencialmente a la situación de Europa antes y después de la Segunda Guerra Mundial. Es más, la ONU nunca aprobó resolución alguna de tipo general sobre la cuestión de las minorías (salvo en un lenguaje muy general), que pudiera ser utilizada por los pueblos indios de América. No obstante ello, queda en pie el estudio de la Relatoría Especial nombrada por la subcomisión de Prevención de Discriminaciones y de Protección a las Minorías de la ONU que, al no efectuar

excepción alguna respecto a los pobladores indígenas de América, se entiende que las considera como minorías étnicas.

El referido tratamiento a las poblaciones indígenas de América no nos parece el más adecuado, ya que su situación coincide con la definición de "pueblo" que se consigna en dicho estudio. En efecto, se trata de entidades sociales que poseen una identidad y tienen características propias, pero sobre todo, conservan una relación con un territorio. Queda claro que dicha consideración, que los haría titulares del derecho a la libre determinación, de ninguna manera les daría el derecho a la secesión, según el mismo estudio, pues se trataría de pueblos existentes en el interior de un Estado soberano e independiente.

En todo caso, y a fin de evitar una inadecuada interpretación del derecho a la libre determinación de los pueblos, según la situación en que éstos pudieran encontrarse -sometidos a dominación extranjera o conformando poblaciones en el interior de los Estados soberanos-, resulta menos equívoco el término "autonomía", que según la definición que más se acerca a nuestros fines de estudio, puede considerarse como "la capacidad de cada comunidad para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias dentro del marco de la Constitución y la Ley", definición que en efecto contempla el art. 89º, segundo párrafo, de la Constitución peruana cuando se refiere a estas poblaciones a las que denomina "comunidades campesinas y nativas":

"Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior".

En esa perspectiva, la opción del legislador peruano ha sido la de conceder *autonomía* a la población indígena, disponiendo que sus autoridades sean elegidas en asamblea general reunida anualmente.

1.2.5. Factor psicológico como referente humano de la identidad

Este factor supone la existencia de una relación íntima entre los procesos de cultura y la personalidad, que conlleva a cierta permanencia de las estructuras psíquicas de los individuos como consecuencia de la cultura compartida. Como resultado de ello, los individuos pertenecientes a un mismo grupo social se parecen más entre sí que los sujetos pertenecientes a grupos o sociedades diferentes.

Sin embargo, la naturaleza humana no es inmutable o petrificada desde un inicio. Existe sí, a pesar de los cambios incesantes, el "referente humano" que sigue siendo, si no idéntico a sí mismo, por lo menos reconocible en el curso de los tiempos²⁸.

La personalidad básica es el conjunto de rasgos que, como consecuencia de la influencia recíproca entre cultura y personalidad, la sociedad tiende a imprimir en la mayoría de sus miembros.

El referente humano no es tanto expresión de un factor psicológico, sino algo configurado por la propia cultura, un componente externo que se internaliza en el individuo por medio de procesos de socialización. En efecto, podemos hablar de lo psicológico como factor de identidad cultural, pero lo

²⁸ ANTA DIOP, Cheik, *Los tres pilares de la identidad cultural*, en Correo de la UNESCO, Paris, 1982, p.38

psicológico no se manifiesta en estado puro, sino en referencia a la cultura de la que forma parte el sujeto.

En suma, no se nace con determinadas características psicológicas constitutivas de la identidad cultural, sino que lo psicológico es un modo de ser compartido por la mayoría de los individuos de la misma sociedad, como consecuencia de un proceso de socialización y endoculturación ligados a situaciones de existencia muy concretas, lo cual condiciona la configuración psicológica. En rigor, el factor psicológico no sería un elemento de la identidad cultural sino un emergente.

Para concluir con los factores configurativos de la identidad cultural, es importante precisar que en cada uno de ellos se advierte siempre un común denominador: la relación entre grupos dominantes y grupos minoritarios, así como la existencia de tensiones en dichas relaciones desiguales. Estas tensiones se alimentan del ansia de conservar el poder, unos, y de la autoafirmación de la propia identidad, los otros. Indudablemente, un sistema democrático pluralista, en el que se respeten los derechos tanto de las mayorías como los de las minorías, aportará mucho en el desfogue de esas tensiones, contribuyendo así a la paz social.

1.3. La identidad cultural como derecho humano

En la era de la transmodernidad²⁹ encontramos derechos que no clasifican en las categorías de primera y segunda generación; pertenecen a grupos en minoría por razones étnicas, sexuales, lingüísticas, o son aquéllos referidos al

²⁹ Transmodernidad es un término nuevo, empleado inicialmente por Luís Alberto Warat, citado por Luís Fernando Coelho (2001), para aludir a la posmodernidad como una fase de transición hacia un nuevo tiempo histórico, cuyos contornos aún no son bien nítidos. Surge de la implicación dialéctica de 3 factores: *Información/Globalización/Posmodernidad*. Se puede caracterizar por algunos indicadores como: la aceleración del tiempo histórico, la pérdida de referenciales en el espacio individual y social, y la idea del fin de la historia, desarrollada luego por Francis Fukuyama.

medio ambiente, la paz, la demografía, o tiene que ver con restricción o marginación (ancianos, mujeres, niños). Estos derechos, llamados de *tercera generación*, necesitan urgente reconocimiento en el sistema jurídico.

Esta juridización es parte del proceso de universalización de los derechos humanos, en camino al fortalecimiento del Estado democrático de derecho, que incluye, por otro lado, la incorporación de pueblos y grupos sociales, desde siempre, en olvido y marginación; todo ello guardando coherencia con factores histórico-sociales y con las exigencias de la racionalidad³⁰.

Los derechos de las minorías étnicas nos ubican en el campo de los derechos culturales. Pero si bien es cierto que estos derechos aparecen junto con los derechos humanos de segunda generación, esto es con los derechos económicos y sociales, formando una trilogía con ellos; sin embargo, el derecho a la identidad cultural *-que es la forma general del conjunto de los derechos culturales-* es un derecho de tercera generación que surge con la transmodernidad. Esta mutación puede ser explicada por redefinición de los derechos culturales, a partir de la "Declaración sobre el Derecho al Desarrollo", adoptada por las Naciones Unidas en 1986, en la cual se arriba a una definición consistente de los derechos culturales como derechos a la identidad.

Esta transformación de un derecho de segunda, a otro de tercera generación, es interpretada magistralmente por el filósofo de la Universidad de Sevilla Antonio Enrique Pérez Luño: *"las generaciones de derechos humanos no entrañan un proceso meramente cronológico y lineal, tampoco implican la sustitución de un catálogo de derechos por otro, en ocasiones implica la aparición de nuevos derechos, en respuesta a*

*necesidades históricas, y en otras, suponen la redimensión de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados*³¹.

Pero, ¿cuál es la razón de esa mutación? La razón la encontramos en el *concepto restringido* que se tenía del término "*cultura*", cuando aparecieran los derechos culturales como derechos de segunda generación; y en contraste, el *concepto amplio* que ahora se tiene de él.

Repetimos la concepción amplia de cultura que tiene E.B.Tylor: "*conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de una sociedad determinada*". Definición amplia en base a la cual, Peter Häberle, el maestro de Bayreuth, sostiene su *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. En la misma perspectiva tenemos a Pablo Lucas Verdú y su *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*.

Es más, según una de las conclusiones del Coloquio Interdisciplinario organizado por el Instituto de Friburgo (Suiza), "*todos los derechos humanos deben ser interpretados en su dimensión cultural*"³².

Ahora bien, los derechos culturales, por varias razones, han sido una categoría descuidada o poco desarrollada de los derechos del hombre, de allí que se les haya denominado como derechos olvidados hasta su definición como derechos a la identidad.

La identidad personal se define como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a un

³⁰ DÍAZ, Elías. "La universalización de la democracia: Los hechos y los derechos", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* N° 36-2002: *El derecho de una democracia cosmopolita*. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2002, p.45-62

³¹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. "Las generaciones de los derechos humanos", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Revista de Crítica y Análisis Jurisprudencial. Lima-Perú, julio 1995, p.287.

ser humano en la sociedad. Estos atributos resultan de la interacción entre elementos estáticos como el nombre, la imagen, el pseudónimo, etc., y elementos dinámicos como es el patrimonio ideológico-cultural del ser humano (creencias, valores, posición personal frente a la realidad, etc.).

La identidad personal en el ámbito jurídico se traduce en el derecho del ser humano a que se respete su proyección en la vida social, de modo que se le represente "tal como es", sin alterar o distorsionar su "verdad personal", es decir, su conducta exteriorizada en circunstancias concretas y unívocas en el campo religioso, político, social, laboral, profesional, etc.³³

Mutatis mutandi a la dimensión colectiva, podemos afirmar que el derecho a la identidad cultural es el que tiene toda persona y colectivo humano, a que se respete su realidad auténtica en las diferentes expresiones de la actividad humana (conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, usos y costumbres), en sus relaciones con otros grupos.

Suelen utilizarse como sinónimos los términos de identidad cultural e identidad étnica, por la íntima relación que existe entre "cultura" como la tenemos definida, y la "etnia", como el grupo humano que comparte y genera esa cultura. Sin embargo, a veces no son coincidentes, pues hay etnias que comparten los mismos rasgos culturales, no obstante conformar otros grupos.

Aclarados dichos términos, no debe perderse de vista que la identidad cultural no se genera aisladamente (monológicamente), sino de manera relacionada (dialógicamente), por lo que no es una realidad

³² BORGHI, Marco. "La protección de los derechos culturales, desde los límites del modelo suizo hasta la formulación de una declaración universal", en *Derechos Culturales*. Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo. Lima-Perú, septiembre 1996, p.17.

³³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima, Lima-Perú, p.174.

consuetudinaria fija, sino un proceso permanente de desarrollo.

Los mencionados derechos deben ser respetados en su doble esfera: individual y colectiva, lo que no es óbice para pertenecer a colectividades más amplias y a la misma humanidad, sin consideración de fronteras. Hay que cuidar de no caer en los extremos: ni en un derecho individual absoluto, opuesto a la diferencia cultural, lo que acarrearía el peligro de una atomización; pero por otro, tampoco, en el rechazo a la diferencia, que entrañaría una dominación cultural y exclusión de los más débiles.

Asimismo, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural y étnica, no tiene que remitirnos a un proceso de completa desestructuración del sistema social y jurídico. El reconocimiento de la pluralidad no supone la exaltación de lo irracional, del caos, de la fragmentación. Una visión pluralista debe afirmar un proceso dialogal, de reconocimiento y esclarecimiento, entre la unidad y la diversidad.

En ese proceso de reconocimiento han tenido intervención decisiva las reivindicaciones de los pueblos del tercer mundo. Recordemos que por primera vez la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (Carta de Banjul), aprobada en 1981, en su art. 22.1, consagra el derecho a la identidad de todos pueblos. Dicha Carta sirvió de precedente para que Karel Vasak planteara su aproximación al enfoque trigeneracional de los derechos humanos, así como un tercer Pacto Internacional sobre Derechos de Solidaridad, que debería añadirse a los Pactos aprobados por Naciones Unidas.

Así, la Carta Africana se convierte en un antecedente primordial del derecho a la identidad cultural. Su configuración en lo sustantivo, como derecho humano de tercera generación, se dará luego de la Declaración sobre el

Derecho al Desarrollo adoptada por las Naciones Unidas en 1986, a partir de la cual se redefinen los derechos culturales como derechos a la identidad. Indudablemente, el planteamiento de Vasak jugó papel importante, en lo formal, para su inclusión en esta nueva generación de derechos.

Ahora bien, el Convenio 169 de la OIT es el instrumento internacional que distingue entre *"pueblos tribales"* y *"pueblos"* en países independientes. Los primeros son aquéllos

"... cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingue de otros sectores de la colectividad nacional, y que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial" (art. 1.1.a)".

A su vez *"pueblos"* en países independientes son aquéllos que son *"...considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan 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 que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas"* (artículo 1.1.b)".

A través de las referidas normas de alcance internacional, se otorga a los mencionados grupos sociales y a sus miembros en forma individual, el reconocimiento del derecho a la diversidad de formas de vida, a sentirse diferente y a ser considerado como tal. De este modo, el derecho a la identidad cultural supone la protección de los valores y prácticas sociales y religiosas, así como de las formas de solución de conflictos de dichos pueblos.

Asimismo, el art. 27° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU consagra el derecho a la Identidad Cultural al establecer que:

"En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".

Pero, ¿qué entendemos por minorías? Una minoría es un grupo de individuos que se encuentran en inferioridad -no necesariamente desde la perspectiva cuantitativa del término- con respecto a otro grupo, al que se ven unidos de modo contingente, dentro del aparato estatal. Los elementos que determinan la condición de inferioridad, según las definiciones contenidas en los instrumentos internacionales, son objetivos (etnia, religión, lengua, inferioridad de número, posición no dominante) y subjetivos (voluntad del grupo de preservar su identidad específica).

Ahora bien, el reconocimiento de derechos a las minorías, nos ubica frente a los llamados derechos colectivos. Una de las condiciones para la construcción de un Estado pluralista es el reconocimiento de los derechos colectivos, esto es, aquéllos que surgen de la existencia de grupos que presentan características especiales, enmarcados en el ámbito de los derechos humanos (los llamados derechos de tercera generación).

En relación con las minorías étnicas, la Constitución asume un papel decisivo en las sociedades plurales contemporáneas, dado que la diversidad de intereses en conflicto desborda al propio ordenamiento jurídico y, con él, a la ley como principal fuente de producción jurídica en el Estado de Derecho. Su lugar es ocupado ahora por la Constitución, como paradigma de una producción jurídica flexible y plural, cuya convergencia sólo puede ser posible a través de los principios y valores establecidos en la Carta.

El reto que se plantea, entonces, parte del énfasis en el reconocimiento del derecho a la identidad cultural y étnica, en el contexto de una realidad plural, en donde la unidad y la diversidad interactúen y tomen la palabra para la institución de un nuevo orden.

La existencia de sociedades plurales nos conduce al debate en torno a quienes plantean el universalismo de los derechos humanos y quienes sostienen que son relativos, en tanto dependan del contexto cultural.

Para los "relativistas", como los llama Carlos Chipoco, "la concepción de los derechos humanos como normas universales intenta imponer visiones occidentales tales como los estilos de vida, las relaciones entre los ciudadanos y sus vínculos con el Estado. Los valores que esta posición privilegia son la diversidad cultural y la autenticidad nacional"³⁴.

Sin embargo, toda versión radical no resulta conveniente para la protección del ser humano, y fácilmente se puede caer en la intolerancia recusada por ambas posiciones. Así, mientras el "relativismo cultural", en su versión radical, puede llegar a sostener que la cultura es la única fuente de validez de normas y valores; para el "universalismo radical" la cultura es un factor irrelevante para juzgar la validez de los derechos morales y las normas universalmente válidas.

Lo importante es destacar el núcleo mínimo en el que están de acuerdo los seres humanos del planeta, independientemente de sus raíces históricas o étnicas, como por ejemplo el derecho a la vida. Asimismo, resulta conveniente iniciar un diálogo entre culturas.

³⁴ CHIPOCO, Carlos. *En defensa de la vida*. Lima, CEP, 1992, p.65.

2. FUNDAMENTO IUSFILOSÓFICO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL

El debate iusfilosófico contemporáneo encuentra su punto cumbre en los años ochenta, del recién pasado Siglo XX, cuando se produce un fuerte ataque proveniente de diversos autores anglosajones, conocidos como "comunitaristas", en contra de la corriente de mayor arraigo en ese momento, el "liberalismo".

Los puntos clave en esta histórica polémica radican en el cuestionamiento de Hegel al pensamiento kantiano, así como un nuevo planteamiento en relación a las críticas románticas a la ilustración; todo ello centrado en el contextualismo como denominador común. Desglosando los ítems de esta célebre discusión, podemos encontrar cuatro cuestiones determinantes:

1) La ilustración abandera la racionalidad y formalidad de los principios morales, en tanto, Hegel se muestra partidario de la sustantivización de los mismos, manteniendo la relación espacio-tiempo-sociedad.

2) Con respecto a la identidad individual, Kant y Hegel tienen puntos de vista opuestos. Kant y la ilustración asumen la construcción de la identidad subjetiva de manera aislada. Por el contrario, Hegel y el romanticismo apuestan por la interacción individuo-comunidad, entendiéndose que esta última engloba territorio, religión, lenguaje, etc., para llegar a sumirse quién se es y que proyecto de vida se desea.

3) El conocimiento es otro punto debatible. El romanticismo adopta el saber como resultado de una construcción histórica y lingüística; la ilustración lo ve como fruto de la razón, pero una razón sin inclinaciones, neutral, que se despliega desde, y por sí misma.

4) La concepción y construcción de una organización social, o al menos, los intentos para lograrlo; enfrentan

nuevamente a románticos e ilustrados. Estos últimos son rebatidos por cimentar la sociedad más allá de ella misma, es decir, por buscar alternativas estructurales que no consideren procesos sociales, de valoración, que se desarrollen dentro de ella misma.

Luego de este análisis podemos concluir que es la interpretación de la forma en que se constituye el sujeto, la que marca las diferencias entre la propuesta de Kant y la de Hegel. El primero, nos entrega la concepción de un hombre abstracto, separado de las circunstancias; el segundo, un hombre construido subjetivamente gracias a su entorno, dialécticamente.

Trasladado el debate a los ochenta, recalaremos en los argumentos expuestos por los autores anglosajones. Es entre ellos que surge la polémica, y es en este contexto que encontraremos los argumentos más sólidos. La disputa se agudiza cuando las tesis esgrimidas por Taylor, MacIntyre, Walzer y Sander, se contraponen a las de Rawls y Dworkin.

Esta discusión liberal-comunitaria se desarrolla en dos planos: el ontológico y el de promoción. En el plano ontológico, la discusión se plantea entre *el atomismo*, que defiende la prioridad del individuo frente a la sociedad, y *el holismo*, que emplea argumentos a favor de la primacía de la sociedad frente al individuo, del *todo* frente a las *partes*. El debate se plantea pues entre el individualismo, que defiende los derechos y libertades de los sujetos; y el colectivismo, orientado al predominio de los derechos y bienes de las comunidades sobre los individuos.

Dichas corrientes nos presentan una gama de posibilidades. Entre ellas podemos encontrar, por ejemplo, a Nozick (atomista individualista), Taylor (individualista holista), o a Marx (holista colectivista).

Después de dos décadas, la polémica parecía haber cesado en sus puntos más álgidos. Se considera que liberales y comunitarista han cedido terreno a nuevas tendencias, que llevan en sus anales los juicios más substanciales de los contendientes.

En todo este bastimento teórico, producto del debate liberal-comunitarista, estas nuevas vertientes eclécticas, intentan asimilar las virtudes, así como sortear los yerros de los antiguos adversarios; y en este trabajo, todas ellas coinciden en la manifestación de una ética fundamental, producto de convicciones, que se mantiene latente en los enfoques éticos preponderantes en cada comunidad. En este grupo, tal vez las propuestas más sugerentes son las de Charles Taylor y la del profesor estadounidense Ronald Dworkin, el primero orientado al comunitarismo y el segundo al liberalismo.

A propósito de ello, es el liberalista Ronald Dworkin, quien de manera particular, trata de establecer ese punto de contacto, advirtiéndose en él el deseo de concertar dos ideas que habitualmente se entendían como contradictorias: la tolerancia y el deseo de fortalecer los vínculos comunitarios. Dworkin plantea estos dos conceptos como fundamentales en cualquier proyecto de vida. La tirantez entre estas dos posiciones, intenta resolverse a través de los postulados de una ética liberal y de una delimitación de lo que sería una "comunidad política liberal"; tema profundamente tratado en la obra cumbre de Dworkin "La Comunidad Liberal"³⁵, cuyo título resulta muy elocuente por lo híbrido del planteamiento.

Lo importante para los fines de la presente investigación, como se analizará, es que tanto una como otra

³⁵ DWORKIN, Ronald. *La comunidad liberal*. Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores. Santa Fe de Bogotá, 1996.

corriente, sobre todo en sus versiones híbridas, postulan el reconocimiento de la pluralidad cultural y sus respectivas consecuencias en el plano jurídico.

2.1.El Reconocimiento Igualitario como sustento de la Identidad

Resulta innegable el nexo entre el reconocimiento y la identidad. De allí que los acontecimientos actuales determinen ciertas políticas, en muchos casos, abanderadas del reconocimiento; en especial, en nombre de grupos minoritarios, algunas formas de feminismo, y la llamada política del "*multiculturalismo*".

El reconocimiento se torna necesario si se acepta la teoría de su importancia en la formación de la identidad, la cual se entiende como la interpretación que hace una persona de sí misma, y de sus características puntuales.

Una formación defectuosa -por ausencia de reconocimiento-, o una deformación -por falso reconocimiento-, son peligros a los que está expuesta la persona, o grupo de personas, reduciéndolas a ciertos tipos de opresión: "El falso reconocimiento o la falta de reconocimiento puede causar daño, puede ser una forma de opresión que aprisione a alguien en un modo de ser falso, deformado y reducido"³⁶.

Estos individuos están condenados a sufrir el dolor de una pobre autoestima, y de ese modo, la autodepreciación se transforma en uno de los medios más poderosos de su opresión. El primer paso es la cancelación de esta identidad establecida, que fácilmente lleva a la persona a la autodestrucción.

En este plano, un falso reconocimiento conduce al autodesprecio, una dolorosa realidad que limita y castra al

individuo; por tanto, un adecuado reconocimiento es trascendental, no una mera forma a observar.

Ahora bien, resulta importante analizar cómo es que se ha dado el cambio, esto es, la aceptación, o por lo menos la comprensión del "reconocimiento" y de la "identidad", pues hemos de aceptar pacíficamente, que se trata de corrientes de política contemporánea, las que se sustentan en el derecho a la igualdad. Así, hace dos siglos nos habrían mirado, sin comprender, si hubiésemos empleado estos términos en su sentido actual.

Fueron dos factores los que promovieron la actual preocupación por estos términos: la caída de las jerarquías sociales y la nueva interpretación de la identidad.

El primero tenía que ver con el honor (preferencias) y la desigualdad. En el lado opuesto encontramos el concepto actual de dignidad, aquella idea universal que abarca a todos los seres humanos por igual: "la premisa subyacente es que todos la comparten"³⁷.

La noción de dignidad es la única congruente con una sociedad democrática que busca, a través de diversas políticas, el *reconocimiento igualitario*. La democracia exige la igualdad de culturas y de sexos.

La nueva interpretación de la identidad individual, surgida a finales del siglo XVIII, como segundo factor de cambio hacia la política de reconocimiento, tiene que ver con la fidelidad a uno mismo. Lionel Trilling, crítico y profesor

³⁶ TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Fondo de Cultura Económica. México, 1993, p. 45, (ensayo pronunciado por el autor con motivo de la Inauguración del Centro Universitario para los Valores Humanos, en la Universidad de Princeton, 1990).

³⁷ BERGER, Peter. "Sobre la obsolescencia del concepto del 'honor', análisis del paso del 'honor' a la dignidad", en *Revisions: Changing Perspectives in Moral Philosophy*, Stanley Hauerwas y Alasdair MacIntyre, eds. University of Notre Dame Press, 1983, pp.172-181, cit. por TAYLOR, Charles. Op. Cit., p.47.

estadounidense, señalaba a la identidad como el ideal de la "autenticidad"³⁸.

El concepto de "autenticidad" surge con el criterio de que los seres humanos fueron dotados de un sentido moral, de la intuición para saber lo que es bueno y lo que es malo. Se trata aquí de lidiar con la idea de que el conocimiento del bien y del mal tenía que ver con el cálculo de las consecuencias del castigo y recompensa divinos. Contra ello se puede afirmar que la moral tiene una voz interior. La interioridad como un manantial recóndito, es un recurso con el que no debemos perder contacto.

Para el teólogo y filósofo alemán Johann Herder, la autenticidad es sinónimo de originalidad, y ésta puede darse en dos niveles: la persona entre otras personas y los pueblos entre otros pueblos; un nuevo indicio de la decadencia de la sociedad jerárquica.

Estas premisas concuasan con el carácter dialógico del ser humano, esencial para entender la relación entre identidad y reconocimiento, nunca monológico, ya que el hombre se crea hacia sí mismo y hacia los demás; y viceversa. La identidad se define en diálogo con los demás.

El reconocimiento, entonces, asume dimensiones preponderantes a nivel universal. Socialmente, forma parte de una política igualitaria; íntimamente, afecta -bien o mal- la identidad. Ambos planos están encauzados a lograr el ideal de autenticidad.

Como vimos, un reconocimiento deformado da lugar a una imagen inferior, oprimida. El reconocimiento igualitario es lo más idóneo en una sociedad democrática. Precisamente, los debates sobre el multiculturalismo se orientan por la premisa

³⁸ TRILLING Lionel. *Sincerity and Authenticity*, Nueva York, 1969, cit. por TAYLOR Charles, Op.Cit., p.47.

de la necesidad del reconocimiento -y aún su urgencia- para evitar toda forma de opresión.

2.2. La diferencia como nueva acepción de identidad

Como sostenemos en el ítem 2.1, el concepto de honor y clase, cayó en desuso frente al nuevo concepto de dignidad, igual para todos.

Al buscar la paridad en la ciudadanía -evitando los llamados ciudadanos de "primera y "segunda" clase-, se enfatiza en la universalidad de la dignidad, que no debe distinguir entre las condiciones socio-económicas de los individuos.

En correlación, si el paso del honor a la dignidad fue un importante primer cambio; el segundo se enfoca en la política de la diferencia, como resultado de una moderna acepción de identidad. De tintes universales también, lo que propone esta política es el reconocimiento de una identidad única.

Diversificando el panorama, si la política de la dignidad igualitaria propone una comunidad idéntica de derechos; la política de la diferencia se cimenta en la divergencia, reconoce la identidad única de la persona o de un grupo. Cuando esta condición no se cumple, es la autenticidad la que se pone en peligro³⁹.

Sin embargo, la diferencia no discrimina la igualdad, en el sentido que se otorga reconocimiento a lo que se encuentra de manifiesto universalmente, y que al mismo tiempo, es particular en cada uno. Es por ello que decimos que dignidad y diferencia guardan una estrecha relación, ambas postulan un nuevo razonamiento acerca de la condición social humana.

³⁹ TAYLOR, Charles. Op. Cit., p. 61.

La no discriminación, hablando de las minorías, es otro tema tratado por la política de la dignidad universal y del cual se hace abanderada, sin recalar en diferencias; en cambio, la política de la diferencia hace hincapié en esas disimilitudes como base del tratamiento diferencial, dándole otro sentido a la no discriminación. Un ejemplo, en el caso del Perú, son las comunidades campesinas y nativas que, asumiendo la política de la diferencia, tendrán derecho a conservar su integridad cultural.

Kant, en su "Metafísica de las costumbres", argumenta que lo que en el hombre inspira respeto es su condición de agente racional, la capacidad de dirigir su vida por medio de principios. Más allá de esta concepción, es el respeto uno de los pilares de la *política de la dignidad igualitaria* que afirma que todos los seres humanos, sin distinción, son dignos de esta manifestación de deferencia.

Ahora bien, si el respeto es la base de la política de la dignidad igualitaria, la política de la diferencia se entronca en la virtud del ser humano de forjar su propia identidad, sea como individuo, sea como parte de una cultura. Esta capacidad guarda íntima relación, a nivel intercultural, con la potestad de guardar respeto por las culturas que han sufrido una evolución a través del tiempo.

Hoy en día se consideran moralmente equivocados los juicios de valor despectivos que emitieran los europeos con respecto a culturas a las que terminaron por dominar o eliminar. Un ejemplo de esta visión etnocéntrica es la conocida frase de Saúl Bellow: "cuando los zulúes produzcan un Tolstoi, entonces los leeremos". Bellow, escritor norteamericano, ganador del Nóbel de Literatura en 1976, fue duramente criticado por denotar un claro rechazo al principio de la igualdad humana y el poco, o ningún aprecio, por una cultura diferente a la suya.

Concluyendo, es pues necesario, en primera línea, observar la discriminación que puede emanar una cultura hegemónica, la cual termina por obligar, a culturas minoritarias, a asumir caracteres que no le son propios; una actitud que devela una sociedad ciega a las diferencias, aquéllas que son indispensables en una política de dignidad igualitaria y que debieran ser parte de la condición humana y de la identidad.

2.3. Identidad humana universal e identidad étnica

Fue Rousseau uno de los primeros exponentes de la política de la "dignidad igualitaria", y por tanto se constituye en un iniciador del discurso del reconocimiento - aunque no con ese término-, fue él quien empezó a construir teóricamente la importancia del respeto igualitario, al cual consideró imprescindible para la libertad. La lucha por el reconocimiento sólo puede encontrar una solución satisfactoria, y ésta consiste en el régimen del reconocimiento recíproco entre iguales.

Sin embargo, Rousseau, aunque fundador de la política de la dignidad igualitaria, sufrió importantes críticas a su posición. Para él, un Estado conseguía ser libre en el ejercicio del poder, con la exhaustiva supresión de la divergencia en el ejercicio de roles. En este panorama, el reconocimiento de la diferencia resulta mínimo, y ello constituye una falla funesta⁴⁰.

Para los partidarios del liberalismo de los derechos igualitarios, es muy difícil aceptar que un conjunto habitual de derechos, se aplique de distinta manera en uno u otro

contexto cultural, dependiendo de los objetivos colectivos que cada uno tenga; lo cual deviene en un reconocimiento -a las identidades culturales- restringido.

Existe un notable grupo de pensadores angloamericanos (hablemos de Ronald Dworkin, Jhon Rawls o Bruce Ackerman), que defienden la tesis que coloca a los derechos individuales, y con ellos, la no discriminación (diferencia), por encima de las finalidades colectivas.

Dworkin nos presenta una separación entre dos tipos de compromiso moral. El primero, acerca de los *finés de la vida*, el segundo, el de *tratarnos recíprocamente en forma equitativa e igualitaria*. Mientras el primero es sustantivo, el segundo podemos llamarlo procesal. Dworkin dibuja una sociedad liberal como aquella que no adopta ninguna opinión sustantiva particular acerca de los fines de la vida, antes bien, la sociedad se une en torno a un poderoso compromiso procesal de tratar a las personas con igual respeto.

Contraviniendo a Rousseau, se halla una concepción liberal alternativa que propone que una sociedad liberal se distingue por la forma en que trata a las minorías, aún cuando éstas no compartan la noción pública de lo bueno. En este caso, es importante ofrecer, en principio, una salvaguarda a los derechos fundamentales, y luego de ello, asegurar respeto por la diversidad, considerando que estas minorías pueden no compartir las metas colectivas de la sociedad, por más sólidas que sean.

Estas sociedades, que optan por nuevas formas de liberalismo, contrastan la importancia del trato igualitario con la supervivencia cultural, concluyendo que resulta más sugestiva la segunda. La tendencia es creciente: las sociedades hoy en día se tornan multiculturales cuando

⁴⁰ TAYLOR, Taylor. Op. Cit., p.78.

resguardan una o más comunidades culturales en peligro, removiendo las rigideces del liberalismo.

Es importante que la política y la ética de la dignidad igualitaria afinen su marco teórico, considerando que el respeto no debe ser sólo a la persona y al potencial que posee, si no también a las diferentes formas culturales en que los individuos se manifiestan, un hecho trascendente que recalca esta unión indisoluble⁴¹. Sin embargo la política del reconocimiento de Taylor, si incorporara formas extremas, podría trastocar los ideales de libertad universal y de comunidad.

Si hablamos de democracia, se pueden distinguir dos tipos de identidad: la étnica y la primaria. Hay quien afirma que, a pesar del respeto que inspire la primera (por aquello de la diversidad), no constituye la base del reconocimiento y dignidad igualitaria, como sí ocurre con la segunda.

Aquella identidad universal, que nos registra como seres humanos, se convierte en la llamada identidad primaria, y se coloca antes que cualquier otra de carácter particular (sexo, ciudadanía, raza o etnia). Por la misma, todos los seres humanos merecen reconocimiento, igual respeto, valor, y oportunidades; es la llamada *identidad humana universal*.

Steven Rockefeller⁴² es del mismo parecer. Para él, elevar la identidad étnica -secundaria-, a un nivel igual o superior al de la identidad universal, da pie a la intolerancia y ocasiona erosión en los fundamentos del liberalismo. Sin embargo, tanto la igualdad como la libertad (derechos primarios), implican el respeto -y no represión- de

⁴¹ ROCKEFELLER, Steven C. Comentario sobre el ensayo de Charles Taylor sobre “El multiculturalismo y la política del reconocimiento” en *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 123.

⁴² ROCKEFELLER, Steven C. Comentario sobre el ensayo de Charles Taylor sobre “El multiculturalismo y la política del reconocimiento” en *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p.125.

las diferentes entidades étnicas y tradiciones culturales, algo natural en una sociedad democrática.

Rockefeller muestra su preocupación acerca de la forma en que Taylor apoya un modelo de liberalismo que permite, que los objetivos de un grupo cultural particular, reciban el apoyo activo del gobierno en nombre de la supervivencia cultural. Al respecto, sostiene que una cosa es apoyar la autonomía política de un grupo históricamente distinto y autónomo, y otra, considerar la creación de un Estado autónomo dentro de una nación democrática, o el establecimiento de un sistema independiente de escuelas públicas con su propio programa escolar para un grupo particular.

Rockefeller teme los peligros de una erosión, con el tiempo, de los derechos humanos fundamentales, que tendría su origen en una concepción separatista que otorga prioridad a la identidad étnica, por encima de la identidad humana universal.

Si bien es cierto, la senda democrática entra en conflicto con toda idea rígida de supervivencia cultural, también implica respeto y apertura a todas las culturas; sin embargo, las desafía a que abandonen aquellos valores intelectuales y morales que son incompatibles con los ideales de libertad, de igualdad y de una búsqueda de verdad y bienestar.

Así, el reconocimiento de un Estado pluricultural no tiene porqué traducirse en ideas separatistas, ni servir como factor de división y fragmentación estatal; además, existe un límite para el desenvolvimiento de las culturas, y que es el principio ahora universal, de los derechos humanos, dentro de los que están comprendidos los ideales de libertad, igualdad, y bienestar. Así lo encontramos en los artículos 43 y 149 del

texto constitucional de Perú, que consagran los principios de unidad del Estado y del pluralismo jurídico.

Plantear como principio exclusivo, el sólo reconocimiento de una raza humana universal, con el consiguiente desconocimiento de los principio de identidad, autenticidad, y sobre todo, de dignidad igualitaria, es un exceso. Este principio, malentendido, podría conducirnos a la "ceguera" frente a las diferentes culturas; pues, en nombre de la "igualdad" abstracta, un determinado grupo que se cree "superior", puede resultar imponiendo sus patrones culturales a otro minoritario.

Es verdad que ningún ser humano debe perder en principio su identidad como miembro de la raza humana universal, pues es allí donde se finca el principio de "dignidad igualitaria"; pero tampoco se le puede negar, en nombre de esa igualdad, su identidad cultural, pues reiteramos, ello podría conducir a la existencia de grupos hegemónicos que imponen su propia cultura.

En conclusión, optamos por una *dignidad igualitaria*, dentro de la concepción actual, en compatibilidad con la *dignidad cultural*.

3. LA IDENTIDAD CULTURAL EN UN MUNDO COSMOPOLITA

3.1. Instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la identidad cultural

La internacionalización de los derechos humanos se produce, según lo precisamos al iniciar el presente capítulo, después de la Segunda Guerra Mundial, cuando los Estados llegaron al consenso de que la protección del ser humano debía ser asumida por la comunidad de los pueblos, dada la insuficiencia del propio ámbito estatal.

El derecho a la identidad cultural no es ajeno a esta protección internacional, pues son varios los instrumentos que establecen dicha seguridad de manera directa o indirecta, tanto a nivel mundial, como en las diferentes regiones del planeta.

El nacimiento de las nacionalidades fue determinante -y esto es algo aceptado por la comunidad jurídica internacional- en el inicio de la protección a las minorías por parte del derecho internacional. Otro factor decisivo fue la aceptación y reconocimiento de la libertad religiosa, cada individuo podía hacer uso de su libertad de credo, y al mismo tiempo, formar parte del grupo religioso al que deseara pertenecer. Esta anuencia fue confirmada con el Tratado de Berlín de 1878, y fue un primer e importante paso en el resguardo del derecho de las minorías.

Otras acciones que vinieron a reforzar estos hechos lo constituyeron la firma de documentos de tinte universal, tales como el Acta Final del Congreso de Viena de 1815, aunque el reconocimiento definitivo se daría hasta después de la Primera Guerra Mundial. Mediante esta acta se determinó que los polacos podrían hacer uso de instituciones que resguardaran la conservación de su nacionalidad. La declaración fue primordial al aceptar la existencia de una minoría nacional, y no sólo religiosa.

Fue así como numerosos tratados se ocuparían, en un primer momento de la protección de la libertad religiosa. Luego, se daría un salto cualitativo cuando tales instrumentos pasaron a reconocer, progresivamente, derechos extensibles a todo ser humano, junto con algunos otros propios de las minorías. Por ello es admitido que la protección internacional de las minorías constituye el primer

paso hacia la protección genérica de los derechos humanos por el Derecho Internacional⁴³.

Sin embargo, en estos instrumentos se advierten dos características. La primera es que siempre, o casi siempre, se alude en ellos a los derechos de las personas que pertenecen a las minorías, mientras que el grupo que integran pasa inadvertido. Esto es, se reconoce el derecho en el plano individual, más no en el colectivo. Este es un viejo debate que ha dado lugar a que algunos proyectos queden por largo tiempo en ese nivel, como por ejemplo el “Proyecto de la Declaración Universal sobre los derechos de los pueblos indígenas” (1992).

El viejo debate ha llegado a su final, cuando el 13 de setiembre del 2007 se adopta en la ONU la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Esta declaración, que es una verdadera conquista para dichos pueblos y significa un salto cualitativo de un derecho individual a otro de carácter colectivo, ligado éste al derecho a la libre determinación de esos pueblos, o más propiamente a su autonomía, sin que ello signifique de ninguna manera fomentar los movimientos secesionistas.

Por otra parte, y lo que es más importante, estos derechos reconocidos a las personas y al grupo, permiten afirmar su identidad cultural, derecho que sólo encuentra verdadero sentido cuando se ejerce colectivamente.

A. Organización de las Naciones Unidas (ONU)

a) La Declaración Universal de Derechos Humanos

⁴³ FERNÁNDEZ SOLA, Natividad. “A la búsqueda de una satisfactoria protección internacional de los derechos de las minorías: La experiencia europea”, en *Nuevos escenarios y nuevos colectivos de los derechos humanos: Conmemoración del cincuenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Revista Aragonesa de Administración Pública, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, Zaragoza, 1998, pp. 75-104.

Adoptada por la Asamblea General en su resolución 217 del 10 de diciembre de 1948. Varios de sus artículos tienen relevancia en cuanto al derecho a la identidad cultural:

Art.22º: Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Art. 27.1: Toda persona tiene derecho de participar libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el proceso científico y en los beneficios que de él resulten.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es el instrumento internacional principal en la materia, pues si bien es cierto, no contiene referencia expresa al derecho humano a la identidad cultural; sin embargo, teniendo en cuenta la redefinición del término "cultura" en base al cual se gesta este nuevo derecho humano de tercera generación, y efectuando una interpretación creativa de estas normas, en el contexto de la transmodernidad, se puede considerar que la protección se extiende al referido derecho.

Mención especial merecen los artículos 1 y 2.1 de la Declaración que constituyen un marco de referencia obligatorio para los derechos de las minorías étnicas, y que establecen que:

Artículo 1º: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2.1.: Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción

alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Ambas normas proclaman la igualdad de todos los seres humanos, desde la perspectiva de la propia identidad humana, las que, por tanto, tienen un alcance universal sin distinción alguna, y dentro de las que resulta obvia la comprensión de las minorías étnicas.

b) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

Fue adoptado y abierto a su firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966; entró en vigor el 3 de enero de 1976 y forma parte del desarrollo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El pacto refleja los derechos estipulados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; sin embargo, ha sido incluida una disposición fundamental que no aparece en aquella, la misma que se refiere al derecho de libre determinación de todos los pueblos.

El polémico Art. 1º del Pacto establece que:

"Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural".

La razón de la inclusión del derecho a la libre determinación de los pueblos en el Pacto, es que este derecho es condición *sine qua non* de los demás derechos humanos. Se trata pues de un derecho fundante de carácter colectivo, equivalente al derecho a la libertad en el plano individual. Así, no podría haber un ejercicio efectivo de los derechos

individuales sin la efectivización del derecho de los pueblos a la libre determinación. Debe tenerse en cuenta que varias disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos se relacionan directamente con ese derecho.

Sin embargo, como analizamos en el ítem 1.2.4., este artículo plantea una discusión compleja porque no existe en la Carta de Naciones Unidas, ni en otros instrumentos, la definición del término "*pueblo*" que ayude a determinar quiénes son los beneficiarios de este derecho.

En un estudio efectuado por el Relator Especial, nombrado en el seno de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y de Protección de Minorías, en 1974; sobre "*El derecho a la autodeterminación, desarrollo histórico y actual*", se concluye que los *pueblos* a que se refiere el principio son en realidad todos los pueblos; sin embargo, ello no puede interpretarse como un estímulo a movimientos de secesión. En el contexto de la eliminación del colonialismo resulta fácil determinar cuáles son los pueblos beneficiarios del derecho a libre determinación y sus efectos en los planos político, económico, social y cultural.

Dicho estudio llega, además, a las siguientes conclusiones:

- El término *pueblo* designa una entidad social que posee una *identidad* evidente y tiene características propias;
- Implica una relación con un territorio;
- El *pueblo* no se confunde con las *minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*, cuya existencia y derechos se reconocen en el art. 27° del PIDCP.

Esta última conclusión colisiona con el Convenio 169 de la OIT, como lo analizamos en el mismo ítem 1.2.4.

Según el mismo estudio, tampoco debe entenderse que el principio de libre determinación puede autorizar a las minorías el quebrantamiento, o mutilación, de Estados

soberanos que ejercen su soberanía, justamente en virtud del derecho de los pueblos a la libre determinación.

Queda claro entonces que, por una parte, los territorios sometidos a un régimen colonial tienen derecho a la libre determinación; y por otra, que este derecho no autoriza a las poblaciones que conforman Estados soberanos, a realizar alguna acción encaminada a quebrantar, total o parcialmente, la integridad territorial de dichos Estados. Lo que no resulta claro es que se niegue a las minorías étnicas, el derecho a ser consideradas como un *pueblo*, dentro de los límites que significa ejercer ese derecho dentro de un Estado soberano. Sin embargo, como lo tenemos analizado, puede resultar mejor en estos casos, y menos equívoco, trocar el término *autodeterminación* por el de *autonomía*, sentido en el que se pronuncia Wilfredo Ardito en "Los Derechos Indígenas en el Derecho Internacional"⁴⁴.

Esta negativa a considerar a las minorías étnicas como *pueblos* condiciona, a que buen número de instrumentos internacionales, no consagren los derechos de esas minorías como *derechos colectivos*, y sólo se limiten al plano *individual*. Esto se traduce en que ninguno de los derechos reconocidos a *los pueblos*, podría ser reclamado a nivel individual, como por ejemplo el derecho a la tierra, que como se tiene anotado, contribuye a configurar la identidad cultural de estas minorías.

En efecto, el mismo Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 15.1 establece esa limitación, al referirse sólo al derecho de la persona:

Art. 15.1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso

⁴⁴ ARDITO, Wilfredo. "Los derechos indígenas en el Derecho Internacional", en *Revista Judicial de la Corte Superior de Justicia de Tacna y Moquegua (Perú)*, 1998, pp. 135-147.

científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Fue aprobado en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), y entró en vigor desde el 23 de marzo de 1976. El art. 1º de este Pacto contiene idéntica redacción sobre el derecho a la libre determinación de los pueblos que prevé el art. 1º del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; por lo que corresponde reproducir aquí el mismo análisis.

Sin embargo, es el art. 27º el que mayor relevancia tiene para las poblaciones indígenas, entre pactos y diversas declaraciones de la Organización de Naciones Unidas, aunque no se refiera específicamente a dichas minorías:

Art. 27: 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 disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Este artículo constituye un reconocimiento internacional de los derechos de los grupos étnicos minoritarios en el marco de los Estados independientes. Su aprobación es, sin duda, un avance histórico, pues durante muchos años la ONU no quiso aprobar ningún instrumento relativo a las minorías étnicas u otras minorías.

En 1948, cuando fue aprobada la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Asamblea General descartó la posibilidad de referirse a los derechos de las minorías y

encargó a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías ocuparse de ellas. El artículo 27° del Pacto es el resultado de muchos años de discusiones y controversias en el seno de la Subcomisión.

Sin embargo, a este artículo se le han efectuado muchas críticas, entre ellas las siguientes:

- El dejar totalmente abierta la definición de "minorías", lo que podría resultar problemático en cuanto al reconocimiento de sus derechos, tanto más, que hay Estados que niegan la existencia de minoría alguna dentro de su territorio, aunque lo contrario puede ser fácilmente comprobable;

- El que dicho numeral se refiera sólo a los derechos individuales y no a derechos colectivos, aunque admite que estos derechos deben ser disfrutados por los individuos "en común con los demás miembros de su grupo". Esto quiere decir que las minorías, como grupo, no son consideradas. Este déficit es crucial, como lo anotábamos, pues algunos derechos sólo pueden ser disfrutados colectivamente, vale decir, por las comunidades organizadas.

- El que los derechos de las minorías sean *protegidos negativamente* (...no se negará a las personas que pertenecen a tales minorías el derecho...); además de ello, el texto no impone ninguna obligación a los Estados de garantizar el derecho de las minorías a disfrutar de su propia cultura e idioma, o de practicar su propia religión.

- El artículo no hace mención explícita de minorías nacionales o de pueblos indígenas, y son estos últimos los que han manifestado reiteradamente en los foros internacionales, que no se consideran a sí mismos como

“minorías”, y que deben recibir de la comunidad internacional un tratamiento distinto al de las mismas⁴⁵.

No obstante, las críticas que se efectúan al art. 27° del PIDCP, en lo referente a la protección individual o colectiva del derecho de las minorías, otra es la interpretación que efectúa el Comité de Derechos Humanos (CDH). En efecto, para el Comité, el art. 27° tiene una dimensión colectiva que no es posible soslayar, integra el *interés del grupo minoritario (interés colectivo)*, además del interés de las personas (*interés individual o particular*), y el interés del Estado (*interés general*), que se reconoce en cualquier norma del Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH), según la Observación General sobre el mencionado artículo 27⁴⁶.

Estos tres intereses, el general, el colectivo y el particular; han sido interpretados de forma distinta en los asuntos en los que el Comité ha tenido ocasión de aplicar esta disposición. Así se advierten dos supuestos:

- Cuando exista una adecuada protección del interés colectivo, mediante una actividad normativa del Estado, y se presente un conflicto entre éste e intereses particulares, parece ser *aplicable la teoría de las restricciones* (la injerencia del Estado no sería automáticamente una violación de los derechos del art. 27°).

- Cuando exista un conflicto entre el interés general y el interés colectivo, no se admite que éste sea sujeto a restricciones. La injerencia, entonces, o bien impide la realización del derecho y es automáticamente violación, o bien no lo impide y, por tanto, respeta la obligación⁴⁷.

⁴⁵ STAVENHAGEN, Rodolfo. *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, 1988, p.130.

⁴⁶ Observación General sobre el art. 27° del PIDCP, citada por DIAZ PÉREZ DE MADRID, Amelia. *La Protección de las Minorías en Derecho Internacional*. Granada, 2004, p.211.

⁴⁷ *Ibíd.*, p.221.

d) Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza (1960)

Esta convención fue aprobada por la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

Art. 5º: Debe reconocerse a los miembros de las minorías el derecho de ejercer las actividades docentes que les sean propias, entre ellas la de establecer y mantener escuelas y, según la política de cada Estado en materia de educación, emplear y enseñar su propio idioma.

En el marco de las actividades promovidas por la UNESCO es muy importante la "Declaración de San José sobre el Etnocidio y el Etnodesarrollo", adoptada por un grupo de expertos en 1981, en el seno de la reunión internacional sobre *Etnocidio y Etnodesarrollo en América Latina*, celebrada en San José de Costa Rica en diciembre de 1981.

En ella se destaca, que en los últimos años se viene denunciando en forma creciente, la pérdida de la identidad cultural de las poblaciones indígenas de América Latina. Este complejo proceso de raíces históricas, sociales, políticas y económicas, se califica como *etnocidio*.

Sus principales acuerdos fueron:

- Declarar que el etnocidio es un genocidio cultural, delito de derecho internacional, como lo es el genocidio condenado por las Naciones Unidas.

Se denomina *etnocidio* a la negación a un grupo étnico, colectiva o individualmente considerado, de su derecho de disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura y propia lengua. Ello implica una forma extrema de violación masiva de los derechos humanos, particularmente del derecho de los grupos étnicos al respeto de su identidad cultural.

- Afirmar que el etnodesarrollo es un derecho inalienable de los grupos indios, en contraste al etnocidio.

Entiéndase por etnodesarrollo al establecimiento y la aplicación de políticas tendentes a garantizar a los grupos étnicos el libre ejercicio de su propia cultura.

- Declarar que para las minorías étnicas latinoamericanas la tierra constituye la base de su existencia, el fundamento y la razón de su relación con el universo, y el sustento de su cosmovisión.

La tierra es la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad como pueblos y su supervivencia económica.

- Constituyen parte esencial del patrimonio cultural de estos pueblos su filosofía de vida y sus experiencias, conocimientos, y logros acumulados históricamente en las esferas *culturales, sociales, políticas, jurídicas, científicas y tecnológicas*; y por ello, tienen derecho al acceso, la utilización, la difusión y la transmisión de todo este patrimonio.

Se destaca, fundamentalmente, que las experiencias y conocimientos en las esferas culturales y jurídicas constituyen el patrimonio cultural de esos pueblos.

e) Declaración de Principios por la Defensa de las Naciones y Pueblos Indígenas del Hemisferio Occidental

Se adoptó en el seno de la ONU en el marco de la Conferencia internacional de organizaciones no gubernamentales (ONGs), sobre la discriminación de los pueblos indígenas en las Américas. Dicha conferencia fue organizada por el Subcomité de Organizaciones No Gubernamentales de Naciones Unidas en Ginebra sobre el Racismo.

En la conferencia la pretensión de los 60 representantes de los pueblos y organizaciones indígenas no se centró, como en otras ocasiones, en el tema harto conocido y difundido de

la grave vulneración de los derechos de tales colectivos humanos, sino en la consecución de un estatuto relativo a la libre determinación, que si bien implicaba un claro pedido de autogobierno, no significó la formación de nuevos Estados.

Se recusó una vez más el apelativo de "minorías étnicas" que se les venía dando a nivel internacional, por considerárseles descendientes de los habitantes originarios de los territorios americanos, que por tanto, constituían una mayoría en el proceso de la colonización. Asimismo, las organizaciones indígenas rechazaron tajantemente la política integracionista por considerarla atentatoria contra su identidad.

f) Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas

Fue aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992.

Art. 1º: Los Estados protegerán 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.

Art. 2º: Las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, tendrán el derecho de participar efectivamente en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública.

Adviértase que si bien, en principio, insinúa un derecho colectivo de esas minorías, a continuación, y a lo largo de todo el texto de la Declaración, se refiere reiteradamente al derecho individual de las personas pertenecientes a esas minorías.

g) Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

Quince años después de haberse aprobado el proyecto en agosto de 1992, en la subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos, después de un largo debate, cuyo tema central era *derechos individuales* o *derechos colectivos*; por fin, el 13 de septiembre del 2007 durante la 61ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas se adopta en la ciudad de Nueva Cork la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Consta de un preámbulo y 46 artículos. En el preámbulo, en primer término, se proclama el principio de igualdad y en contraste, el derecho de los pueblos a ser diferentes. Esta aparente antinomia encuentra sustento en que el principio de igualdad está relacionado con la pertenencia al género humano y su correlato: identidad humana; en tanto que el segundo tiene que ver con la pertenencia a un grupo étnico, cuya expresión es el derecho a la identidad cultural.

En el mismo preámbulo, se proclama asimismo el derecho a la libre determinación de los pueblos, pero a su vez se alienta a que los Estados apliquen eficazmente todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en cuanto a los pueblos indígenas, en consulta y cooperación con los mismos pueblos. Esta postura reafirma una vez más el respeto por la soberanía e integridad de los Estados, que actuarán como garantes de los derechos de los pueblos indígenas que existan en su interior.

Se destaca el rol de las Naciones Unidas en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas.

En los primeros artículos de la Declaración se reconoce que los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y a no ser objeto de

ninguna discriminación. Se insiste en el derecho a la libre determinación, a la autonomía o al autogobierno; pero a su vez, se remarca que la Declaración no autoriza ni fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

Los derechos de autogobierno, según Will Kymlicka, como veremos luego, comprenden los de carácter político y jurisdiccional, reconociendo así el pluralismo jurídico clásico, tema central de nuestro estudio.

La Declaración proscribe toda forma de asimilación o anulación de otras culturas, estableciendo mecanismos para la prevención de tales actos. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales.

Asimismo, la declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer su propia relación espiritual y material con sus tierras, relación que resulta fundamental en el logro de la identidad de dichos pueblos, la misma que determina su cosmovisión.

En la Declaración se remarca los derechos humanos de segunda generación tales como: el acceso a la educación en su propio idioma y el derecho al trabajo.

Se ha tomado especial cuidado en reconocer el derecho de participación plena de los pueblos indígenas, a través de sus representantes elegidos con sus propios procedimientos, en todos los niveles de adopción de decisiones, y en las cuestiones que afecten sus derechos.

El art. 33° de la Declaración consagra el derecho colectivo de determinar la propia ciudadanía, la que no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en los que viven. Estamos, pues, frente al concepto de ciudadanía compleja, como la adjetiva

José Rubio Carracedo⁴⁸, modelo superador de la función integradora de la ciudadanía homogénea de la modernidad al introducir el reconocimiento y la protección de las *diferencias*.

El reconocimiento de los tratados concertados con los Estados es otro derecho de los pueblos indígenas que consagra la Declaración. Asimismo el derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes.

Finalmente, se contempla la existencia de mecanismos internacionales para la eficacia de la Declaración y de los derechos contenidos en la misma, otorgándole un rol especial al Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la Organización de Naciones Unidas, en la promoción del respeto y plena aplicación de las disposiciones de la Declaración.

Esta declaración de gran trascendencia histórica para los pueblos indígenas, zanja a nuestro parecer tres cuestiones cruciales en el reconocimiento de los derechos de estos colectivos humanos: **a)** El reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural no sólo como derecho individual sino fundamentalmente como derecho colectivo, congruente con el enfoque antropológico de que la identidad cultural no se forma monológicamente sino dialógicamente, es el grupo humano el que configura su propia identidad; **b)** Enlazado con el anterior, el real reconocimiento que se trata de **pueblos** y no sólo de *minorías étnicas*, como hasta antes de la adopción de la Declaración se les denominaba a nivel internacional; y **c)** En mérito de tal reconocimiento, como auténticos **pueblos**, éstos gozan del derecho a la libre determinación y a su propia autonomía, lo que no debe interpretarse como estímulo a movimientos de secesión.

⁴⁸ RUBIO CARRACEDO José., "Pluralismo, multiculturalismo y ciudadanía compleja, en *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo. Reflexiones para un mundo plural*. Universidad Internacional de Andalucía,

h) Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural

Es, a no dudarlo, el instrumento más reciente, más significativo, y de mayor trascendencia sobre la diversidad cultural. Tiene alcance universal.

Ha sido adoptada en París en la 31ª Conferencia General de la ONU llevada a cabo del 15 de octubre al 3 de noviembre del 2001.

Considerando que el proceso de mundialización, facilitado por la rápida evolución de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, pese a constituir un reto para la diversidad cultural, crea las condiciones de un diálogo renovado entre las culturas y las civilizaciones.

Con miras a humanizar la globalización, a obrar porque prevalezcan los intereses de los seres humanos, la igual dignidad de todas las culturas y la necesidad del diálogo intercultural, única garantía de la paz⁴⁹.

El Preámbulo de la Declaración define a la cultura como: "el conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos, que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, modos de vida, maneras de vivir juntos, sistemas de valores, las tradiciones y las creencias"⁵⁰

La cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esa diversidad se manifiesta en la pluralidad de identidades que caracterizan los grupos y las sociedades que componen la humanidad. La diversidad cultural es para el

AKAL, Madrid, 2003, p.178.

⁴⁹ LA UNESCO publicó el año 2002, con motivo de dicha Declaración, el libro sobre "Diversidad Cultural" en 3 idiomas, en el que se destaca las razones de su adopción.

⁵⁰ Definición conforme a las conclusiones de la *Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales* (MONDIACULT, México, 1982), de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo (Nuestra Diversidad Creativa, 1995) y de la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo (Estocolmo, 1998).

género humano tan necesaria como la diversidad biológica para los organismos vivos. De allí, que la diversidad cultural sea patrimonio común de la humanidad y los derechos humanos, garantes de la diversidad cultural.

En el art. 2° de dicho instrumento se destaca el pluralismo cultural, como el conjunto de políticas que favorecen la inclusión y participación de todas las personas y grupos con identidades culturales variadas. A su vez, se estima que el pluralismo cultural es la respuesta política al hecho de la diversidad cultural.

Reviste singular importancia la norma contenida en el art. 4° de la Declaración sobre la defensa de la diversidad cultural como imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana; sin embargo, y en contraste, consagra también que dicha defensa no debe significar de ningún modo, que se pueda invocar la diversidad cultural para vulnerar derechos humanos.

Así, los derechos humanos, al mismo tiempo que son sustento del respeto y defensa de la diversidad cultural, se constituyen en un valioso límite para la actuación de los diversos grupos humanos.

Finalmente, la Declaración contiene un Plan de Acción para su aplicación, en el que los Estados miembros se comprometen a su difusión y aplicación efectiva.

B. Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Es vasta la labor de la OIT relacionada con las poblaciones indígenas, tanto, que se remonta a 1921. Si bien esta organización se aboca a realizar estudios relativos a los problemas del trabajo, que se plasman luego en convenios y recomendaciones, estos convenios en muchos casos se refieren directamente a las poblaciones indígenas.

a) Convenio 107 de la OIT

Es el relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas, y de otras poblaciones tribales y semitribales, en los países independientes.

Tanto la Carta de Naciones Unidas (1945), como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), no se refieren a esta problemática. Años después, en el seno de la OIT el 26 de junio de 1957, se aprobaría el Convenio 107, el que fue acompañado por la Recomendación 104, dada en la misma fecha y bajo el mismo título.

El Convenio es un indudable primer avance en el reconocimiento de la desprotección de los colectivos indígenas, respecto al texto de 1948. En él, se institucionaliza el reconocimiento del hecho diferencial, la peculiaridad, y el autogobierno tradicional de las poblaciones indígenas como un derecho. El reconocimiento de este nuevo derecho fundamental, fragmenta los criterios clásicos del Estado Moderno sobre la teórica asignación igualitaria y universal de los distintos derechos⁵¹.

No obstante su particular importancia, se le han efectuado muchas críticas, sobre todo por las organizaciones indígenas. La principal es por su carácter *etnocentrista*, al referirse a los pueblos indígenas como de "etapas menos avanzadas", y por su filosofía *integracionista*, al contemplar "una integración progresiva en la vida de sus respectivos países".

La Recomendación 104 también adolece de líneas integracionistas, cuando en sus arts. 12° y 36°; insta a tomar medidas para adaptar al indígena a los principios y

⁵¹ PALACIOS ROMEO, Francisco J. "El proceso normativo internacional sobre derechos de los pueblos indígenas. Evolución jurídica y proyección política" en *Nuevos escenarios y nuevos colectivos de los derechos humanos: Conmemoración del Cincuenta Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Revista Aragonesa de Administración Pública, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, Zaragoza, 1998, pp. 105-129.

métodos de las relaciones de trabajo en una sociedad moderna, o también cuando insta a la Administración del Estado a la observancia de disposiciones legislativas y administrativas para la integración de las poblaciones.

No obstante las anteriores limitaciones, no puede dejarse de destacar en el Convenio, la vertiente protectora de la autonomía, del hecho diferencial, y la consagración del pluralismo jurídico en su doble variable. Así, se legitiman los métodos de control social propios para la represión de delitos; sin embargo, pero cuando se estime que el Derecho Consuetudinario no cubra los supuestos básicos de los delitos, los Tribunales estatales deberán tener en cuenta la perspectiva cultural del tipo.

Del modo precisado, el Convenio consagra efectivamente dos formas de pluralismo jurídico: el comunal consuetudinario y el societario estatalista. A pesar de ello, seguirá primando el segundo, ya que se aplicará el Derecho Consuetudinario cuando no sea incompatible con el ordenamiento jurídico nacional, y sea compatible con los intereses de la colectividad nacional, de esa manera se establece la primacía del ordenamiento jurídico del Estado, dejando en un segundo plano al Derecho Consuetudinario. Así, la previsión del Convenio resulta atentatoria contra la naturaleza misma del pluralismo jurídico en su forma más difundida, y cuyo único límite son los derechos humanos.

El Convenio reconoce además el Derecho Consuetudinario en la regulación de la propiedad privada, propiedad comunal y las formas de transmisión de las mismas. Desde la perspectiva económica da primacía a las formas de producción tradicionales como factores de desarrollo. En Sanidad y Educación, los servicios serán prestados por los Estados, pero manteniendo el respeto a los usos tradicionales y, sobre todo, a la lengua vernácula.

En la Recomendación 104, dentro de los mismos temas abordados por el Convenio, se propone de forma más enfática la construcción de la autonomía indígena, a través de instrumentos de protección extraordinarios tales como la amortización de tierras ancestrales, o la intensificación de las industrias tradicionales y la profundización de la costumbre comunalista (arts. 5°, 14° y 22°).

Se advierte de ese modo que sobre todo el Convenio, estuvo en la dualidad, casi contradictoria, del reconocimiento de la diferencia -no sin ciertas limitaciones, como se ha analizado- y su tendencia integracionista, prevaleciendo las críticas en este último aspecto. De allí que la OIT vio por conveniente modificar dicha postura, y con esa intención se adoptó el Convenio 169.

b) Convenio 169 de la OIT

Este Convenio fue firmado en Ginebra el 27 de junio de 1989.

Constituye un auténtico manifiesto pluridisciplinario, y casi una Carta Universal de Derechos sobre la cuestión indígena, según Palacios Romeo⁵²; pues se inspira en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Este Convenio marca un nuevo rumbo en el tratamiento de los derechos indígenas en instrumentos supranacionales al considerar en el preámbulo que:

“... la evolución del derecho internacional desde 1957 (año de la aprobación del Convenio 107) y los cambios

⁵² PALACIOS ROMEO, Francisco J. “El proceso normativo internacional sobre derechos de los pueblos indígenas. Evolución jurídica y proyección política” en *Nuevos escenarios y nuevos colectivos de los derechos humanos: Conmemoración del Cincuenta Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Revista Aragonesa de Administración Pública, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, Zaragoza, 1998, pp. 105-129.

sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores".

Este cambio de rumbo hacia 1989, encuentra lógica a la luz del reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural en la comunidad internacional que, como analizamos en la introducción del presente capítulo, tiene como antecedente inmediato la Carta de Banjul, aprobada en 1981 bajo los auspicios de la Organización para la Unidad Africana (OUA), en vigor desde 1986, cuyo art. 22.1 consagra el derecho al desarrollo con el adecuado respeto a la identidad de los pueblos.

Así, en el mismo preámbulo del Convenio se reconocen:

"Las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven".

Existe pues un expreso cambio, del espíritu integracionista del Convenio 107, al espíritu autonomista del 169, puesto de manifiesto en el respeto a su integridad, identidad social y cultural y a sus instituciones.

Es necesario resaltar que en el Convenio 169 se utiliza el término "pueblos" en vez de poblaciones, y "territorios" en lugar de tierras, términos empleados en anteriores normas internacionales.

En este instrumento internacional de 1989, se advierte, en primer lugar, que se utiliza expresamente el término "pueblos" para referirse a las poblaciones indígenas, no obstante las conclusiones a las que arribara el Relator Especial, nombrado en el seno de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y de Protección de Minorías en 1974 sobre

“El derecho a la autodeterminación, desarrollo histórico y actual”. En este estudio, si bien se concluye que los *pueblos* a que se refiere el principio son en realidad todos los pueblos, ello no puede interpretarse como estímulo a movimientos de secesión, tampoco puede confundirse el término pueblo con las minorías étnicas, cuya existencia y derechos se reconocen en el art. 27° del PIDCP.

Apartándonos de lo anterior -que en realidad tiene otras connotaciones en relación con el derecho a la libre determinación analizado en el ítem 1.2.4 sobre el Factor Político del derecho a la identidad cultural- el cambio de terminología resulta muy significativo, y es una elocuente expresión de su contenido. Así, el concepto “pueblos” se utiliza para referirse a colectivos humanos con identidad propia, con características sociales, culturales y económicas que los distingan de otras colectividades. Congruente con ello, es el derecho de estos pueblos a su propio modelo de desarrollo, previsto en el art. 7°.

En la misma perspectiva, el cambio del término “tierras” -usado en el pasado como reivindicación de propiedades y posesiones, con un contenido puramente *economicista*, sobre elementos susceptibles de explotación económica- al de “territorios”, es con el fin de establecer derechos culturales. Estos últimos tienen un contenido eminentemente *espiritual*, significan el reconocimiento de la relación de los pueblos con sus territorios, aquello que forja su identidad y su propia cosmovisión.

En cuanto al resto, el Convenio 169 establece los mismos términos de protección administrativa de las poblaciones con referencia a los derechos de propiedad y posesión de las tierras y recursos naturales del Convenio 107.

Ahora bien, el Convenio distingue entre *pueblos tribales* y *pueblos* en países independientes.

Los primeros son aquéllos:

"... cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingue de otros sectores de la colectividad nacional, y que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial" (art. 1.1.a).

A su vez, "pueblos", en países independientes, son aquéllos que:

"...considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan 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 que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas" (artículo 1.1.b).

A través de las referidas normas de alcance internacional, se otorga a los mencionados grupos sociales (dimensión colectiva), y a sus miembros (dimensión individual), el reconocimiento del derecho a la diversidad de sus formas de vida, a sentirse diferentes y a ser considerados como tales. De este modo, el derecho a la identidad cultural supone la protección de los valores y prácticas sociales, religiosas, así como de formas de solución de conflictos.

En el plano político, el Convenio 169 entroniza la consulta como norma, en caso que determinadas medidas administrativas o legislativas de alcance general, pudieran afectar a esos pueblos. Para la función de representación ante el Estado, el Convenio prevé en el art. 6° la creación de instituciones especiales que puedan servir como interlocutores válidos.

En cuanto a los derechos laborales, de seguridad social, salud y educación, existen similares previsiones que en el anterior Convenio. Sin embargo, con buen criterio, se prevé que en los programas de salud se tenga en cuenta la medicina tradicional en cuanto a métodos y farmacopea. Asimismo, cualquier plan educativo deberá contemplar la profundización de la enseñanza de su propia lengua oral y escrita, instando a la utilización de los medios didácticos propios que reúnan su historia, literatura, o en general, el modelo cultural del grupo étnico; sin perjuicio de la historia general del Estado respectivo. En cuanto a "formación profesional", se prevé la participación efectiva de los pueblos, y que los programas, cuya organización y funcionamiento estarán a cargo de los propios pueblos, se basen en sus necesidades, en función de las condiciones económicas, sociales y culturales.

En esa misma dimensión, el Convenio contempla la economía de subsistencia, las industrias artesanales y las prácticas agropecuarias basadas en tradiciones comunistas.

Desde la perspectiva jurídica, sumamente importante para los fines del presente estudio, el Convenio marca una ruptura con la jerarquización tradicional de las fuentes del Derecho. Así, el art. 8° considera que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberá tomarse en consideración su derecho consuetudinario.

Pero el Convenio 169 va más allá al consagrar el pluralismo jurídico clásico en el artículo 9.1., permitiendo que los pueblos utilicen sus propios métodos tradicionales para la represión de delitos.

Art. 9.1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren

tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

Si bien es cierto, la previsión del artículo 9.1. se concreta al plano del Derecho Penal; sin embargo, con mayor proyección, ha servido de precedente internacional para el reconocimiento del pluralismo jurídico clásico en las constituciones del Perú -nuestro país aprueba el Convenio 169 por Resolución Legislativa 26253- y de los países andinos; vale decir, la coexistencia en el mismo territorio de otro sistema jurídico diferente al estatal. Ese rebasamiento del Convenio 169, en el cual se inspira esta forma de pluralismo, encuentra justificación en el principio general que prescribe que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, son un marco mínimo y flexible respecto a la normatividad de cada Estado, como en efecto lo determinan en este caso los arts. 34° y 35° del mismo Convenio.

C. En Europa

En Europa la problemática se centra básicamente en la de las minorías nacionales. Existen 3 organizaciones en las que se han adoptado diversas regulaciones y medidas para la protección de estas minorías. Las revisaremos a continuación.

a) Organización de Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE)

La naturaleza jurídica de esta organización es más bien la de una Conferencia Internacional institucionalizada. Tiene un gran alcance geográfico, ya que todos los países europeos, más dos americanos y las repúblicas de la ex-Unión Soviética, participan de este foro.

Es el primer foro en el que se plantea la situación de las minorías y sus derechos en el continente europeo. Sus primeros acuerdos han oscilado entre una posición *uniformizadora* y otra *diferenciadora*. Así, la posición

inicial de este foro que se fijó en el Acta Final de Helsinki de 1975, reclama a los Estados participantes respeto al derecho de los individuos pertenecientes a minorías nacionales, a la igualdad ante la ley. En cambio, la reunión de Viena de 1989, con mejor criterio, sumó el compromiso de los Estados a abstenerse de cualquier discriminación contra las personas pertenecientes a una minoría nacional, así como *proteger y promover su identidad* étnica, cultural, lingüística y religiosa a través de normas nacionales, reconociéndoles el derecho a la información en la lengua materna.

Sin embargo será el documento surgido de la primera reunión de la Conferencia sobre Dimensión Humana, celebrada en Copenhague (1990) y la Carta de París para una nueva Europa (1990), los que reconocerán por vez primera que la democracia pluralista y el Estado de Derecho son esenciales para asegurar el respeto de los derechos fundamentales. Ambos documentos, nos dice acertadamente Verhoeven, se emitieron cuando se intentaban calmar los ánimos secesionistas propugnados por nacionalismos nacidos a la muerte de los regímenes totalitarios en Europa⁵³.

Por ende, los estados involucrados en la firma de estos registros documentales, muestran la intención de respetar la identidad de las minorías, protegiendo su acervo cultural y favoreciendo su desarrollo, creando así un nuevo marco de acción en cualquier asunto que tuviera que ver con estos grupos minoritarios. España es uno de los países que ha adoptado esta posición buscando el fomento de las instituciones democráticas, las elecciones libres, la

⁵³ VERHOEVEN J. "Las principales etapas de la protección internacional de las minorías", en *Revista Trimestral Derechos del Hombre*, 1997, N°31, pp.180-181.

desconcentración del poder, como elementos a favor de las minorías nacionales⁵⁴.

Instaurado el marco legal, a través de los documentos mencionados, se buscó constatar la parte fáctica convocando a una reunión de expertos en minorías nacionales que expondrían sus experiencias en cada Estado. El resultado de dicha reunión se plasmó en un documento que vio la luz el 19 de julio de 1991⁵⁵, constituyéndose en el precedente de lo que actualmente es la *communis opinio* acerca del estatuto de las minorías nacionales en Derecho Internacional, en Europa. En él se declara que la base para la protección y promoción de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales es el ejercicio pleno de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, asimismo que la paz, la justicia y estabilidad democrática necesitan el resguardo y fomento de la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de las minorías nacionales.

Este documento no especifica a las minorías, no obstante precisa que no todas las diferencias étnicas, culturales, lingüísticas o religiosas dan lugar forzosamente a una minoría nacional. Asimismo, no se refiere a los derechos de las minorías sino de los de las personas que las integran, efectuando una distinción entre minorías nacionales y poblaciones indígenas.

Los Estados interesados abogan por consideran necesaria la participación democrática de los individuos que integran las minorías en los asuntos públicos para evitar el surgimiento de conflictos. Asimismo, invitan a la

⁵⁴ FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, "A la búsqueda de una satisfactoria protección internacional de los derechos de las minorías: La experiencia europea", en *Nuevos escenarios y nuevos colectivos de los derechos humanos: Conmemoración del cincuenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Revista Aragonesa de Administración Pública, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, Zaragoza, 1998, pp. 75-104.

⁵⁵ Report of the CSCE meeting of experts on national minorities, Ginebra, 19 de Julio de 1991.

participación en asuntos sociales en general, y en lo concerniente al empleo.

En resumen, la OSCE ha avanzado desde su posición inicial de 1975, momento en el que gran parte de minorías nacionales se encontraban sojuzgadas por regímenes totalitarios.

b) El Consejo de Europa

Fue creado en 1949, y si bien desde un inicio se preocupó de la protección de los derechos de las minorías, es sólo a partir de la caída del muro de Berlín que su actuación adquiere mayor trascendencia.

Así, en 1992 se abrió a la firma de los Estados miembros de la Carta Europea de Lenguas Regionales o Minoritarias, la que recién entró en vigor en marzo de 1998, luego de reunir las 5 ratificaciones necesarias. La protección se extiende a las lenguas regionales o minoritarias, esto es, las no oficiales practicadas en un Estado por un grupo minoritario, en relación al conjunto de la población.

Posteriormente, a iniciativa de la Asamblea Parlamentaria, se propuso elaborar un protocolo adicional al Convenio Europeo de los Derechos Humanos que divulgase los derechos de las minorías. Esta propuesta no prosperó, por lo que se propuso la elaboración de un convenio marco, así como la de un protocolo específico sobre derechos culturales de las personas pertenecientes a minorías nacionales.

• Convención Europea de Derechos Humanos

La protección de las minorías nacionales ha sido un tema presente en la agenda de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pese a la carencia de instrumentos específicos al respecto. Supliendo esta falta, y tomando en cuenta los derechos reconocidos en documentos de ribetes generales, tanto la Comisión como el Tribunal, declararon la

relevancia de estas libertades, y su aplicación, sin discriminación de ningún tipo; al mismo tiempo demarcó las obligaciones estatales.

Tal se advierte, por ejemplo, en los pronunciamientos del Tribunal, que si bien consagran la posibilidad del pluralismo educativo, sin embargo, limitan la obligación del Estado a asegurar el libre acceso a los centros de instrucción existentes, más no el deber de creación de centros especiales para las minorías⁵⁶. Lo propio ocurre en cuanto al derecho de sufragio, no garantiza su disfrute a los grupos lingüísticos minoritarios, posibilitando así se les deje sin representación en un órgano de importantes competencias⁵⁷. Otro tanto sucede con la minoría religiosa, caso en el cual el Tribunal ha valorado la decisión de privar la guarda de un hijo a uno de los progenitores por el solo hecho de pertenecer a determinada comunidad religiosa. Esta es la coyuntura establecida por los Testigos de Jehová, y aunque polémica, ha sido respetada por el Tribunal⁵⁸.

Finalmente, en un último fallo el Tribunal ha impuesto limitaciones al derecho de asociación a los miembros de una minoría nacional por mostrarse peligrosa para la integridad territorial del Estado⁵⁹.

⁵⁶ Caso DH y otros contra República Checa (7 de febrero de 2006). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió de manera discutible un asunto de discriminación racial en relación con el derecho a la educación de 18 niños gitanos, quienes fueron ubicados en escuelas especiales para discapacitados mentales, en Ostrava. El TEDH no consideró contrario al Art. 14 del Convenio el envío de estos niños a dichos colegios especiales.

⁵⁷ CEDH: sentencia de 2 de febrero de 1987. Caso Mathieu-Mohin et Clerfayt contra Bélgica, en el que el Tribunal admitió la conformidad con el Convenio de una norma nacional que limitaba el derecho de sufragio pasivo en determinadas zonas a las personas que usen la lengua predominante de ésta, sin que ello suponga forzosamente menoscabo de los derechos de las personas pertenecientes a la minoría lingüística de dicha región. Según el criterio del Tribunal, dicha medida no resulta desproporcionada respecto al objetivo de apaciguar las diferencias lingüísticas en un país a través de la descentralización.

⁵⁸ Caso Hoffmann contra Austria. Sentencia de 23 de junio de 1993, en la que el Tribunal rechaza que la pertenencia a los Testigos de Jehová sea razón suficiente de una decisión de esa naturaleza.

⁵⁹ CEDH: Caso Sidiropoulos y otros contra Grecia. Sentencia de 10 de julio de 1998. En ella el Tribunal declara la violación del Art. 11 del Convenio por el Estado griego, al rechazar el registro de una asociación, cuya finalidad era la preservación y desarrollo de la cultura y tradiciones de una región de población macedonia.

Lo anterior permite concluir que, si bien la Convención Europea de Derechos Humanos reconoce todos sus derechos a todo individuo parte de una minoría nacional, sin embargo, no permite garantizar una protección puntual por parte de los Estados, que refrende el desarrollo de la identidad.

• **Convenio-marco para la protección de las Minorías Nacionales**

Este Convenio-marco fue adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 10 de noviembre de 1994, constituyéndose en el primer tratado internacional multilateral en materia de derechos de las minorías. Sin embargo, no sin muchas reticencias, entró en vigencia el 1 de febrero de 1998, tras la obtención de las 12 ratificaciones necesarias.

Antes de llegar a un entendimiento, las posiciones de los Estados se polarizaron: desde una muy permisiva, como la de Austria o Hungría, que abogaban porque las normas de protección de las minorías tuvieran un carácter vinculante, reconociendo inclusive los derechos colectivos; a otra restrictiva, como la de Francia, Bulgaria, Grecia o Turquía, que se oponían al reconocimiento de las minorías, de acuerdo con su concepción del Estado unitario, argumentando que sus leyes fundamentales ya garantizaban la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley; y finalmente, una intermedia, como la de España, que sin perder el principio del Estado unitario, aceptaba un amplio margen de autonomía territorial.

El Convenio-marco establece los principios inspiradores de las legislaciones nacionales sobre la materia. Tales principios son: los Estados no pueden dejar de resguardar a las minorías nacionales, ya que esta protección es necesaria como parte de los derechos humanos universales; y luego, la

libertad de elección individual, de pertenecer o no a una minoría, como segundo principio a considerar.

En cuanto a las normas sustantivas, algunos preceptos se limitan a reiterar derechos ya reconocidos genéricamente en la Convención Europea de Derechos Humanos. Se pone de relieve el compromiso de los Estados de garantizar el derecho a la igualdad ante la ley, y el de conservación y desarrollo de la cultura minoritaria, sin imponer una asimilación no deseada, y sí buscando la tolerancia y el diálogo intercultural, sin menoscabo del derecho a utilizar la lengua minoritaria, aunque su uso no queda garantizado en las relaciones con las autoridades públicas. Ello, en la práctica, implica su relegamiento a lengua coloquial. Se reconoce, asimismo, la potestad de crear y gestionar sus propios centros privados de enseñanza sin que ello implique cargas financieras, lo que significa que el Estado no queda obligado a asumir directamente la educación para los grupos minoritarios.

El Convenio no reconoce los derechos colectivos, sólo los de las personas pertenecientes a una minoría. Tampoco da una definición de *minoría nacional*, lo que ha dado lugar a que los Estados firmantes, hagan uso de su discrecionalidad a la hora de señalar los grupos a los que se aplica.

c) La Unión Europea

En la primigenia Comunidad Europea no se reguló nada respecto a minorías nacionales, ya que no figuraba como objetivo, en el momento de su constitución, la protección de los derechos fundamentales. Resulta, en todo caso, aplicable el principio universal de no discriminación que fundamenta el Derecho Comunitario.

Fue recién a inicios de los años 90, cuando el Parlamento Europeo elaboró un proyecto de Carta de los derechos de las minorías nacionales en la Comunidad Europea.

Siendo cada vez más evidente el problema de los grupos minoritarios, especialmente en algunos países del este de Europa, el Consejo Europeo de Copenhague de 1993, se pronunció haciendo patente su inquietud al respecto, solicitando a los Estados postulantes, tomar acciones que viabilicen su protección. Años más tarde, en 1997, el Consejo de Luxemburgo hizo lo propio, llegando a llamar la atención a Estonia y declarando inelegible a Eslovaquia, por sufrir de falta de garantías democráticas en el caso de las minorías rusa y húngara, respectivamente.

Este asunto tomó mayores dimensiones progresivamente, y así, el Tratado de Ámsterdam asume como requisito, para ser miembro de la Unión de Estados Europeos, el respeto a los derechos y libertades fundamentales. La protección a las minorías se asume implícita.

Resulta destacable la búsqueda de garantías a las minorías, frente a la tendencia uniformadora de la Unión Europea, contenida en el art. 151.4 y 5 del TCE, y a la postura de Estados que consideran que basta el respeto al principio de no discriminación y de igualdad de oportunidades para los miembros de las minorías nacionales, lo cual obliga al legislador comunitario a considerar el respeto y promoción de la diversidad de las culturas europeas.

Después de la caída del muro de Berlín, el Consejo de Europa planteó una serie de medidas de carácter legal, institucional, políticas y culturales relativas a los derechos de las minorías. Tales medidas fueron asumidas en la Declaración de Viena (1989), siendo las más importantes:

a) La adopción de una Declaración sobre las Minorías Nacionales, en la que se encargaba al Comité de Ministros

diversas medidas, como la adopción de tratados internacionales para la protección de las minorías, que incluía un Convenio-Marco y un protocolo a la Convención sobre los derechos humanos de naturaleza cultural.

El Convenio Marco se suscribió en Estrasburgo el 1 de Febrero de 1995 y a él nos referimos *Ut supra*.

b) El lanzamiento de un programa de medidas contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia. Dicho programa incluía la constitución de un Comité de expertos gubernamentales que se denominó Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI).

El gran problema de la Unión Europea sobre el particular, es que, en principio, los instrumentos de Derecho Internacional positivo que garantizan derechos a las personas pertenecientes a las minorías nacionales son todavía escasos. Peor aún, gran parte de los textos internacionales que contemplan los derechos de las minorías nacionales carecen de fuerza vinculante: o hablamos únicamente de compromisos políticos, como ocurre con los documentos de la OSCE, o de simples recomendaciones a los Estados, como son las resoluciones de la AGNU.

Sin embargo, no debe perderse de vista que todavía subsisten temores por parte de algunos Estados, preocupados porque con estas medidas se pueden promover movimientos separatistas en su seno. Sólo cuando se superen estos recelos se abrirá paso a un efectivo respeto por la posición minoritaria, facilitando la convivencia en el interior de los Estados, imprescindible para la estabilidad nacional y la paz en Europa⁶⁰.

⁶⁰ FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, "A la búsqueda de una satisfactoria protección internacional de los derechos de las minorías: La experiencia europea", en *Nuevos escenarios y nuevos colectivos de los derechos humanos: Conmemoración del cincuenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Revista Aragonesa de Administración Pública, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, Zaragoza, 1998, pp. 75-104.

D. En América

a) La Carta de la Organización de Estados Americanos

Fue adoptada durante la Novena Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948.

Para los efectos de nuestro estudio resulta pertinente el siguiente artículo de la Carta:

Art. 5°: j) Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo;

k) La unidad espiritual del Continente se basa en el respeto de la personalidad cultural de los países americanos y demanda su estrecha cooperación en las altas finalidades de la cultura humana.

Se consagra así el respeto a la *identidad cultural*, a la que se denomina *personalidad cultural* de los países americanos.

La Carta de la OEA, dispone en su art. 74° la creación de un "Consejo Interamericano Cultural" que tendrá las siguientes atribuciones:

- Promover la adopción de programas de educación fundamental adaptadas a las necesidades de todos los grupos de población de los países americanos;

- Promover de igual manera, la adopción de programas especiales de instrucción, educación y cultura para las masas indígenas de los países americanos;

- Cooperar con la protección, conservación y aumento del patrimonio cultural del Continente.

La Novena Conferencia, además de crear la OEA y adoptar su Carta, aprobó también la Resolución XXX, más conocida como "La Declaración Americana de los Derechos del Hombre", así

como la resolución XXIX, o "Carta Interamericana de Garantías Sociales".

La Carta Interamericana de Garantías Sociales es menos conocida en América Latina que la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, y ha sido calificada como un "catálogo increíblemente moderno y progresista de los derechos sociales". Su art. 39°, sobre la población aborígen, se inscribe dentro de la tendencia tutelar y protectora de los indios, iniciada en el Congreso Indigenista de Pátzcuaro (1940), y que culmina, como analizamos, en el Convenio 107 de la OIT (1957).

Dicha tendencia tutelar es patente en el art. 39° de la Carta, el cual dispone que en los países donde exista el problema de la población indígena, deberán adoptarse las medidas necesarias para su protección y asistencia, resguardándola de la opresión, explotación y miseria.

b) La Declaración Americana de los Derechos del Hombre

Este documento fue aprobado también por la OEA en su Novena Conferencia, por Resolución XXX.

Sólo contiene disposiciones generales respecto al derecho de igualdad ante la ley, sin distinción alguna, así como el derecho que tiene toda persona de participar en la vida cultural de la comunidad.

Así, su art. II consagra la igualdad de todas las personas ante la Ley, y los derechos y deberes consagrados en la declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo.

Por su parte, el art. XIII establece el derecho que tiene toda persona a participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes, y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales, y especialmente, de los descubrimientos científicos.

c) La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Conocida también como "Pacto de San José". Fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, en conformidad con su art. 74.2., vigente para Perú desde 1981.

En la Convención no se encuentra referencia alguna a los pueblos indígenas. Sólo el art. 26° se refiere escuetamente a los derechos sociales y culturales. De allí que se sintiera la necesidad de un instrumento que desarrollara estos derechos, suscribiéndose luego el Protocolo de San Salvador.

d) El Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Fue suscrito en la ciudad de San Salvador el 17 de noviembre de 1988, en el Décimo Octavo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA. Fue aprobado en el Perú por Resolución Legislativa N° 26448.

El artículo 3 del Protocolo establece la obligación de los Estados a la no discriminación por razón de raza, color, sexo, idioma, religión o de cualquier índole.

El artículo 14 se refiere a los beneficios de la cultura:

Art. 14.1: Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:

a. Participar en la vida cultural y artística de la comunidad;

b. Gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico.

2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente protocolo deberán adoptar para el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.

E. En África

Si bien es cierto posee el sistema de protección más reciente, sin embargo, tiene el gran mérito de haber consagrado los llamados "derechos de los pueblos", llegando a postular el *derecho al desarrollo, el derecho a un medio ambiente saneado y el derecho a la paz*. Estos principios fueron positivizados por vez primera en la Carta de Banjul, y sirvieron de sustento para que Karel Vasak, en 1984, entonces Director del Departamento Jurídico de la UNESCO, planteara su aproximación *trigeneracional a los derechos humanos*.

a) Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos

Fue aprobada en 1981, en el seno de Organización para la Unidad Africana (OUA), en vigor desde 1986, año en que la ONU adoptó la Declaración del Derecho al Desarrollo.

Art. 22.1: Todos los pueblos tienen derecho al desarrollo económico, social y cultural, compatible con el adecuado respeto de su libertad y de su identidad, así como a la participación igual en el patrimonio común de la humanidad.

En dicho artículo destaca, además del derecho al desarrollo, el respeto a la identidad de los pueblos. Así, la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (Carta de Banjul), aprobada en 1981, se convierte en un antecedente primordial del derecho a la identidad cultural.

Sin el ánimo de querer agotar el catálogo de instrumentos internacionales relativos a los derechos culturales y su definición más consistente como *derecho a la identidad cultural*, se trata de resaltar que existe consenso tanto a nivel universal como en las más importantes regiones del planeta, en la protección de los derechos culturales. Más, ahora, cuando se redefine la *cultura de una manera más amplia*, considerándosele como un derecho de tercera

generación; en tanto que, en su acepción restringida, se le conceptúa como derecho de segunda generación.

Obviamente que el instrumento más completo, de mayor perspectiva por su alcance universal, en un momento crucial para la humanidad como es el proceso globalizador, es la *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (2002)*, que reconoce la misma dignidad a todas las culturas, la defensa de la diversidad cultural y propicia el diálogo intercultural, como garante de la paz mundial.

3.2. La interculturalidad como opción

La identidad cultural es *lo propio* de una cultura; sin embargo, lo propio de un pueblo está formado por una diversidad de formas que vienen de *dentro* y de *fuera* del grupo. La identidad tiene así un carácter heterogéneo, fruto del constante proceso de transformación, cambio y reinención de toda realidad humana, por ser una realidad viviente.

Las culturas se conservan cambiando, asumiendo, *apropiándose* de modos y formas culturales nuevos. La apropiación de lo externo puede adoptar una diversidad de estilos, llegando a ser asumido, vivencialmente, por el grupo étnico. Si ello ocurre, pasa a formar parte de *lo propio* de dicha cultura.

En sentido inverso, existen elementos y aspectos que en el pasado formaron parte de lo propio de una cultura y que, a través del tiempo, dejaron de ser asumidos vivencialmente por múltiples causas. En este caso, se trata de elementos que un pueblo ya no asume como suyos, esto es, dejan de formar parte de su identidad cultural.

De allí que constituya un atentado contra la identidad cultural de un pueblo, tanto la imposición forzada de otros modelos culturales, como el repliegue obligado no espontáneo a una etapa anterior.

Sin embargo, no debe confundirse el *repliegue forzado al pasado* con la revalorización de la *memoria colectiva* de un pueblo. Ésta, es importante en las sociedades de fuerte tradición oral y es útil para conservar las costumbres de un pueblo. Pero conservar no es congelar o momificar, sino contribuir a la afirmación del yo colectivo del grupo de un modo dinámico, sin excluir el cambio y la transformación, que es el modo en que las culturas se conservan.

Ahora bien, el contacto de dos culturas da lugar a cierta interacción, también conocida como "*aculturación*", en ella podrían darse dos extremos: el de la *integración* y el de la *asimilación*.

En el primer caso, la cultura no dominante *integra* los elementos foráneos, sin perder sus caracteres originales, organizando estos elementos según los modelos y valores propios.

En el otro extremo, está la *asimilación*, en la cual la adopción de los elementos foráneos va acompañada de la eliminación de las tradiciones propias, sometiéndose a los modelos y valores de la sociedad dominante. La asimilación significa una total negación de los valores propios. La identidad étnica se disuelve en las variantes de la cultura dominante⁶¹.

En el encuentro de dos culturas, las actitudes de los grupos étnicos pueden polarizarse, desde la *subestimación*, hasta la *sobrestimación* grupal. Es obvio que dichas actitudes darán lugar a resultados contrapuestos.

Cuando un grupo cultural es subestimado de manera general por el grupo dominante, ello conduce con frecuencia a actitudes de sometimiento y sumisión. Así, se suprimen los elementos propios, sin integrar verdaderamente lo nuevo. La

⁶¹ WATCHEL Nathan, *The Vision of the Vanquished*, cit. por HEISE, María y otros. *El desafío de la interculturalidad*. Op. Cit. p.18.

asimilación autoeliminadora conduce al *suicidio cultural*, que es el peligro más grande que origina la subestimación de un pueblo.

Pero, no menos grave es el *etnocidio*, que es la negación a un grupo étnico, de su derecho a disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura. Ésta es una forma extrema de violación masiva de derechos humanos, particularmente del derecho de los grupos étnicos al respeto de su identidad cultural, condenada por la "Declaración de San José sobre el Etnocidio y el Etnodesarrollo" (diciembre de 1981).

En contraste, tenemos la sobre-estima de un grupo cultural, que termina por encerrarlo en sí mismo. Esta actitud impide al grupo percibir los valores culturales externos, así como la reinención creativa de la propia identidad cultural. Ello conduce a una vanidad paralizante que se conoce con el nombre de *etnocentrismo*, y que se caracteriza por la *intolerancia*.

La intolerancia corta cualquier intento de comunicación con el mundo exterior, allana todo lo que es diferente, y finaliza obstruyendo toda posibilidad de diálogo por el conflicto cultural.

Frente a estas actitudes extremas, está el logro de una *autoestima equilibrada*, a nivel grupal e individual, caracterizada por el valor de sí mismo, el aprecio por lo propio, pero a su vez, la adopción de una actitud de apertura a lo externo, fundamental para la comunicación intercultural.

La apertura a lo externo permite valorar también lo ajeno, pudiendo *integrarlo* a lo propio, pero no *asimilarse* a él. De este modo, se recrea y se reinventa la propia cultura, abriéndosele la posibilidad de seguir viviendo, sin anquilosarse en el pasado, ni negarse a sí misma.

El logro de una autoestima equilibrada presupone el manejo de una auto-imagen que genere sentimiento de seguridad

en uno mismo, en las propias convicciones. Sin embargo, estas convicciones no deben constituirse en dogmas que eviten la confrontación, como ocurre con los movimientos fundamentalistas, religiosos y políticos.

Entonces pues, la revaloración cultural del grupo es un aspecto fundamental del diálogo intercultural. Sólo así será posible una relación de horizontalidad democrática y no de verticalidad dominante con la cultura de la sociedad envolvente.

La columna fundante de estas dos vertientes se encuentra en la filosofía de la Modernidad, la cual intenta igualar el saber teniendo como base un método unitario y una racionalidad que se autoproclama como universal y única. Frente a ella está la Post-modernidad, y en estos momentos la Transmodernidad, que afirman el carácter plural de la racionalidad, el carácter heterogéneo de los lenguajes y formas de vida, y la toma de conciencia acerca de que no existe un punto de referencia absoluto. Es en esta filosofía en la que se encuentra el sustento de la interculturalidad.

Para que se garanticen las relaciones de horizontalidad entre las culturas, germen de una autoestima equilibrada caracterizada por valorar lo propio, y al mismo tiempo lo externo, con lo que no teme relacionarse, resulta fundamental la consagración de la pluriculturalidad en países que en efecto la posean.

Efectuado este enfoque en la realidad Latinoamérica, se puede constatar que, a lo largo de la historia republicana, se ha tratado de evitar el compromiso del registro constitucional en la mayoría de casos, y Perú tampoco fue la excepción. En el siglo XIX, las manifestaciones constitucionales eran todavía esporádicas. En las Constituciones de Argentina (1853) y Paraguay (1870), se advierte la presencia de lo autóctono, con una pretendida

“conversión al catolicismo” en el primer caso, y el “trato pacífico a los indios” en el segundo. La de Honduras (1865), fue más audaz al establecer que “el régimen judicial y gobierno interior o local puede ser distinto y singular en el caso de las tribus aún no civilizadas”.

Es en el siglo XX cuando se aprecian los registros más significativos de la presencia indígena. Sin embargo, las Constituciones que se promulgaron durante varias décadas tienen un corte paternalista, como las de Ecuador (1906), Perú (1920), Bolivia (1938), Guatemala (1945), Panamá (1946), Paraguay (1967). En estos textos constitucionales están presentes los grupos indígenas, pero no en condiciones de igualdad, sino con menor valor, protegidos con fórmulas destinadas a *integrarlas a la comunidad nacional*.

Es fácil pues advertir que, en todos estos casos, se trata de una postura *asimilacionista* impuesta por el grupo dominante desde el texto Constitucional, caracterizada por la imposición de su cultura y la total negación de los valores propios de los grupos minoritarios.

Es en las últimas décadas del siglo XX cuando recién se advierte el reconocimiento de la pluralidad cultural en el Constitucionalismo Latinoamericano, ejemplo es la Carta de Guatemala (1985); Nicaragua (1987), que formula un principio de multietnicidad y plantea un régimen de autonomía territorial mediante disposición legislativa para la Costa Atlántica, zona de predominio indígena. Asimismo, la de Colombia (1991), México (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Bolivia (1994 y la reciente Constitución en vigor desde el 9 de febrero del 2009 que reconoce a Bolivia como un Estado plurinacional), Argentina (1994), Ecuador (1998). Sin embargo, se mantendrán mudos los textos Constitucionales de

Uruguay, Costa Rica y Chile⁶² en sus recientes versiones. En este último caso se reduce el asunto a ley ordinaria.

El discurso constitucional en Perú expresa una voluntad orientada a la consagración de la diversidad cultural del país, en dos planos: individual y colectivo. El art. 2-19 de su Carta Política establece que *toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural*. Por su parte, el art. 89° prescribe que *el Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas*.

Existe, entonces, una perspectiva complementaria en la institucionalidad del derecho a la diversidad de las formas de vida, a nivel individual y social. Por una parte, se le reconoce como derecho fundamental, y por otro, se le afirma como un derecho ubicado en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, extendiendo este atributo a entidades sociales, con existencia legal y personería jurídica, como son las comunidades campesinas y nativas.

Dichas normas se complementan con la relativa al idioma y a la educación. El art. 48°, como ya lo vimos, afirma que *son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aymara y las demás lenguas aborígenes, según ley*. En tanto, el art. 17°, en su cuarto párrafo, establece que *el Estado fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona*.

El derecho a la identidad cultural así reconocido, expresa una reivindicación de larga data en el país, ya que con el paso del tiempo, el problema se ha hecho cada vez más complejo y difícil de abordar. Si entre las comunidades andinas, la identidad cultural y étnica resultan de un proceso en el que los mitos, las tierras, los antepasados y

⁶² CLAVERO, Bartolomé. *AMA LLUNKO, ABYA YALA: Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000. Difusión por

la ética comunitaria desembocan en un sentimiento común, en el sector urbano del Perú actual, "se tiene un espacio mayoritariamente dominado por la presencia migrante de representantes de toda la pluralidad y multiplicidad de situaciones que configuran el país"⁶³.

El proceso referido ha puesto de relieve la vieja ilusión republicana de la identidad nacional, y pone en tela de juicio las estructuras institucionales del Estado-nación. Se trata de un proceso que ha venido configurando una nueva identidad cultural socialmente vigente, frente a la cual el orden formal del país no podía seguir permaneciendo de espaldas⁶⁴.

En este sentido, si bien la Constitución peruana del 93 abre paso a una perspectiva de lo jurídico orientada a comprender la realidad, en su dinámica compleja y plural, este reconocimiento debe significar, a su vez, admitir que la pluralidad cultural del país es un fenómeno que debe nutrir el contenido de las instituciones del Estado y de la sociedad en su conjunto⁶⁵.

Así, el reconocimiento de la pluriculturalidad en el texto constitucional de Perú, en particular, y en los de América Latina en general; puede convertirse en vehículo de transformación social favoreciendo el desafío de la interculturalidad, sin perder el sentido en que lo tenemos planteado, mediante la existencia de una *autoestima equilibrada* a nivel grupal e individual, caracterizada por valorarse a sí mismo, apreciar lo propio; pero a su vez, el logro de una actitud de apertura a lo externo, fundamental

editora@alertanet.org

⁶³ MATOS MAR, José, *Desborde popular y crisis del Estado*, IEP, Lima-Perú. 1985. p.103.

⁶⁴ DE SOTO HERNANDO. *El otro Sendero*. Instituto Libertad y Democracia, Lima-Perú, 1996, p.4.

⁶⁵ GONZALES MANTILLA, Gorki. "Identidad cultural y paradigma constitucional", en revista *Derecho y Sociedad*. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, año 7, N° 11, pp.80-90.

para la comunicación intercultural, acorde con la transmodernidad.

Trasladado el debate al continente europeo y particularmente a Europa Occidental, la situación se presenta de manera compleja, pues nos coloca frente a la ahora Unión Europea.

Si bien es cierto, al finalizar la segunda guerra mundial, el nacionalismo era visto por las élites políticas e intelectuales como una fuerza agotada, se suponía que la tendencia de los tiempos anteriores a la guerra, a conceder una significación fundamental al hecho de ser alemán, francés o alemán, había sido sustituida por la conciencia de ser europeos que trascendía todo nacionalismo⁶⁶, al extremo de forjar una nueva identidad europea. Sin embargo, más de una circunstancia permitía notar que el nacionalismo étnico permanecía vivo en varios lugares de Europa Occidental. De allí surgió la pregunta de si el movimiento a favor de una mayor integración europea era un buen indicador de que los habitantes de la zona estaban abandonando sus proclividades etnonacionalistas.

La interpretación del problema que efectuó Walker Connor hace 3 décadas tiene doble perspectiva: por una parte, el impulso a la integración regional no procede de un cosmopolitismo, sino de la necesidad de buscar protección contra el peligro del resurgimiento del más fanático del etnonacionalismo de la historia, el nazismo alemán; y por otra, que la cooperación militar y, sobre todo económica, no es incompatible con la conciencia nacional, siempre que se crea que los resultados de dicha cooperación beneficiarán los intereses nacionales.

⁶⁶ CONNOR, Walker. "Europeos y nacionalistas", en *Revista de Occidente* N° 161, octubre 1994. Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, pp. 81-96.

Se puso así de manifiesto, que la integración de Europa pasa no sólo por las decisiones elitistas, sino sobre todo por la buena disposición de los pueblos, los mismos que han venido confrontando dos problemas: la alienación política (el problema de la identidad Estado-nación, como en Bélgica, Suiza, Reino Unido e Irlanda), y la segmentación étnica (muchas de las minorías se encuentran divididas de alguna comunidad culturalmente afín, por una frontera política, por ejemplo, la población franco parlante de la frontera de Francia e Italia en el Valle de Aosta, y la de alsacianos y alemanes).

Es así como el Tratado de Maastricht (1992), que cambia el nombre de Comunidad Europea a Unión Europea, destaca en su preámbulo que:

"...las decisiones para la integración se tomarán siguiendo con la mayor fidelidad posible la voluntad de los ciudadanos".

En este camino no pocos problemas se han suscitado para su aprobación, como en el caso de Dinamarca, donde se le tuvo que someter a doble referéndum. En cambio, en Suiza, no se logró en el referéndum la mayoría requerida para ingresar a la Unión Europea, pues todos los cantones de origen alemán, excepto uno, votaron en sentido negativo, en tanto que los de predominio francés, partidarios del ingreso, ganaron con diferencia. Los suizos franceses tienen una menor implicación emocional respecto a Suiza, y la entrada en la UE pudo significar que se redujese la importancia de la frontera que los separa de los franceses de Francia, lo que no se produjo.

Lo anterior permite concluir que no ha habido una disminución del nacionalismo entre los pueblos de la zona. Asimismo, que no existe contradicción entre integración económica y nacionalismo.

En esta realidad se advierten dos situaciones, según Mónica Quijada⁶⁷:

- a) Por un lado, la reafirmación creciente de *naciones periféricas* frente a la *nación central*, esta última autovinculada al Estado central;
- b) Por otro lado, la presencia también creciente, de la diversidad aportada por la inmigración de grupos poblacionales procedentes en buena parte de áreas extraeuropeas, particularmente del llamado Tercer Mundo.

Es fácil comprender cómo, mientras las *naciones periféricas* se caracterizan por una gran antigüedad de asentamiento en el territorio, los inmigrantes son grupos de establecimiento reciente. Mientras la permanencia de las primeras en el ámbito territorial no se discute, la de los segundos está en discusión.

En cuanto a las disparidades en el ámbito cultural: en las *naciones periféricas* la existencia de características culturales distintas no son óbice para asumir valores y códigos fundamentales de la *nación central*. Lo contrario ocurre con la gran mayoría de los grupos de inmigrantes.

Con referencia a las diferencias somáticas, la percepción de la diferencia entre la *nación central* y la *periférica*, no suele influir en las relaciones entre los grupos. En el caso de muchos grupos de inmigrantes, los rasgos fenotípicos y otros símbolos externos, como la vestimenta, sí condicionan las relaciones interétnicas.

En pocas palabras, las relaciones entre la *nación central* y las *naciones periféricas* asumen un carácter *horizontal*. Por el contrario, tratándose de nuevos contingentes de población, las relaciones entre una *etnia mayoritaria*, ya sea central o

⁶⁷ QUIJADA, Mónica, "Nación y pluriculturalidad: los problemas de un nuevo paradigma" en *Revista de Occidente* N° 161, octubre 1994. Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, pp.61-80.

periférica, y otra minoritaria, de inmigrantes, son esencialmente *verticales*. Ello, debido a la existencia de nociones menoscabantes de la primera hacia la segunda.

Este último caso, según Wieviorka⁶⁸, asume dos formas de expresión: una de *inferiorización*, por la que se asigna al grupo "inferiorizado" un lugar más bajo en la sociedad; y la otra de *diferenciación*, por la que se la aísla o se le expulsa, por ser incompatible con la identidad nacional. Estas conductas pueden ocasionar la violencia interétnica, constituyéndose este hecho en un delicado problema.

En este contexto, resulta obvia la conveniencia de propiciar relaciones interétnicas basadas en el respeto y la tolerancia, sobre la base del reconocimiento del *pluralismo cultural*, en el que el Estado y el Derecho juegan un papel primordial. Debe producirse un desplazamiento de la categoría hegemónica del Estado-nación por otra que reconoce al Estado como entidad multinacional, multiétnica o multicultural. Sin embargo, la reivindicación de esa tolerancia pluralista no debe minimizar las dificultades del traslado de un concepto abstracto a unas relaciones interétnicas que se dan en la realidad.

Al propiciar el pluralismo cultural debe considerarse a una etnia, nación o cultura en su verdadera dimensión, esto es, como un proceso histórico y no como una realidad estática. Así, en el caso de los inmigrantes, éstos traen su bagaje cultural, el que, al contacto con la sociedad receptora, recibe la influencia de su carga cultural, modificando la propia.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que, la absolutización del pluralismo cultural, conlleva el peligro de exacerbar la diferencia, contribuyendo a la *etnización*

⁶⁸ WEVIORKA, M. "Racismo y Xenofobia en Europa: una comparación internacional", 1994, p 64.

forzada y artificial de los grupos humanos, con la grave consecuencia de agudizar la conflictividad, no sólo entre la etnia mayoritaria y las minoritarias, sino entre éstas⁶⁹.

Respecto a España, como integrante de la Unión Europea, confronta dos situaciones, por una parte el de la autonomía territorial, como expresión del pluralismo cultural y político; y por otra, la de los inmigrantes; sin embargo, por su especial connotación para el presente trabajo, resulta de mayor trascendencia analizar la primera de ellas.

España confronta el "problema regional" de génesis histórica, pues como muchos países del mundo integra dentro de su territorio realidades económicas y culturales diferentes.

Ello ha significado un gran desafío para el Constituyente que ha tenido que abordar paralelamente esta realidad con la de la distribución territorial del poder. Así el Art. 2º de la CE establece que:

*Art. 2.- La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la **autonomía de las nacionalidades y regiones**⁷⁰ que la integran y la solidaridad entre todas ellas.*

En este artículo los términos que se resaltan tienen una especial connotación histórico jurídica. *Prima facie* se advierte que se reconoce la pre existencia de nacionalidades y regiones a las que se les otorga autonomía. Es indudable que el término *nacionalidades* ha sido el que mayor polémica ha ocasionado y hasta se le ha llegado a confundir con el de *nación*. A tal extremo que, por ejemplo, Peces Barba

⁶⁹ QUIJADA, Mónica. "Nación y pluriculturalidad: los problemas de un nuevo paradigma" en *Revista de Occidente* N° 161, octubre 1994. Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, p.67.

⁷⁰ Resaltado agregado.

comentando el mencionado art. 2º de la CE ha sostenido que: *“España era una nación de naciones”*⁷¹

El problema surgido en la interpretación del significado del término *nacionalidades*, en cierta medida ha sido jurídicamente pacificado, cuando el Tribunal Constitucional español, en la Sentencia 31/2010 pronunciada con motivo del recurso de inconstitucionalidad número 8045-2006, interpuesto por 99 Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, ha declarado fundado en parte dicho recurso de inconstitucionalidad, declarando que carecen de eficacia jurídica interpretativa las referencias del Preámbulo del Estatuto de Cataluña, a *“Cataluña como nación”* y a *“la realidad nacional de Cataluña”*. Dicha sentencia reafirma en su fundamento 8. *“la indisoluble unidad de la Nación española”*, siendo el pueblo español el titular de la soberanía nacional. De tal manera que la expresión que España es nación de naciones deja ya de tener sentido a la luz de dicha sentencia del TCE, Supremo Intérprete de la Constitución.

Así, las Comunidades Autónomas son entidades territoriales que ejercen poderes de autogobierno de carácter Legislativo y Ejecutivo, más no Judicial, pues el Poder Judicial está regido por el principio de Unidad estatal.

Ahora bien, la opción del Constituyente por la autonomía, constituye un modelo de creación constitucional española, digno, por ser una expresión democrática y pluralista, de ser seguido en otras latitudes que confronten similares situaciones.

De hecho, la hemos planteado para los pueblos de Perú, al analizar el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

⁷¹ PECES BARBA, Gregorio. *La Constitución Española de 1978*. Soler S.A., Valencia (España), 1981, p.32.

Sociales y Culturales, como una buena alternativa, llegado el momento, que podría resultar más equilibrada respecto a la de *libre determinación de los pueblos*, que podría insinuar el derecho a la secesión, como creen erróneamente algunos.

El modelo autonómico a la par de reconocer diferentes niveles de autogobierno a los territorios, que en ese sentido manifestaran su voluntad, ha permitido "la transformación de España de uno de los Estados más centralistas, en uno de los Estados más descentralizados del mundo"⁷². Ello también en clara reacción contra el régimen político que caracterizó a España durante la época del franquismo.

Aquí resalta desde un primer momento el principio dispositivo, pues la autonomía como reza el propio Art. 2º de la CE es un derecho, una facultad, a ser ejercida por los territorios que la propia Constitución puntualiza, y de ninguna manera un deber, menos una imposición.

Se advierte además una modalidad *sui generis* de la distribución territorial del poder, que si bien presenta cierta similitud funcional con el federalismo, que no genética (integración de entidades estatales preexistentes), así como con el regionalismo (descentralización a partir de una única Constitución, anterior a las regiones); sin embargo presenta notas características que lo apartan de tales modelos, como es fácil de advertir.

El art. 147º CE establece que la partida de nacimiento jurídica de cada Comunidad Autónoma (CA) será su Estatuto de Autonomía (EA), el que será adoptado y, en su caso, reformado por ley orgánica aprobada por las Cortes Generales, según la previsión de los arts. 147.3 y 151.2 CE.

Cada EA debe tener un contenido mínimo: denominación que se condiga con su realidad histórica; delimitación

⁷² BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coordinador), CÁMARA VILLAR, Gregorio y otros. *Manual de Derecho Constitucional, Vol. I*. Quinta Edición. Edit. Tecnos, Madrid, 2010, p. 326

territorial; denominación, sede y organización de sus instituciones de autogobierno; competencias y bases para el traslado de las mismas. Todo ello según la previsión del art. 147.2 CE

Se ha establecido por el texto constitucional, en sus artículos 143 a 146 y 151-152, dos formas de acceso a la autonomía: a) el modelo común u ordinario (art. 143) y b) el extraordinario (art. 151 CE).

Así en el *iter* a las autonomías, que va de 1979 a 1983, se han producido las siguientes situaciones:

a) La de los territorios que por razones históricas, al momento de aprobarse la Constitución de 1978, se hallaran gozando de un régimen preautonómico, y que fueron nada menos que 17 Comunidades Autónomas (CCAA), vale decir todas con excepción de Madrid, La Rioja y Cantabria, se acogieron al art. 143 de la Carta.

b) La de los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado Estatutos de Autonomía (EEAA), como Cataluña, País Vasco y Galicia, los que por mandato de la Segunda Disposición Transitoria de la CE se acogieron a la vía del art. 151 CE. Esta norma, sin embargo, permite alcanzar una autonomía de primer grado.

c) Con posterioridad a las tres mencionadas CCAA, únicamente Andalucía, se acogió también al dificultoso camino del art. 151 CE, siguiéndolo en todas sus implicaciones, con el consecuente beneficio de acceso al mayor nivel de autonomía, sumándose a su vez al grupo de las CCAA denominadas "históricas".

d) Caso especial es el de las CCAA Valenciana y Canarias, la que si bien accedieron a la autonomía, mediante el art. 143º de la CE; sin embargo se les reconoció competencias de primer grado, a través de la aplicación del art. 150.2 CE.

Es así como España se constituye como un Estado autonómico o de las autonomías. El Estado de Autonomías es una nueva forma de distribución territorial del poder en los Estados Unitarios, en el proceso de racionalización del poder en la democracia de la actual etapa histórica de la transmodernidad, como hay pocos casos en el mundo (Estados Unidos de América y Alemania).

El Estado de autonomías reviste una forma *sui generis* en el Constitucionalismo contemporáneo. Se trata de un Estado compuesto, que se acerca en lo funcional al Estado Federal; pero se aleja en sus orígenes, pues es más bien un Estado Unitario.

En el Estado autonómico de España existen 17 CCAA: Cataluña, País Vasco, Galicia, Andalucía, Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, C.Valenciana, Canarias, Navarra, Extremadura, Murcia, Baleares, Castilla y León, La Rioja y Madrid (las que gozan de autonomía de gobierno y legislativa). A estas 17 CCAA se suman las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

Existen además otros entes territoriales, como son los municipios y provincias, según la previsión del art. 137 CE, los cuales gozan de formas de gobierno local representativas y cuentan con instituciones básicas, como son: los Ayuntamientos para los Municipios; las Diputaciones Provinciales para las provincias; y los Cabildos o Concejos para las islas.

Estos entes territoriales, por mandato constitucional, gozan de autonomía local con rasgos característicos distintos a los de las CCAA, así por ejemplo no tienen autonomía legislativa. La Constitución deja al Legislador el desarrollo de los alcances de tal autonomía, quien debe desarrollar su función sin atentar contra la propia naturaleza de la entidad

territorial de la que se trate, la que a tal efecto goza de una suerte de *garantía institucional*⁷³.

La CE confiere a las CCAA determinadas competencias, entendidas como el conjunto de atribuciones, potestades y facultades para actuar sobre un determinado sector de la realidad social. Según la jurisprudencia y la doctrina constitucionales, orden competencial es el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, establecido por la Constitución, los EEAA y las leyes que delimitan el ejercicio de tales atribuciones, que conforman el bloque de constitucionalidad.

El tema competencial es uno de carácter muy complejo. Desde el punto de vista funcional las competencias pueden ser de diversas clases: a) desde las exclusivas y excluyentes del Estado, como por ejemplo las de Defensa y Fuerzas Armadas; b) hasta las actuaciones superpuestas (espacios de actuación en términos no conflictivos, como la cultura, medio ambiente, agricultura y pesca); pasando por c) la competencia compartida (en la que al Estado se le reserva la legislativa, quedando a la autonómica la de ejecución; o, en otro supuesto, le confiere a la autonómica la normativa y la de ejecución, reservándose para el Estado la de legislación básica).

En esa misma perspectiva, las CCAA tienen las siguientes competencias en el plano legislativo y de ejecución, todas ellas dentro del marco que la Constitución les reconoce: **a)** institucionales, relativas a su potestad autoorganizativa; **b)** de actuación normativa, como las de carácter civil, administración judicial, o de potestad tributaria; **c)** de acción pública territorial, dentro de las cuales se hallan

⁷³ Garantía institucional es una técnica que la jurisprudencia constitucional ha denominado así, teniendo como fuente de inspiración a la doctrina alemana (SSTC 32/1981 y 214/1989), en virtud de la cual queda delimitado el marco legal de desarrollo constitucional, en respeto a la naturaleza de los entes territoriales contemplados en CE, los que no pueden ser suprimidos ni desdibujados.

las de urbanismo y vivienda, agricultura, caza, pesca, recursos hidráulicos, medio ambiente, ganadería y recursos forestales; **d)** de acción económica, dentro de las que se encuentran las de defensa del consumidor, turismo, obras públicas, transportes, energía y minas, puertos y aeropuertos, etc.; **e)** de acción social y asistencias, como la educación, cultural, medios de comunicación social, espectáculos, patrimonio histórico, sanidad interior, etc.; y **f)** de seguridad pública, tales como de protección civil y seguridad ciudadana.

Comentario especial merecen las reformas estatutarias. Aprobada la Constitución en 1978, las nacionalidades y Regiones de España entraron en la primera fase de la constitución de las CCAA (1979-1983), a través del procedimiento previsto en la CE y la adopción de los sendos Estatutos de Autonomía para las 17 comunidades que tiene España y 2 ciudades autónomas. Dichos estatutos se limitaban a regular escuetamente el tema institucional y competencial de la respectiva Comunidad Autónoma.

Pues bien, transcurridos los años, dichos estatutos fueron quedando rezagados por los importantes sucesos ocurridos tanto a nivel exterior como interior de España.

Así en 1986 España se integró a la Unión Europea, con el consiguiente impacto para el Estado y las mismas CCAA, situación que obviamente no estaba contemplada en los estatutos por ser anteriores a dicha incorporación. A nivel interno, casi desde el principio, en algunos casos, se advertían algunos vacíos por no haberse incorporado algunas instituciones; en tanto que el tema competencial, venía resultando corto, pues se había visto enriquecido con algunos fallos del Tribunal Constitucional. Igualmente se notaba en los estatutos ausencia de mecanismos que regularan las

relaciones a nivel vertical (con el Estado) y horizontal (con las otras CCAA) y con los entes locales.

Con estos antecedentes, resulta innegable que se imponía las reformas de los estatutos de autonomía, las que se emprendieron a partir del 2006, habiéndose culminado en CCAA que en total abarcan más del 50% de la población y del territorio de España.

Resulta sí necesario diferenciar las situaciones en las que la reforma se propuso confrontacionalmente con el Estado y la Constitución (Plan Ibarretxe), de aquellas otras que lo han sido dentro del marco constitucional.

El Plan Ibarretxe fue el Proyecto de Reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco, el que fue formulado como "Propuesta de reforma de estatuto político de la comunidad de Euskadi", el que pretendía la soberanía del País Vasco, con la correspondiente segregación del Estado y el surgimiento de una nacionalidad vasca. Las inaceptables propuestas del Plan Ibarretxe fueron rechazadas por el Congreso de Diputados el 1 de febrero del 2005.

Después del fallido intento de reforma del País Vasco, se han aprobado por las Cortes Generales, las siguientes 3 reformas, en el año 2006: de la Comunidad Valenciana⁷⁴; de Cataluña⁷⁵, sometida a referéndum; de Andalucía⁷⁶, sometida también a referéndum.

En el año 2007, las Cortes Generales aprobaron las 3 reformas siguientes: de Islas Baleares⁷⁷, sin referéndum; la

⁷⁴ Ley Orgánica 1/2006, 10 de abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (BOE Nº 86, de 11 de abril de 2006).

⁷⁵ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE Nº 172, de 20 de julio de 2006).

⁷⁶ Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE Nº 68, 20 de marzo de 2007).

⁷⁷ Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de Reforma del Estatuto de Autonomía de les Illes Balears (BOE Nº 52, de 1 de marzo de 2007).

de Aragón⁷⁸; la de Castilla y León⁷⁹; la de Extremadura⁸⁰ que se constituye en la última aprobada hasta la fecha, que presenta notables diferencias con las demás reformas.

En líneas generales todas estas reformas se han producido en armonía con la Constitución, con excepción del Estatuto de Cataluña, cuyo artículo sobre el Consejo de Justicia ha sido declarado inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 de 28 de junio, cuya declaración engloba además otros 13 incisos de diferentes artículos que en realidad no inciden sobre cuestiones relevantes de la reforma.

Las precisadas reformas han abarcado aspectos comunes, siendo de destacar, según el Constitucionalista Francisco Balaguer Callejón⁸¹, los siguientes: relación con Europa, relación con el Estado, financiamiento, reformas institucionales, aspectos identitarios y relativos a derechos.

A *grosso modo* hacemos referencia a dichas reformas:

a) Relación con Europa

Los nuevos estatutos han previsto la existencia de relaciones institucionales con la Unión Europea, tanto en la fase ascendente (formación de la voluntad estatal y en la participación en las instituciones y organismos de la Unión), así como en la fase descendente (desarrollo del Derecho de la Unión).

En la fase descendente, en observancia del principio de autonomía institucional, se reconoce el derecho de la Comunidad Autónoma al desarrollo y la ejecución del Derecho

⁷⁸ Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (BOE N° 97, de 23 de abril de 2007).

⁷⁹ Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (BOE N° 288, 1 de diciembre de 2007).

⁸⁰ Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE N° 25, de 29 de enero de 2011).

de la Unión Europea en las materias de su competencia. La sentencia 31/2010⁸² no ha efectuado objeción alguna a esta facultad.

Se permite desarrollar las competencias, sobre relaciones internacionales, establecidas por la jurisprudencia constitucional.

Se establece la posibilidad que las CCAA puedan participar en las delegaciones negociadoras, cuando se esté frente a Tratados y Convenios que les afecte, así como en organismos internacionales.

b) Relación con el Estado, con otras CCAA y otros entes estatales

La regulación de estas relaciones, que se dan en un plano de colaboración, es una de las grandes y polémicas innovaciones de las reformas estatutarias, en especial en los Estatutos de Cataluña y Andalucía.

El primer cuestionamiento que se ha efectuado contra la regulación de las relaciones de las Comunidades Autónomas con el Estado y con la Unión Europea va en el sentido que tal regulación no era una materia estatutaria sino de naturaleza constitucional. Este cuestionamiento ha sido plasmado en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Estatuto de Cataluña por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular, en el que ha recaído la STC 31/2010, la que ha validado la regulación estatutaria

Un segundo cuestionamiento ha sido el relativo a un intenso **bilateralismo**, en el que se sustentarían las relaciones intergubernamentales, en desmedro del **multilateralismo**. La inclusión del principio de bilateralidad

⁸¹ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coordinador), CÁMARA VILLAR, Gregorio y otros. ob.cit., Vol. I, p. 371.

⁸² Las referencias que se efectúan respecto a la Sentencia 31/2010 sobre la constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía, no incluyen obviamente al de Extremadura por ser de fecha posterior.

en tales relaciones ha sido considerado constitucional por el Tribunal, y como una de las vertientes de los principios de colaboración y cooperación.

Sin embargo y en afortunada expresión del constitucionalista G. Cámara Villar, las regulaciones estatutarias no se afincan en un bilateralismo rígido o excluyente, con desprecio de las relaciones multilaterales, ni definen unas relaciones más propias de una subyacente querencia confederal..... Se trata ciertamente de la incorporación de los principios y técnicas del federalismo cooperativo que atañen conjuntamente al todo y a cada una de las partes que lo componen, por lo que los Estatutos también son fuente idónea, bajo ciertas condiciones y límites, para efectuar esa regulación⁸³

No se trata de la prevalencia de los intereses propios de cada comunidad en desmedro de la interrelación que debe darse con otros intereses. De allí que se prevea por los estatutos unas relaciones bilaterales combinadas con las multilaterales, complementarias entre sí.

Así según el art. 219.2 del EA de Andalucía: *Para los asuntos de interés específico de la Comunidad Autónoma se establecerán los correspondientes instrumentos bilaterales de relación. En los asuntos de interés general, Andalucía participará a través de los procedimientos o en los órganos multilaterales que se constituyan.*

Con la referida finalidad, las normas estatutarias refuerzan principios como los de colaboración, cooperación y lealtad institucional. Tales principios cobran vida a través de los convenios, según el estatuto de Cataluña; de

⁸³ CÁMARA VILLAR, Gregorio. "Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico a la luz de las reformas estatutarias y la doctrina del Tribunal Constitucional", en Enrique Álvarez Conde y Cecilia Rosado Villaverde (Dirs.) y Francisco Javier Sanjuán Andrés (Coord.): *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, pp. 296-340.

instrumentos de colaboración, según el estatuto de Andalucía; o convenios de colaboración, como los denomina el reciente estatuto de Extremadura.

En resumen, en los estatutos existe una combinación entre bilateralidad y multilateralidad en la relación entre CCAA y el Estado.

Otro de los problemas más recurrentes en las relaciones de las CCAA con el Estado ha sido el **competencial**. El tema ha sido abordado por las reformas estatutarias, para tratar de superar el descontento en la interpretación ampliatoria de la esfera de acción del Estado, la que en más de una oportunidad ha sido validada por el Tribunal Constitucional.

Constituye una verdadera innovación para salvar la desigualdad de las formulaciones competenciales, la inserción en los estatutos de las denominadas *cláusulas generales de nivelación competencial*. En esa perspectiva, Andalucía, Islas Baleares, Aragón y la Comunidad Valenciana han insertado cláusulas de cierre para tratar de desarrollar efectos niveladores.

Los Estatutos de Autonomía de Cataluña, Andalucía y Aragón han tratado más bien de avanzar, aunque limitados por la Sentencia 31/2010 de 28 de junio, en lo relativo a las competencias compartidas, estableciendo como condicionante a la actuación estatal el que debe fijar las bases en normas con rango de ley.

En lo relativo a las competencias ejecutivas, en los nuevos estatutos se contempla la posibilidad que las Comunidades Autónomas puedan dictar reglamentos de ejecución de las normas estatales en general, no sólo de las leyes.

De otro lado, el tema de la **participación**, dada su especial importancia en este momento histórico, también ha sido considerado en los nuevos Estatutos. Así los de Cataluña, Andalucía, Aragón, y Castilla y León han previsto

la participación de la Comunidad Autónoma en la designación de miembros de determinados órganos estatales, como en: Los de Dirección del Banco de España, la Comisión Nacional de Energía, la Agencia Española de Protección de Datos, el Consejo de Radio y Televisión, etc.

En los Estatutos de Cataluña y Andalucía se contempla además la participación en los procesos de designación de los órganos constitucionales (Tribunal Constitucional y Consejo General del Poder Judicial).

Pero a su vez, los nuevos estatutos establecen la ordenación de los entes locales, los que si bien gozan de autonomía según la CE, su actuación debe regirse tanto por la normatividad estatal como por la autonómica. Los nuevos estatutos también contienen un Título o Capítulo específico dedicado a dicha ordenación, cuya relación debe estar regida por el principio de subsidiariedad.

Finalmente, para cerrar estas relaciones con el Estado, es de destacar la STC 179/1985, de 19 de diciembre, según la cual la creación de tributos locales es una potestad exclusiva y excluyente del Estado que no permite intervención autonómica.

c) Financiamiento

Desde el punto de vista financiero la reforma del sistema consiste en potenciar la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas. En esa medida se ha previsto el aumento de los porcentajes de participación en los tributos cedidos por el Estado, medida que la STC 31/2010 la ha considerado legítima.

Otra medida contemplada en la reforma estatutaria para favorecer la autonomía financiera está relacionada con la gestión de los tributos a través de la creación de una

Agencia Tributaria propia, la que igualmente ha sido considerada constitucional por la STC 31/2010.

Por acuerdo 6/2009 de 15 de julio, se ha adoptado un nuevo sistema por el Consejo de Política Fiscal y Financiera, para la reforma del sistema financiero de la CCAA, el que fue aprobado por 9 comunidades y la Ciudad Autónoma de Ceuta, sin votos en contra, pero con 7 abstenciones.

Dicho sistema tiene como fuente de inspiración las reformas estatutarias. En ese sentido se han tomado en cuenta los factores para la determinación del gasto, la articulación de la solidaridad, la garantía de la igualdad en la financiación de los servicios públicos fundamentales.

Se advierte asimismo que se han aumentado los porcentajes de partición de diferentes tributos, medida dirigida al aumento de la autonomía financiera de las CCAA.

d) Reformas Institucionales

Los nuevos órganos e instituciones que se habían establecido mediante normas legales han sido incorporados a los Estatutos. Estos son: los Tribunales o Cámaras de Cuentas, los Consejos Consultivos, Los Consejos Económicos y Sociales, y los Consejos Audiovisuales. Finalmente los Estatutos han creado los Consejos de Justicia.

Se incorporan también un nuevo tipo de leyes semejantes a las leyes orgánicas estatales, los Decretos Legislativos y Decretos-Leyes autonómicos.

La STC 31/2010 ha considerado la legitimidad de las reformas institucionales; sin embargo ha declarado íntegramente inconstitucional el artículo del Estatuto de Cataluña relativo al Consejo de Justicia, el que calificaba como órgano de gobierno del Poder Judicial. El mismo fallo considera sin dificultad que las competencias de la Comunidad

Autónoma se limitan a la “administración de la Administración de Justicia”⁸⁴.

El TCE en la misma sentencia ha validado la constitucionalidad del Consejo de Garantías Estatutarias, excepción hecha del carácter vinculante de sus dictámenes en relación a los proyectos de ley del Parlamento que afecten derechos reconocidos por el Estatuto.

e) La Incorporación de derechos a los Estatutos

Uno de los grandes logros del Derecho Constitucional español, en el marco del desarrollo histórico del Estado Constitucional de Derecho, lo constituye el proceso de reformas estatutarias, a partir de la década del 2000, y entre ellas la inclusión de derechos en los estatutos de autonomía, particularmente los de carácter social. Un ejemplo de ello lo constituye la reforma del estatuto de la Comunidad Valenciana⁸⁵, la que estableció una Carta de Derechos, que motivó el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la STC 247/2007, que fue generadora de un intenso debate jurídico y que dividió a la doctrina constitucional.

La incorporación de derechos subjetivos en los estatutos es sumamente significativa para el avance en la vinculación de los poderes públicos autonómicos. Esta es una clara muestra que en la normatividad estatutaria se produce también el salto cualitativo de mera norma política, reguladora del ejercicio del poder a norma jurídica, vinculante de los poderes públicos.

Ahora bien, en la referida STC 247/2007, el Tribunal se pronuncia por la legitimidad de la inclusión de enunciados de

⁸⁴ Entendemos que la STC 31/2010, por sus efectos *erga omnes*, alcanza al art. 9º de reforma del reciente Estatuto de Autonomía de Extremadura, que establece la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Extremadura en la Administración de Justicia.

⁸⁵ Posición completamente diferente es la asumida por la reforma del mismo Estatuto de Autonomía de Extremadura, en cuyo art. 6.1. contempla que: *Los derechos fundamentales de los extremeños son los establecidos por la Constitución*

derechos en los Estatutos; sin embargo desnaturaliza a tales derechos vinculados con las competencias, negándoles el carácter de derechos subjetivos, en tanto no sean desarrollados por el Legislador y lo sean teniendo en cuenta las normas constitucionales, por lo que sólo cabría considerarlos jurídicamente como principios, orientaciones o mandatos, "con independencia de la veste con que se revistan"⁸⁶. La doctrina del Tribunal Constitucional, plasmada en el mencionado fallo ha sido reafirmada por la sentencia 31/2010.

El pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución, en expresión del Doctor Gregorio Cámara Villar, desustancializa con alcance general los derechos estatutarios vinculados con las competencias, en tanto no sean desarrollados por el Legislador, en armonía con la Constitución⁸⁷.

Sin embargo debe considerarse que tal como han sido definidos en los estatutos, según su estructura normativa son auténticos derechos subjetivos.

Pasamos luego a efectuar un recuento de los derechos incorporados en los estatutos de autonomía, los que según su contenido pueden ser clasificados del siguiente modo:

i) Derechos vinculados con materias sobre las que directamente inciden o pueden incidir derechos o libertades fundamentales. Entre éstos podemos citar: el derecho a la igualdad y particularmente entre varón y mujer, la prohibición de la discriminación por razón de género. Por su parte, el Estatuto Andaluz incorpora la protección contra la violencia de género.

⁸⁶ STC 247/2007, FJ 15 c)

⁸⁷ CÁMARA VILLAR, Gregorio. "Veste y Realidad de los Derechos Estatutarios", en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), número 151, Madrid, enero-marzo 2011, pp.57-107

Los derechos de participación política en los asuntos públicos están incluidos en todos los estatutos, con excepción en los de la Comunidad Valenciana

La extensión de ciertos derechos políticos a los extranjeros residentes es reconocida por el Estatuto de Andalucía, seguido por el de Aragón, aunque en forma más genérica.

Los estatutos catalán y andaluz consagran los derechos a vivir con dignidad el proceso de la propia muerte.

El derecho a la educación merece especial atención en todos los estatutos.

Una de las grandes novedades en esta generación de derechos es la incorporación del derecho a la protección de datos personales.

Los derechos de acceso a los servicios públicos, a documentos, archivos y registros públicos, así como a una buena administración también están consagrados en los estatutos.

ii) Derechos que desarrollan principios rectores de la política social y económica.

En esta segunda generación de derechos se contemplan los relacionados a la protección de la familia, de las personas menores de edad, personas mayores, y con discapacidad.

El derecho a la salud merece especial tratamiento en los estatutos. Asimismo los derechos relativos a los servicios sociales y el acceso a la vivienda.

Los derechos de los consumidores y usuarios, los relacionados con el medio ambiente y la cultura también han merecido un tratamiento adecuado.

iii) Otros derechos, como son: los derechos lingüísticos, derecho al agua, acceso a las nueva tecnología de la información y la comunicación;

El reconocimiento efectuado no queda allí, sino que los nuevos Estatutos dotan a tales derechos de las garantías específicas necesarias para lograr su efectividad, tanto en el plano normativo como en el jurisdiccional.

f) Aspectos Identitarios

Es indudable que una de las razones por las cuales el Constituyente optó por el modelo autonómico, además de su intención pluralista de la distribución territorial del poder, fue porque España integra dentro de su territorio realidades económicas y culturales diferentes.

Uno de los temas que más ha ocupado los escenarios políticos ha sido la definición de Cataluña como nación, en el proyecto de Reforma estatutaria de dicha comunidad.

El Tribunal Constitucional en la STC 31/2010 de 28 de junio ha establecido que carecen de eficacia jurídica interpretativa las referencias del Preámbulo del Estatuto de Cataluña a "Cataluña como nación" y a la "realidad nacional de Cataluña"

Los Estatutos de varias comunidades, en armonía con la Constitución de España, han definido como nacionalidades históricas a: Andalucía, Comunidad Valenciana, Islas Baleares y Aragón.

Resulta indudable, por tanto, la importancia del factor cultural, además de su vocación democrática y pluralista, para que el Constituyente haya optado por la autonomía, como forma de distribución del poder. Así, Jesús Prieto de Pedro, especialista en derechos culturales, sostiene que la Constitución española contiene una profusa *Constitución Cultural*, y que una parte fundamental de esa Constitución cultural es el reconocimiento y garantía, como pluralismo

cultural, de la multiplicidad de culturas de la sociedad española⁸⁸.

Este necesario reconocimiento se da en dos planos de carácter interno: el de la protección a los *pueblos de España* en el ejercicio de sus *culturas y tradiciones, lenguas e instituciones*; y el de la cultura española de carácter general.

El primero de ellos aparece mencionado en el preámbulo de la Constitución, en el que se emplea el término *cultura* en sentido antropológico, según el profesor Tierno Galván⁸⁹, pues menciona los contenidos principales de una cultura en sentido colectivo: lenguas, tradiciones e instituciones. Estos contenidos se completan con la previsión del art. 46º referido a la posesión del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España.

Sobre el primero de ellos se sustenta el reconocimiento de las autonomías a favor de las *nacionalidades y regiones* que realiza el art. 2º. Esto quiere decir que, por mandato constitucional, el Estado Central cede parcelas de poder a favor de las Comunidades Autónomas, a las que reconoce el derecho a autogobernarse.

Como se aprecia, la cultura es, en este precepto, una de las principales características que la Constitución ha tomado en cuenta para delimitar el concepto de Comunidad Autónoma. Lo cultural designa aquí a los valores, en el orden simbólico y comunicativo, compartidos por dicho grupo humano y que se han generado a través de su experiencia de vida en común.

Debe destacarse que, en este régimen de autonomía, la cultura es uno de los ámbitos competenciales más plenos que

⁸⁸ PRIETO DE PEDRO, Jesús. "Unidad y pluralismo cultural en el Estado autonómico", en *Documentación Administrativa: El Estado Autonómico Hoy*, Nros. 232-233, Octubre 92-Marzo 93. Instituto Nacional de Administración Pública, pp.33-56.

⁸⁹ GALVÁN, Tierno, citado por PRIETO DE PEDRO, Jesús, "Unidad y pluralismo cultural en el Estado autonómico", en *Documentación Administrativa: El Estado Autonómico Hoy*, Nros. 232-233, Octubre 92-Marzo 93. Instituto Nacional de Administración Pública, pp.33-56.

pueden disfrutar las comunidades autónomas, pues el art. 148.1.17 garantiza una competencia global sobre el "fomento de la cultura".

El otro plano cultural identitario a que se refiere la Constitución, es la cultura española común. Está implícito que la nación española, como nación cultural, es preexistente a la Carta. Así, el Art. 149.2 C.E., sanciona que el Estado considerará *el servicio de la cultura* como deber y atribución esencial.

Según muestran los antecedentes parlamentarios y su precedente histórico, la Constitución de 1931, ese precepto lo que busca es valorizar la cultura española común y fijar un garante primario de ella, el Estado, en orden a su preservación y desarrollo.

Consecuente con la íntima vinculación entre los dos planos culturales identitarios, que no son de atribución exclusiva del ente central o de los entes autónomos, la Carta de España establece que el fomento de la cultura es un asunto confiado paralelo y simultáneamente al Estado y a las Comunidades Autónomas. Se trata de una forma excepcional, sin parangón en ninguna otra materia, de regulación constitucional.

En relación con esa inescindibilidad competencial, el art. 149.2 consagra, siguiendo los postulados de las más avanzadas corrientes sociológicas, la "cláusula de interculturalidad", como la denomina Prieto de Pedro, estableciendo que *"el Estado facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas"*.

De esa relación intercultural dimanará la contribución de las comunidades a la cultura común, enriquecerá la cultura común española, entendida ésta como un núcleo básico que hermana a los pueblos de España, pero de ninguna manera como

una "unidad impulsora de una cultura uniforme y negadora de la diversidad cultural"⁹⁰.

En fin, ésta es la realidad, que sobre identidades, confrontan los países y pueblos de Europa y Latinoamérica, particularmente España y Perú, y la forma en que sus sistemas jurídicos pueden convertirse, y de hecho se convierte en España, en vehículo de transformación social hacia el desafío de la interculturalidad.

Sin embargo, desde una perspectiva mayor, debemos tener en cuenta que la propia identidad local se construye actualmente con la dinamicidad que la caracteriza, en un espacio planetario, quiérase o no. Ninguna cultura, por evolucionada que sea, puede desarrollarse aisladamente. De allí el rostro multiforme de la cultura a escala universal, formado por los cientos de rostros de las culturas nacionales y étnicas.

En estos momentos, en la era de la globalización, la humanidad debe desarrollar una conciencia de dimensión planetaria, conformada por un núcleo básico de lo que en común tiene la humanidad. Aquí surge una interrogante ¿cómo conciliar una conciencia planetaria (que presupone una forma de asumir lo universal), con la peculiaridad que, por su parte, supone la afirmación de la propia identidad cultural?

Una conciencia planetaria es comunión en, y con valores universales que nos unen (derechos humanos). Sin embargo, no podemos unirnos, estar en comunión con otros, si sufrimos de *alienación* de nuestro propio ser cultural. Por ello, la conciencia planetaria en cada ser humano, sólo puede darse de manera más plena desde el asentamiento en las propias raíces. Aparentemente se trata de dos cuestiones contrapuestas: por una parte la afirmación de la propia identidad cultural, y

⁹⁰ PRIETO DE PEDRO, Jesús. "Unidad y pluralismo cultural en el Estado autonómico", en *Documentación Administrativa: El Estado Autonómico Hoy*, Nros. 232-233, Octubre 92-Marzo 93. Instituto Nacional de

por otra, el tener una visión universal en la que se asume la diversidad de las culturas, como un tesoro común del conjunto de la humanidad. "He aquí el desafío de integrar esta polaridad: conciencia de dimensión planetaria e identidad cultural"⁹¹.

En efecto, la globalización articula de manera compleja lo global y lo local. Esto se debe al contraste entre la extensión global del consumo, la producción y las comunicaciones, y la dimensión territorial e identitaria propia de lo local; pero a su vez, a la necesaria adopción de un rol activo desde los espacios locales en la dinamización del desarrollo e integración al mundo global.

La globalización no es pues, tan sólo un proceso económico, sino que tiene un fuerte componente cultural, a través de lo que significa el intenso intercambio de múltiples formas y contenidos de información. Lo local y lo global mantienen hoy relaciones intensas en las que unas veces se complementan y en otras se enfrentan. Así se establecen relaciones entre localidades absolutamente lejanas, impensables en otros momentos de la humanidad. Pero también se mantienen costumbres, modos de vida, de producción y consumo, que nada tienen que ver con una visión globalizada de las relaciones sociales y económicas. Lo local sigue siendo un espacio privilegiado para la dinámica de instituciones como los grupos de amigos, la familia, la escuela o la iglesia, los talleres artesanales, y en muchos casos, las organizaciones vecinales.

Esta presencia vital en el espacio local es tanto así en los ámbitos metropolitanos, como en los propiamente locales, en la especificidad de lo urbano; pero con mayor razón, en

Administración Pública, pp.33-56

⁹¹ ANDER-EGG, Ezequiel. "La problemática de la identidad cultural" en *Las políticas culturales en América Latina: Una reflexión plural*. Ediciones APPAC (Asociación Peruana de Promotores y Animadores Culturales). Lima-Perú, 1989, pp.15-44..

los habitantes de lugares distantes de las principales ciudades o centros urbanos, los cuales poseen una visión fuertemente localista como punto de arraigo con la realidad.

De tal manera que, si bien el ciudadano puede ser un *ciudadano del mundo*, por tanto muy cosmopolita o globalizado, él se inscribe en lo cotidiano, en una realidad determinada que lo modela y lo enriquece, con una cultura y un espacio geográfico que le otorgan identidad. "Su carácter global es en realidad *virtual*, su carácter local es *real*"⁹². El ciudadano tiene un vínculo muy activo con temas tales como los derechos de la persona, las obligaciones sociales, la justicia, la equidad, la igualdad, el poder político; y así forma sus propias concepciones sobre ellos, según el mundo cultural que existe en los espacios locales, con sus propios valores y elementos culturales. La globalización debe pues interactuar con las realidades locales. Ella no puede prescindir de la multiplicidad y la diversidad, y su actuación por tanto no debe ser dominante.

La identidad se preserva así en la diversidad cultural. No necesariamente lo global destruye lo local, a veces, por el contrario, como productor de diversidad confirma las identidades que se nutren de las relaciones con el otro⁹³.

EN CONCLUSIÓN, el reconocimiento de la identidad cultural, como derecho humano de tercera generación, se gesta en los pueblos en vías de desarrollo, en la era de la transmodernidad, como uno de los contrastes que caracterizan a la globalización, entre lo ecuménico y lo local: "el proceso de globalización es altamente contradictorio y dispar, y combina procesos de homogenización o uniformación

⁹² ZOLEZZI, Mario. "Globallocal: Realidades locales en un mundo globalizado", en revista *Cuestión de Estado, Dict.* 98, Lima-Perú, pp.33-37.

⁹³ TOURAINE, Alain, *¿Podremos vivir juntos? La discusión pendiente: El destino del hombre en la aldea global*. FCE, México, 1998, p. 10.

con diversidad local, identidad nacional y étnica”⁹⁴. Sin embargo, es preciso remarcar que este derecho humano se sustenta en un concepto amplio de *cultura*, propio del Estado Constitucional, en el que no hay dimensión humana que escape de él, menos la jurídica.

En la actualidad, no hay ciencia fundamental del Derecho, Sociología Jurídica, Iusfilosofía y Dogmática Jurídica, en la que no halle sustento la identidad cultural, por su consustancialidad con el ser humano. Su dimensión no es sólo estadual, mediante su reconocimiento por los textos Constitucionales de buen número de países multiculturales del orbe; sino sobre todo universal, a través de su consagración en numerosos instrumentos internacionales, acorde con el principio de internacionalización de los derechos humanos. Sin duda alguna, el más representativo de estos documentos es la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (2001), que consagra la dignidad de todas las culturas, y que tiene como mira humanizar la globalización.

Debe considerarse, sin embargo, que la identidad cultural no se forma aisladamente, sino en relación con otras culturas, en un proceso sumamente dinámico. Es preciso recordar que la identidad sólo encuentra sentido respecto *al otro*. Esas relaciones, según se puede advertir, se vienen dando en su doble enfoque estático y dinámico, en dos ámbitos y niveles que se entrecruzan:

- a) Primer nivel (*enfoque estático*): reconocimiento constitucional de la pluriculturalidad, en países que

⁹⁴ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *La globalización del Derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA. Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1998, p.55

en efecto lo son, como lo hacen la mayoría de Constituciones Latinoamericanas: ámbito interno; Reconocimiento de la identidad cultural, y por consiguiente, de la pluriculturalidad, en la mayoría de instrumentos internacionales sobre la materia: ámbito internacional.

- b) Segundo nivel (*enfoque dinámico*): fomento de las relaciones interculturales, a través de una cláusula constitucional de interculturalidad, como el art.149.2 de la Constitución de España: ámbito interno; Fomento del diálogo intercultural, mediante instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (2001): ámbito universal.

Cuadro de las Expresiones del Derecho Humano a la Identidad Cultural		
Niveles	Ámbito Externo	Ámbito Interno
1º Nivel (Enfoque Estático)	Reconocimiento de la Identidad Cultural y de la Pluriculturalidad en los instrumentos internacionales sobre la materia.	Reconocimiento de la Identidad Cultural y de la Pluriculturalidad en la mayoría de Constituciones Latinoamericanas.
2º Nivel (Enfoque Dinámico)	Fomento del diálogo intercultural: Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (2001).	Fomento de las relaciones interculturales (Cláusula de Interculturalidad): art.149.2 de la

		Constitución de España.
--	--	-------------------------

Cuadro N° 1. Fuente: Elaboración Personal

Es pues primordial, en estos momentos, el desarrollo de una autoestima cultural equilibrada, sustentada en relaciones de horizontalidad y fomentadas por el reconocimiento constitucional del pluralismo cultural, en países que en efecto lo sean.

Sin embargo, es necesario avanzar hacia la interculturalidad, propiciada desde la misma Constitución, que se convierte así en el dínamo cultural que propicie la solidaridad entre las culturas, al interior de los Estados. Mas, en la era de la globalización, esto no es suficiente, el diálogo entre las culturas del mundo es de vital importancia para preservar la paz, la solidaridad y la concordia entre los seres humanos. Entablar este diálogo, teniendo en cuenta las diferentes valoraciones culturales de Oriente y Occidente, no es tarea fácil; así la interculturalidad se convierte en un desafío que debe enfrentar toda la humanidad.

CAPÍTULO II

EL ESTADO Y EL DERECHO EN LA TRANSMODERNIDAD

En la Edad Media, como es sabido, entre los siglos XIII y XVI, fueron emergiendo del seno del feudalismo los trazos fundamentales del Estado Moderno. En su acepción actual, el término Estado se usó a partir del Tratado de Wetsfalia de 1648.

“A partir del Renacimiento, en el continente europeo, las poliarquías que hasta entonces tenían un carácter impreciso en lo territorial y cuya coherencia era débil e intermitente, se convierten en unidades de poder continuas y reciamente organizadas, con un solo ejército que era además permanente; una única y competente jerarquía de funcionarios y un *orden jurídico unitario*. A consecuencia de la concentración de los instrumentos de mando militar, burocrático y económico, en una unidad de acción política, surge aquel *monismo de poder*, relativamente estático, que diferencia, de manera característica, al Estado de la Edad Moderna del territorio medieval”⁹⁵.

El tránsito del feudalismo al Estado Moderno, durante el periodo comprendido entre el fin de la Edad Media y la época del Renacimiento, fue un fenómeno de desplazamiento de funciones o actividades fundamentales para la vida de la comunidad, de las manos de los señores a las de un *poder unificado*.

Según De Vergottini⁹⁶, el origen del Estado Moderno se encuentra en el proceso de institucionalización del poder político -que se produjo luego de una lenta evolución en el área europea-, que significó un proceso de limitación del poder absoluto del soberano y la consiguiente racionalización del poder, culminando en las revoluciones inglesa (1689), norteamericana (1776) y francesa (1789).

La aparición del Estado moderno tiene pues un hondo significado histórico, y se constituye en un gran salto cualitativo en la organización del poder, que hasta ese momento, venía siendo detentado en forma absoluta por el soberano, el cual, en no pocas ocasiones, cedía a la

⁹⁵ HELLER Hermann. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México, 1942, p. 149.

⁸⁴ DE VERGOTTINI Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*. Espasa-Calpe S.A. Madrid 1983, p.90

tentación de caer en el despotismo, en desmedro de los derechos de los súbditos.

Así configurado el Estado moderno, se le puede definir, en un sentido amplio, como un conglomerado social, política y jurídicamente constituido (población), asentado sobre un territorio determinado, sometido a una autoridad que se ejerce a través de sus propios órganos, y cuya soberanía es reconocida por otros Estados.

De la evolución histórica del Estado, hasta la nítida delineación de sus contornos en la modernidad, se destaca ampliamente el componente unitario: unidad territorial en la que se asienta la población, monismo y centralidad del poder-que, de concebido en la Edad Media como posesión privada se convierte en propiedad pública-, el cual se ejerce soberanamente sobre el elemento territorial y poblacional; y exclusividad de la función pública, la que se ejerce a través de sus propios órganos.

La Modernidad intentó borrar las diferencias con el objetivo de crear una sola humanidad, formada por hombres libres e iguales, y ello implicaba oposición a la diversidad cultural y las autonomías regionales. Esta vocación universalizante está mejor encarnada por Emmanuel Kant, quizá el teórico más importante del nuevo Estado de Derecho, quien plantea que *la sociedad humana es una sola, y las **diferencias culturales no son sino aspectos anecdóticos***. La organización social, según Kant debe plantearse como una sociedad de hombres libres e iguales, sujetos todos a las mismas leyes, sin diferenciaciones. Así, plantea un Derecho universal que, por encima de las diferencias entre personas, grupos sociales o culturas, pueda establecer una paz perpetua⁹⁷. Estos planteamientos no han sido abandonados del todo, sino que,

⁹⁷ KANT, Emmanuel, *The Methaphysical Element of Justice: Part I of the Metaphysical of Morals*, Bobbs-Merrill, USA, 1965, p.125.

como analizaremos en el presente capítulo, han sido retomados, en parte, en la postmodernidad, por el gran jurista Hans Kelsen y su discípulo Jürgen Habermas, cuyas propuestas cobran mayor auge en la transmodernidad.

En contraste, la postmodernidad es la búsqueda de un orden social no lineal, dinámico, que no sacrifica la diversidad, sino que pone especial atención a las diferencias de todo tipo: de lógica y de discurso, de valores estéticos, de visiones del mundo. Pero, al mismo tiempo, el pensamiento postmoderno no es un mero atomismo, no es una vuelta al mundo premoderno de la particularidad. Muestra también una preocupación por lo ecuménico; y, sin perder la diversidad, busca armonizar las partes con el todo. Es pues la era de los contrastes, como analizábamos en el I Capítulo, en la que se combinan procesos de homogenización o uniformación con diversidad local, identidad nacional y étnica.

Pero, particularmente, nos explica Luís Fernando Coelho: “en un contexto dominado por la globalización, la revolución tecnológica de la información, la victoria del capitalismo neoliberal y la afirmación del fin de la historia, nuestras concepciones tradicionales acerca del Derecho, el Estado, la justicia, el conocimiento jurídico mismo y el papel que juegan los operadores jurídicos deben ser repensados”⁹⁸.

El desarrollo de las ciencias sociales hoy gira en torno a un trinomio: *información, globalización, modernidad y posmodernidad*.

La importancia de la información hoy en día es innegable, en tanto se considere su propagación geométrica gracias a otro factor característico de la era actual: el desarrollo de la informática y la cibernética. Por ello, la información

⁹⁸ COELHO, Luís Fernando, Universidad Paranaense (Brasil). “La transmodernidad del Derecho”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez N° 35-2001: Orden económico internacional y derechos fundamentales*. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2001, pp.151-160.

constituye uno de los pilares de las ciencias sociales, junto a la globalización y la modernidad o posmodernidad.

Pero, ¿qué es en realidad la globalización, y cuál su detonador? Como tal, la globalización se produce gracias a la expansión de la información, teniendo en cuenta, que quien la posee, determina los parámetros y criterios de su difusión; y por tanto, detenta el "poder" del saber y la tecnología. La globalización podría definirse, entonces, -y como lo señala Coelho- como la "estandarización de la cultura", a niveles que sobrepasan los límites geográficos. En contraste, no debemos perder de vista que lo local sigue siendo un espacio privilegiado para lo cotidiano, entorno que modela a la persona y le otorga identidad.

Otro factor, determinante en el desarrollo de las ciencias sociales, es la modernidad, y la misma, como movimiento conceptual, se caracteriza históricamente por la revolución industrial; un proceso transformador -en todas las esferas-, cuyo protagonista era la máquina. En otra etapa histórica, la modernidad entrará en conjunción con la llamada revolución cibernética (control de la información), en la cual, la labor de control del hombre hacia la máquina se traspasa a otra máquina. De esta manera nace la posmodernidad.

Pero, ¿qué es la transmodernidad? Este vocablo fue acuñado, inicialmente, por Luís Alberto Warat, refiriéndose al paso, de la posmodernidad, a otro período histórico de características aún imprecisas. Sin embargo, la transmodernidad implica también, la interacción de la posmodernidad con los otros dos elementos: información y globalización⁹⁹. Enriqueciendo el concepto, podemos añadir

⁹⁹ COELHO, Luís Fernando. "La transmodernidad del Derecho", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez: N° 35-2001: Orden económico internacional y derechos fundamentales*. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2001, pp.151-160.

con Coelho ciertas particularidades a esta idea maleable de transmodernidad:

1. En ella, el tiempo pasa a ser un concepto global que implica el pasado, el presente y el futuro, condensados en la esencia del hombre, artífice de su propia historia. El tiempo transcurre en aceleración progresiva, a la velocidad de los avances tecnológicos y descubrimientos.
2. Así como la noción de tiempo va perdiendo sus rebordes clásicos, de igual manera, el mundo va dejando atrás los referentes tradicionales; los cuales toman, poco a poco, un matiz anacrónico. Ello se debe, en gran parte, al nuevo espacio en el que se sitúa el hombre -social, político, ideológico y hasta jurídico-, lejos de su contexto natural. El hombre es ahora un ciudadano del mundo.
3. Un tercer aspecto, decisivo en esta concepción es, como postula Coelho, "la idea del fin de la historia", entendiéndose la historia -filosóficamente hablando-, como una búsqueda y evolución espiritual. En esta nueva era, los Estados Nacionales superviven como una organización social, pero con un nuevo componente, el de una sociedad estandarizada. En esta sociedad, sus miembros pierden interés en los valores trascendentes, para dirigirse hacia la felicidad material.

En este contexto, el Estado y el Derecho no son los mismos que los de la Modernidad, sino que se presentan ahora con características diferentes, propias de esta nueva etapa histórica.

¿Cómo repercute la transmodernidad en el Estado y en el Derecho?, ¿cuáles son los rasgos que caracterizan en la actualidad a estas inseparables categorías y los diferencian del Estado y el Derecho en la Modernidad?, ¿cuál es el nexo

de unión entre estos cambios y las nuevas corrientes jurídicas?

Luego de un atento análisis, podemos advertir los efectos de la globalización, en el Estado y el Derecho, en dos ámbitos: externo e interno; y en tres niveles: estructurales o de contenido, formales, y pragmáticos, como analizaremos a continuación.

1. CRISIS DEL MODELO ESTATAL MODERNO

Retrocediendo a la modernidad, encontramos que en esta época se hizo necesaria una concepción férrea de soberanía. Los nacientes Estados debían usar todo su poderío material para construir y garantizar su supremacía y unicidad. Ello implicaba el rechazo a lo extranjero, así como la eliminación de los oponentes al nuevo orden, en el manejo interno; y la consolidación de un Estado imperialista, en el ámbito externo¹⁰⁰.

Volviendo al aspecto interno, la soberanía estaba asociada con la idea de sujeción absoluta al Estado, el cual resultaba omnisciente y dogmático frente a los individuos.

Fuera de los límites de cada país, externamente, la soberanía implicaba el respeto incuestionable a cada Estado, sin opción a intrusiones, de tal manera que éstos se convertían en una especie de reductos infranqueables. Sin embargo, si se ponía en duda este acatamiento se producía la guerra, que a la postre, era una lucha de soberanías. En un plano de igualdad, y con ánimo conciliador, se suscribían los tratados; nunca se consideró la idea de una administración supranacional.

En la actualidad, la globalización ha generado una serie de cambios en el concepto de soberanía y poder estatal, y

¹⁰⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, 3ª Edición. Editorial Trotta. Madrid-España, 1999, p.10.

estas modificaciones han alcanzado no sólo a los países en desarrollo, si no también a los ya afianzados, democrática y económicamente.

Con el surgimiento de temas de interés universal, tales como el medio ambiente, el terrorismo, los cárteles y crimen organizado, tecnologías de información y demás, en el ámbito externo, los Estados necesitan ceder parte de su soberanía. Internamente, y en contraste con este fenómeno internacional, los grupos tienden a retrotraerse, protegiendo su particular identidad, sea de índole religiosa, cultural, étnica, etc. La globalización es, entonces, un proceso de efectos antinómicos.

En efecto, si lo analizamos externamente, el mundo está constituido en la actualidad por 194 estados, 18,000 organizaciones no gubernamentales -supranacionales-, dedicadas a asuntos científicos, humanitarios, culturales, económicos, políticos, etc. Además, se cuentan 2,000 organizaciones intergubernamentales.

Ahora, si nos detenemos en el espacio interno de los Estados, se calculan formalmente 5,000 grupos étnicos en todo el mundo (datos de la ONU), de manera extraoficial, especialistas en el tema afirman que son 10,000 las agrupaciones -de diversa índole, no sólo étnica- que comparten intereses, sobrepasando en algunos casos, los límites territoriales.

La influencia de la globalización llega también, por supuesto, al aspecto económico; y el mismo está marcado por la existencia de instituciones internacionales de amplio -y determinante- espectro, que rompen con el esquema económico clásico, en boga en el siglo pasado y que tenía como único personaje al Estado. Instituciones como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) o la Organización Mundial de Comercio (OMC), son prueba de ello.

Es necesario acotar que este nuevo orden económico caracterizado por la pérdida de control estatal, no es equivalente en todos los países, regiones o sectores; en menor o mayor grado, afecta tanto a países en vías de desarrollo, como a las llamadas potencias económicas.

Con ello no se pretende afirmar que haya desaparecido la idea de *economía nacional*, pero la nueva situación está provocando una clara disminución de la autonomía estatal en la esfera de la política económica, y con ello se produce un alejamiento entre la existencia de una comunidad política capaz de determinar libremente su propio futuro, y la dinámica impuesta por la actual economía mundial.

En relación con lo anterior, se produce el debilitamiento del Estado de Bienestar, con el recorte de los derechos económicos, sociales y culturales en el texto constitucional, en el que se incrementa el número de normas programáticas.

Retomando el aspecto político, la soberanía estatal es cuestionada por la importancia de tomas de decisión supranacionales, en las cuales el Estado es un individuo más en las negociaciones y resolución de diferencias políticas; tanto así, que en estos momentos resulta difícil encontrar una soberanía que lo sea realmente. Las comunicaciones espaciales a través de agentes ajenos al Estado hacen perder sentido a la existencia de las fronteras. El Estado pasa a compartir roles en la solución de conflictos políticos y de interés general, perdiendo así su protagonismo unitario.

Todo lo expuesto, como ya lo anotamos, implica necesariamente un cambio radical en el concepto de *soberanía* que hasta ahora ha tenido vigencia, como poder absoluto y sin ligazones a ningún otro poder. La soberanía absoluta, reforzada por los límites fronterizos inalienables, hoy en día está resultando anticuada; y esto se justifica por la necesidad imperiosa de solucionar temas de interés universal,

y que requieren la intervención de la comunidad internacional. Un ejemplo es el asunto de la ecología y el medio ambiente, que por su importancia mundial, requiere acciones transnacionales para su conservación en pro de la humanidad.

La tecnología ha jugado un papel importante en este cambio. La masificación de la información, antes controlada hegemónicamente por el Estado, ha permitido la maleabilidad de la opinión ciudadana, anteriormente conducida por el Estado, poseedor de la información.

De otro lado, la solución de problemas relacionados con la ecología y el medio ambiente, que por su propia naturaleza tiene un carácter global o planetario, exigen acciones transnacionales (Declaración de Río de Janeiro, el Protocolo de Kyoto, etc.).

Este intercambio de información ha influido también en otro aspecto primordial: la cultura, hoy globalizada.

Cierto es, como analizábamos en el I Capítulo, que la propia identidad local se construye, actualmente, en un espacio planetario. Ninguna cultura, por evolucionada que sea, puede desarrollarse aisladamente. En la era de la globalización, la humanidad debe desarrollar una conciencia de dimensión planetaria, conformada por un núcleo básico de lo que en común tiene la humanidad, valores universales que nos unen (derechos humanos).

Pero a su vez, lo local sigue siendo un espacio privilegiado para lo cotidiano, realidad que modela a la persona y le otorga *identidad*. "Su carácter global es en realidad *virtual*, su carácter local es *real*"¹⁰¹.

Por consiguiente, podemos decir que la globalización afecta cada uno de los aspectos de la vida del ser humano,

¹⁰¹ ZOLEZZI, Mario. "Globallocal: Realidades locales en un mundo globalizado", en *Revista Cuestión de Estado*. Diciembre 1998, Instituto de Dialogo y Propuestas. Lima-Perú, pp.33-37.

llámense político, social, cultural; de manera individual o grupal. Ello significa el quiebre del modelo estatal clásico, sumido en una indiscutible mutación. Lo que queda por dilucidar es si esta crisis va a desembocar en una progresiva extinción. El panorama es complicado, aunque se puede afirmar que el centro de este nuevo orden no lo van a constituir ya los Estados, sino las instituciones transnacionales. Es más, los Estados vienen formando bloques en Europa, Asia, América para integrarse a la globalización.

En este camino sinuoso, se hace inevitable quitar al Estado su carácter sagrado. La democracia es, ante todo, lo fundamental; y si bien es cierto, el Estado es en este momento la institución fundamental en la que se asienta la democracia; sin embargo frente al actual estado de cosas, es necesario estructurar una democracia global, más allá de los propios Estados. Ese es uno de los grandes retos de la Teoría Política y del Derecho Público en el momento presente¹⁰².

Luego de estas consideraciones, es legítimo preguntarse por el futuro de los Estados. La consecución de una respuesta lleva consigo el análisis de diferentes alternativas, entre ellas:

1. La reposición de un Estado férreo, con características nacionalistas, que pueda enfrentar el poder global de los entes transnacionales; alternativa imposible, dadas las circunstancias.
2. Una segunda opción, partidaria del neoliberalismo, implicaría la rendición de los Estados al sistema global, lo cual devendría en su desaparición, y la preponderancia de las multinacionales y los intereses económicos; alternativa riesgosa.

3. Por último, una solución lógica consistiría en la adaptación de los Estados a este nuevo orden, conforme al cual, estos sobrevivirían con un poder modificado. Este nuevo orden se iguala a una red intrincada, en la que los Estados sólo son partes.

Consideradas estas disyuntivas, se impone examinar si estas variaciones atraerán una situación política de inseguridad, la misma que en la modernidad supuso la consolidación de la soberanía. Zagrebelsky nos dice que “la respuesta está contenida, precisamente, en lo que llamamos Estado Constitucional y en la transformación de la soberanía que él mismo comporta”¹⁰³.

La importancia de esta nueva figura política es que desemboca en un nuevo plano de relaciones interestatales, en las que la soberanía del Estado es reemplazada por la de la Constitución. Bajo esta luz, la idea de una Constitución internacional no resulta descabellada.

Sin embargo, no debe esperarse que la soberanía de la Constitución importe, la creación de un nuevo centro de emanación de fuerza concreta que asegure la unidad política estatal, pues se estaría negando su propia vocación pluralista, rasgo característico del Estado Constitucional.

Un Estado constitucional, así como la sociedad, requieren, en su estructuración, de elementos ideales y fácticos. Aunque, en la realidad no hay Estado que haya alcanzado este nivel, es a esta situación que se busca llegar.

La soberanía popular, es uno de estos factores indispensables, entendiéndose que es el Estado el obligado a

¹⁰² JÁUREGUI, Gurutz. “Del Estado nacional a la democracia cosmopolita” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* N°36-2002: *El Derecho de una democracia cosmopolita.*, Edit. Universidad de Granada-España, pp.127-150.

¹⁰³ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit., p.12.

cumplir con la voluntad del pueblo, reforzando para ello, sus canales de comunicación. Un segundo elemento lo constituye la dignidad humana; en sí, el más importante de todos, tomando en consideración que implica el respeto a los derechos universales y a la identidad de cada grupo. El Estado, en este contexto, debe constituirse en uno de Derecho, que cumple con la división de poderes, el respeto a los derechos fundamentales, y con la apertura hacia toda manifestación de cultura. "En este marco, la constitución deviene en una especie de contrato, delimitado por valores y fines educativos. Todos estos principios se incorporan en una democracia ciudadana regida por el pluralismo"¹⁰⁴.

En el camino andado hasta esta aseveración, volvamos ahora al punto que consideramos a inicios de este capítulo: los tres elementos del Estado en la Modernidad. Ellos eran el pueblo, el poder y el territorio; nunca la Constitución. En la Transmodernidad ha de buscarse el modo de incorporar este acuerdo soberano esencial, como elemento del Estado.

Pero, ¿por qué esta necesidad? Pues, porque la Constitución es parte de la cultura, y la actual Teoría del Estado debe estar estructurada en base a la cultura. Entonces, la Constitución, como parte de la cultura, debe establecerse como un cuarto elemento del Estado, mientras que los otros tres deben orientarse por ese rumbo. Así se explica como Häberle, en su trabajo *La Protección Constitucional y Universal de los bienes culturales*, arriba a la conclusión que el nuevo cuarto elemento del Estado es la "cultura"¹⁰⁵. En tanto que para Pablo Lucas Verdú existe una

¹⁰⁴ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo Editorial. Lima-Perú, 2003, p.1.

¹⁰⁵ HÄBERLE, Peter. "La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 54, Setiembre-Diciembre 1998. Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Madrid-España, pp. 11-38.

relación intrínseca entre la cultura, los valores y el Derecho Constitucional¹⁰⁶.

En esta contingencia, podemos destacar los artículos culturales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Este tiene una proficua previsión respecto a los elementos culturales, tales como: la cultura, diversidad cultural y patrimonio cultural.

El art. 6° del Tratado contiene el principio de subsidiariedad en materia cultural, al establecer que la acción de la Unión es de apoyo y complementariedad a las políticas nacionales¹⁰⁷

El art. 167° contiene los principios relativos a la política cultural, en una doble perspectiva: material y procedimental.

Así el primer párrafo del art. 167 engloba tres mandatos: *contribuir al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, respetar la diversidad cultural nacional y regional y poner de relieve el patrimonio cultural común*". En esta previsión normativa se destaca la unidad en la diversidad.

El segundo apartado del numeral 167° contiene los ámbitos de intervención de la acción comunitaria, en aras de mejorar: a) el conocimiento y difusión de la cultura e historia de los pueblos europeos; b) la conservación y protección del patrimonio cultural europeo, y c) los intercambios culturales sin fines comerciales.

En su tercer párrafo el artículo 167° del Tratado contiene una invitación a la Unión y a los Estados miembros a fomentar la cooperación con otros países y con las

¹⁰⁶ LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Dykinson, Madrid-España, 1997, p.39.

¹⁰⁷ La subsidiariedad es un principio según el cual la Unión, salvo en sus ámbitos de competencia exclusiva, sólo interviene en la medida en que su acción sea más eficaz que una intervención a nivel nacional, regional o local.

organizaciones internacionales competentes en el ámbito de la cultura.

Finalmente un cuarto apartado del art. 167° destaca el carácter transversal de la cultura en otras acciones comunitarias con el fin que en la legislación comunitaria se consideren los aspectos culturales.

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene el mismo valor jurídico que los tratados, por establecerlo así el Tratado de Lisboa, contiene desde el preámbulo previsiones de índole cultural. Así en su tercer apartado afirma: *La Unión contribuye a defender y fomentar los valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos a escala nacional, regional y local.*

El respeto de la Unión de la diversidad cultural, religiosa y lingüística está contenida en el art. 22°. De este modo, el elemento cultural, se ha convertido en un elemento clave de las acciones comunitarias.

Pero hablando de elementos, el territorio del Estado no es uno inerte, es un espacio cultural en movimiento, no desfasado, como podría pensarse a raíz del surgimiento de los grandes mercados y de una comunidad comunicativa de alcance global. En un Estado constitucional de tintes universales, el territorio es un elemento sustancial que no puede permanecer inalterable. En una especie de simbiosis, el concepto de territorio y frontera, hoy diluida por parámetros globalizantes, genera un retorno a lo íntimo, a lo regional; lo pequeño se alimenta de lo externo, y con ello, reafirma su identidad. Los diferentes grupos étnicos exigen sus derechos como minoría, y el regionalismo toma proporciones importantes en la estructura estadual.

Podríamos decir, entonces, que el ser humano requiere del territorio para reafirmar su identidad cultural (espacio), y su singularidad, históricamente hablando (tiempo).

En fin, "el territorio es una base valiosa del Estado constitucional, no sólo del Estado; es un pedazo de la Constitución como cultura"¹⁰⁸.

¿Cómo debe ser entonces la Constitución? En un Estado constitucional este documento tiene que ser plural, y en pro de la consecución de este reto, debe superar ciertos escollos en tres ámbitos: el nacional, el regional y el global (comunidad de naciones).

En lo **nacional**, la transmodernidad y el Estado constitucional que es una expresión de ella, demandan el abandono del Estado nacional clásico. En su lugar, se propende a uno de rasgos pluralistas, en el que se respete, proteja e incluya a las minorías étnicas, culturales y/o religiosas. Este es un objetivo que requiere andar un camino turbulento, pero necesario.

En cuanto a lo **regional**, los logros serán una consecuencia de lo anterior. Mientras impere la pluralidad cultural, teniendo como premisa el respeto a los derechos humanos y ciudadanos y la división de poderes, el Estado se convierte en una entidad flexible, diversa; capaz de soportar una regionalización efectiva.

Es entonces el Estado constitucional una construcción dialéctica, en la que el reconocimiento local y la inclusión, son producto obligado de lo exterior, del movimiento universal de naciones agrupadas en una comunidad (**global**). Al respecto, Vogel nos habla de un Estado abierto y un Estado constitucional cooperativo, como conceptos claves en la etapa actual de desarrollo del ente estatal. Ejemplo de esta apertura lo constituye la Unión Europea, cuyos Estados

miembros contradicen el carácter absoluto de la soberanía estatal.

Los pactos internacionales de derechos humanos y sus equivalentes regionales, tales como la Convención Europea de Derechos Humanos o la Convención Interamericana de Derechos Humanos son parte de dicha apertura.

Concluyendo, Häberle nos dice que "hoy se anuncia una '*comunidad universal de los Estados constitucionales*', pensamos que desde un punto de vista '*cosmopolita*', en el sentido de I. Kant. El condicionamiento supraestatal del Estado (W.V. Simson), pero también el condicionamiento estatal de lo supraestatal, se vuelve tangible, tanto en lo próximo como en lo lejano"¹⁰⁹. Este es, pues, el Estado de la Transmodernidad.

2. EL DERECHO EN LA TRANSMODERNIDAD

Si en los siglos XVII y XVIII se vivió el absolutismo y el despotismo ilustrado respectivamente; el siglo XIX se caracterizó por ser el siglo del "Estado de derecho", cuyo valor fundamental era la eliminación de la arbitrariedad. En este sentido, se busca la no afectación de los derechos de los individuos, cuestionando a la Administración en un estado de derecho. La evolución de esta nueva forma estadual invertirá gradualmente la relación entre poder y Derecho.

Se trata de un concepto "abierto" de Estado, el cual se habría podido aplicar a cualquier contexto en que se suprimiese la posible arbitrariedad pública y/o privada, y se garantizase el respeto a la ley. Esta era la característica del Estado Liberal de Derecho, un Estado Legislativo que se afirma a sí mismo a través del principio de legalidad.

¹⁰⁸ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*, Op. Cit., p. 27.

¹⁰⁹ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*, Op. Cit., p. 30.

El Estado liberal de derecho implicaba que nada era superior a la ley, ni siquiera un interés “de Estado”, y mucho menos, la voluntad del gobernante. Esta premisa dio lugar al principio de legalidad, el cual, finalmente, echó por tierra el absolutismo, o supremacía del rey¹¹⁰.

El poder del rey fue reemplazado por el poder de la Asamblea, la cual, era el órgano dador de leyes. La Asamblea legislativa representaba al pueblo, y en nombre de él, legislaba; por ello, las normas que emitían significaban la centralización del poder político. Este hecho conllevaba una gran responsabilidad: la soberanía legislativa equivalía a una fuerza normativa absoluta, que a su vez, reforzaba la tradición absolutista del Estado.

Sin embargo, si en los países de la Europa continental predominaba la idea de la Asamblea soberana, en Inglaterra el Parlamento cumplía el papel de protector de los derechos de los ciudadanos frente al absolutismo del rey. Para los ingleses, el *rule of law* era producto de la justicia, no la concentración del poder, como ocurría en países como Francia o Alemania.

Más el principio de legalidad tiene otro componente característico en el Estado Liberal de Derecho: la generalidad. ¿Qué implica este elemento? Pues ante todo, la igualdad ante la ley, ya que abarca a todos sin distinción; luego la separación de poderes, y finalmente, la moderación del poder.

En la conquista de la igualdad, social y jurídica, la generalidad juega un papel importante: avala la imparcialidad de la Administración pública; y esta importancia fue confirmada en la confección de los documentos constitucionales del siglo XIX. En ellos se consagra el

¹¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. p.24.

principio de igualdad ante la ley, desvirtuando los privilegios instituidos por el absolutismo.

Entonces, en el Estado liberal, todo era regulado por la ley. No había instancia superior a ella, y era la ley la que imponía su propio orden. Esta supremacía hallaba sustento en la coherencia de la fuerza política de la que emanaba, homogéneamente unida al contexto social. Esta clase política (que monopolizaba la ley), ofrecía una serie de valores y principios esenciales en este sistema liberal¹¹¹.

La expresión más perfecta de la soberanía legislativa en el XIX la constituyeron los códigos, y entre ellos, el Napoleónico fue el más representativo. El compendio de toda una época de luchas y ganancias, se resume en este documento que cuenta entre sus líneas con todas las características de la ley: positiva, general, abstracta, sistemática y plena.

Esta concreción legislativa da lugar al nacimiento de una nueva ciencia: el positivismo jurídico. Conforme a ella, todo se concentra en la ley y en la acción de los juristas que la crean y la sirven; y posteriormente, en la indagación de la "voluntad del legislador" cuando se aplique y se interprete.

Así pues, en la modernidad, las tendencias universalizantes suprimen la pluralidad de regímenes normativos, según las localidades, y pretenden crear sistemas jurídicos nacionales, expresados a través de una Constitución que estableciera las bases del Estado Central, y a través de Códigos y leyes emitidas monopolísticamente por un Congreso que representa a *la Nación* como un todo. Como resulta obvio, la costumbre cae en desgracia debido a su diversidad, y cuando no hay otra opción que reconocer su fuerza imperativa, se la subordina a la ley, de la cual adquiere además su fuerza.

¹¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit., p.32.

El Derecho se define así, como un conjunto de normas jurídicas emanadas de una autoridad central (El Estado), y cuya aplicación debe hacerse por una organización judicial centralizada a partir del Estado.

De esta forma, el Derecho que responde a la lógica de la Modernidad, cerró las puertas a la juridicidad consuetudinaria, centralizando en una fuente única la producción normativa (Poder Legislativo), y concentrando en un sistema único la administración del Derecho (Poder Judicial)¹¹².

En contraste, el Derecho en la Transmodernidad es el Derecho del Estado Constitucional. En cuanto a esclarecer en qué consiste el cambio, lo haremos a continuación, haciendo la salvedad que el resultado de esta evolución debe ser permanente, no tangencial, ni circunstancial.

En primer lugar, la ley encuentra que existe un escalón más alto en el Derecho, determinado por la Constitución; pero no se trata sólo de una superioridad absoluta, como podría suponerse, y tal como ocurría en el Estado liberal. El cambio en la Transmodernidad, implica, además del paso de la homogeneidad a la diversidad, "una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del Derecho"¹¹³.

Esta serie de cambios se producen, en primer término, con la crisis del principio tradicional de legalidad, que a su vez deviene en el quiebre del nexo de la Administración con la ley. El Estado inhibe sus funciones meramente organizativas, establecidas por la soberanía de la ley, para dar paso a funciones específicas, de gestión directa, en bien del interés público. Por ello, hoy ya no es posible sostener la existencia del principio de legalidad decimonónico.

¹¹² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. Cit., p.17.

¹¹³ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit., p. 34.

A lo anterior se adita el detrimento de las características de generalidad y abstracción de la ley como norma jurídica. Hoy por hoy es fácil advertir el debilitamiento del derecho legislativo, en pro de la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, caracterizadas por una generalidad disminuida o de bajo grado de abstracción.

Existe una razón que subyace tras la desaparición de las características tradicionales de la ley: en la sociedad postmoderna existe una amplia variedad de grupos y estratos sociales, todos los que dan lugar a una acentuada diferenciación en tratamientos normativos. De ahí la gran cantidad de legislaciones sectoriales con la consiguiente crisis del principio de generalidad. Aunado a este hecho, a dicha crisis se suma la del principio de abstracción, delimitada por la rápida transformación social de tales grupos, que requieren normas jurídicas adecuadas que pronto pierden actualidad.

Tanto la legalidad como la abstracción se ven afectadas también -como nos dice Zagrebelsky- por la llamada "contractualización" de las leyes. El solo hecho de dirigir la producción de las leyes hacia la diversidad de sectores o grupos -pluralismo-, implica la participación de numerosos, y diversos, entes sociales (partidos, sindicatos, agrupaciones religiosas, etc.), en la elaboración de las mismas, con un viraje a su favor.

Rasgo característico de la sociedad transmoderna es el pluralismo, recogido en la mayoría de Constituciones de los Estados Constitucionales, y que se pone de manifiesto en la producción legislativa, a través de ordenamientos jurídicos menores, sectoriales y territoriales, relacionados a gobiernos particulares o gobiernos privados.

Algunos de estos ordenamientos coinciden con las normas estatales en la estructuración de un sistema normativo de rasgos plurales. La singularidad, característica del positivismo jurídico, deja paso -en la transmodernidad-, al pluralismo, expresado en sectores y grupos sociales y culturales; en busca de la autorregulación. La estatalidad del derecho se desvirtúa gracias a la descentralización política y jurídica, en boga en los Estados constitucionales. En este contexto, se contempla la autonomía de grupos diversos, especialmente de aquéllos de naturaleza étnica.

Este reciente albedrío, base estructural de este nuevo Derecho, no concuerda con el "monismo parlamentario decimonónico" que se concentraba en la igualdad y en un único y centralizado proceso normativo.

Esta apertura, fruto del pluralismo, ha debilitado, sin duda, el orden jurídico; y en respuesta a ello, la función unificadora de la Constitución transmoderna, intenta subsanarlo estableciendo un orden superior con fuerza vinculante, incluso para el mismo legislador. Este ordenamiento se cristaliza, necesariamente, en principios de reconocimiento universal; y puede decirse, además, que requiere ser real expresión de todos los grupos residentes en el territorio de cada Estado, facilitando la ciencia de la "cultura".

De darse este supuesto, es dable una comunión de estructuras que posibiliten la convivencia política y social en cada Estado, de manera tal, que el peligro de la dispersión y la anarquía que trae el pluralismo, termina por eliminarse. "En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución del objetivo de unidad"¹¹⁴.

¹¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit., p.40.

Así pues, el Derecho transmoderno debe reconocer la pluralidad de órdenes jurídicos, ahí donde el Derecho moderno sólo quería reconocer un orden jurídico estatal uniforme para todos los ciudadanos. Esto no quiere decir que deba renunciar a integrar las particularidades dentro de un todo consistente, porque el Derecho es inconcebible sin una referencia al interés general.

En concreto: ¿Cómo repercute la transmodernidad en el Derecho, sobre todo en el pensamiento jurídico europeo-continental, seguido en América Latina? Como es conocido, **la concepción ius positivista** se sustenta en los principios de la lógica formal (el racionalismo de la Modernidad), que conducen a la ideología jurídico-política que postula como único Derecho al Positivo, orientado a la justicia y el bien común, legítimo en sí y por sí. Pues bien, la transmodernidad desglosa toda esa concepción en cinco diferentes manifestaciones del Derecho, según Coelho¹¹⁵:

a) El Derecho como **norma jurídica**.- El peso dogmático de la norma, vigente en siglos anteriores, con la Transmodernidad se aligera, perdiendo su fuerza coercitiva. Vista de esta manera, la norma es el fruto de la conciliación y el consenso. En su creación importa la participación de aquéllos a los que normará.

b) El Derecho como **ordenamiento jurídico**.- El nuevo sistema, al ser un conjunto de normas autónomas, resultado del consenso, se convierte en una estructura horizontal. La verticalidad de antaño se funde en un conjunto articulado de normas provenientes de diversos entes de poder.

c) El Derecho como **decisión jurídica**.- Si en años anteriores el Derecho trató de ser reflejo de la realidad,

¹¹⁵ COELHO, Luís Fernando. "La transmodernidad del Derecho", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez: N° 35-2001: Orden económico internacional y derechos fundamentales*. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2001, pp.151-160.

hoy por hoy, la transmodernidad encuentra una realidad virtual. El avance de la iuscibernética, en busca de aligerar el trabajo de jueces y tribunales, genera software, que a la larga, tiende a limitar la capacidad decisoria de los magistrados.

d) El Derecho como **relación jurídica**.- Al ser la cibernética un elemento decisivo en la transmodernidad, y teniendo como protagonista a la máquina; originará, tarde o temprano, una despersonalización de los sujetos de Derecho. El nuevo sujeto es virtual, un individuo que nace de una serie de datos y especificaciones que se transfieren por diversos medios tecnológicos.

e) El Derecho como **justicia**.- Vale decir, en este punto, que el concepto de justicia no es el mismo que se manejaba en el siglo anterior. Si bien antes, la justicia equivalía a igualdad, a homogeneidad; en la transmodernidad el concepto implica el consenso de las sociedades con mayor grado de desarrollo. Ellas, valiéndose de la importancia que se otorga al sentir universal -con ingerencia en diferentes Estados, y en temas tan álgidos como el medio ambiente o la defensa de derechos humanos-, lograrían imponer "su justicia" en los países menos favorecidos, flexibilizando los ordenamientos en favor de sus propios intereses. Es necesario mantenerse alerta para que la defensa de los derechos humanos sirva, sobre todo, para quienes sufren los efectos de la globalización.

Pero, además, la mundialización, como anotábamos, tiene repercusiones en el Derecho, en diferentes ámbitos y niveles. Los veremos a continuación:

En el Primer Nivel: Estructurales o de contenido

En el **ámbito externo**, los numerosos organismos multilaterales orientados a un nuevo Derecho Privado

Transnacional, dan lugar a una nueva forma de jurisdicción. El proceso productivo de normas, disperso en múltiples organizaciones, se torna confuso. La nitidez del Derecho de años anteriores que preveía puntualmente la generación de normas, efectos y consecuencias; da paso a lo que ha dado en llamarse la "opacidad del Derecho".

En el *ámbito interno*, la generación de normas está marcada por lo que llama Alfonso de Julios¹¹⁶: un Constitucionalismo Mercantil Global. Esta nueva noción jurídica responde a grandes intereses económicos y no ofrece, en cambio, formas de protección y defensa de los derechos económicos, sociales y culturales.

Se produce, por tanto, la pérdida de protagonismo del texto constitucional en la ordenación social, surgiendo el constitucionalismo de los grandes intereses económicos transnacionales. Asimismo, el texto constitucional debilita los niveles de tutela jurídica para cierta clase de derechos, aquéllos que se vinculan al Estado de Bienestar por su carácter prestacional, e incrementa el número de normas programáticas.

En el marco de la globalización, cuyo avance es imparable -"que no incorregible"- según connotados estudiosos del fenómeno, como Giddens¹¹⁷, la Constitución, en los debilitados Estados, se presenta como un elemento que vertebrará una identidad cultural, con carácter pluralista, más no como fuerza disgregadora. De este modo la Constitución contempla un conjunto de valores forjados en una herencia histórico-cultural; los que a su vez la propia Carta se encarga de consolidar y fortalecer.

¹¹⁶ DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso. "Globalización y constitucionalismo: Una lectura en clave cosmopolita", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* N° 36-2002: *Derecho de una democracia cosmopolita*. Edit. Universidad de Granada-España, pp.151-171

¹¹⁷ GIDDENS, Anthony. *La tercera vía y sus críticos*. Taurus. Madrid, 2001, p.170. El entrecomillado es nuestro.

La teoría de la Constitución como forjadora de los procesos culturales que ella desarrolla, y en los que se halla inmersa, emerge entonces como *"el logro cultural por antonomasia, una cristalización cultural resultante de la unión entre el pueblo y la dignidad humana, entre la razón y la libertad, entre los intereses particulares y el bien común, entre el poder y el Derecho"*¹¹⁸.

El nuevo papel de la Constitución se da en una realidad en la que su texto no puede ya someter a los procesos socioeconómicos a su fuerza normativa, pues más bien éstos tienen que marchar acorde a los dictados de la economía transnacional y a las exigencias del nuevo orden global. De allí que algunos autores han proclamado la reducción de la Constitución a un papel simbólico, y que tiene que ver con el vaciamiento normativo precisado. Esta tendencia a convertir el texto constitucional en un documento simbólico, una especie de Carta Magna de la identidad nacional, ha dado vida recientemente a la tesis del *"patriotismo constitucional"* elaborada por Sternberger y abanderada por Jürgen Habermas. El patriotismo constitucional encierra así, un elemento cosmopolita que reconoce los perfiles de cada identidad, la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural. Es la Constitución, conceptuada por Häberle, como un medio de autorepresentación de todo un pueblo, espejo de su legado cultural.

En contraste al denominado *"patriotismo constitucional"* en el seno del Estado de la era global, existe la vía del *"cosmopolitismo constitucional"*, que no debe significar la sumisión de la pluralidad a una homogeneidad artificial, y en lugar de suprimir los complejos ordenamientos jurídicos estatales, debe más bien plantear formas de intercomunicación que garanticen la vigencia del principio democrático.

¹¹⁸ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Op. Cit., p.106.

El proyecto de una Constitución Cosmopolita debe tratar de asegurar la plena realización de los derechos humanos a través de un completo sistema de garantías, inspiradas en las exigencias *normativas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*¹¹⁹.

En el Segundo Nivel: Formales o de Forma

En el **ámbito externo** de este segundo nivel, en el plano normativo, inspirado en el universalismo kantiano, se postula la *globalización del Derecho*, bajo la forma de un ordenamiento jurídico que abarque a toda la humanidad y absorba cualquier otro ordenamiento menor. El Derecho, según esta línea de pensamiento, debería asumir la forma de una legislación universal, basada en una homologación gradual no sólo de los ordenamientos normativos nacionales, sino de las diferentes políticas y culturas, en una suerte de *imperialismo cultural*.

Por las precisadas razones, los iusglobalistas proponen reformar los organismos internacionales, dotándolos de poderes supranacionales, capaces de superponerse a la soberanía de los Estados nacionales, y de limitar su jurisdicción interna (*domestic jurisdiction*).

No se puede negar que el "globalismo jurídico"¹²⁰ es la línea teórica, de política institucional que en buena medida viene triunfando; no obstante, la abstracción de su tesis y los pocos estudios realizados sobre la idoneidad de este ordenamiento jurídico supranacional en el desarrollo de todas

¹¹⁹ PISARELLO, G. "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico", en Del Cabo A. y Pissarello G., *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa*. Universidad de Alicante, Alicante-España, 2000, p.38.

¹²⁰ *Globalismo Jurídico* es un término acuñado por Danilo ZOLO, profesor de la Universidad de Florencia-Italia, en *I Signori della Pace. Una crítica del Globalismo Giuridico*. Carocci Editore. Roma, 1998, p.13.

las funciones que se pretende atribuirle, en particular, las relacionadas al mantenimiento de la paz.

El pensamiento internacionalista de Hans Kelsen y Jürgen Habermas, si bien persigue una noble finalidad como es "*el mantenimiento de la paz mundial*", tiene un sustento eminentemente teórico, alejado de la realidad, que subestima la compleja interacción entre las estructuras normativas y los procesos culturales y económicos. Se trata pues de un prejuicio etnocéntrico de un sistema jurídico único, sustentado en un proyecto de unificación del mundo, pero que se muestra indiferente respecto a identidades culturales y tradiciones jurídicas y políticas, distintas a la occidental.

Un enfoque realista del problema del orden y la paz internacional, no debe perder de vista el peligro que entraña que éstos sean garantizados a través de instrumentos coercitivos *-jurídicos, económicos o militares-*, mientras existen agudas disparidades de poder, riqueza y de recursos científico-tecnológicos en el horizonte internacional. Asimismo, las funciones del Estado y su soberanía *-limitada-* deben tomar en cuenta la salvaguarda de las identidades de los pueblos que alberga en su territorio, protegidos por el derecho humano a la identidad cultural; valores que en oposición o equilibrando el fenómeno de la globalización, permitan encontrar el punto medio entre la universalización de la identidad humana y las particularidades de la identidad étnica.

En esa misma perspectiva, debe tenerse en cuenta que la globalización nos enfrenta al fenómeno de la inmigración, el que se constituye en uno de los contextos de la multiculturalidad. En el pasado los gobiernos creyeron que la inmigración no provocaría un cambio cultural significativo. Ello no fue así, los migrantes respondieron con el desarrollo

de comunidades étnicas con su propia estructura cultural, social, económica y política.

La globalización debe contribuir a subrayar que la contextualización de la ciudadanía ha de ser objeto de un proceso dialéctico, donde convivan, según ha apuntado Fariñas, *la exigencia de generalización planetaria junto a fenómenos fragmentadores*, que son los que representan, por ejemplo, la diversidad multicultural, o la exigencia, aún anterior, de que el principio de igualdad respete las diferencias, para no desembocar en una homogeneización totalitaria¹²¹. El respeto a la diversidad -de cultura, sexo o edad-, empezando en el seno de los mismos Estado-naciones, constituye una exigencia emanada del realismo.

El Estado moderno, entendido como Estado-nación, se apoyó en la homogeneidad social. Éste perseguía la uniformidad, el monismo frente al pluralismo de la Baja Edad Media. El principio de igualdad formal ante la ley, rasgo característico del Estado moderno, suponía el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos. Vale decir, la equiparación de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho. La ley se considera a su vez como instrumento de la igualdad: la ley es igual porque es general.

La nación actuará como elemento de fusión, como criterio de autoidentificación colectiva. Sólo la conciencia de pertenencia al "mismo pueblo", convierte, a los súbditos, en ciudadanos de una única comunidad política. En este modelo de organización socio-política, el ciudadano es el hombre burgués. La ciudadanía se configura en el universalismo abstracto, el que trasluce el pacto (social) entre varones, y además propietarios, que serán los únicos que tendrán acceso

¹²¹ FARIÑAS, M.J. "Globalización, ciudadanía y derechos humanos" en *Cuadernos Bartolomé de las Casas*. Dykinson, Madrid 2000, p. 9.

a aquélla; vale decir a los derechos. El ámbito público, convertido en el ámbito de lo homogéneo, de la ciudadanía; quedará vedado a los no propietarios, a los esclavos, a las mujeres. Éstas quedarán relegadas al ámbito privado, que es donde permanecen las diferencias.

En la esfera pública el Estado debe aplicar estándares de no discriminación. Todo ciudadano tiene los mismos derechos y debe ser tratado igual por las instituciones públicas. En cambio, en la esfera privada, la gente es libre de manifestar sus simpatías por ideologías singulares y conservar tradiciones concretas. Es en este punto donde la diversidad cultural puede manifestarse, y para ello, las instituciones públicas deberían mantenerse al margen de este proceso de reconocimiento de identidades. De este modo, las distintas identidades no serán relevantes para el ordenamiento jurídico. Esta es una crítica que ha de dirigirse contra el monismo o centralismo jurídico de la modernidad. Esa búsqueda de la homogeneidad y de la reducción de los particularismos era un requisito para la unidad política.

El ocultamiento de las diferencias por el Estado moderno no supone una posición neutral, está marcada más bien por los intereses y los valores de la cultura mayoritaria o dominante, que no es otra que la clase dominante desde el punto de vista económico.

Es necesario demoler ese modelo de ciudadanía propio de la modernidad, el que se manifiesta como claramente insuficiente para responder a las necesidades que plantean las sociedades cada vez más plurales y complejas en que vivimos¹²². Se trata de una ciudadanía que ya no puede seguir vinculada estrictamente al concepto de nacionalidad, y que debe profundizar en la dimensión sustancial de la igualdad

para que la misma incluya el reconocimiento de las diferencias.

Las sociedades actuales de la Transmodernidad requieren un nuevo concepto de ciudadanía construido sobre la superación de una concepción estrictamente formal de la igualdad, y de la identificación de aquella con la nacionalidad; una concepción insuficiente para integrar la diversidad de culturas, religiones, o mejor de identidades¹²³. A cada época le debe corresponder un determinado modelo de ciudadanía.

El Estado en la Transmodernidad soporta, por un lado, movimientos nacionalistas internos; y por otro, debe ceder soberanía a instancias supranacionales, cuyo ejemplo más evidente es la Unión Europea. De este modo, sobre la categoría de ciudadanía confluyen dos procesos contradictorios, pero paralelos: uno, interno, que lleva a una concepción de la ciudadanía "diferenciada" o "compleja"; y otro, externo, que plantea una ciudadanía "cosmopolita", "global" o "transnacional".

El universalismo ha de conciliarse necesariamente con el pluralismo. Sólo podrá llegarse a una auténtica universalización de los derechos si todos los seres humanos son reconocidos como sujetos desde sus diferencias, y no si se trata de imponer un modelo homogéneo¹²⁴. Ello implica admitir las "diferencias", no sólo en el plano social, cultural o biológico, sino como un valor jurídico-político. Sólo desde el reconocimiento del derecho a ser "diferente",

¹²² SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. "El derecho a la identidad cultural como elemento esencial de una ciudadanía compleja", en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* N° 127. Madrid-España, enero-marzo 2005, pp.297-322.

¹²³ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. "El derecho a la identidad cultural como elemento esencial de una ciudadanía compleja", en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* N° 127. Madrid-España, enero-marzo 2005, pp.297-322.

¹²⁴ Según Luigi FERRAJOLI, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Edit. Trotta. Madrid, 1999, p.82, se entiende por "diferencias" los rasgos específicos que distinguen, y al mismo tiempo, individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales.

puede ser respetada la “dignidad” del ser humano. Sólo desde una concepción inclusiva de ciudadanía es posible superar las discriminaciones y lograr una igualdad real, sustancial y efectiva entre todos los ciudadanos. De ahí que se hable de una ciudadanía “diferenciada” -según Charles Taylor¹²⁵ o Will Kymlicka¹²⁶- o de una ciudadanía “compleja” -según la acertada adjetivación de Rubio Carracedo¹²⁷-, modelo que supera la función integradora de la ciudadanía homogénea de la modernidad al introducir el reconocimiento y la protección de las “diferencias”.

Esta nueva ciudadanía debe responder a esta triple exigencia, según el mismo Rubio Carracedo:

a) Iguales derechos fundamentales para todos, en los que se comprendan los mínimos comunes irrenunciables;

b) Derechos diferenciales de todos los grupos, se trate de mayoría o minorías en la composición de la estructura organizativa del Estado, lo que implica una política de reconocimiento tanto en la esfera privada como en la pública;

c) Condiciones mínimas de igualdad para la dialéctica o diálogo libre y abierto de todos los grupos socioculturales, lo que implica una política multicultural que incluya disposiciones de discriminación inversa, de intercambio etnocultural, y la prevención de desviaciones homogeneizadora o asimilacionista de la cultural hegemónica, en suma, el desafío de la interculturalidad¹²⁸

¹²⁵ TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Fondo de Cultura Económica. México, 1993. Véase el Capítulo I, ítem 2.1. del presente trabajo: el fundamento iusfilosófico del derecho a la identidad cultural.

¹²⁶ KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Edit. Paidós. Barcelona-España, 1996.

¹²⁷ Esta es la denominación que propone J. RUBIO CARRACEDO, en paralelismo con los conceptos de “igualdad compleja” y “justicia compleja” de Michael WALZER. *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad*. Fondo de Cultura Económica. México, 1993. RUBIO CARRACEDO, José. “Pluralismo, multiculturalismo y ciudadanía compleja”, en *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo: Reflexiones para un mundo plural*. Coordinador Pablo Badillo. Universidad Internacional de Andalucía. AKAL, Madrid, 2003.

¹²⁸ Véase el Capítulo I de este trabajo, ítem 3.2: La interculturalidad como opción.

En resumen, la ciudadanía de la globalización debe ser una ciudadanía diferente y plural que tome en cuenta la existencia de culturas diversas, mayoritarias y/o minoritarias, dentro de un mismo Estado, así como la diferencia de sujetos varios, como mujeres, niños, discapacitados y de otros colectivos.

Con ese modelo de ciudadanía, Elías Díaz plantea que "en la era de la transmodernidad son nuevos derechos -de tercera generación- los que reclaman su incorporación a la legalidad: derecho de las minorías étnicas, los derivados de las diferencias sexuales, lingüísticas, derechos de los inmigrantes, de los ancianos, de los niños, de las mujeres, derechos en relación con el medio ambiente, la paz, el desarrollo económico de los pueblos, etc. *Se trata de nuevos sustanciales avances para la necesaria universalización de los derechos humanos,* es decir, para la democracia cosmopolita y el Estado Democrático de Derecho: universalización, tanto en el sentido de ampliación del cuadro de aquéllos (*siempre en relación con las exigencias de racionalidad y las condiciones histórico-sociales*) como de su extensión a sociedades y pueblos hasta ahora en total marginación o en situaciones de injusta postergación"¹²⁹.

Justamente, en las últimas décadas, como precisamos en el Capítulo I de este trabajo, se produce el reconocimiento del derecho colectivo a la Identidad Cultural, proceso en el que han tenido gran preponderancia las reivindicaciones de los pueblos del tercer mundo.

En el reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural, ha sido de gran importancia el aporte iusfilosófico, principalmente a través del Comunitarismo, corriente que postula el "*multiculturalismo*" con su exigencia

del reconocimiento de la identidad, tanto en lo personal como a nivel del grupo; propugnando la política del reconocimiento igualitario que adoptó varias formas con el paso de los años, y que ahora retorna en la forma de exigencia de igualdad de *status* para las culturas.

A lo anterior se suma por contraste, la política de la diferencia, que se sustenta en la igualdad y dignidad universal. Por tanto, resulta insostenible la existencia de culturas hegemónicas, por ser un claro rechazo al principio de la igualdad humana; sin perder de vista el principio de prevalencia de la identidad humana universal sobre la identidad étnica, pues en aquélla se fundamenta la dignidad igualitaria. *Se trata pues de una concepción de la dignidad igualitaria compatible con la dignidad cultural.*

El formalismo jurídico, destinado a viabilizar los ideales de la civilización occidental, construida sobre la base de la idea de una racionalidad central de la historia, no puede, por tanto, ser asumido como la única forma de ordenar la conducta de los seres humanos.

Si para la visión occidental del Derecho, la fuente principal de producción es la norma jurídica en tanto conceptualización racional del deber ser; es indudable que la emancipación de las racionalidades locales, traiga como premisa el reconocimiento de la costumbre (Derecho Consuetudinario), en tanto expresión particular de las diversidades. La multiplicidad de intereses en el grupo social, propicia de modo especial la capacidad de elaborar un concepto propio de justicia. Cada época histórica y, dentro de ella, cada sociedad y cada cultura, tienen una imagen e idea de justicia que se desarrolla en dos niveles: social y jurídico.

¹²⁹ DÍAZ, Elías. “La universalización de la democracia: Los hechos y los derechos”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* N° 36-2002: *El Derecho de una democracia cosmopolita*. Edit. Universidad de Granada.

Frente al choque de sistemas, entre diferentes formas de ver el Derecho, históricamente se ha impuesto el sistema dominante, de la misma manera en que la sociedad dominante se impone sobre la subordinada en lo político, cultural y económico.

No debe perderse de vista que el Derecho Consuetudinario está estrechamente vinculado a otros fenómenos de la cultura, tales como la estructura familiar, social y religiosa, y los valores culturales propios de la etnia, cuyo desconocimiento encarna formas opresivas de discriminación.

De ser plenamente reconocida la pluralidad cultural, este reconocimiento no debe concretarse sólo al plano social, sino que, como lógica consecuencia, debe tener un trasunto en el plano jurídico, pues el Derecho en su triple dimensión: hecho, norma y valor, se enmarca dentro de una realidad social, cuyas manifestaciones deben ser respetadas. Los individuos pertenecientes a determinado grupo étnico, tienen su propia concepción de lo justo e injusto, que tiene que ver con su identidad y la manera como conciben la realidad. Así, en el interior del grupo podrán dar solución a los conflictos que surjan, aplicando sus propias normas (elaboradas según su concepción de justicia), no necesariamente escritas. "De no ser así, el reconocimiento de la pluralidad cultural se diluye y deviene artificial"¹³⁰.

Sin embargo, la situación se complica en países pluriculturales, para los que debe buscarse una forma para que puedan coexistir diferentes sistemas jurídicos, con sus correspondientes límites de actuación como son los derechos humanos; sin que ello sirva de división y fragmentación estatal. Ello nos ubica en la pluralidad jurídica, que supone

Granada-España, 2002, p. 45-62.

¹³⁰ STAVENHAGEN, Rodolfo, "Derecho consuetudinario indígena en América Latina" en *América Indígena*, México, vol. XLIX, N° 2, abril-junio 1989, p.223.

a su vez la flexibilización del principio de exclusividad de la función jurisdiccional.

En el Tercer Nivel: Pragmáticos

Finalmente, para completar el análisis sobre los efectos de la globalización, en el tercer nivel encontramos los efectos pragmáticos. Como lógica consecuencia del proceso globalizador, en el **ámbito externo** se advierte la hegemonía de los países primermundistas, aunque, en un primer momento, con el detrimento de ciertos niveles de ciudadanía -como la social-; en contraste, en el **ámbito interno**, destaca la desigualdad y la pobreza de los países en vías de desarrollo.

A continuación veamos en el siguiente cuadro comparativo, propuesto por la autora, los efectos de la globalización en el Estado y el Derecho:

Cuadro de los efectos de la globalización en el Estado y el Derecho		
Niveles	Ámbito externo	Ámbito interno
1º Nivel (Estructurales)	a) El Estado, parte componente de un nuevo orden político internacional; b) Nuevas formas de jurisdicción de acuerdo a <i>Lex Mercatoria</i> Internacional: Opacidad del Derecho.	a) El Estado, parte o nodo de una red interna de diversificación del poder; b) Constitucionalismo Mercantil Global: debilitamiento del Estado de Bienestar.
2º Nivel (Formales)	a) Cosmopolitismo constitucional; b) Globalismo jurídico: Ordenamiento jurídico universal. Sustento: Derechos humanos. Fin: la paz mundial. c) Ciudadanía cosmopolita, global o transnacional.	a) Patriotismo constitucional; b) Pluralismo jurídico: coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo Estado. Sustento: Derecho humano a la

		Identidad Cultural. Fin: la paz comunal. c) Ciudadanía diferenciada o compleja.
3° Nivel (Pragmáticos)	a) Hegemonía de los países desarrollados.	a) Desigualdad y pobreza de los países en vías de desarrollo.

Cuadro N° 2. Fuente: Elaboración personal.

2.1. Los derechos humanos en la globalización

El reconocimiento de una pluralidad de órdenes jurídicos, característica de la transmodernidad, en contraste con la modernidad que sólo reconocía un orden jurídico uniforme producido por el Estado central; no debe significar un regreso a la Edad Media con sus múltiples normatividades e innumerables fueros, con normas carentes de una jerarquía clara donde cada pequeña comunidad tenía su propia normatividad. El Derecho en la transmodernidad, no puede tampoco desconocer las grandes contribuciones de la modernidad en materia de racionalidad y libertad, en materia de formación del Estado coherentemente organizado. Debe apostarse por un sistema no rígido que conserve la unidad respetando la diversidad. Debe establecerse un diálogo entre la noción de unidad o universalidad (derechos humanos), y la noción particularista de los grupos culturales (derecho consuetudinario). Es ése el rol principal que deben cumplir los derechos humanos en la transmodernidad.

Mas, frente a la dimensión del *deber ser* de los derechos humanos está la del *ser*, la realidad. En la globalización encontramos a estas transcendentales categorías jurídicas cumpliendo diferentes y contrastantes cometidos, en los que, como analizaremos luego, se privilegian algunos derechos en

desmedro de otros, pese a su inescindibilidad. Todo ello se produce motivado por la teoría de las *fuerzas del mercado*.

Los derechos humanos como tales, estuvieron presentes, evidentemente, desde mucho antes de su internacionalización. En el siglo XX, especialmente en la primera mitad, su función era legitimar las vías de cooperación entre los Estados. Hacia la segunda mitad, se consagraron con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), y los Pactos, de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966). Por otro lado, en la independización de ciertas colonias, los derechos humanos jugaron un papel preponderante; a la lista se añadieron derechos tales como la autodeterminación y desarrollo de los pueblos.

Con la transmodernidad, los derechos humanos se convierten en un justificante de la mundialización de un determinado sistema socio-político y económico: el capitalismo, al cual le sirve de herramienta.

Así, el discurso de los derechos humanos, a pesar de su apariencia globalizante, implica el dominio de los países hegemónicos, identificados con el sistema capitalista, terminando -como dijimos páginas arriba- por refrendar sus intereses particulares.

Sin embargo, si este enfoque pragmático puede infundir desánimo, debemos recordar que la globalización ha sido fundamentada en derechos humanos individuales y en el pluralismo. Ello da lugar a posibilidades diversas, que no sólo atañen al manejo capitalista, si no también a las "aspiraciones de materialización de la libertad política y de la justicia"¹³¹.

¹³¹ RUIZ RESA, Josefa Dolores. "Usos del discurso de los derechos humanos en la fase de la Globalización", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez N° 35-2001: Orden económico internacional y derechos fundamentales*. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2001. p.99-127.

Queda claro para nosotros, que el neoliberalismo utiliza discursos que resultan beneficiosos para su posición expansionista de los mercados; pero, que a su vez se tornan atractivos para los países tercermundistas, aunque sea sólo en el aspecto formal. La solución aquí es utilizar dicho discurso en la defensa y lucha de los derechos de los desposeídos. “Concretamente, el *cosmopolitismo de los derechos* implica un discurso que se opone, radicalmente, al uso hegemónico e interesado que del mismo ha venido haciendo el liberalismo y la doctrina económica que defiende: la capitalista, lo que convierte el discurso de los derechos humanos en un *discurso contrahegemónico* que precisa, para su práctica, de la alianza, a nivel global, de los oprimidos”¹³².

Pero si de contextualizar los derechos se trata, es necesario recordar que este concepto nació en años anteriores, cuando se los atribuyó al ciudadano, miembro de un Estado. Entonces, el Estado y la nación se constituyen en una instancia fundamental en dicha contextualización y en su aplicación práctica. Josefa Ruiz advierte, que el otorgar importancia a este hecho, no debe convertir a los derechos humanos en un “asunto doméstico”; es necesario armonizarlos con el enfoque actual que nos otorga una visión individual y diferenciada.

Bueno es señalar que, tratándose de la modernidad, post-modernidad o transmodernidad, los derechos humanos necesitan un contexto para su desarrollo, sea teórico o práctico. Este marco social, político y jurídico, en combinación de espacio y tiempo, toma el nombre de Estado/Nación, que se convierte en el sistema que dicta los mecanismos de su salvaguarda.

Es cierto también, que con el fenómeno de la globalización, el concepto de Estado/nación pierde poco a

¹³² DE SOUSA SANTOS B. “Toward a New Common Sense”, en *Science and politics in the paradigmatic transition*, Routledge, London-New York, 1995, p. 339.

poco sus contornos, y con él, el de ciudadanía y los derechos que tradicionalmente se le atribuyeran. ¿Cuán difícil puede resultar entonces la contextualización? Held responde con “la superposición de destinos de comunidades diferentes” como una forma de esclarecimiento¹³³.

Otro enfoque presenta a dicha contextualización como el resultado de un proceso dialéctico. La globalización permite que la ciudadanía se genere, según Fariñas, de “la exigencia de generalización planetaria junto a fenómenos fragmentadores”. Esta fragmentación es la que permite la multiculturalidad, en base a un principio de igualdad que respete las diferencias, “para no desembocar en una homogeneización totalitaria”¹³⁴.

El respeto a la diversidad -de cultura, sexo o edad- empezando en el seno de los mismos Estado-naciones constituye una exigencia emanada del realismo.

La multiculturalidad, hablando de grupos diversos -de mayoría o minoría- dentro de un mismo Estado, necesita ser respetada. La construcción de una ciudadanía en la trama de la globalización, tiene que ser plural e inclusiva, si hablamos de sujetos, como mujeres, niños, discapacitados y de otros colectivos.

En todo este proceso de integración y respeto a la diferencia, es la libertad una de las metas a conseguir. En su conquista, Marshall¹³⁵ considera la clasificación cronológica de los derechos en “tres anillos de ciudadanía”: la civil, la política y la social.

La ciudadanía civil, escenario de los derechos civiles o derechos de libertad; la ciudadanía política, espacio para el disfrute de los derechos de participación política; y la

¹³³ HELD, David, “Hay que regular la globalización”, en *Claves de razón práctica* N° 99, 2000, p.6.

¹³⁴ FARIÑAS, M.J. “Globalización, ciudadanía y derechos humanos” en *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Dykinson, Madrid 2000, p.9.

¹³⁵ MARSHALL, T. *Ciudadanía y clase social*. Alianza Editorial. Madrid, 1998, p.122

ciudadanía social, referida a derechos sociales y económicos. La correcta conjugación de las tres, garantizada por los poderes públicos, otorga bienestar al ciudadano.

Actualmente cualquiera de los tres estadios de la ciudadanía: civil, político y social, adolecen de numerosos obstáculos de realización (partitocracias, manipulación de la información, desmantelamiento del Estado social, etc.). Son obstáculos que se ven agravados por la confusión que produce la dinámica de la globalización de la economía de mercado.

Luego de analizada esta clasificación podemos señalar que el tercer anillo de Marshall, es el más inestable luego del proceso de globalización. Los derechos sociales, incide Fariñas, son importantes en la medida en que ayudan a definir al individuo civil y político (primer y segundo anillo), y por ende, a materializar el ejercicio general de sus derechos. En este sentido, podemos volver hojas atrás, para recordar que el Derecho se ha visto modificado por el nuevo sistema económico global. Derechos sociales, como el de huelga y convenio colectivo, se encuentran menguados; y ello es un buen ejemplo de lo que está ocurriendo con los llamados derechos de segunda generación, a pesar de lo imprescindible de su ejercicio.

Es más, la doctrina ha acentuado sus esfuerzos de reflexión, y en la actualidad se afirma en forma generalizada, que los derechos sociales son parte integrante e indivisible de los derechos humanos, sin que quepa afirmar la primacía de los derechos civiles y políticos. Así, para Carrillo Salcedo *"históricamente han sido categorías dificultosamente aceptadas, pero a mi juicio constituyen y son precondition de los llamados derechos de primera generación"*¹³⁶.

¹³⁶ CARRILLO SALCEDO JIA. "Soberanía de los Estados y derechos humanos" en *Derecho Internacional Contemporáneo*. Edit. Tecnos. Madrid, 1995.

En esa perspectiva es significativa la afirmación del Programa de Viena 1993, al estipular en su punto 5:

"Todos los derechos del hombre son universales, indisociables, interdependientes e íntimamente ligados. La Comunidad Internacional debe tratar los derechos reconociéndoles la misma importancia" (Doc. ONU A/Conf.17/23).

Este principio confirma que los derechos sociales, en cuanto indivisibles de la categoría genérica de derechos humanos, encuentran su fundamento general en la dignidad humana, y de modo específico, en la contextualización de la realización personal de tal dignidad. Toda persona tiene necesidades básicas diversificadas: físicas, de supervivencia, económicas, de relación interpersonal, laborales, de seguridad, etc. El fundamento de los derechos sociales está en la dignidad y en la justicia social, y ello no da lugar a discusión.

El problema de los derechos sociales se plantea, no con respecto a su legitimación o justificación, sino con respecto a su realización y efectividad. La situación de los derechos sociales individuales o colectivos choca con las prácticas de la economía global, del mercado, de las condiciones de la productividad; con las exigencias de la competitividad para optimizar los beneficios, etc. En la sociedad económica global de libertad y competencia, los derechos sociales reclaman el intervencionismo del Estado del bienestar para contrarrestar los principios y efectos de una economía de libre mercado.

Sin embargo, se ha llegado a negar su carácter jurídico, argumentándose que se trata de principios programáticos para la actividad social y política de los Estados. Desde el punto de vista individual y colectivo se califican de

aspiraciones¹³⁷. Si hablamos de aspiraciones, dejando de lado el carácter jurídico que poseen los derechos sociales, se tiene, necesariamente, que analizar las posibilidades financieras de cada Estado, las cuales determinarán los grados de aplicación y la secuencia progresiva de la misma. Cada Estado es libre en cuanto a la elección de los medios materiales y temporales en la consecución de los objetivos planteados en materia de derechos. Sin embargo, ello no quiere decir que es posible admitirse un retroceso, cuando, aunque lentamente, dicho Estado haya alcanzado determinados logros en la materia. Esta exigencia implica, por parte del Estado, una actividad positiva que garantice, al menos, el mantenimiento de los beneficios alcanzados.

Los derechos sociales son universales en su fundamentación, pero, sin embargo, tienen un carácter relativo en su realización. Como se sabe, la cuestión, quizás más problemática, es la de su efectividad y garantía. La eficacia real e inmediata de los derechos sociales está condicionada por los contextos socio-económicos en los que pretenden implantarse.

Pero si la efectividad y garantía de los derechos sociales es por sí misma una gran preocupación, la globalización acrecienta los escollos para su logro. Un ejemplo que viene al caso es el llamado *dumping social*, una práctica comercial que en su búsqueda por allanar a la competencia, lesiona severamente derechos sociales en su camino. La competitividad, una característica de la globalización, determina así, políticas de bajos costos salariales y magra cobertura social, las cuales permiten ofrecer productos a muy bajos precios. Esta cadena trae como consecuencia una desvalorización de la persona, su desarrollo y su progreso. En cambio, en pro de la riqueza -el máximo

¹³⁷ JACOBS, N. *Derechos económicos, sociales y culturales*. Edit. Eidea, Krause y Rosas, 1995, p.27

valor- los inversores se dan a la caza de paraísos rentables en los que los derechos sociales son casi inexistentes. Por estos motivos, cuando organizaciones internacionales financieras ofrecen ayuda a países subdesarrollados condicionándola a ciertos requisitos de carácter estructural; la ayuda se hace casi imposible. Las políticas de ajuste estructural que exigen estas entidades, convierten en perjuicios los beneficios que debieran recibir los ciudadanos si de derechos sociales, individuales o colectivos, se trata.

Fernández Scrimieri dice al respecto: "En otros términos, la garantía de los derechos sociales se ha contrapuesto al desarrollo, porque se ha entendido que el reconocimiento de los derechos sociales como parte indivisible de los derechos sociales relentizaría el desarrollo económico"¹³⁸.

2.1.1. Los derechos humanos en Latinoamérica

Como es sabido, las naciones latinoamericanas, en vías de desarrollo, presentan desventajas comerciales evidentes en relación con los países desarrollados. De allí la necesidad de integrarse, actuar conjuntamente en el complejo orden económico internacional.

En América Latina existen varias organizaciones con finalidad integradora, como son: la Comunidad Andina, el Mercosur, el Pacto Amazónico, el Grupo de Río. Nos referiremos a la Comunidad Andina, por su relación con el tema de investigación.

En 1969 un grupo de países sudamericanos del área andina suscribieron el Acuerdo de Cartagena, también conocido como Pacto Andino, con el fin de establecer una unión aduanera en un lapso de 10 años. A lo largo de estas décadas, el proceso

¹³⁸ FERNÁNDEZ SCRIMIERY, B. Derechos sociales y globalización: soluciones multilaterales, en *Información comercial española*, N° 785, 2000, p.79.

de integración andino ha atravesado por diferentes etapas, desde una integración cerrada a un esquema de regionalismo abierto.

Durante estos años, la conducción del proceso dentro del nuevo modelo, ha permitido alcanzar los principales objetivos fijados por el Acuerdo de Cartagena, como: la liberación del comercio de bienes en la Subregión, la adopción de un arancel externo común, la armonización de instrumentos y políticas de comercio exterior y de política económica.

Los nuevos retos de la economía mundial, determinaron la introducción de reformas en el Acuerdo de Cartagena, de carácter institucional como programático, dando lugar al Protocolo de Trujillo y al Protocolo de Sucre, respectivamente.

Así, el 1 de agosto de 1997, la Comunidad Andina con una Secretaría General de carácter ejecutivo y con dos factores culturales unificadores como eran la lengua mayoritaria (el español) y una religión también mayoritaria (el credo católico), inició sus funciones teniendo como sede la ciudad de Lima (Perú). Se procedió entonces al establecimiento del Consejo de Presidentes y el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores como nuevos órganos de orientación y dirección política, ampliándose, además, el papel normativo de la Comisión, hasta entonces integrada por los Ministros de Comercio, a los Ministros Sectoriales.

La Comunidad Andina es una organización subregional con personería jurídica internacional, integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela; con una población superior a los 105 millones de habitantes, una superficie de 4.7 millones de kilómetros cuadrados y un Producto Bruto Interno del orden de los 285 mil millones de dólares. La conforman, además a la Comunidad Andina, los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

La creación de la Comunidad Andina y el Sistema Andino de Integración fue producto del direccionamiento político de las reformas institucionales; en tanto que las programáticas ampliaron el campo de integración más allá de lo comercial y económico.

Frente al desafío de la globalización, la unión de Estados es una original forma de organización, que inicia sus actividades en el campo económico, para luego de un largo proceso de integración, adquirir una fisonomía de carácter político. El ejemplo más saltante es el de la Unión Europea. La Comunidad Andina de Naciones podría estar recorriendo ese camino, pero en tanto continúe en el primer estadio de evolución (económica), el análisis de los derechos fundamentales de la región debe ser efectuado en clave Constitucional Latinoamericana.

La concepción constitucional de los derechos fundamentales en América Latina puede compararse proficuamente con la concepción europea y puede ser interpretada a la luz de los principios propios del constitucionalismo liberal y democrático¹³⁹.

Resulta innegable la influencia cultural ejercida por España, traducida no sólo en la religión y la lengua, sino también en el Derecho. La Constitución de Cádiz de 1812 constituyó la primera apertura a las ideas del Constitucionalismo liberal.

En el Siglo XIX el continente latinoamericano estuvo influenciado por las ideas liberales que favorecieron la generalización de cartas de derechos que se inspiraron también en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en el *Bill of Rights* norteamericano.

¹³⁹ ROLLA Giancarlo, profesor de la Universidad de Génova. “La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano”, ponencia presentada en el *VIII Congreso Internacional de Derecho Constitucional*. Arequipa-Perú, 22 al 24 de septiembre de 2005. Fondo Editorial del Colegio de Abogados de Arequipa, Perú, pp.37-59.

Efectivamente, los principios del constitucionalismo se difundieron en el continente con el impulso revolucionario de los movimientos de independencia; sin embargo, el Derecho Constitucional Latinoamericano, aún no siendo original, se presenta peculiar.

La historia del constitucionalismo de América Latina estuvo caracterizada por una larga fase de transición en la que prevaleció una concepción más semántica que normativa de la Constitución. Un cambio importante, que puede considerarse una verdadera discontinuidad en la historia constitucional de esta parte del continente, fue introducido por las recientes constituciones, que han dado vida al segundo constitucionalismo latinoamericano.

En efecto, a partir de la década de los ochenta, después de casi dos décadas de dictaduras militares, se produjo el masivo retorno de las democracias representativas, hecho que supuso el restablecimiento renovado del constitucionalismo latinoamericano.

El sistema constitucional latinoamericano de protección de los derechos, en el momento actual de la postmodernidad, se caracteriza por la presencia de algunas instituciones, y esencialmente de los siguientes elementos: la positivización de los derechos reconocidos como fundamentales, la introducción de los principios generales de garantía, y la predisposición de instrumentos de tutela jurisdiccional.

De los 18 países latinoamericanos inspirados en los principios del constitucionalismo, 13 aprobaron una nueva Constitución, mientras se han realizado importantes reformas constitucionales en Costa Rica, Ecuador, México y Uruguay.

Las Constituciones de los países de América Latina se caracterizan no sólo por la presencia de amplios y detallados catálogos de derechos (verdaderos *Bill of Rights*), sino también por la idea común, que el reconocimiento y garantía

de los derechos fundamentales, son elementos que caracterizan la forma del Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

Es sumamente relevante el hecho que muchas de estas Constituciones reconocen los derechos culturales colectivos¹⁴⁰, reconocimiento que adquiere un particular significado a la luz de la historia política e institucional de América Latina.

Desde la perspectiva de las instituciones de garantía, se advierte una tendencia general a no graduar las formas de tutela de los derechos en relación con su naturaleza o clasificación, vale decir, que todos los derechos positivizados en las Cartas Constitucionales deben considerarse igualmente garantizados y susceptibles de ser tutelados jurisdiccionalmente en forma directa, mediante el trámite del proceso de amparo (con excepción de la Constitución de Guatemala), diferenciándose así de las Constituciones de Europa.

Otra característica relevante es la propensión a especificar las situaciones subjetivas reconocidas como derechos, lo que ha contribuido a la ampliación del número de derechos universalmente reconocidos. Sin embargo, es necesario precisar que, una amplia y analítica positivización no es en sí misma un índice de la efectiva tutela de los derechos fundamentales¹⁴¹.

En las recientes Constituciones en Latinoamérica, se encuentra una nota común: el valor primario de la dignidad humana, que opera como núcleo aglutinador del sistema jurídico de derechos humanos.

¹⁴⁰ Derechos a la identidad cultural, de preservación del patrimonio cultural, de defensa del medio ambiente.

¹⁴¹ ROLLA Giancarlo. "La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano", ponencia presentada en el *VIII Congreso Internacional de Derecho Constitucional*. Arequipa-Perú, 22 al 24 de setiembre de 2005. Fondo Editorial del Colegio de Abogados de Arequipa, Perú, pp.37-59..

El reconocimiento de los derechos fundamentales debe estar acompañado por la previsión de instrumentos de garantía institucional, y los ordenamientos constitucionales de América Latina los contienen.

Así, en algunas Constituciones, influenciadas por las Constituciones española y alemana, se recoge la teoría del contenido esencial de los derechos constitucionalmente reconocidos¹⁴².

Una ulterior técnica de garantía institucional de derechos, puede ser la llamada *eternal guarantee clause*, vale decir, disposiciones constitucionales diferenciadas con relación a las diversas partes del texto constitucional, tienden a hacer difícilmente modificables, por el poder constituido, algunas decisiones tomadas por el poder constituyente. Cláusulas de este tipo vuelven rígido el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales¹⁴³.

Resultan específicas de la realidad política y constitucional de América Latina, las cláusulas constitucionales que tienden a poner algunos derechos fundamentales -o al menos su núcleo esencial- a salvo de compresiones que pueden derivar de los estados de emergencia o de excepción¹⁴⁴.

Es relevante en este aspecto, la orientación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el sentido que:

¹⁴² Es el caso, por ejemplo, de Perú, Chile y Colombia, en el que los Tribunales Constitucionales han precisado que la disciplina, la limitación, e incluso la misma suspensión temporal de algunos derechos constitucionales, no pueden tocar "*el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyuntura o ideas políticas*". Tribunal Constitucional de Colombia, sentencia C-033/1993.

"Los derechos pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones sin ser desconocidos de plano; pueden ser moldeados pero no pueden ser objeto de desnaturalización". Tribunal Constitucional de Chile, sentencia 43, del 24 de febrero de 1987.

¹⁴³ Por ejemplo los derechos contenidos en el capítulo primero del título II de la Constitución de Guatemala pueden ser reformados sólo a través de la Asamblea Nacional Constituyente (artículos 278 y 279), convocada después de un voto en sentido afirmativo de 2/3 partes de los miembros del Congreso.

¹⁴⁴ Constitución de Colombia (art. 212), Constitución de Nicaragua (art. 185), Constitución de Perú (art. 200), Constitución de Venezuela (art. 337).

aún durante la vigencia de los estados de excepción, debe garantizarse el ejercicio de todos los instrumentos procesales previstos en las Constituciones para la tutela directa de los derechos fundamentales.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano presenta diversas disposiciones que dan el valor de rango constitucional a las normas internacionales en materia de derechos humanos¹⁴⁵. Además el valor normativo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido reconocido por diversos Tribunales Constitucionales, por ejemplo, la Corte Suprema de la nación Argentina, la Corte Suprema de Venezuela y la Sala Constitucional de Costa Rica.

Así, en América Latina y, en particular, en Perú, se han delineado dos sistemas de protección jurisdiccionales de los derechos fundamentales: uno, el de la jurisdicción constitucional, a nivel de cada Estado, mediante los Tribunales Constitucionales o las Cortes Supremas; y otro, el de la jurisdicción supranacional, mediante la creación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos)¹⁴⁶. Sobre la base de estas instituciones, se ha dado inicio a una etapa de control constitucional del poder y de protección jurisdiccional nacional e internacional de los derechos fundamentales, aunque muy marginalmente. Aun de esta forma, este sistema permite, cuando menos a las víctimas, a la oposición y a las minorías defenderse del poder ante la jurisdicción internacional¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Se puede hacer referencia por ejemplo, al art. 46 de la Constitución de Guatemala, al art. 46 de la Constitución de Nicaragua, al art. 5 de la Constitución de Brasil, al art. 75 de la Constitución de Argentina, al art. 17 de la Constitución de Ecuador, y al art. 23 de la Constitución de Venezuela.

¹⁴⁶ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Coordinadores). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Dykinson, Madrid, 1997, p. 117

¹⁴⁷ LANDA ARROYO, César (Compilador), ex Presidente del Tribunal Constitucional de Perú. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Palestra Editores S.A.C. Lima-Perú, 2005, p.13.

El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos está fundamentado en la base del restablecimiento del Estado de Derecho y la democracia, a partir de la segunda postguerra mundial. Sólo desde entonces se inicia la codificación de los derechos fundamentales mediante la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969. Ello, sin perjuicio de la vigencia, entre otros, de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

En el Pacto de San José se incluyen las competencias y facultades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como organismos pertenecientes a la Organización de Estados Americanos.

La Comisión es un órgano prejurisdiccional, integrado por siete miembros, que tiene diversas funciones: desde la *conciliatoria*, entre el Estado y la víctima demandante; pasando por la *asesora*, aconsejando a los Estados para la promoción de los derechos humanos; *crítica*, al remitir informes anuales sobre la situación de los Estados miembros; y *protectora*, cuando interviene con urgencia, para pedir a un Estado que suspenda una acción violatoria de los derechos humanos, entre otras.

En su tarea prejurisdiccional, la Comisión desempeña un rol de mediación y arbitraje, buscando una solución amistosa a fin de evitar acudir a la Corte. Cuando el Estado rechaza el acuerdo propuesto para reparar el daño causado, la Comisión puede derivar el proceso ante la Corte, asumiendo junto a las víctimas, el papel de acusadora en el proceso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano judicial del Sistema Interamericano, y está integrada por

siete magistrados. Tiene básicamente dos competencias: la jurisdiccional (para examinar los casos de violaciones de derechos humanos por los Estados, que son presentados por la Comisión o por los propios Estados, pero nunca directamente por los particulares); y la consultiva (para emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos).

En la práctica, la Corte Interamericana ha resuelto más de un centenar de casos desde que se instaló en 1980. Las sentencias son mayoritariamente condenatorias a los Estados latinoamericanos. Buen número de ellas se refieren a hechos por desapariciones forzadas, torturas y crímenes del Estado; cuya explicación se encuentra en la incipiente democracia de los países latinoamericanos, en los que regían gobiernos dictatoriales de facto no muchos años atrás.

A efecto del presente estudio, resulta relevante el fallo pronunciado por la Corte del 31 de agosto de 2001, en el caso de la Comunidad Mayagna contra el Estado de Nicaragua, en relación con la concesión que acordó el Estado con la empresa SOLCARSA para que se dedique a la explotación forestal en tierras de la comunidad. Los derechos invocados fueron: el derecho a la propiedad privada y protección judicial, entre otros.

En este fallo la Corte Interamericana, mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho de propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal. Asimismo, efectúa algunas precisiones respecto al concepto de propiedad en las comunidades indígenas, la que en efecto, reviste una forma comunal de la

propiedad colectiva de la tierra, la que no se centra en el individuo, sino en el grupo y su comunidad.

De otro lado destaca la estrecha relación de los indígenas con su territorio, como parte de su identidad cultural: *"la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierras debe 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"*.

Por los fundamentos precisados, la Corte estimó que el Estado de Nicaragua violó el derecho al uso y goce de los bienes de los miembros de la comunidad Mayagna, toda vez que no delimitó ni demarcó su propiedad comunal, y que otorgó concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos. Igualmente, destacó que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos que se trata.

Este fallo resulta paradigmático, es un auténtico *leading case*, por la interpretación que efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre un tema recurrente en la región, los derechos de los pueblos indígenas, en particular, al territorio.

Pues bien, debe destacarse que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha tenido su origen y desarrollo en el ámbito mundial, en los momentos de relanzamiento del sistema democrático y constitucional de gobierno, en la segunda postguerra mundial y en el ámbito regional, después de 1980; por tanto, el futuro desarrollo del sistema está pues ligado

a la profundización del proceso de democratización de los Estados americanos.

Una urgente reforma la constituye la ampliación del derecho a la jurisdicción ante la Corte, permitiendo que a las personas que son víctimas de la violación de los derechos humanos, contemplados en la Convención, se les otorgue legitimidad procesal activa para acudir directamente a la Corte, sin mediación alguna. Este proceso viene logrando éxitos estimables en el Derecho europeo, al haberse articulado, progresivamente, las relaciones entre la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo y los Tribunales Constitucionales de los países miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos¹⁴⁸.

De otro lado, la Comisión debería descargarse de las labores de promoción, información y asesoría gubernamental, para que éstas se lleven a cabo a través del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Asimismo, la Comisión debería ampliar el número de sus miembros de 7 a 11 Comisionados, y contar con miembros suplentes, así como dividirse en dos subcomisiones. De esta forma, se podría dar trámite a los ciento o miles de demandas que se plantean.

En general, la reforma que se propone tiene el propósito de ampliar el acceso a la justicia internacional a los ciudadanos que no ven tutelados sus derechos humanos en las Cortes Nacionales.

Ahora bien, es verdad que el Sistema Interamericano limita la soberanía de los Estados miembros y de sus Cortes Nacionales, pero lo hace en aras de la defensa internacional de los derechos y libertades de la persona humana.

¹⁴⁸ LANDA ARROYO, César. Op. Cit., p.27.

En ese sentido, la influencia de la normativa y de la jurisprudencia supranacional sobre los ordenamientos nacionales, genera un verdadero bloque de constitucionalidad, que permite al Derecho nacional especificar e implementar sus propios estándares de tutela. De allí derivan algunas consecuencias importantes de orden constitucional:

1° Los derechos reconocidos por el ordenamiento constitucional de los países en particular, deben interpretarse conforme a la interpretación y a la jurisprudencia de los órganos internacionales, sobre todo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

2° Tales derechos, en cuanto son incorporados al ordenamiento nacional por decisión del poder constituyente, representan un límite a las decisiones y al comportamiento del poder constituido;

3° Los derechos reconocidos en el ámbito internacional son inmediatamente justiciables ante los Tribunales constitucionales previstos por las Cartas Constitucionales de América Latina;

4° Los derechos contenidos en los Tratados y en las declaraciones internacionales, deben interpretarse según la buena fe y conforme las finalidades perseguidas por éstos¹⁴⁹.

A. Los Derechos Sociales, Económicos y Culturales en Latinoamérica

El renovado proceso del constitucionalismo latinoamericano, que se produjo a partir de los ochenta por el masivo retorno de las democracias representativas, se llevó adelante mediante reformas totales o parciales de las Constituciones existentes, las que se caracterizaron, por la

¹⁴⁹ Art. 29° de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Ninguna disposición de la misma puede interpretarse para excluir o limitar el efecto que puede producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otras normas internacionales de la misma naturaleza”.

incorporación de la protección de los derechos humanos y el establecimiento de economías sociales de mercado.

En los años noventa, el proceso de cambios constitucionales modificó su rumbo, como repuesta al fracaso de las transiciones democráticas populistas, violencia política y crisis económica; esta última, gestada desde los años ochenta y alentada por el llamado consenso de Washington, que luego de la caída del Muro de Berlín de 1989, postuló fuertemente la globalización de una economía libre de mercado, como requisito de la democracia liberal¹⁵⁰.

Estos cambios generaron nuevas transformaciones constitucionales en diferentes países de América Latina. Dichas transformaciones tuvieron como común denominador la racionalización del poder, la incorporación de las normas internacionales como Derecho nacional, y la ampliación del catálogo de derechos humanos de carácter individual, incluyendo semánticamente derechos económicos y sociales.

De manera que, si bien es cierto, en Latinoamérica, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), están consagrados en textos internacionales tales como la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Protocolo (Pacto) Adicional a la Convención sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales; en cuanto a su garantía, el art. 2° del Pacto de DESC esboza la naturaleza de las obligaciones jurídicas impuestas a los Estados partes, y determina la forma en que éstos deben plantearse la realización de estos derechos.

En un mundo globalizado, en el que las organizaciones internacionales ponen condiciones de ajuste estructural a los estados subdesarrollados para brindarles las prestaciones

¹⁵⁰ WORLD BANK. *World Development Report 2003*, en LANDA ARROYO, César (compilador), Op. Cit., p.12.

financieras, ¿qué perspectivas tendrá la realización de los derechos sociales? Los costos sociales derivados de estos ajustes hacen obvia la respuesta.

Para la evaluación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), en Latinoamérica se toman en cuenta algunos indicadores mínimos, en relación con ciertas dimensiones relativas a ellos, como son: derecho al trabajo, derecho a la seguridad social, derecho a la alimentación, salud y educación.

Respecto al derecho al trabajo, los indicadores del nivel de realización son alarmantes, así: la tasa de desempleo es alta, habiéndose llegado al final del siglo XX con la tasa más alta del decenio. Se caracteriza, además, por las contrataciones de corta duración, ocupaciones sin contrato, gran porcentaje de trabajadores sin protección de la seguridad social y de salud. Por otra parte, ha habido un notable deterioro de los salarios mínimos. El principio de "igual salario por igual trabajo" no se cumple en América Latina, especialmente en relación a la mujer; la remuneración femenina oscilaba, a comienzos de los 90, entre el 51% y el 95% de la masculina.

En lo relativo al derecho a la seguridad social, el desarrollo de la misma no ha sido universal, se ha caracterizado por el acceso segmentado; vale decir, que los derechos a la protección del sistema se han ido reconociendo a grupos corporativos que han ejercido presiones sobre el aparato estatal obteniendo diferente tipo de prestaciones. El sistema se convirtió en uno de reparto: lo recibido de quienes aportaban, se utilizaba para pagar a los pensionados, en la denominada solidaridad intergeneracional.

Algunos países realizan reformas, no estructurales, orientadas a perfeccionar el sistema público. Otros, efectúan reformas estructurales: unos adoptan sistemas sustitutivos,

que cierran el sistema público anterior e instalan otro de capitalización plena e individual (Chile, Bolivia, México, El Salvador); otros, sistemas mixtos; junto al sistema anterior instalan otro complementario de capitalización individual, los aportantes al momento del retiro tendrán dos pensiones, una pública y otra complementaria (Argentina y Uruguay). Finalmente, hay sistemas paralelos, que no cancelan el sistema anterior, pero lo reforman, y acaban con el monopolio creando un nuevo sistema de capitalización individual que compite con aquél (Perú, Colombia).

El derecho a la salud ha sido redefinido como derecho a expresar el potencial genético (Monckeberg)¹⁵¹. Para poder alcanzarlo se requiere enfatizar el cuidado en el período previo al parto y durante los primeros años de vida. Los niños que no han sido alimentados adecuadamente durante ese período, ven afectada de manera irreversible su probabilidad de crecimiento y quedan condicionados a vivir en alto riesgo, ya que tendrán dificultades para adaptar sus mecanismos defensivos al medio ambiente, lo que reduce la posibilidad de sobrevivencia, y aumenta la de enfermar.

En lo referente a la mortalidad infantil, la mitad de los países de la región registraron avances significativos en el número de muertes evitadas en menores de 1 año. La tasa de mortalidad infantil promedio (TMI), se redujo de 38 a 26 por mil en el año 2000. Casi la mitad de los países ha alcanzado una tasa de mortalidad infantil de 20 por 1000. Esta reducción, cercana al 32%, es menor en sólo un punto porcentual a la meta global establecida en la Cumbre Mundial a favor de la Infancia (CEPAL, UNICEF 2001). Asimismo, la mortalidad infantil de los menores de 5 años en la última década, se redujo en un 28% como promedio para el conjunto de

¹⁵¹ MONCKEBERG. "El Derecho a la Salud y Alimentación: situación actual y perspectivas", en *Comisión chilena de Derechos Humanos*, 1988, pp.47-51.

los países de la región. Más aún, entre los países de mortalidad alta, o muy alta, al inicio de la pasada década (Bolivia, Brasil, Ecuador, El Salvador, Honduras y Perú), se registraron mejoras muy apreciables.

Los logros en la mortalidad materna fueron menores, pues la reducción de dicha tasa fue del 26%, destacándose los avances de Bolivia, Colombia, Honduras y Paraguay. En estos avances fueron importantes las acciones específicas en materia de mejoramiento de los servicios de salud, y las destinadas a identificar los riesgos asociados del embarazo.

Sin duda, los logros anteriores responden en gran parte a los avances realizados en materia de servicios básicos, y particularmente, en relación con el acceso de la población al agua potable y servicios asociados al saneamiento ambiental.

Se advierte, en general, que los sistemas dedican importantes inversiones a la incorporación de costosas tecnologías para medicina curativa, en especial en el sector privado y la seguridad social, mientras existen muy fuertes carencias en el nivel primario público (CEPAL/OPS, 1994).

El derecho a la educación tiene como elemento central la posibilidad de acceder al sistema educativo y permanecer en él, por lo menos hasta alcanzar un capital educativo básico que se adecue a los requerimientos necesarios en la sociedad para procurar una inserción productiva que proporcione un ingreso adecuado para satisfacer autónomamente las necesidades mínimas.

Un indicador es la tasa de alfabetización. Pueden distinguirse 3 grupos de países según el grado de desarrollo de sus sistemas educativos:

a) El primer grupo posee sistemas extendidos (Argentina, Chile, Costa Rica, Cuba y Uruguay), ha reducido el nivel de analfabetismo, que era alrededor del 9% en los 90, la

matrícula primaria supera el 89%, la sobrevivencia escolar es mayor al 80% y la matrícula secundaria es de más de 70%;

b) El grupo intermedio (Brasil, Colombia, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela), muestra mayor analfabetismo (entre el 9% y el 20% al inicio de la última década), la matrícula neta en primaria fluctúa entre el 77% y el 97%, pero la sobrevivencia escolar está entre el 60 y el 80%;

c) El tercer grupo (Bolivia, El Salvador, Guatemala, Haití y Honduras) se encuentra más rezagado, tiene un alto nivel de analfabetismo, superior al 20%, una matrícula neta primaria entre el 39% y 87%, y un porcentaje de sobrevivencia escolar muy bajo, entre el 30% y el 60%.

A lo anterior debe agregarse una consideración sobre calidad. En la región se está produciendo una estratificación socioeconómica de los circuitos educacionales, que genera mayores niveles de heterogeneidad educacional en perjuicio de los estratos socioeconómicos más bajos. Éstos dependen casi exclusivamente de la enseñanza pública, cuya calidad se ha tornado deficiente en la mayoría de países. Resulta ilustrativo el resultado de pruebas aplicadas a escolares de diferentes estratos, resultando con los mayores porcentajes los de los estratos altos respecto a los de estratos bajos: la relación es de 72 y 83 sobre 100, a sólo 48 y 57 sobre 100 en pruebas de matemáticas y castellano.

Como se tiene analizado, según los acuerdos internacionales, será cada Estado el que soberanamente dispondrá las medidas que le permitan avanzar en la concreción de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC); sin embargo, en un mundo globalizado las políticas de Estado pasan por su adecuación a las recomendaciones de las organizaciones internacionales (FMI, BID); y en general, a los mandatos del mercado global. Si bien es cierto, los

graves problemas estructurales de los países latinoamericanos son anteriores al fenómeno de la globalización; sin embargo, no cabe duda alguna, que ella no ayuda en nada para la solución de esta problemática, y que por el contrario, contribuye a agudizarla.

2.1.2. Los Derechos Humanos en la Unión Europea

El proceso de constitucionalización de la Unión Europea, caracterizado por el reconocimiento de los derechos fundamentales y sus garantías, por los Tratados y, en primer término por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha estado precedido de una fuerte tensión de las instituciones comunitarias y los Estados miembros con la sociedad civil y un debate político desprovisto de componentes de carácter únicamente económico.

Según sostiene G. Cámara Villar, la causa eficiente más relevante de este proceso radica en el propio empeño de los ciudadanos y determinadas fuerzas sociales y políticas en la que éstos se integran, del mantenimiento en Europa de aquello que trabajosamente han ido consiguiendo a lo largo del tiempo -aunque de manera imperfecta- en el marco constitucional de sus respectivos Estados, cual es, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales tal como han sido aquilatados por el constitucionalismo democrático¹⁵².

La Comunidad Europea, como es bien conocido, vio la luz a mediados del pasado Siglo XX, advirtiéndose desde un inicio la ausencia de una declaración de derechos fundamentales incorporada formalmente a los tratados constitutivos, con las características de las que existen en los ordenamientos jurídicos del Estado Constitucional de Derecho.

En los diversos tratados existentes, podían encontrarse un regular número de derechos reconocidos, aunque dispersos, cuyo ejercicio estaba únicamente orientado a fines económicos, típicos del “mercado único”¹⁵³

No es insólito entonces encontrar, que los tratados originarios: Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), del 18 de abril de 1951; y los del 25 de marzo de 1957: Comunidad Económica Europea (CEE), y el Convenio Europeo sobre la Energía Atómica (EURATOM); no hicieran mención a derechos y libertades genéricas, a excepción de los directamente vinculados a los fines económicos que se perseguían”¹⁵⁴.

La expansión creciente del Derecho Comunitario y la colisión con los sistemas normativos de los Estados miembros, en materia de derechos fundamentales, dio lugar a lo que ha dado en denominarse la “rebelión de los Tribunales Constitucionales”, especialmente el alemán y el italiano, los que cuestionaron la primacía del Derecho Comunitario, si éste vulneraba los derechos fundamentales reconocidos en sus Constituciones, declarándose competentes para, en tales circunstancias, declarar inconstitucional la norma comunitaria.

Es esta primera fase de tensión en la que se construye el principio de primacía y efecto directo del Derecho Comunitario, por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), en Sentencias como Van Gend (1963) y Costa/E.N.E.L. (1964), en las cuales el Tribunal se

¹⁵² CÁMARA VILLAR, Gregorio. “Los Derechos Fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*, N° 4, Julio-Diciembre de 2005, pp. 9-42

¹⁵³ SCUDIERO, Luigi, “¿Comunitá Europea e Diritti Fondamental: un rapporto ancora da definire?”, en *Rivista di Diritto Europeo* 2, p.267.

¹⁵⁴ ARLUCEA RUIZ, Esteban. “El sistema de derecho y su protección en la Unión Europea” en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Javier Corcuera Atienza, Coordinador. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Dykinson. Madrid, 2002, pp. 237-264.

limitó a reafirmar dichos principios. Esta fase se extiende hasta los años 60.

A partir de allí, las insuficiencias, así como las consecuencias negativas que podrían derivarse de un Derecho Comunitario que no garantizaba los derechos, forzaron al Tribunal a integrar los Derechos Fundamentales en el Derecho Comunitario, y a definir, *per se*, sus contenidos. Para ello estableció 3 observaciones:

a) El Derecho Comunitario tiene como principio primordial el respeto por los derechos fundamentales, garantizado por el Tribunal de Justicia. Una sentencia ilustrativa es la del caso Nold, asunto 4/73, del 4 de mayo de 1974, en la que el Tribunal afirma que *"la protección de los Derechos Fundamentales forma parte integrante del Derecho Comunitario"*.

b) Las tradiciones constitucionales comunes en los Estados miembros de la Unión Europea, son la base para la demarcación de los principios generales del Derecho Comunitario recogidos por la Convención Europea de Derechos Humanos. Desde la misma sentencia Nold, se asume la necesidad de inspirarse en las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros, y afirma que su jurisprudencia *"no podría admitir medidas incompatibles con los Derechos Fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados Miembros"*.

Es así como la Convención Europea de Derechos Humanos es una de las fuentes materiales para los principios generales del derecho comunitario, junto con otros instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales. La primera aparición expresa de la CEDH en la jurisprudencia del TJCE se encuentra también en el caso Nold. Dicha práctica jurisprudencial sería recogida años después por el Tratado de la Unión Europea (TUE, 1992).

c) Son definitorios también los documentos internacionales referentes a la protección de los derechos del hombre, y en cuya elaboración se involucraron los Estados miembros. En el mismo caso Nold el TJCE afirmó que: *"los tratados internacionales relativos a la tutela de los derechos del hombre, a los que los Estados Miembros (EE.MM.) hayan cooperado o se hayan adherido, pueden suministrar elementos que puedan ser tenidos en cuenta en el ámbito del Derecho Comunitario"*.

Resulta pues interesante contrastar la posición del TJCE, en las dos primeras décadas de la integración europea. Así, desde fines de los 50 hasta fines de los 60 el Tribunal se mantuvo en una posición, que la doctrina denominó "inhibicionista", por su rechazo a emitir pronunciamiento sobre las alegaciones de violación de derechos fundamentales, en el entendido que su función sólo consistía en aplicar el Derecho Comunitario, en tanto que el Derecho interno de los Estados no podía determinar la validez de las normas comunitarias. "Se trata de una fase en la que puede decirse que estaban en construcción doctrinal los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario" que se afirman con las sentencias de 5 de febrero de 1963 (Asunto 26/62, *Van Gend en Loos*) de 15 de julio de 1964 (Asunto 6/64 *Costa /E.N.E.L*)¹⁵⁵

Desde fines de los 60, en interpretación extensiva del art. 164 (actualmente 220) del Tratado de Roma, el TJCE ingresa en una etapa denominada "proteccionista", en la que asume la protección de los derechos fundamentales considerándolos "principios generales del Derecho comunitario", derivado de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y de los instrumentos

internacionales de protección de los derechos humanos. Expresión de esta fase son las sentencias: *Stauder* (1969), *Nold* (1974), *National Panasonic* (1979), *Hauer* (1979). Justamente la sentencia del TJCE en este último caso, permitió que los Tribunales de Italia y Alemania cambiaran de líneas jurisprudenciales, reconociendo la suficiencia de la normatividad comunitaria para la protección de los derechos fundamentales y la primacía del Derecho comunitario para el Juez ordinario¹⁵⁶.

Sin embargo y no obstante la posición “proteccionista” de los derechos fundamentales del TJCE, la falta de reconocimiento expreso en norma de rango constitucional no resultaba suficiente en la garantía de tales derechos. “Por lo tanto, los derechos seguían dependiendo de las interpretaciones que en cada caso realizara el TJCE y no existía la seguridad necesaria que permitiera a las personas conocerlos con claridad antes del momento de acudir a los tribunales para su protección”¹⁵⁷

A partir de este momento, se asumen y se suscriben una serie de compromisos y tratados en el espacio europeo que impactan en el Derecho comunitario:

a) El Acta Única Europea (1985), que insertó en los tratados originarios disposiciones relativas a algunos derechos fundamentales;

b) El Tratado de la Unión (Maastricht, 1992), que tiene como principal mérito el haber establecido la “ciudadanía de la Unión” y paralelamente el compromiso de la Unión Europea con los derechos humanos. El reconocimiento de dicha

¹⁵⁵ CÁMARA VILLAR, Gregorio. “Garantías Internacionales y Europeas de los Derechos Fundamentales”, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coordinador). *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen II. 5ta Edición, actualizada a septiembre de 2010. Editorial Tecnos. Madrid, 2010, apartado 4. Capítulo XIV, p. 404

¹⁵⁶ Sentencia de la Corte Constitucional italiana, *Granital* (170/1984). Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, *Solange II* (26 de octubre de 1986)

¹⁵⁷ CAMARA VILLAR, Gregorio. Op. Cit., p. 407

ciudadanía está ligado al favorecimiento de la participación de los ciudadanos de los países de Europa en los asuntos públicos de la Unión, mediante una serie de derechos, como son: el de circular y residir libremente en el territorio de los Estados de la Unión; a votar y ser elegido en las elecciones municipales del país donde residan, en las del Parlamento Europeo; el de petición al Parlamento Europeo; el de recurrir al Defensor Europeo del Pueblo, entre otros.

Asimismo este tratado instó a las instituciones de la Unión a respetar los derechos fundamentales de la persona, tal como se garantizan por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (1950), y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

c) El Tratado de Ámsterdam (1997), profundizó el compromiso con los derechos humanos, mediante la formulación de principios que sirven de fundamento constitucional del Derecho comunitario, y que no son otros que la libertad, la democracia, el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho. Se intensifica asimismo la protección de la igualdad, estableciendo como objetivo la eliminación de la desigualdad entre varón y mujer.

d) El Tratado de Niza (2000), estableció una saludable nueva fórmula de control preventivo de la violación grave de derechos por parte de un Estado miembro, a fin de dirigirle las respectivas recomendaciones.

e) La Carta Europea de los Derechos Fundamentales (Niza, 2000), proclamada solemnemente el 7 de diciembre de 2000 por los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Tiene como fuente de inspiración las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y los instrumentos internacionales de protección de derechos, singularmente del

Convenio Europeo de 1950. Así, la Carta comprende todos los derechos incluidos los económicos y sociales.

La gran contribución de la Carta ha sido abrir, de forma efectiva, el debate sobre la constitucionalización de la Unión Europea, al aprobar uno de los elementos materiales que resultan necesarios para la elaboración de una Constitución: los derechos fundamentales.

Con todas las virtudes que tiene la Carta; sin embargo contenía una gran limitación, el ser meramente declarativa, sin fuerza vinculante, lo que obligaba a dar en esa misma línea el siguiente paso, “el salto cualitativo al establecimiento de una Constitución para Europa”¹⁵⁸

El proceso de integración europea es una respuesta al proceso de globalización y el destino del Derecho Constitucional europeo si bien es cierto se enmarca en dicho proceso, en él deben cifrarse las esperanzas de los ciudadanos. El Derecho Constitucional debe ser el dinamismo que sirva para humanizar la globalización. Desde el ámbito europeo, se podrá luchar contra las dos grandes lacras que puede provocar la globalización: el aumento de las diferencias entre los países pobres y los países ricos y el aumento de las diferencias entre los sectores más pobres y los más ricos del mundo¹⁵⁹.

Dentro de esa perspectiva se tomó el acuerdo en Laeken y en la reunión del Consejo Europeo en Salónica (junio de 2003) se presenta el Proyecto de Tratado para establecer una Constitución para la Unión Europea.

Si bien es cierto, las esperanzas se desvanecieron tras los resultados negativos de los referendums en Francia y Holanda en 2005; sin embargo este trascendente paso significó un avance en el camino hacia la constitucionalización de

¹⁵⁸ CÁMARA VILLAR, Gregorio. Op. Cit., p.410

Europa, según los principios y valores de una sociedad democrática y pluralista.

En el Consejo Europeo de Bruselas (21-22 de junio del 2007), se acordó convocar a una Conferencia Intergubernamental e invitó a la nueva Presidencia a redactar un "Tratado de Reforma", el que se publicó el 23 de julio del 2007, proceso que culminó con el Tratado de Lisboa suscrito el 13 de diciembre del 2007, en vigor a partir del 1 de diciembre del 2009.

El art. 6 del Tratado¹⁶⁰ (TUE), en su nuevo tenor, a la par de contemplar que la Unión reconoce los derechos libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, le otorga el mismo valor jurídico que los tratados¹⁶¹. Más, a su vez, dicho numeral reconoce que forman parte del Derecho de la Unión como principios fundamentales, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

¹⁵⁹ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Manual de Derecho Constitucional*, volumen 1, 5 Edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2010, Capítulo IX, "Derecho Constitucional Europeo", p.220

¹⁶⁰ El art. 6 TUE sobre los derechos fundamentales ha sido sustituido por el siguiente texto:

1. *La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre del 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre del 2007, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.
Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.
Los derechos, libertades y principios de la Carta se interpretarán de acuerdo con las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.*
2. *La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.*
3. *Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.*

¹⁶¹ CÁMARA VILLAR, Gregorio. "Garantías Internacionales y Europeas de los Derechos Fundamentales", en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coordinador). *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen II. 5ta Edición, actualizada a septiembre de 2010. Editorial Tecnos. Madrid, 2010, apartado 4. Capítulo XIV, p. 413

Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Esta interacción de fuentes fue avisorada por Peter Häberle¹⁶²: “El Derecho constitucional común europeo, introducido en el debate en 1991 describe un aspecto del Estado constitucional europeo. Se alimenta del pensamiento jurídico de los principios comunes, sin querer suprimir la diversidad de las culturas jurídicas nacionales”. Así lo destaca Francisco Balaguer: “En definitiva, las teorías de Häberle hacen más constitucional al Derecho europeo y más europeo al Derecho Constitucional nacional, generando una interacción productiva entre ambos términos que señala el camino de la formación del Derecho Constitucional europeo”¹⁶³

Ahora bien, es vasto el contenido de los derechos reconocidos en la Carta, en 54 artículos. En ella se encuentran los enunciados básicos de los derechos civiles y libertades, así como los derechos económicos, sociales y culturales, con sus actuales desarrollos, en relación con los avances científicos, como la biomedicina y la manipulación genética, así como la redimensión de algunos derechos, como por ejemplo el de igualdad, estableciendo acciones positivas en relación con la mujer, menores de edad, el adulto mayor, y las personas con discapacidad (artículos 23 a 26 de la Carta). En esa misma perspectiva, el art. 22 de la Carta también contempla el respeto a las diferencias culturales, religiosas y lingüísticas, pues la igualdad en los momentos actuales, también debe comprender las diferencias.

La técnica de clasificación adoptada por la Carta no acoge las clasificaciones tradicionales, sino que los

¹⁶² HÄBERLE, Peter. “El Estado Constitucional Europeo”, en la revista *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 2. México, Enero-junio de 2000 y en la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N° 11, Enero-Junio 2009.

¹⁶³ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. “La Contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho Constitucional Europeo”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo (Rece)*N° 13, Enero-junio 2010, pp.1-21. <http://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/07Balaguer.htm>

estructura en base a valores: la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía, la justicia¹⁶⁴, valores que se encuentran en relación directa con la persona y su intrínseca dignidad. Esta última en su triple dimensión: como valor, como principio y como derecho.

Así, con el enunciado de “*dignidad*”, se reconocen, entre otros: el derecho a la dignidad humana, a la vida, a la integridad física y psíquica de la personas; y se prohíbe la pena de muerte, la tortura y tratos inhumanos, el trabajo forzado y trata de seres humanos, las prácticas eugenésicas así como la clonación reproductora de seres humanos.

Bajo el enunciado “*Libertades*” se reconocen, entre otros: la libertad y seguridad; respeto a la vida privada y familiar, a contraer matrimonio y fundar una familia; al domicilio y comunicaciones; a la protección de datos de carácter personal; libertad de pensamiento, conciencia, religión y culto, la objeción de conciencia; libertad de expresión con sus correlativos de opinión y de información; de reunión, de asociación y de sindicalización; derecho a la educación; derecho al trabajo y de poder prestar servicios en cualquier Estado miembro, con igualdad de trato; libertad de empresa; de propiedad; derecho de asilo.

Con el *nomen iuris* de *igualdad*, se reconocen y protegen los derechos a: la igualdad ante la ley, la no discriminación, el respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística; la igualdad entre varón y mujer; los derechos del menor de edad, en todas sus dimensiones, garantizando el interés superior del niño; los derechos del adulto mayor a una vida digna; el de las personas

¹⁶⁴ ROLLA, Giancarlo. “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en una perspectiva Comparada. Técnicas de Codificación y Cláusulas de Interpretación”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)* N° 11, Enero-Junio 2009, pp. 1-30. <http://ugr.es/~REDCE11/articulos/05GiancarloRolla.htm>

discapacitadas a su desarrollo profesional y participación en la vida de la comunidad.

Bajo la rúbrica de *solidaridad*, la Carta reconoce y protege: el derecho al trabajo, la protección contra el despido arbitrario y el derecho a huelga; la proscripción del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo; derecho a permiso pagado por maternidad y parental por el nacimiento o adopción de un niño; derecho a la salud y a la seguridad social; a la protección del medio ambiente y de los consumidores.

Bajo el enunciado *Ciudadanía* se reconocen y protegen los derechos relativos al *status* de ciudadano europeo, como: el de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros; derecho de sufragio en las elecciones del Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro de residencia; de petición ante el Parlamento Europeo; el de dirigirse al Defensor Europeo del Pueblo, y el de hacerlo por escrito a los organismos consultivos de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y a recibir respuesta en la misma lengua; a una buena administración y de acceso a los documentos.

Finalmente, con el *nomen Justicia*, se reconocen y protegen: el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, el de defensa, el de presunción de inocencia; a la asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos, a no ser juzgado y condenado dos veces por el mismo delito; a la aplicación del principio de legalidad y de proporcionalidad en materia penal.

En resumen, los derechos fundamentales son principios generales, en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, los que se nutren de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y de las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos, los que deben ser

observados por las instituciones de la Unión y por los Estados.

En esa misma perspectiva deben considerarse también los tres niveles jurídicos, como expresión de un constitucionalismo multinivel, a los que se puede acudir en salvaguarda de un derecho fundamental: el constitucional-interno, el europeo internacional, y el comunitario supranacional. “En la Constitución de los derechos fundamentales de la Unión se entremezclan los mecanismos de protección de los derechos fundamentales internacionales y constitucionales”¹⁶⁵ La articulación de todos ellos va a significar un gran trabajo de armonización práctica. Por tanto, los problemas entre los diferentes sistemas de protección de derechos fundamentales en Europa, tendrán una expresión jurisdiccional; es decir, podrían implicar una confrontación de jurisdicciones.

Puede calificarse como tradicional la protección de los derechos fundamentales, cuando concurren los niveles local y el internacional. Ambos no dejan ver conflictos sustanciales en su articulación, asumiendo cada uno su papel.

En efecto, las jurisdicciones constitucionales internas han llegado a un acuerdo tácito con las autoridades de la Unión, cediendo determinados espacios. La armonía es posible, en tanto las jurisdicciones constitucionales se abstengan en la protección de los derechos fundamentales, en favor de la actuación preponderante del Tribunal de Justicia. Este ente de la Unión tiene la obligación de responder por la aplicación de los mecanismos de defensa de los derechos y el respeto de las libertades fundamentales, como lo haría cualquier Estado constitucional¹⁶⁶.

¹⁶⁵ KOTZUR, Markus. “Los Derechos Fundamentales en Europa”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)* N° 12, julio-diciembre 2009, pp. 1-25. <http://www.ugr.es/~redce/REDCE12/articulos/04Kotzur.htm>

¹⁶⁶ *Sentencia del TCF alemán, en el caso Solange II, 1986.*

Por su parte, los Estados miembros se limitan a una labor de vigilancia, manteniendo cierta distancia, lo cual permite una perfecta solución en la que no se sacrifica la primacía del Derecho comunitario¹⁶⁷.

Ahora, si bien es cierto, el conflicto de competencia queda resuelto de esta manera, en cambio sí se registran problemas entre el ordenamiento comunitario, relativamente reciente, y el sistema europeo de derechos humanos, de larga data.

La solución más viable adoptada por las Comunidades para integrar el conjunto de sistemas concurrentes en la protección de los derechos fundamentales, ha sido incorporar el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) a los tratados.

De este modo, es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) quien se avoca a los asuntos que se ponen en su conocimiento, a través de los procedimientos establecidos, como son:

a) El recurso de anulación, mediante el cual el TJUE controla la legalidad de los actos y decisiones de las instituciones europeas que causen efecto a terceros, a instancias de un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Cuentas y el BCE. Asimismo a instancia de cualquier persona física o jurídica afectada directamente por una decisión, aunque sea dirigida a otra persona, o revista la forma de un reglamento.

b) La excepción de ilegalidad, por la cual los particulares pueden instar el control incidental del Tribunal, por conculcación de un derecho fundamental, en el

¹⁶⁷ LÓPEZ BASAGUREN, Alberto. "Comunidad Europea, integración de ordenamiento y pluralidad de jurisdicciones en la protección de los derechos fundamentales", en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Javier Corcuera Atienza (Coordinador). Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Dyknsón. Madrid-España, 2002, pp.119-156.

proceso instaurado para cuestionar un acto de aplicación de un reglamento.

c) La cuestión prejudicial, que posibilita a los órganos jurisdiccionales de los Estados, a pedir al TJUE que se pronuncie sobre la interpretación del Tratado o de los actos de las instituciones de la Unión Europea que tendrían que aplicar. Lo que determina la suspensión del fallo.

Otro de los órganos de la Unión es el Defensor Europeo del Pueblo, quien investiga casos de mala administración, la que se produce cuando una institución actúa sin respeto de la ley, de los principios de buena administración, o viola derechos humanos.

Finalmente, funciona desde el 1 de marzo de 2007, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con sede en Viena, la que brinda asesoramiento sobre derechos fundamentales y establece una red de cooperación con la sociedad civil y con otras organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos.

Sin embargo, y con todos estos avances en la Unión Europea sobre la protección y garantía de los derechos fundamentales, se advierte una gran debilidad a la hora de confrontarlos con la realidad de los derechos sociales en la Unión.

A. Los derechos económicos y sociales en la Unión Europea

El problema de la efectividad de los derechos sociales se ha venido dando, no sólo en los llamados países subdesarrollados, sino también en los países del primer mundo, como por ejemplo en la ahora denominada Unión Europea.

Pero, si bien es cierto, que la Unión Europea es el mejor ejemplo de integración y gobierno comunitario, también es cierto que mucho de su destino ha estado pautado por el

bienestar económico, en desmedro de lo social. En cualquier caso, es evidente que el aspecto social está condicionado por la efectividad en el trabajo y por el logro de los objetivos económicos. Por tanto, la efectividad de los derechos sociales se convierte en una necesidad y en un reto dentro de la estructura política de la Unión Europea.

Como afirma N. Jacobs *"el respeto efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales, es de manera inherente, deudor de un contexto socio-económico global cuyo control escapa frecuentemente a los actores a los que les incumben precisamente esta tarea, esto es, a los Estados"*¹⁶⁸. Esta resulta una explicación aceptable acerca del sitial, marginal y secundario, que ocupan en la realidad los derechos sociales.

Este hecho se contrapone a los avances que ha venido experimentando Europa, como zona geográfica-política. No debe perderse de vista que gran número de los Estados europeos son parte de la OIT, y han dado muestras de un notable interés por alcanzar un equilibrio social, en busca de los estándares laborales y la efectivización de los derechos sociales.

Doctrinalmente se ha sostenido que *"el propio funcionamiento del mercado común conduciría a una armonización espontánea de la legislación social, razón por la cual no creyeron necesario dotar de mayor sustancia al ámbito social del proceso de construcción europea"*¹⁶⁹.

Esta afirmación implicaría que la integración europea permitiría la salvaguarda de los derechos sociales, y con ellos, del Estado de Bienestar. Esta tesis ha quedado desvirtuada por la constatación fáctica de la realidad, en la

¹⁶⁸ JACOBS, N., La portée juridique des droits économiques, sociaux e culturels, en *R.B.D.I.*, 1999/I, p.20, cit. por ESPADA RAMOS, María Luisa, "Los derechos sociales en la Unión Europea: mercado o justicia", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez N°35-2001: Orden Económico Internacional y Derechos Fundamentales*. Universidad de Granada, Granada-España, 2001, pp.23-57

¹⁶⁹ ROBLES CARRILLO, M., "La política social comunitaria", en *Derecho comunitario material*. Ed. Macgraw Hill, Madrid 2000, p.268.

que se aprecia un déficit social. En ese sentido, Robles Carrillo señala que: "el funcionamiento del mercado común por sí mismo, no ha sido capaz de armonizar los sistemas sociales".

Es de destacar un documento que sí registró un intento para lograr un equilibrio social dentro del proceso de integración de la Comunidad Europea. Este fue la Carta de Derechos Fundamentales de los Trabajadores (1980). Aunque el intento fue loable, la aplicación no resultó efectiva por falta de ánimo político, hecho patente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario, sobre todo en sus primeras resoluciones.

En efecto, la primera etapa el Tribunal fue manifiestamente proclive a hacer prevalecer las libertades económicas, dejando a los Estados las sociales, estableciendo que *"únicamente por la vía de la armonización de las legislaciones internas se podrían mantener determinados niveles de protección social compatibles con las libertades económicas comunitarias"*. De allí que sea razonable afirmar, que en las primeras etapas de la construcción europea, las libertades económicas han primado sobre los derechos sociales.

Existe, es verdad, un aspecto de los derechos sociales en el que el Tribunal sí ha sido concluyente: la no discriminación. Así la jurisprudencia del Tribunal ha sido explícita en exigir la igualdad de salarios entre hombre y mujer, la no discriminación por razón de sexo; y junto a estos derechos, la libertad para elegir trabajo, la libre circulación de las personas, la participación de los trabajadores en la empresa, la libertad de elección en educación y la negociación colectiva

Así las primeras decisiones del TJCE se pronunciaron en un contexto en el que se debatieron problemas de no

discriminación por razón de sexo (art. 119 del Tratado de la CEE), aunque indirectamente se realiza la conexión con el art. 117.

La primera sentencia, que aborda una interpretación de los fines y objetivos de la política social, se remonta a 1978, en el caso Defrenne. La doctrina que sienta la Sentencia Defrenne afirma que las disposiciones contenidas en los artículos 117 y 118, tienen esencialmente un carácter programático.

En el caso Neptum, la sentencia del 17 de marzo de 1993 evidencia una limitación interpretativa, al convalidar un supuesto de *dumping social* normativamente consagrado, fundamentado en necesidades de política económica para el sector de transporte marítimo, aquejado por la crisis.

En fin, en estos fallos, la operación de ponderación de objetivos sienta el criterio de la primacía de lo económico sobre lo social.

Sin embargo en el horizonte jurídico europeo, algo nuevo estaba por venir. Con el Tratado de Maastricht de 1992 se inicia una nueva etapa, ya que con él nace la Unión Europea. Hay una dimensión económica consolidada y una dimensión política por construir, en la que parece contar con fuerza lo social. No obstante, el alcance y profundización del compromiso social se quiebra cuando no es aceptado en la parte de la política social, por el Reino Unido e Irlanda del Norte. Posteriormente, este error se enmienda en 1997 cuando se firma el Tratado de Ámsterdam, en el cual como es sabido, el Reino Unido aceptó el Protocolo sobre Política Social.

Son 4 las cuestiones en las que se progresa a partir de este momento: en política social, en negociación colectiva, diálogo social y respecto al principio de subsidiariedad. Por este último, la Comunidad debe complementar la acción de los Estados miembros en aquellos ámbitos que pudieran entenderse

como de orden público. Así, acciones referidas a la salud, seguridad en el trabajo, igualdad de oportunidades entre sexos, se podrían reforzar por acciones de la Unión.

El Tratado de Ámsterdam (1997) significó un avance mayor en el reconocimiento y protección de los derechos sociales. Debe tenerse en cuenta que el Tratado de Maastrich y el Acta Única no incorporaron en sus líneas los supuestos de la Carta de Derechos Sociales Fundamentales. En contraste, el Tratado de Ámsterdam, contiene una referencia en el Preámbulo y en el artículo 126 que resalta la importancia del aspecto social: *"La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presente los derechos sociales fundamentales, como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989"*.

Finalmente, los derechos sociales han sido formalmente incorporados como derechos humanos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, en diciembre del 2000, en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de Niza. Documento que por lo tanto, se constituye en un pilar de la constitucionalización de la Unión Europea. Pero es más aún, el Tratado de Lisboa suscrito el 13 de diciembre del 2007, en vigor a partir del 1 de diciembre del 2009, a la par de contemplar que la Unión reconoce los derechos libertades y principios enunciados en la Carta, le otorga el mismo valor jurídico que los tratados.

Los derechos sociales aparecen en la Carta con el enunciado de derechos de la solidaridad; sin embargo hay algunos derechos sociales que aparecen bajo la rúbrica de las libertades y el derecho a la igualdad; como se detalla en párrafos anteriores, al analizar el contenido de la Carta.

En resumen, el proceso de integración europea ha estado en un primer momento al margen del compromiso con los

derechos sociales del hombre, los que posteriormente se han abierto paso en el ámbito de la Unión en los tratados de Maastricht, Amsterdam y singularmente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, como valores comunes a respetar por la Unión y los Estados miembros.

2.2. NECESIDAD DE UN DIÁLOGO INTERCULTURAL SOBRE DERECHOS HUMANOS

Como venimos sosteniendo, si bien el discurso de los derechos humanos ha servido, oportunamente, para *justificar* la mundialización de un concreto sistema socio-político y económico, el del capitalismo; sin embargo, esta formalidad otorga la posibilidad de que sus herramientas puedan ser usadas también en pro de las aspiraciones de quienes resultan afectados por ella. Atenta contra tales anhelos, el que, pese a la pretendida universalización y globalización de los derechos humanos, no dejen de identificarse preponderantemente con la cultura occidental y liberal.

Es pues necesario remodelar el contenido del discurso de los derechos humanos, para que pueda ser aceptado por otras culturas, distintas a la occidental. En muchos casos, tales culturas han padecido los efectos más perjudiciales de la globalización. Para que el discurso sea útil a tales fines, debe ser objeto de continuas contextualizaciones, que permitan su adaptación a la complejidad de situaciones humanas que caracterizan a la globalización.

Por ejemplo, el caso de Asia, representativo de la cultura Oriental, cuya concepción sobre los derechos humanos es diferente a la de Occidente.

Este hecho se hizo notorio en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Viena, 1993), donde varias

delegaciones de este continente se pronunciaron acerca de las diferencias culturales y valorativas entre Asia y occidente, y que se consolidaron en la expresión del Ministro de Asuntos Exteriores de Singapur: “el reconocimiento universal del ideal de los derechos humanos podría ser dañino si el universalismo se usaba para negar o enmascarar la realidad de la diversidad”. Los asiáticos abogaron en todo momento por la inclusión de la diversidad; aunque, por otro lado, el representante del Ministerio de Asuntos Exteriores de China señaló que en su país “los individuos tienen que anteponer los derechos del Estado a los suyos propios”.

Con esta aseveración se puso de relieve el hecho de que los valores asiáticos tienden menos a la libertad, e inciden más en el orden y la disciplina, contrariamente a lo que ocurre en occidente; entonces, el asunto de la defensa de los derechos civiles y políticos tiene menos eco en el continente asiático¹⁷⁰. Lee Kuan Yew, antiguo Primer Ministro de Singapur, es categórico al afirmar que el éxito económico justifica el autoritarismo y la supremacía del Estado.

Esta tesis genera una serie de interrogantes, la más importante de ellas cuestiona hasta qué punto el autoritarismo puede ser un factor de éxito. La realidad podría dar la razón a Lee Kuan Yew. países que cumplen con esta característica, tales como Corea del Sur, Singapur y China, han crecido en proporciones envidiables en comparación a otros menos autoritarios.

Sin embargo, para contrarrestar esta hipótesis, pueden encontrarse países con una democracia desarrollada y que mantienen una economía boyante. Un caso destacable es el de Botswana, en África, el país con mayor crecimiento en su

¹⁷⁰ SEN, Amartya, Universidad de Cambridge, conferencia “Derechos humanos y valores asiáticos”, pronunciada en la XVI Conferencia sobre Ética y Política Exterior, Nueva York 1997, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez N° 35-2001: Orden económico internacional y derechos fundamentales*. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2001, p.129-147

continente y de perfil democrático; lo que demuestra - corroborado por algunos estudios- que el bienestar genera un buen crecimiento.

El término "el Oriente" se usó ampliamente durante mucho tiempo para querer decir, esencialmente, lo que Asia significa hoy. En ella vive aproximadamente el 60% de la población mundial, población inmensamente heterogénea y amplia, así que mal podríamos ver a Asia como una unidad, pues ello revela una perspectiva claramente eurocéntrica. Así se suele distinguir entre los países asiáticos del este (Corea, Japón, China, Vietnam), y los del sureste asiático (India). Además, el este de Asia tiene una diversidad enorme, y hay muchas variaciones entre Japón, China y Corea.

A pesar de lo dicho, el camino a la llamada *libertad personal* y a la *igualdad de libertad*, no ha sido directo, ni exento de escollos, en occidente. La premisa, por la cual todos tienen derecho a una libertad parecida, es de reciente data. Bueno es recordar la lucha por la igualdad de los derechos de la mujer, así como la eliminación de la esclavitud.

Sin embargo, en sociedades orientales la libertad es, aún, una cuestión de prerrogativas. La clase y la casta son determinantes cuando se trata de estos derechos. Títulos tales como mandarín o brahmán, ostentan privilegios indiscutibles. Por ello, si encontramos un punto de coincidencia entre oriente y occidente, éste se encuentra en la restricción de los valores democráticos mencionados, vigente en oriente, desechada no hace mucho en occidente.

Pero si en la práctica no ha sido efectiva la *igualdad de libertad* en el oriente, sí se han encontrado textos que aluden tanto a este tema, como a la *igualdad de la tolerancia*. Estos documentos, con interesantes referencias a dichos temas, proceden de culturas tempranas de Arabia, China

e India. En cuanto a valores democráticos, en el oriente - como también sucedía en antiguas sociedades occidentales-, la tolerancia obedece a ciertas prerrogativas que dejan en posibilidad a la denominada *igualdad de la tolerancia*.

Pero además, la defensa de la democracia y de la libertad política en el sentido moderno es algo que no puede encontrarse en la tradición pre-ilustrada en ninguna parte del mundo, ni del Este ni del Oeste. Esto quiere decir que el valor *libertad política* es una conquista posterior, que valgan verdades, todavía no está bien asentado en la cultura asiática.

Hay mucho que podemos aprender de los estudios sobre los valores en Asia y en Europa, pero no advertimos una gran dicotomía entre ambos. Las ideas contemporáneas de la libertad individual y política han tomado su presente forma hace relativamente poco, así que no podríamos referirnos a ellos como compromisos "*tradicionales*" de las culturas occidentales. Hay antecedentes importantes, bajo la forma de la defensa de la tolerancia y la libertad individual, pero estos antecedentes pueden encontrarse también en la cultura asiática.

El reconocimiento de la diversidad de las diferentes culturas es muy importante en el mundo contemporáneo, pues constantemente se pretende efectuar generalizaciones tales como la "*civilización occidental*", "*valores asiáticos*" o "*africanos*", cuando en diferentes niveles se advierte la diversidad cultural.

Como se ha dicho anteriormente, la globalización ha traído una serie de desventajas en materia de derechos humanos, muchas veces postergados en beneficio de la economía. Entonces, si se busca la "*politización democrática de la globalización*", el discurso de los derechos humanos tiene que sufrir una serie de inflexiones.

La igualdad, la libertad, y otros valores democráticos que escapan a determinados sectores de la población, tienen necesariamente, que adaptarse a diferentes contextos. Este proceso intenta abarcar las complejas realidades humanas que genera y se ponen de relieve con la globalización. De Sousa Santos lo señala como un "equilibrado mestizaje de preocupaciones y conceptos, que emerge del cruce de culturas"¹⁷¹. Abundando en el tema, De Sousa apuesta por la universalización de los derechos humanos como una exigencia sin reparos: "globalización de preocupaciones políticas y morales y de las luchas contra la opresión social y el sufrimiento humano"¹⁷². En otras palabras, la frase más pertinente sería: "frente a la globalización, más globalización (de los derechos humanos)".

Es pues necesario un diálogo intercultural sobre los derechos humanos entre los países de occidente y los llamados países de oriente o asiáticos. Para ello debe lograrse un consenso mínimo sobre conceptos jurídicos básicos¹⁷³. Una posible respuesta de cómo realizar este diálogo intercultural, -para lo cual es presupuesto el conocimiento mínimo del Derecho de las diferentes culturas- la podemos hallar en el concepto "hermenéutica diatópica" elaborado por Boaventura de Sousa Santos¹⁷⁴. Su objetivo es el de suscitar la conciencia de incompletitud de toda cultura, aspecto que sólo puede ser observado desde otra cultura diferente, ya que la aspiración a lo universal, propia de cada cultura, induce a tomar la parte por el todo. En definitiva, como afirma de

¹⁷¹ DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Toward e New Common Sense*, Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition, Routledge, London-New York, 1995, p.338.

¹⁷² DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Toward e New Common Sense*, Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition, Routledge, London-New York, 1995, p.338.

¹⁷³ MIKUNDA FRANCO, Emilio. *Derechos Humanos y Mundo Islámico*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla 2001, pp. 285.

¹⁷⁴ DE SOUSA SANTOS, Boaventura. "Universalismo, contextualización cultural y cosmopolitismo" en *Identidad comunitaria y democracia*. Edit. Trotta. Madrid, 2000, p.269.

Sousa, "el reconocimiento de la incompletitud y las debilidades recíprocas (de cada cultura) es una condición sine qua non del diálogo intercultural".

De esta manera, De Sousa nos ofrece una vía que propone el diálogo entre culturas, dinámica que favorece la protección de los derechos humanos. Este diálogo forma parte de una serie de procedimientos interculturales que distinguirán, finalmente, entre aquellos sistemas que buscan la libertad del ser humano, y aquellos otros que tienden a disfrazar la opresión de grupos enteros con matices de libertad.

En conclusión: Mientras que en la modernidad la característica principal del Estado es la centralidad, una de cuyas principales expresiones es la producción y la administración del Derecho que las ejerce en forma exclusiva; en la postmodernidad, y con mayor razón en la transmodernidad, el Estado pierde centralidad y ejerce una soberanía compartida, en los ámbitos externo e interno, y en tres niveles de actuación: estructural, formal y pragmático. Este es el Estado Constitucional de Derecho caracterizado por una serie de elementos: dignidad humana como premisa de los derechos universales de la humanidad, soberanía popular, división de poderes, Estado de cultura abierto, entre otros; todos los que se incorporan en una democracia ciudadana constituida por el principio del pluralismo.

Fundamentalmente, en lo que interesa a nuestra investigación, el Estado pierde centralidad y exclusividad en la producción y administración jurídicas, convirtiéndose en parte de una red interna de diversificación del poder. Sin embargo, no debe perderse de vista las enormes contribuciones de la Modernidad en materia de formación de un Estado coherentemente organizado, el que en la Postmodernidad conserva la responsabilidad de ser el garante de los derechos

fundamentales. Se impone, pues, la organización de un sistema flexible que conserve la unidad, respetando la diversidad.

CAPÍTULO III

EL PLURALISMO JURÍDICO EN LA GLOBALIZACIÓN

1. TRES NIVELES DEL PLURALISMO EN LA GLOBALIZACIÓN: IGUALDAD, CIUDADANÍA Y JUSTICIA COMPLEJAS

La igualdad es un viejo dilema del ser humano, que se planteó desde la Ilustración. Así, Rousseau, uno de los más connotados filósofos, llegó a plantear la *dignidad igualitaria* como base de la *libertad*, otro de los grandes valores en que se inspira la Revolución Francesa (1789), y que significó también el inicio del reconocimiento de los derechos humanos desde la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*.

Este pensamiento rousseano, con todo el mérito que se le reconoce en el sustento del contrato social, ha sido duramente criticado, pues se afirma, no sin razón, que la igualdad propuesta por él, y que se entiende debía abarcar a toda la humanidad; sin embargo sirvió sólo para el reconocimiento de ese derecho a determinada categoría social de personas, léase aquí el concepto de ciudadanía restringida a las personas de sexo masculino y detentadoras de los derechos de propiedad. Se advierte, desde ya, la exclusión de buena parte de miembros de la sociedad, y principalmente, de las mujeres.

El debate sobre *la igualdad* ha resurgido en las últimas décadas, en la era de la transmodernidad, en fenómenos como el de la globalización que, por diversas razones, pone en tela de juicio el carácter absoluto del principio de igualdad de los seres humanos, tan pacíficamente aceptado desde la Ilustración, por lo menos en el aspecto formal. El debate se reabre con nuevos bríos y perspectivas, y en él no importan tanto antiguos axiomas jurídicos, como el de la *igualdad ante la ley*, sino más bien la igualdad contrastada en el plano de la realidad (pragmático), y su directo impacto en la justicia.

Así, para uno de los autores más destacados en temas de Filosofía Política, como es sin duda Michael Walzer, la sociedad humana es una comunidad distributiva: "No se reduce sólo a esto, pero en esencia eso es lo que es: los hombres nos asociamos a fin de compartir, dividir e intercambiar... La justicia es una construcción humana, y es dudoso que pueda ser realizada de una sola manera. Las preguntas que plantea la teoría de la justicia distributiva consienten una gama de respuestas, y dentro de esa gama hay espacio para la diversidad cultural y la opción política"¹⁷⁵.

El método de Walzer se sustenta en la experiencia social cotidiana. Él reconoce que una defensa filosófica de *la igualdad* en los años 80, época en la que sostuvo su teoría plasmada en la primera edición de *Las Esferas de la Justicia* (1983), tenía que hacerse en términos nuevos, recogiendo las experiencias de las personas en sus vidas, con una visión pluralista, más en términos sociales que individuales. De ese modo, Walzer utiliza los métodos de la Antropología (holista y culturalista).

¹⁷⁵ WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia: Una defensa del pluralismo y la Igualdad*. Fondo de Cultura Económica. México, 1983, p. 19.

Debe tenerse en cuenta que la esencia de la Antropología está en considerar que las sociedades son "culturas" (conjunto de significados y valores). Desde un enfoque antropológico, Walzer efectúa una serie de análisis históricos para demostrar el modo en que diferentes sociedades idearon diversas esferas de la justicia, concluyendo con su propuesta: la justicia distributiva. En ella ningún bien social debe servir como medio de dominación.

No se trata sólo de aplicar un principio singular determinado, o un conjunto de principios en momentos históricos distintos. Los principios de la justicia son, en sí mismos, plurales en su forma, y las diferencias derivan de la comprensión de los bienes sociales mismos, lo cual es producto inevitable del particularismo histórico y cultural.

Las teorías de la justicia distributiva se centran en un proceso social, en el que la gente distribuye bienes a otras personas. Walzer, para explicar y limitar las posibilidades distributivas, propone una teoría de los bienes, propuesta que le sirve de sustento para el pluralismo y la justicia compleja. Dicha teoría puede resumirse en 6 proposiciones:

1° Todos los bienes que la justicia distributiva considera, son bienes sociales, los que tienen distintos significados en distintas sociedades, según el valor que se les asigne. Lo que para una sociedad es valioso, para otra resulta disvalioso.

2° Según la forma de valoración, cómo conciben, crean, poseen y emplean los bienes, las personas asumen identidades concretas.

3° No existe uniformidad de criterios para las diferentes sociedades, vale decir, no hay un solo conjunto de bienes básicos o primarios, concebible para todos los mundos morales y materiales.

4° Es la significación de los bienes lo que determina su movimiento. Toda distribución es justa o injusta en relación con los significados sociales de los bienes que se trate. La cultura de un pueblo es siempre una producción conjunta, vale decir, compleja.

5° Los significados sociales poseen carácter histórico, al igual que las distribuciones. Las valoraciones cambian a través del tiempo.

6° Cuando los significados son distintos, las distribuciones deben ser autónomas.

Walzer, para llegar al concepto de la igualdad compleja parte de la **igualdad simple**. Se trata de una propuesta sostenible de igualdad. Podría decirse que este tipo de igualdad se da en el supuesto de una "sociedad en donde todo esté a la venta y todos los ciudadanos posean la misma cantidad de dinero". Cumplida esta premisa, se puede entender que este régimen de igualdad simple no puede perdurar indeterminadamente, y ello se debe a que, producido el libre intercambio, se generarán progresivamente desigualdades, en razón de que éste no garantiza una justa distribución.

En cambio, el régimen de la **igualdad compleja**, parte del conocimiento de los diversos bienes sociales, y la relación mutua por medio de estos bienes. La igualdad compleja requiere de "una **diversidad de criterios distributivos** que reflejen la diversidad de los bienes sociales". Cada bien social, o conjunto de ellos -como la seguridad y el bienestar, el dinero y las mercancías, los cargos sociales, el tiempo libre, la educación y el poder político- constituye una esfera de la justicia, y cada esfera está gobernada por criterios derivados del significado social de un bien o conjunto de bienes¹⁷⁶.

¹⁷⁶ WALZER, Michael. Op. Cit., p.23

La virtud de la noción de igualdad compleja es que, en vez de reducir la justicia distributiva a algún principio simple de forma igualitaria, reconoce abiertamente *la pluralidad de principios de la justicia y procura hacer de este mismo pluralismo la base de la igualdad*. Una sociedad igualitaria debe ser aquella que reconozca una serie de bienes distintos -dinero, poder, cargos, educación, etc.- y se asegure que cada uno de ellos se distribuya adecuadamente de acuerdo con su propio criterio.

El enemigo de la igualdad es el predominio, el cual se produce cuando los poseedores de un bien pueden aprovechar su posición para obtener otros bienes para los cuales no cumplen los criterios pertinentes.

Cuando Walzer desarrolla su teoría de las esferas de la justicia, puntualiza que cada una de estas esferas posee principios internos. Entonces, cuando se ignoran estos principios, se da lugar a la tiranía. Por otro lado, sostiene que "los bienes sociales tienen significados sociales, y nosotros encontramos acceso a la justicia distributiva a través de la interpretación de esos significados"¹⁷⁷ Ahora bien, cuando se fuerza la conversión de un bien en otro -sin una relación específica entre ellos-, lo que se logra es la invasión de otra esfera, en la que, normalmente, otro grupo de individuos se maneja correctamente.

Dentro de una esfera el monopolio no está fuera de lugar. El monopolio del poder político por parte de un grupo de personas, no es inapropiado; lo inapropiado sería el empleo de este poder para obtener diferentes bienes. Cuando se produce este hecho se violan principios de ejercicio político, y la invasión de otras esferas, lo que da lugar a la tiranía. "En la vida política -y también más ampliamente-

¹⁷⁷ WALZER, Michael. Op. Cit. p. 32

el predominio sobre los bienes trae consigo la dominación de los individuos”¹⁷⁸.

Entonces, inferimos que la *tiranía y la igualdad compleja se ubican en polos opuestos*. Esta última implica que todas las personas tienen derecho a ubicarse en cualquier esfera o a entablar relaciones con cualquier tipo de bien social, y del mismo modo, a ubicarse en otra distinta, con referencia a un bien distinto. Walzer grafica esta relación presentando a un sujeto X, que puede haber sido escogido para un cargo político por encima del sujeto Y. Esta selección ocasionará una desigualdad entre ambos en la esfera política, mas no en la general. Sin embargo, si el poder político de X le proporciona ventajas en otras esferas (salud, educación, vivienda, etc.), hablamos de tiranía.

Bajo otra perspectiva, encontramos también la posibilidad de que existiera, eliminado el predominio, una autonomía en cada esfera. En ese caso, el mismo número de hombres y mujeres pudieran ser exitosos en todas las esferas, reuniendo una mayor cantidad de bienes sin recurrir a la tiranía. El resultado, según Walzer, sería una sociedad desigual, “pero también mostraría del modo más contundente que una sociedad de iguales no es una posibilidad factible”¹⁷⁹.

Considerando la diversa cantidad de bienes sociales existentes es lógico aceptar que la distribución de estos bienes obedecerá a diferentes criterios, ostensiblemente vastos. Al respecto, el filósofo norteamericano señala como tres los criterios, muchas veces “considerados como el comienzo y el fin de la justicia distributiva”: intercambio libre, merecimiento y necesidad.

El *intercambio libre* es abierto por naturaleza, y en consecuencia, no garantiza una adecuada distribución de los

¹⁷⁸ WALZER, Michael. Op. Cit., p. 32

bienes. El intercambio necesita, para su ejercicio, una extensa vitrina de bienes, susceptibles de ser convertidos en otros bienes, ello a través de un medio neutral: el dinero. Esta práctica no es compatible con el monopolio ni con el predominio de algunos bienes. Aquéllos que intercambian asignan, en el camino, diferentes significados a los bienes, y se mueven en un mercado de índole plural.

El *merecimiento*, por su parte, tiene que ver con la correspondencia, con aquello que merece tener cada individuo. También de naturaleza abierta, el merecimiento implica un vínculo muy cercano entre los bienes particulares y las personas, concordantes con sus habilidades. Este criterio, de índole diversa, no tiene la urgencia de la necesidad.

Por último, Walzer se refiere al criterio de la *necesidad*. Para ilustrarlo, cita dos conocidas máximas: "a cada quien de acuerdo a sus necesidades" y "cada quien de acuerdo con su capacidad". La primera tiene que ver con la filosofía de Marx, según la cual, se ha de distribuir la riqueza de la comunidad, de manera que las necesidades de todos sus integrantes sean satisfechas. La segunda, sugiere tomar las plazas de trabajo disponibles y distribuir las de acuerdo a las habilidades de cada persona, en tanto que el criterio de la necesidad no es factible aplicarlo tratándose de bienes tales como el poder político, la fama, el honor, objetos bellos o artísticos; éstos no se pueden distribuir de acuerdo a las necesidades de cada quien. La necesidad no funciona para este tipo de bienes, o similares. Dada la variedad de bienes que surgen de cualquier vida común, otros criterios distributivos operarán siempre paralelamente a la necesidad.

Michael Rustin, interpretando a Walzer, sostiene que "una de las intenciones primarias de *Las Esferas de la Justicia*"

¹⁷⁹ WALZER, Michael. Op. Cit. p.33

fue renovar y revitalizar la interpretación socialista de las ideas igualitarias, a través de la atención a la variedad y pluralidad deseable de las cosas, y con la inclusión de éstas dentro de un concepto ampliado de igualdad¹⁸⁰. Si entendemos esta premisa, entenderemos también que Walzer busca analizar, entender, describir y -por último- valorar, la enorme gama de formas de vida humana, sin perder de vista, en el camino, “los significados y normas que les dan forma”. Entonces, el concepto de “diferencia”, como un valor antisocialista alternativo, no tiene sentido para Walzer. La base de una nueva concepción del mundo tiene que pasar, necesariamente, por una visión clara de todos los aspectos de la vida humana.

Resulta destacable el intento de Walzer de reformular el concepto de igualdad en los años 80, de una *igualdad simple* unidimensional, a una *igualdad compleja*, respetuosa de la *diversidad* caracterizada por la pluralidad de valores, en un enfoque postmodernista. “La justicia es relativa a los significados sociales. Una sociedad determinada es justa si su vida esencial es vivida en cierta manera, esto es, de una manera fiel a las nociones compartidas de sus miembros”¹⁸¹.

Por su parte, el especialista en ciencias políticas, Joseph Carens¹⁸² considera que Walzer “hace hincapié en la variedad y variabilidad de los bienes sociales de que debe ocuparse una teoría de la justicia”. Esta perspectiva nos hace ver, de acuerdo al método walzeriano, que es necesario observar con detenimiento los bienes sociales, la forma en que están hechos, el significado que poseen para las personas, el valor que les asignan, y las condiciones que se imponen para su distribución; todo ello si es que se quiere

¹⁸⁰ RUSTIN, Michael. “La igualdad en los tiempos posmodernos”, en *Pluralismo, justicia e igualdad*, compilación de Miller David y Walzer Michael. Fondo de Cultura Económica. México, 1997, pp.29-63.

¹⁸¹ WALZER, Michael. Op. Cit. p. 322.

¹⁸² CARENS, Joseph. “Justicia Compleja, Diferencia Cultural y Comunidad Política”, en *Pluralismo Justicia e Igualdad*, compilación de Miller David y Walzer Michael. Fondo de Cultura Económica. México, 1997, pp. 65-91

estructurar apropiadamente una teoría de la justicia. Es pertinente decir entonces, como reitera Carens, que "Walzer afirma que la justicia es lo que las personas de una determinada comunidad piensan que es", y en ese sentido, será justa la distribución si los individuos de un grupo piensan que lo es.

La defensa más completa que hace Walzer del precepto que la justicia consiste en la conformidad con los "significados sociales", explicita que "todos nosotros somos criaturas que producimos cultura: hacemos y poblamos mundos llenos de sentido. Dado que no hay manera de clasificar y ordenar estos mundos, en lo concerniente a sus nociones de los bienes sociales, hacemos justicia a las mujeres y a los hombres reales respetando sus creaciones particulares".

En pocas palabras, Walzer modifica el concepto de justicia, se opone al concepto tradicional, en el cual se busca un principio o axioma fundamental, y asigna a la justicia una naturaleza radicalmente pluralista. **La Justicia es para Walzer la creación de una comunidad política determinada en un momento dado; en cada sociedad hay diferentes tipos de bienes sociales, cuya distribución requiere en cada caso un criterio particular de justicia.** La justicia es relativa a los significados sociales. Una sociedad determinada es justa si su vida esencial es vivida según las nociones compartidas de sus miembros.

La igualdad compleja y la pluralidad de la justicia (justicia compleja) constituyen así las tesis centrales del profesor de Princeton, comunitarista moderado. La segunda de ellas es la base del *pluralismo jurídico*, que al reconocer que el Derecho es un trasunto social, postula la coexistencia de diversos sistemas jurídicos, dentro de un mismo Estado, según la pluralidad de naciones.

Desde esa perspectiva, en principio, cabe afirmar que la justicia plural no es absoluta, sino que reconoce límites que, a su vez, se relacionan con la existencia de diversas jerarquías de normas, en el ámbito de un Estado en la transmodernidad; algunas de las cuales se caracterizan por su generalidad, en tanto que otras, por su particularidad.

Así, Joseph Carens, en una interpretación magistral de la teoría de la justicia (compleja) de Walzer en "Las Esferas de la Justicia" reconoce en ella la existencia de 4 partes distintas, cada una de las cuales son como círculos concéntricos, cada uno contenido en el anterior.

El *primer círculo*, aquel que contiene a todos los demás, encierra las normas que se consideran esenciales en cualquiera de los Estados contemporáneos. Se trata de normas mínimas de actuación universal, sin tomar en consideración factores históricos, culturales, o configuraciones políticas. Este primer círculo nos coloca frente a los derechos humanos, de prevalencia universal.

En el *segundo círculo* encontramos las normas de justicia referidas a los Estados democráticos liberales contemporáneos. Walzer tratará aquí de normas derivadas de principios democráticos liberales, dejando a un lado la historia y cultura particulares de cualquiera de los Estados implicados.

En cuanto al *tercer círculo*, el panorama varía un tanto, en el sentido que sí tomará en cuenta la cultura e historia de cualquiera de los Estados democráticos liberales, en tanto las normas estén pertinentemente ligadas a ellas.

El *cuarto círculo*, el último y nuclear de todos, contendrá las normas que se vinculen íntimamente con la historia y cultura de cualquier comunidad política. Implica un análisis particular.

Esta última esfera se constituye así en el núcleo de la teoría de la justicia de Walzer, pero el análisis completo se extiende a lo largo de las cuatro en conjunto.

Nos hallamos frente a un análisis de la justicia que va de lo general a lo particular. La primera esfera, la externa, viene a constituir un marco que debe ser respetado por todos, independientemente de la comunidad a la que se pertenezca. Estamos pues frente a los derechos humanos, caracterizados justamente por su universalidad. A medida que nos alejamos del círculo externo las normas van perdiendo su universalidad, hasta convertirse en particulares al llegar al círculo central. Aquí, como analizamos, las normas de la justicia se vinculan íntimamente con la historia y la cultura de una comunidad política en particular. De este modo, Walzer, desde la perspectiva filosófica, fundamenta el pluralismo jurídico, esto es, la co-existencia de diferentes sistemas jurídicos en un mismo Estado, la misma que se sustenta en la diversidad cultural de sus titulares.

Una cuestión crucial que se presenta es, entonces, la amplitud o estrechez de los diversos círculos. En otras palabras, ¿cuánto de nuestra idea de la justicia es universalista y cuánto particularista? Podríamos ensayar una respuesta, aplicando la teoría de las "Esferas de la Justicia" de Walzer al caso del Perú, y concluiríamos que resulta fácilmente aplicable. Para ello nos remitimos al art. 149° de la Constitución Política. En esta Carta, el círculo interior está conformado por las normas de Derecho Consuetudinario, aplicables por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, en sus respectivos grupos culturales, y cuyo límite es el respeto a los derechos humanos (primer círculo). En los casos en los que no exista solución dentro del Derecho de la Costumbre, se aplicarán,

por parte de las autoridades oficiales, las normas del Derecho Formal (segundo y tercer círculo).

Pues bien, entre la igualdad compleja y la justicia compleja, existe un punto de enlace que les hace cobrar vida, y éste es la ciudadanía. Cuando hablamos de ciudadanía, en primer lugar debemos tener presente que estamos frente a una categoría mediadora entre la persona y el Estado, lo que significa que la persona sólo puede comunicarse con el Estado a través de la ciudadanía, y que el Estado sólo puede entrar en contacto con la persona a través de la ciudadanía, relación que se da a través de los derechos; pero además, la ciudadanía forma parte de la denominada esfera pública, pues la persona cuando actúa en la esfera pública actúa como ciudadana. Finalmente, la ciudadanía exige un tipo de comportamiento uniforme, vale decir, debe observar reglas de comportamiento uniformes. Como es fácil darse cuenta, estamos frente al concepto tradicional de ciudadanía, y la situación se complejiza cuando se trata de sociedades multiculturales.

En tales sociedades es preciso deconstruir el modelo de ciudadanía de la modernidad, el que se manifiesta como claramente insuficiente para responder a las necesidades que plantean las sociedades cada vez más plurales y complejas en que vivimos¹⁸³, modelo que no puede seguir vinculado al concepto de nacionalidad, vale decir, asociada al monoculturalismo, sino más bien al multiculturalismo y al pluralismo cultural.

Para esta clase de sociedades José Rubio Carracedo propone una ciudadanía compleja¹⁸⁴ -o una ciudadanía diferenciada, según las propuestas de Taylor y Kymlicka- la que se sustenta en la igualdad compleja, y en la que, además

¹⁸³ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. "El Derecho a la Identidad Cultural como Elemento Esencial de una Ciudadanía Compleja", en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* N° 127. Madrid-España, enero-marzo 2005, pp.297-322.

¹⁸⁴ Sobre la ciudadanía compleja, véase el Ítem 2 del Capítulo II, El Derecho en la transmodernidad.

de los derechos fundamentales para todo ciudadano, se comprenden también derechos diferenciales para los grupos minoritarios y la garantía para entablar un diálogo con los otros grupos, propiciatoria de la interculturalidad¹⁸⁵.

No se puede perder de vista, sin embargo, que el Estado en la transmodernidad soporta, por un lado, movimientos nacionalistas internos; y por otro, debe ceder soberanía a instancias supranacionales, cuyo ejemplo más evidente es la Unión Europea. De este modo, sobre la categoría de ciudadanía confluyen dos procesos contradictorios, pero paralelos: uno, interno, que lleva a una concepción de la ciudadanía "diferenciada" o "compleja"; y otro, externo, que plantea una ciudadanía "cosmopolita", "global" o "transnacional".

Sobre la ciudadanía compleja, que es la que más interesa para nuestro estudio, debe considerarse que existe un gran debate respecto a la necesidad de reconocimiento de derechos específicos o diferenciados a las minorías culturales. Así, se afirma por cierto sector del Liberalismo, partidario de las formas de protección tradicionales, que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación son suficientes para garantizar tales derechos; que reconocer derechos específicos a las minorías podría generar conflictos entre los derechos del grupo y los derechos fundamentales de sus integrantes; y que el reconocimiento público de las diferencias culturales contradice el principio de neutralidad de las instituciones públicas.

Esta postura del Liberalismo, no considera que igualdad y prohibición de discriminación, por sí solos, no son capaces de regular efectivamente una realidad desigual; y es que esta propuesta liberal considera sólo la igualdad formal, cuando en realidad, si se trata de una realidad multicultural, es el concepto de *igualdad compleja* el que se impone para dar una

¹⁸⁵ Véase el Ítem 3.2. del Capítulo I, La interculturalidad como opción.

solución equilibrada y acorde con los principios democráticos y plurales que deben inspirar a las sociedades actuales.

De otro lado, ese sector del Liberalismo no ha tomado en cuenta que el reconocimiento y la protección de las diferencias se sustenta en el derecho humano a la identidad cultural, que debe ser ejercido dentro de los límites de la que proponemos denominar, "*libertad cultural*"¹⁸⁶, pues *no se pueden permitir las "restricciones internas"*¹⁸⁷, punto en el que concordamos plenamente con Will Kymlicka.

Finalmente, el Liberalismo no puede esgrimir el principio de neutralidad de las instituciones públicas, para fundamentar su rechazo al reconocimiento de derechos diferenciados a los grupos minoritarios, cuando de un lado él mismo encabeza la defensa de los valores de ciertos grupos en detrimento de los otros, violando flagrantemente los principios de igualdad y no discriminación.

Lo cierto es que está demostrado que, en la práctica, el sólo concurso de la generalidad de los derechos fundamentales para tratar de proteger los derechos de las minorías étnicas y culturales, ha resultado corto e insuficiente, pues aquéllos sólo garantizan los derivados de la identidad humana, dejando sin protección a los relativos a la identidad étnica y cultural. Resulta pues imprescindible la consagración de los derechos diferenciados, como en efecto lo están -en diferente medida- en las Constituciones de diversos Estados del mundo, las mismas que tienen como rasgo característico la pluralidad, valor de primer orden en el Estado Constitucional de la transmodernidad.

¹⁸⁶ "*Libertad cultural*" es la posibilidad que tiene el individuo de un determinado grupo étnico, de optar por continuar perteneciendo a él o integrarse a otro grupo.

¹⁸⁷ "*Las restricciones internas*" según Kymlicka, implican relaciones intragrupales: aluden a la restricción de las libertades civiles y políticas básicas de los miembros del grupo, en nombre de la tradición cultural u ortodoxia religiosa. KYMLICKA Will, *Ciudadanía Multicultural*. Edit. Paidós. Barcelona-España, 1996, p.58.

Asimismo, los instrumentos internacionales también los consagran, como hemos analizado *in extenso* en el Item 3 del Capítulo I. Las normas internacionales que protegen a la persona integrante de una minoría, o a la propia minoría, establece una triple relación entre el interés personal, el colectivo y el estatal, a diferencia de cualquier norma de Derecho Internacional de Derechos Humanos, que pondera sólo el interés de la persona y el interés del Estado.

Si los instrumentos internacionales también los consagran, resulta pues conveniente, para una debida protección de los intereses en juego, que estos derechos diferenciados estén contemplados en la propia Constitución, ya que en ésta, como expresión de la ciencia de la cultura, en feliz calificación de Peter Häberle, debe estar representada toda la sociedad, sin distinción alguna.

De diferente criterio es Luigi Ferrajoli, quien no cree imprescindible incorporarlos en el texto constitucional, dejando a la ley dicha misión, aunque al final no excluye dicha posibilidad: *"Un cuadro de derechos fundamentales bien diseñado, con un sistema de garantías apropiado, es suficiente para asegurar una igualdad que permita a cada individuo proteger y hacer uso de su propia identidad. Contando con este marco general, las posibilidades de acción de la legislación secundaria son muchas... Esto no excluye que un estatus jurídico diferenciado para las minorías étnicas no se pueda integrar directamente en el texto constitucional"*¹⁸⁸.

Sin el ánimo de agotar el análisis del debate, según Will Kymlicka¹⁸⁹, los derechos de las minorías culturales son de tres clases:

a) Derechos de autogobierno: Son aquéllos que se reconocen a un grupo minoritario dentro de un Estado,

¹⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: La Ley del más Débil*. Trotta, Madrid 1999, p.177.

¹⁸⁹ KYMLICKA, Will. *Ciudadanía Multicultural*. Edit. Paidós, Barcelona-España, 1996, p. 61

mediante los cuales puede ejercer, de forma autónoma, los de **carácter político y jurisdiccional**. Se trata, en este último caso, de la consagración del pluralismo jurídico, que reconoce la coexistencia de diversos sistemas de justicia en el mismo territorio estatal, pluralismo sustentado en el derecho a la identidad cultural de tales grupos. Así lo consagran las Constituciones de los países andinos: Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994) y Ecuador (1998).

b) Derechos poliétnicos: Mediante estos derechos se garantizan las prácticas culturales de las comunidades minoritarias, para lo cual deben gozar de subvenciones públicas, por ejemplo para la educación bilingüe, art. 17.4 de la Constitución peruana.

c) Derechos especiales de representación: Estos derechos compensan algunas desviaciones en los procesos de representación política de los Estados democráticos y constitucionales, como por ejemplo el sistema de cuotas electorales. Se trata de medidas de acción positiva, justificadas a favor de los miembros de ciertos colectivos que han tenido que enfrentar experiencias de discriminación, precisamente por su pertenencia a dichos grupos. Estas medidas actúan como equilibrantes de tales desventajas.

Por su parte Eleonora Ceccherini, profesora de la Universidad de Siena, nos propone otra clasificación, no sin antes destacar que "el reconocimiento de los derechos de estos grupos y los consiguientes instrumentos de garantía dispuestos, implica que los Estados deben encontrar un equilibrio entre las prerrogativas de estas minorías y el carácter unitario del Estado, con el fin de que su reconocimiento no conlleve la disolución de la organización

estatal”¹⁹⁰. La atinada propuesta de la profesora Ceccherini va en el sentido de que el reconocimiento de los derechos de las minorías no debe atentar contra el principio unitario del Estado, propuesta que se adhiere a las que, en ese sentido, se insertan en los instrumentos internacionales sobre la materia.

Según la profesora Ceccherini los derechos de estos grupos pueden subdividirse en:

1º Derechos derogatorios, que constituyen excepciones a las normas codificadas de un Estado, en relación a los individuos pertenecientes a una determinada comunidad o grupo, y que se sustentan en el *status* reconocido a dichas personas. Por ejemplo, los derechos de pesca y caza de las comunidades autóctonas canadienses, que pueden ser ejercidos, aún violando normas estatales.

2º Derechos promocionales, por los cuales los grupos minoritarios son beneficiarios de políticas públicas que buscan equilibrar su desventaja en relación con el grupo mayoritario de la sociedad.

Se consideran dentro de esta clase de derechos, aquéllos que permiten a los integrantes de una comunidad o grupo a conservar su cultura, a través de sus expresiones lingüísticas, religiosas, y demás formas relativas a su identidad cultural. Así, la declaración de cooficialidad de las lenguas nativas robustece tal derecho, y no sólo el uso coloquial de las mismas.

3º Derechos de autogobierno, considerados como uno de los más importantes dentro de las expresiones de los derechos a la identidad cultural.

¹⁹⁰ CECCHERINI, Eleonora. “Mecanismos Institucionales de Garantía de las Identidades Culturales” en *Derecho Constitucional y Cultura: Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Coordinador Francisco Balaguer Callejón. Editorial Tecnos, Madrid, 2004, pp.349-368.

Cabe distinguir, según algunos autores, entre: a) Los derechos de autonomía y b) Los derechos nacionales. Estos últimos permiten la autodeterminación.

Actualmente, hay consenso a nivel internacional, respecto a la existencia de dos tipos de autodeterminación de los pueblos: la externa y la interna.

El jurista italiano Antonio Cassese¹⁹¹ apunta, respecto a la autodeterminación "externa", que implica la potestad de cada pueblo, o minoría, de escoger con libertad entre su independencia o la unión con otros Estados, ello en cuanto a relaciones internacionales se refiere.

La autodeterminación "interna" permite a cada pueblo la potestad de elegir y mantener un gobierno por él escogido. Cuando se trata de un grupo minoritario, de naturaleza étnica, religiosa o cultural; la autodeterminación interna - siempre dentro de un Estado soberano- le concede la facultad de rechazar la opresión del gobierno central.

Los derechos de autonomía se identifican así con la autodeterminación interna, y comprenden derechos de una ciudadanía reforzada (*compleja*). Éstos se refieren al ejercicio autonómico expresado en formas de gobierno propiamente dichas, al uso de la lengua, y en general, al disfrute de la propia cultura. Por su parte, los derechos nacionales se identifican con la autodeterminación externa, diferenciándose claramente de los de autonomía.

Resulta evidente que estos últimos podrían dar lugar a la escisión del Estado, y por ello, no están recogidos en los instrumentos internacionales que reconocen los derechos de las minorías étnicas y culturales, dentro de un Estado soberano. El supuesto de autodeterminación externa en

¹⁹¹ CASSESE, Antonio (1979), "Political Self. Determination-Old Concepts and Next Developments, en Cassese ed., p.137.

realidad es otro, y está relacionado con los casos de colonialismo.

4º Derechos exclusivos, otorgados sólo a miembros de una comunidad, en razón de su pertenencia a un grupo étnico o cultural. En esta categoría se sitúan, por ejemplo, aquellas leyes que regulen las relaciones entre el gobierno central y los grupos. Así, por ejemplo, la Constitución de Colombia (1991), ha considerado derechos especiales de los pueblos indígenas sobre las tierras que habitan. Del mismo modo, la Constitución del Perú efectúa un reconocimiento de la existencia de las Comunidades Campesinas y Nativas, a las que les otorga autonomía en su organización y la protección a sus tierras, al establecer que:

Art. 89º.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y el uso y libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

5º Derechos al reconocimiento, mantenimiento y reforzamiento de reglas tradicionales.- Estos derechos cobran vida a través de órganos representativos de los grupos étnicos existentes en el territorio del Estado, a los que se otorga funciones consultivas, de propuesta, o incluso de carácter **jurisdiccional**.

Ceccherini pone como ejemplo la Constitución de Sudáfrica, que prevé la creación de la Cámara de los Jefes Tradicionales, como instrumento para el reconocimiento de los

derechos colectivos de autodeterminación de las comunidades en el seno de la República.

Cabe destacar las formas de jurisdicción especial para dirimir conflictos relativos a los miembros de los grupos o comunidades, como clara expresión del reconocimiento del pluralismo jurídico. Tenemos como ejemplo en la región andina las Constituciones de Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (Reforma de 1994 y la nueva Constitución vigente desde 2009) y Ecuador (1998), que así lo consagran.

En Sudáfrica, igualmente, el Consejo de Jefes Tradicionales se constituye también en órgano jurisdiccional.

6º Derechos a la representación de los grupos en los órganos constitucionales.- A través de este tipo de derecho se consagra la representación de las comunidades en los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Constituye claro ejemplo de este derecho, las Constituciones de Suiza, Rumania y Colombia, las cuales permiten dicha representación en el Congreso.

Un atento análisis comparativo, entre la propuesta de Will Kymlicka y la que nos trae Eleonora Ceccherini, nos lleva a la conclusión de que ambas son, en el fondo, similares. Así, los derechos promocionales, exclusivos y de reconocimiento de reglas tradicionales, considerados por esta última autora, pueden aglutinarse, todos ellos, en los Derechos poliétnicos de la clasificación de Kymlicka. De allí, que ambos autores coinciden en su propuesta sobre los derechos de autogobierno, Poliétnicos y de Representación, en tanto que resulta singular la de los Derechos Derogatorios que considera Eleonora Ceccherini, y que son relevantes en ciertas comunidades de Norteamérica.

En esa perspectiva, la mayoría de constituciones de Latinoamérica y, particularmente, las de los países andinos, reconocen ciertos niveles de autonomía a favor de las

comunidades campesinas. Un ejemplo es la Constitución colombiana que establece la autonomía de la ETI (Entidad Territorial Indígena) así como el art. 82° de la Constitución peruana. De estos elementos se deriva, para estos países, el reconocimiento de los derechos de autogobierno y poliétnicos. Destaca además, el derecho de representación de las ETIS ante el Congreso, que prevé la Constitución colombiana.

Concluimos así que es enorme la relevancia de la *igualdad compleja* en la actualidad, etapa en la que se reconocen las diferencias. Este reconocimiento se plasma en la ciudadanía compleja, la misma que considera la consagración de derechos diferenciados para las minorías étnicas y culturales, entre los que destacan el derecho al autogobierno con una de sus principales expresiones, el de la jurisdicción especial. Ésta es una viva manifestación del pluralismo, valor básico del Estado constitucional y democrático de Derecho, propio de la Transmodernidad. Dicho pluralismo, de ninguna manera resulta atentatorio contra el principio unitario del Estado, al contrario, robustece su carácter democrático, y asegura la paz social.

Así, la igualdad, la justicia y la ciudadanía compleja, forman una inseparable trilogía del pluralismo en la transmodernidad; todas ellas ligadas al derecho humano a la identidad cultural. La última, punto de enlace entre las dos primeras, construida sobre el reconocimiento de las diferencias¹⁹², que sustentan a su vez a la *igualdad compleja*, determinantes de la existencia de derechos diferenciados -como por ejemplo un sistema de justicia propio- como expresión de una *justicia compleja*.

2. EL PLURALISMO CULTURAL

¹⁹² “Diferencias”, según Ferrajoli, son los rasgos específicos que individualizan a las personas, haciéndolas distintas a las demás, que en cuanto tales, son tuteladas por los derechos fundamentales. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: La Ley del más Débil*. Trad.de Andrés y Andrea Greppi. Trotta, Madrid, 1999, p.82.

El inicio de cada época histórica generalmente significa, para los hombres del momento, la huída de modelos sociales que desean ser superados. Es como una reacción social, en la que en la nueva etapa histórica se trata de imponer paradigmas contrastantes con los de la etapa anterior, sin advertir muchas veces, los errores en que se incurre, al dejar algunos cabos sueltos y que sólo se perciben con el transcurso del tiempo. No en vano se afirma que el hombre aprende, no sólo en base a alambicados estudios sino, sobre todo, de la realidad.

Así fue como la Ilustración, que inspiró a la Revolución Francesa, consagró la igualdad abstracta de los seres humanos, en reacción al antiguo régimen del absolutismo. De este modo, el Estado moderno, se sustentó en una pretendida homogeneidad social y en el desconocimiento de las diferencias, como analizamos en el Capítulo II. En él, la nación actúa como elemento de fusión, respetando la pertenencia formal a un mismo pueblo. La búsqueda de la homogeneidad tenía por finalidad la unidad política, sin considerar que el reconocimiento de las diferencias, no tenía porqué constituir un factor de escisión del Estado.

El mismo Estado Constitucional, en sus primeras etapas, surge considerando dicha homogeneidad social, y así las Cartas Políticas de ese momento histórico consideran que el Estado está compuesto por una sola nación, en una suerte de reconocimiento de un monismo cultural.

“La mayoría de los especialistas en teoría política han utilizado un modelo idealizado de polis, en el que los conciudadanos comparten unos ancestros, un lenguaje y una cultura comunes”¹⁹³. Este reconocimiento entra en franca contradicción con la realidad de los Estados independientes,

¹⁹³ KYMLICKA Will. *Ciudadanía Multicultural: Una Teoría Liberal de los Derechos de las Minorías*. Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1996, p.14.

que en su mayoría, tienen una composición pluriétnica y pluricultural. En este momento, es mayor el número de países culturalmente diversos. Son pocos los países en los que existe uniformidad lingüística, en los que sus habitantes pertenezcan al mismo grupo étnico. Un ejemplo de estos últimos son Islandia y las dos Coreas.

La realidad histórica que muestra que la mayoría de comunidades políticas en el mundo han sido y son multiétnicas, contrasta con el modelo idealizado por aquéllos que detentan el poder de una sociedad aparentemente monocultural, con habitantes que comparten la misma cultura y que provienen de los mismos ancestros.

En contraste, el constitucionalismo de la transmodernidad en las últimas décadas, se ha preocupado de tutelar la igualdad sustancial. Así, el art. 9.2 de la Constitución española de 1978, establece que: *"Corresponde a los poderes públicos remover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"*.

La misma Constitución española consagra, como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, el *pluralismo político* (art. 1.1.), y lo que es más importante, reconoce y garantiza también el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que componen la Nación española (art. 2).

En América Latina, las Constituciones de los países andinos, particularmente, Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994 así como la reciente del 2007)) y Ecuador (1998) reconocen el carácter pluricultural de esos Estados, la existencia de los pueblos indígenas y de sus derechos

(oficialización de sus idiomas, educación bilingüe, protección del medio ambiente y sobre todo el Derecho Indígena o Consuetudinario).

El multiculturalismo¹⁹⁴ o heterogeneidad étnica y cultural ignorada por la Modernidad, no es pues un hecho nuevo, *"ni es un problema ni es un ideal. El multiculturalismo es simplemente una realidad"*¹⁹⁵; realidad que determina que cada vez sea mayor la exigencia del reconocimiento de la diversidad. Es cierto también que tal hecho se ve incesantemente incrementado por el fenómeno de la inmigración.

Por otro lado, son diversas las formas que reviste el multiculturalismo, siendo las más conocidas las que distingue Will Kymlicka¹⁹⁶, por considerar a aquéllas que se dan con mayor énfasis en la realidad:

a) Minorías nacionales (Estados multinacionales)..- Son los grupos minoritarios en los Estados, poseedores de diversas culturas dentro de su territorio, que mantienen su deseo de mantener una cultura distinta a la del sector mayoritario.

b) Grupos étnicos (Estados poliétnicos)..- En los que la diversidad cultural surge por la inmigración individual y familiar. Son grupos que se integran de una manera más plena

¹⁹⁴ *"Cultura"*, en una de sus acepciones, según Kymlicka, es "una comunidad intergeneracional más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una patria determinada y comparte un lenguaje y una historia específicas". KYMLICKA, Will, Op. Cit. p. 36. En tanto, la *"multiculturalidad"*, según Matteo Gianni, es la interacción de culturas diversas, de forma significativa, en la sociedad. GIANNI, Matteo, "Reflessioni su multiculturalismo, democrazia e cittadinanza", en *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, N° I, abril 2000, p.3.

¹⁹⁵ ZAPATA-BARRERO, Ricard. "La ciudadanía en contextos de multiculturalidad: procesos de cambios de paradigmas", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez N°37-2003: Ciudadanía e inmigración.* Edit. Universidad de Granada. Granada, España, 2003, pp. 173-199. Según el mismo Zapata Barrero, el término *"Multiculturalismo"* tiene por lo menos dos usos, como hecho y como valor. En el primer caso describe un hecho evidente: la coexistencia dentro de un mismo territorio (estatal) de culturas diferentes; en el segundo, se refiere a un modelo de sociedad donde la relación entre todas las culturas existentes es de igualdad, y donde todas ellas tienen un mismo reconocimiento en la esfera pública. En este último caso, según la mayoría de opiniones, se está frente al denominado *"Pluralismo cultural"*, vale decir, el reconocimiento constitucional o legal del multiculturalismo.

¹⁹⁶ KYMLICKA, Will. Op. Cit., p.26.

a la sociedad, y sin dejar de lado su lucha por el reconocimiento de su identidad étnica, no anhelan constituirse en una nación con autogobierno.

Especial atención debe prestarse a la clasificación que propone Ricard Zapata-Barrero, propuesta en la que podemos encontrar un doble mérito: **a)** el énfasis en la influencia del fenómeno de la globalización en esta realidad social, sin dejar de lado las otras formas conocidas de multiculturalidad; y **b)** el sentido en el que van las reclamaciones de los involucrados a los demás actores sociales, y en particular, a las esferas constitucional y política, a través de un "lenguaje". Él afirma que, en estos momentos, existen hasta cinco formas, a las que acertadamente se refiere como "contextos" de multiculturalidad:

a) Pluralismo de identidades culturales.- En el que están incluidos ciertos colectivos como: mujeres, niños, ancianos, homosexuales, discapacitados físicos. El lenguaje predominante es el de la discriminación o trato desigual.

Estos colectivos, a los que María Ángeles Martín Vida¹⁹⁷ denomina "minorías transversales", cuyas reivindicaciones de reconocimiento son perfectamente legítimas; sin embargo, no son, en sí, representativos de ninguna cultura, si nos ceñimos al concepto de cultura que nos trae Will Kymlicka¹⁹⁸

b) Inmigración.- Esta forma encuentra sustento, según el autor, en la distinción entre "población" y "demos". En este contexto de multiculturalidad se encuentran personas que forman parte de la población, pero no del *demos*, siendo así, no tienen la calidad de ciudadanos del país que los acoge, por lo que tampoco comparten el sistema de derechos y deberes

¹⁹⁷ MARTÍN VIDA, María Ángeles. "Igualdad, Diferencia y Reconocimiento de Derechos Específicos en el Contexto de las Sociedades Multiculturales", en *Derecho Constitucional y Cultura: Estudios en Homenaje a Peter Häberle*. Coordinador Francisco Balaguer Callejón. Editorial Tecnos, Madrid, 2004, pp. 715-728.

¹⁹⁸ Ver cita 186

con los que sí son considerados ciudadanos. Zapata Barrero considera en este caso, como lenguaje predominante, el de acceso a los derechos y a la esfera pública.

c) Pluralismo de identidades nacionales.- En este contexto se ubican diversos grupos nacionales concentrados territorialmente en un mismo Estado. Sin embargo, las naciones minoritarias no reciben el mismo trato que las mayoritarias. Si bien es cierto que los integrantes de los grupos minoritarios, comparten los mismos derechos y deberes que aquellos miembros de los grupos mayoritarios, por poseer ambos, la misma identidad humana, en buen número de casos sus identidades culturales no se hallan reconocidas. En consecuencia, el lenguaje predominante sería el reconocimiento y el autogobierno o gobierno compartido.

En términos de autogobierno, el grupo reclama decidir su destino a través de un sistema de competencias en todos los niveles de poder (Legislativo, Ejecutivo y Judicial). En la lógica del gobierno compartido, la reclamación va en el sentido de la federalización.

d) Unión Europea.- Este contexto de multiculturalidad, según el mismo Zapata-Barrero, pone en tela de juicio el vínculo Estado/nacionalidad/ciudadanía. La discusión se centra aquí entre la lógica de los Estados miembros y la de la Unión. El lenguaje predominante es el de la transnacionalidad.

e) Globalización.- En este contexto, el multiculturalismo asume como función la ruptura de los límites del proceso de uniformación en el proceso de globalización. El lenguaje predominante es el de los derechos humanos.

Descartado el primer contexto de multiculturalidad por no ser representativo de ninguna cultura, como lo hemos sostenido anteriormente, se advierte coincidencia entre la propuesta de Kymlicka y los supuestos b) y c) de la sostenida

por Zapata-Barrero, con referencia a las minorías nacionales y los inmigrantes. Resultan de sumo interés en estos momentos los contextos de la Unión Europea y de la Globalización; sin embargo, en razón de los fines de este estudio, y sin restar importancia a la inmigración, centraremos nuestra atención en las minorías nacionales.

Ahora bien, esta diversidad plantea una serie de situaciones, tanto a nivel interno como externo de los Estados, situaciones que polarizan a los ciudadanos en el mundo. Así, se presentan enfrentamientos sobre temas lingüísticos, de autonomía regional o de representación política. Mientras en Oriente se trata de establecer instituciones democráticas liberales, esfuerzo que se ve debilitado por los conflictos nacionales violentos; en Occidente, los conflictos respecto a los derechos de los inmigrantes y los pueblos autóctonos, rompen antiguos paradigmas políticos. A su vez, después de finalizada la guerra fría los conflictos etnoculturales entre Oriente y Occidente se convierten en el origen más común de la violencia política en el mundo (el choque de civilizaciones¹⁹⁹).

Hallar respuestas adecuadas y políticamente viables a dichas cuestiones, es el principal desafío al que se enfrentan las democracias en la actualidad²⁰⁰.

Frente a esa innegable realidad, las políticas de gobierno de sociedades multiétnicas y multiculturales asumen dos posturas diferentes, según su carácter democrático o antidemocrático: la *asimilación*, que pretende integrar las diferencias dentro del grupo mayoritario y de ese modo diluirlas o, en el peor de los casos, llegar hasta la

¹⁹⁹ HUNTINGTON Samuel. *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Ediciones Paidós Ibérica S.A., Buenos Aires 1997.

²⁰⁰ KYMLICKA Will. *Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1996, p.13

eliminación física o coacción de los miembros de los grupos minoritarios para que abandonen su cultura, imponiéndoles el lenguaje, la religión y las costumbre del grupo mayoritario; y el *pluralismo*, posición más democrática que reconoce y respeta la diferencia y la diversidad. En esa perspectiva debe tenerse en cuenta que la identidad étnica, además de ser componente de la identidad cultural, es base del reconocimiento de la pluralidad cultural, propia de los Estados democráticos.

A su vez, el orden jurídico asume diferentes posturas en base a los planteamientos de la Filosofía Política y de la Antropología. Así, la relación entre el Derecho y las diferencias, según Ferrajoli²⁰¹, puede darse de distintas maneras:

1) Indiferencia jurídica de las diferencias: Éstas no se valoran ni se desvaloran, sólo se ignoran. Ni siquiera podría hablarse de relación entre el Derecho y las diferencias, pues éstas no existen para aquél.

2) Diferenciación jurídica de las diferencias: Se valoran algunas identidades en desmedro de otras, siendo así que las primeras resultan con un *status* privilegiado, del cual derivan derechos y poderes. Las segundas, por el contrario, resultan con *status* discriminatorio y víctimas de exclusión. Esta situación se da, por ejemplo, en países en los que existe más de una minoría étnica, y el Estado sólo reconoce a una de ellas.

3) Homologación jurídica de las diferencias: En este caso se niegan e ignoran las diferencias, so pretexto del abstracto principio de igualdad. Se ejecuta una homologación jurídica que elimina normativamente las diferencias, asumiendo una sola identidad.

²⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Trotta, Madrid 1999, p.74.

4) Igual valoración jurídica de las diferencias: Se sustenta en el principio de igualdad de los derechos fundamentales y las garantías correspondientes.

La mejor respuesta a las diferencias, que es -sin duda alguna- la última de ellas, la trae el Estado Constitucional de la transmodernidad, caracterizado por el pluralismo. Así, la Constitución en esta etapa histórica asume el rol de reconocimiento y protección de los derechos de todos los colectivos culturales minoritarios, sin discriminación alguna, asumiendo su rol de ciencia de la cultura, como la ha llamado magistralmente Peter Häberle. La Constitución del Estado constitucional es la Constitución del pluralismo, y ésta actualmente enfrenta desafíos en el ámbito nacional, regional y mundial.

El Estado nacional clásico ya no puede ser el modelo obligatorio para el Estado constitucional de la transmodernidad. En la etapa actual de desarrollo todos los Estados constitucionales deben ser *pluralistas*, particularmente, deben descubrir su pluralidad cultural interna y tomar en serio la democracia. Así, la protección plena de las minorías étnicas, culturales y religiosas, pertenece a la actual etapa de desarrollo del tipo de Estado constitucional.

En ese sentido, la mayoría de Constituciones de Latinoamérica, y particularmente, las de los países andinos, reconocen ciertos niveles de autonomía a favor de las comunidades campesinas y nativas, en base al reconocimiento de su derecho a la identidad cultural. Así, el art. 82° de la Carta Política del Perú consagra dicha autonomía en su organización, trabajo comunal, uso y libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo.

Sin embargo, el tema no se agota allí, ya que es preciso detenerse a fin de analizar el sustento de dicho

reconocimiento. Will Kymlicka²⁰² propone hasta 3 razones para reconocer y garantizar derechos diferenciados a los grupos minoritarios, que podríamos sintetizarlas del siguiente modo:

1º El argumento de la igualdad a través del reconocimiento de las diferencias, evitando la discriminación y el trato preferente a la cultura mayoritaria. No se trata de la igualdad simple, pues ella no garantizaría por sí sola el derecho de las diferencias, nos encontramos más bien frente al concepto de la igualdad compleja, en estrecho vínculo con la ciudadanía compleja.

2º El argumento de los pactos o acuerdos históricos, los que se suscriben cuando se incorporan ciertos grupos dentro de unidades estatales más amplias, o cuando se incorpora grupos autóctonos en el pacto fundacional del Estado, cuyos derechos quedan garantizados a través de esos pactos. Ejemplo de dichos pactos es el Tratado de Waitangi, suscrito en 1840 entre los jefes maoríes y los colonos británicos en Nueva Zelanda, si bien fue cuestionado en 1877, ha resurgido con mucha fuerza a partir de 1990.

3º El argumento del valor de la diversidad cultural, que no constituye por sí mismo un argumento fuerte para el reconocimiento de derechos diferenciados, según lo sostiene el mismo Kymlicka. Si bien es cierto, la sola diversidad no es argumento fuerte para los derechos diferenciados; en nuestra opinión, sí lo es el derecho humano a la identidad cultural, que no puede ser desconocido en un Estado Constitucional pluralista. Este derecho garantiza que el grupo mayoritario no pueda imponer a las minorías sus propios patrones culturales, ni eruirse como cultura dominante.

3. EL PLURALISMO JURÍDICO EN LA GLOBALIZACIÓN

²⁰² KYMLICKA, Will. Op. Cit. p.151 y sgtes.

Como lo hemos analizado en páginas anteriores, la filosofía de la Ilustración fue la base de la Modernidad, época en la cual se ponderó al hombre como individuo y, especialmente, como ser racional.

La razón constituía entonces, el criterio más importante, aquél que todo ser humano debía poseer al momento de argumentar y opinar sobre las cosas; más todavía, tratándose de la estructuración de organizaciones sociales. Bajo este discernimiento, el hombre debía ser capaz de formarse una opinión por sí mismo. De allí se gestó la célebre frase "atrévete a pensar por ti mismo".

Con el nacimiento de esta nueva línea de pensamiento, todo lo anterior resultaba fuera de lugar y generaba desconfianza. En consecuencia, lo tradicional perdió vigencia, las antiguas formas culturales se eliminaron, y en su lugar, quedaron los individuos bajo un paradigma de igualdad. Señalado el camino y siendo la razón la guía fundamental, se impuso un nuevo Derecho general, en detrimento de los que regían localmente.

Precisamente, este Derecho general obedecía a la filosofía de uno de los pensadores más influyentes de esta etapa histórica: Immanuel Kant. Este teórico sugirió la necesidad de la *generalidad* como sustento de la sociedad moderna, y en consonancia con ella, la razón universal emanada de la propia naturaleza humana, más allá de eventuales diferencias. Su planteamiento daba por sentada la existencia de una sola sociedad humana, única; cuyos miembros tenían que someterse a las mismas leyes. En este marco teórico, los diversos grupos o culturas, terminaban siendo sólo "aspectos anecdóticos". Para Kant, el logro del equilibrio y la paz se hacía posible con la disolución de las

diferencias y el establecimiento de un único Derecho universal²⁰³.

En la Modernidad, la necesidad de simplificar y uniformizar, se reflejó en todos los niveles: social (igualdad de todos los hombres), político (el centralismo del Estado), y jurídico (el Derecho se despoja de todo localismo y se convierte en sistema: autopoiesis).

La Modernidad, intentó pues cancelar las diferencias culturales con el objeto de crear una sola humanidad formada por hombres libres e iguales. Tuvo animadversión contra las diferencias culturales, autonomías regionales y el pluralismo jurídico.

¿Cuál será el derrotero del Derecho en la transmodernidad? ¿Se apartará definitivamente de todo aquello que lo caracterizó en la Modernidad (con la cuál se encuentra genéticamente ligado) como por ejemplo sus efectos homogenizadores, y optará, en contradicción, por las diferencias? O más bien, fiel a su ligazón genética, ¿profundizará en aquello que le dio origen? No debemos olvidar que la Globalización, como uno de los factores de la transmodernidad, según sus analistas, es un fenómeno de contrastes, en el que se combinan procesos de homogenización con la diversidad local, identidad nacional y étnica.

En las sociedades de la actualidad, y en el sistema mundial, el campo jurídico se presenta con una génesis diversa que opera en espacios y tiempos locales, nacionales y transnacionales. Esta nueva concepción del campo jurídico significa que cada acción socio-jurídica está enmarcada en tres tiempos y espacios: local, regional y mundial; de los cuales, si bien uno es dominante, es natural que el hecho socio jurídico no puede ser entendido a cabalidad si/no se

²⁰³ KANT Immanuel, *The Methaphisical Elements of Justice. Part I of the Methaphisical of Morals*. USA 1965, p.126

tienen en cuenta otros espacios y tiempos, y sus vinculaciones con el espacio y tiempo dominante²⁰⁴.

3.1. El globalismo jurídico universalizante

El Estado nacional clásico, como analizamos en el Capítulo II, ya no puede ser el modelo para el Estado constitucional de la transmodernidad. Los tiempos del Estado unitario centralista han concluido.

La Constitución del Estado constitucional es la Constitución del pluralismo, y ésta, actualmente enfrenta desafíos especiales, tanto en el **ámbito interno** (regionalización, federalización, comunidades autónomas etc.) como en el **ámbito externo**, caracterizado por la apertura de todos los Estados constitucionales hacia la comunidad de las naciones. Es el Estado abierto (K.Vogel), el que constituye un concepto clave en la actual etapa de desarrollo del ente estatal, en la era de la globalización.

Paralelamente, la globalización, o mundialización, tiene también repercusiones en el Derecho, en diferentes ámbitos (externo e interno) y niveles (estructurales, formales y pragmáticos). Y es que “la transnacionalización del campo jurídico es un elemento constitutivo de los procesos de globalización”²⁰⁵. En esta etapa histórica, el Estado ya no es el único centro de producción normativa que conforma el sistema jurídico interno (autopoiesis), sino que ahora además existen diferentes centros de producción (heteropoiesis), a nivel local (Derecho Consuetudinario), Regional (unión de Estados) y Mundial (Sistema Universal de Derechos Humanos).

En tal situación los Estados ya no mantienen su absoluta soberanía en esos temas, sino que actúan como partes o nodos

²⁰⁴ DE SOUSA SANTOS, Boaventura., *La Globalización del Derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia–Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA. Santa Fe de Bogotá, D.C. 1998, p.20.

²⁰⁵ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, Op. Cit. p.69.

de una red más amplia en la que comparten funciones en el ámbito externo e interno, lo que nos ubica frente a un nuevo orden político amplio y complejo.

Así, en el ámbito externo del segundo nivel, en el plano normativo, inspirado en el universalismo kantiano, se postula la **globalización del Derecho**, con el presupuesto de un ordenamiento jurídico universal que tiene como sustento los derechos humanos, y como fin, la búsqueda de la paz mundial.

El Globalismo Jurídico²⁰⁶ es una línea filosófico-jurídica cuyos orígenes podrían remontarse a la idea kantiana del "Derecho Cosmopolita", como una versión del cosmopolitismo kantiano desarrollada en el siglo XVIII. Dicha línea de pensamiento estuvo inspirada en las ideas de los antiguos griegos, y en particular, del estoicismo romano, filosofía gracias a la cual la idea del *kosmou politês* tiene su primer desarrollo. La propuesta de Kant es la de una ciudadanía mundial, la que no implica propiamente la creación de un Estado mundial, ya que se trata de un ideal regulativo.

La nueva puesta en valor del pensamiento de Kant a través de escuelas como la de Marburgo, definieron esta nueva línea filosófica desarrollada en el Siglo XX; en primera instancia, a través de la obra del jurista Hans Kelsen, y luego con la "Teoría política" y la "Filosofía del Derecho" del italiano Norberto Bobbio, quien postula la tesis del "pacifismo jurídico". Por su parte, el profesor americano Richard Falk, así como el inglés David Held, son los propulsores de esta propuesta en la cultura angloamericana. En Alemania, el abanderado del pacifismo kantiano es el filósofo Jürgen Habermas.

El Globalismo Jurídico postula la unidad moral del género humano, y sobre esta base filosófica plantea cuatro

²⁰⁶ *Globalismo Jurídico* es un término acuñado por Danilo ZOLO, profesor de la Universidad de Florencia-Italia, en *I Signori della Pace. Una critica del Globalismo Giuridico*. Carocci Editore. Roma, 1998, p.13.

tesis: la unidad del ordenamiento jurídico a nivel global; la primacía del Derecho internacional; la incompletitud de los ordenamientos jurídicos estatales; y la necesidad de abandonar la idea de soberanía del Estado.

Recordemos que la filosofía kantiana, base del Globalismo Jurídico, predica la globalización del Derecho: un único ordenamiento legal que subsuma cualquier otro ordenamiento menor. En otras palabras, el Derecho sería sinónimo de legislación universal, y ésta se lograría uniformizando gradualmente las políticas, ordenamientos legales y culturas, en *una suerte de imperialismo cultural*.

Esta forma de unificación debe iniciarse con el Derecho. Para ello, la homologación de las normas debe quedar en manos de un organismo internacional, que para los efectos, tomaría las características de un Parlamento mundial. En este contexto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se convertiría en la norma fundamental bajo la cual se regiría el comportamiento de todos los individuos y de los Estados. Las circunstancias se repetirían en cuanto a la interpretación y aplicación del Derecho Penal, como jurisdicción universal y obligatoria.

Si el mundo globalizado implica una serie de ventajas, la dimensión de los problemas que se suscitan es enorme, y por tanto, la solución también tiene que ser global. En este mismo camino teórico, los que sostienen esta propuesta recalcan en la necesidad de reforzar las funciones de instituciones internacionales de antigua existencia, en vista del detrimento del poder coercitivo de los Estados. Una de las más representativas es la Organización de Naciones Unidas (ONU), y como tal, tendría que incluir en su agenda internacional temas relacionados con la paz, los derechos humanos, el medio ambiente, el terrorismo, entre otros.

Para sustentar la centralización jurídica y política se utiliza la analogía interna (*domestic analogy*), la que ha dado buenos resultados para controlar la violencia en el interior de los Estados; por tanto, según esta misma línea de pensamiento, la concentración del poder en una autoridad supranacional es el mejor camino para construir un mundo seguro y pacífico.

Pero si el modelo político a seguir en siglos pasados obedecía al de Westfalia (1648), las exigencias de un nuevo tipo de sociedad diluyen los parámetros establecidos por el mismo. Westfalia consagró el principio de la soberanía territorial por el que los Estados no reconocían autoridad superior, y éste, hoy en día, se convierte en un obstáculo en la solución de conflictos y problemas a nivel mundial.

Este es un motivo poderoso, para los propulsores de esta línea teórica, para que propongan la creación -y la modificación de los existentes- de nuevos y enérgicos organismos con jurisdicción supranacional, tanto de índole judicial como policial. Dichos entes serán dotados de poder autónomo de coerción y de una fuerza militar internacional, y serán capaces de superponerse a la soberanía de los Estados, y en algunos casos, de reducir su jurisdicción interna.

Como hemos puntualizado, las exigencias de este nuevo orden mundial, han provocado que el "globalismo jurídico" se convierta en una corriente teórico-jurídica de amplia aceptación. La complejidad de sus propuestas, no han logrado menguar los ímpetus de sus seguidores, a pesar de las dudas que pudiera generar la idoneidad de un orden jurídico supranacional destinado, esencialmente, al sostenimiento de la paz.

Es verdad que el "*globalismo jurídico*" tiene un feliz desenvolvimiento a partir de la caída del muro de Berlín y el

fin del mundo bipolar²⁰⁷. Sin embargo, si buscamos un momento decisivo en el quiebre de la soberanía de los Estados, podemos encontrarlo en el contexto de la Guerra del Golfo. En aquella ocasión las grandes potencias pusieron en práctica el llamado "intervencionismo humanitario", gracias al cual se atribuían injerencia en los asuntos internos de los países en conflicto. Este ejercicio se ha repetido en varias ocasiones, y en similares circunstancias.

Un ejemplo exitoso de la intervención de un organismo supranacional en un ámbito nacional, es el caso del Tribunal Penal Internacional creado para la ex Yugoslavia y para Ruanda, a instancias del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Otro Tribunal, llamado también Corte Penal Internacional -con competencia permanente y universal- cumple también la función de represión de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, sea cual sea el lugar de comisión, y sea quien sea el criminal. Para hacer efectivo su poder coercitivo, las Naciones Unidas han puesto a su disposición, en La Haya -sede de diversos tribunales internacionales-, una "cárcel supranacional". En la actualidad pueden signarse, en 106, los países que se han adherido al Estatuto de Roma (1998), instrumento que dio origen a la Corte Penal Internacional.

En esa línea de argumentación, si bien es cierto los postulados universalizantes de Hans Kelsen y de Jürgen Habermas persiguen una noble finalidad, "el mantenimiento de la paz mundial"; sin embargo, tienen un fundamento eminentemente teórico, dejando de lado la forzosa relación existente entre la norma y la realidad (procesos económicos y

²⁰⁷ La idea del *fin de la historia*, desarrollada luego por Francis Fukuyama, caracteriza a la *transmodernidad*. Este último término ha sido utilizado en primer lugar por Warat, cuyos caracteres son bastante conocidos, y a los cuales se refiere Luís Fernando Coelho de la Universidad Paranaense (Brasil). "La Transmodernidad del Derecho", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* N° 35-2001: *Orden económico internacional y derechos fundamentales*. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2001, pp.151-160

culturales). En el fondo, es la expresión de un prejuicio etnocéntrico (occidental) de un sistema jurídico único, sustentado en un proyecto de unificación del mundo, pero que se muestra indiferente respecto a identidades culturales, políticas y tradiciones jurídicas diferentes a la occidental. Pero, además, Kelsen y Habermas no nos dicen nada de la estrecha conexión que existe entre el Derecho Internacional, la política internacional y la fuerza militar.

Un análisis serio del problema del orden y la paz internacionales, de un lado, debe considerar que mientras existan entre los Estados las profundas disparidades de poder, riqueza y de recursos científico-tecnológicos, se cierne un gran peligro en el mundo, desde que el orden y la paz mundial deben ser garantizados a través de instrumentos coercitivos de índole jurídica, económica o militar.

Asimismo, no deben perderse de vista, las funciones del Estado en la salvaguarda de las identidades de los pueblos que alberga en su territorio, protegidos por el derecho humano a la identidad cultural. Se impone pues, la búsqueda de un equilibrio en la globalización, un punto medio entre la universalización de la identidad humana y las particularidades de la identidad étnica.

Por otro lado, la globalización nos enfrenta al fenómeno de la inmigración, el cual se constituye en uno de los contextos de la multiculturalidad²⁰⁸. Se pensó, en principio, que la inmigración no provocaría un cambio cultural significativo; sin embargo, la realidad se impuso cuando los migrantes respondieron con el desarrollo de comunidades

²⁰⁸ ZAPATA-BARRERO, Ricard. "La Ciudadanía en Contextos de Multiculturalidad", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez N°37-2003: Ciudadanía e Inmigración*. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2003, pp.173-199

étnicas, con su propia estructura cultural, social, económica y política²⁰⁹.

Así al empuje de la realidad, países europeos como Suecia y Holanda, optaron por políticas multiculturales. El fenómeno se dio en 1975 y 1979, respectivamente. Por otro lado, Gran Bretaña se inclinó por un cambio paulatino, a través de diversas estrategias sociales y la instauración de una educación multicultural. En el mismo aspecto educativo, Francia y Alemania se distinguieron, aunque no se decidieron por un modelo multicultural desde la vertiente política.

La multiculturalidad generó en el mundo diversas reacciones, algunas positivas, destinadas a buscar un nuevo modelo político y social, acorde con la realidad; otras negativas, de fuerte rechazo. Este último suceso tuvo su mayor incidencia a mediados de la década de los noventa, y se produjo como resultado de los temores de los partidos de derecha y ciertos sectores de los medios de comunicación de algunos países. La tesis postulada colocaba a la inmigración y el multiculturalismo como serias amenazas para la identidad nacional y la cohesión social.

Uno de los países que coincidieron con esta postura crítica, fue Canadá, que a la fecha, se encuentra alejado de las vías multiculturales. Otro ejemplo es Australia, que desde 1996, ha optado por no implementar ninguna medida a favor de las minorías, trátense éstas de inmigrantes o de aborígenes. Mientras tanto, países europeos como Suecia y Holanda, han menguado sus ímpetus multiculturales poniendo énfasis sólo en la integración educativa y ocupacional.

Estas oscilaciones entre la adopción de modelos multiculturales y las reacciones en contra, como la negación de la pluriculturalidad por las políticas gubernativas, de

²⁰⁹ CASTLES, Stephen. "Jerarquías de Ciudadanía en el Nuevo Orden Global", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez N°37-2003: Ciudadanía e Inmigración*. Edit. Universidad de Granada. Granada-España,

ninguna manera significan su inexistencia, pero tensionan las relaciones de los grupos minoritarios con los entes del poder dominante y las propias relaciones entre las personas, lo que hay que evitar, en salvaguarda de la paz social.

En este marco de la globalización, cuyo avance es imparable -"que no incorregible"- según connotados estudiosos del fenómeno como Giddens²¹⁰, la Constitución, en los debilitados Estados, se presenta como un elemento que vertebra la identidad cultural. El *compromiso cultural* de la constitución se nos presenta como un compromiso esencialmente pluralista, sin que ello pueda ser contemplado como fuerza disgregadora. La Constitución entraña un conjunto de valores sedimentados en un legado histórico-cultural que el propio texto constitucional consolida y fortalece.

La teoría de la Constitución, como forjadora de los procesos culturales que ella desarrolla y en los que se halla inmersa, emerge entonces como "*el logro cultural por antonomasia, una cristalización cultural resultante de la unión entre el pueblo y la dignidad humana, entre la razón y la libertad, entre los intereses particulares y el bien común, entre el poder y el Derecho*"²¹¹.

Este nuevo papel de la Carta, se da en un marco de pérdida de protagonismo del texto constitucional y el sostenimiento de los procesos socioeconómicos a la fuerza normativa de sus postulados, lo que fuerza al Estado social a plegarse a los dictados de la economía transnacional y a las exigencias del nuevo orden global. De allí que algunos autores han proclamado la reducción de la Constitución a un mero valor simbólico, reducción explicada por el vaciamiento normativo precisado. Esta tendencia a convertir el texto

2003, pp. 9-33.

²¹⁰ GIDDENS, Anthony. *La Tercera Vía y sus críticos*. Taurus, Madrid, 2001, p.170. El entrecomillado es nuestro.

²¹¹ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Tecnos, Madrid, 2000, p.106.

constitucional en un documento simbólico, una especie de Carta Magna de la identidad nacional, ha cristalizado recientemente la tesis del "*patriotismo constitucional*", al que nos hemos referido en el Capítulo II.2 de este trabajo.

Frente al llamado "*patriotismo constitucional*" en el seno del Estado, en la era global, existe la vía del "*cosmopolitismo constitucional*", que no puede cifrarse en la reducción de la pluralidad a una homogeneidad artificial y forzada. No se debe tratar de suprimir los complejos ordenamientos jurídicos estatales, sino de articular mecanismos válidos de interconexión que hagan efectiva la vigencia del principio democrático.

El proyecto de una Constitución cosmopolita debe tratar de asegurar la efectivización de los derechos humanos, a través de un completo sistema de garantías, inspiradas en las exigencias normativas de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*²¹².

Este nuevo constitucionalismo, según Petrella, debería articularse a partir de cuatro grandes contratos mundiales los que sentarían las bases de un Derecho global capaz de abordar con decisión los problemas del mundo contemporáneo: **a)** *un contrato global para la satisfacción de las necesidades básicas*, que permitiera la supresión de desigualdades socio-económicas ilegítimas. La realización de este objetivo demandaría una reestructuración profunda del orden económico mundial y de instituciones emblemáticas, tales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, o la Organización Mundial del Comercio; **b)** *un contrato global para la paz, la tolerancia y el diálogo entre culturas que exigirá la*

²¹² PISARELLO, G. *Constitucionalismo, mundialización, y crisis del concepto de soberanía: algunos efectos de América Latina y en Europa*. Universidad de Alicante, Alicante, 2000, p. 38.

*articulación de un modelo de derechos humanos capaz de combinar universalismo y multiculturalidad; c) un contrato planetario sobre el desarrollo sostenible, que restablezca la armonía entre progreso y naturaleza, entre técnica y vida. La continuidad de la especie humana y de conjunto del planeta, sólo se asegurará mediante una explotación racional de los recursos y un modelo de desarrollo que garantice el derecho de las generaciones futuras a una vida digna; y d) un contrato global democrático, para un nuevo régimen político internacional, que rehabilite los canales de participación democrática a nivel supranacional*²¹³.

Sin embargo, el Globalismo Jurídico, en su versión más ortodoxa, propugnada por Kelsen, sostiene la uniformidad de las culturas, algo que por irreal no puede realizarse, aunque los textos normativos así lo consagrarán. Es más, la experiencia demuestra lo contrario, con la globalización que intensifica el flujo migratorio entre diferentes países. La Unión Europea es un ejemplo de ello, y en estos momentos debe, también, afrontar el multiculturalismo.

Como señala Silvina Ribotta, no es dable la existencia de una cultura dominante que dé las pautas de acción y pensamiento a las demás, y que se erija en un ente juzgador. Para hacer posible un proyecto cosmopolita, es necesario entablar una línea de diálogo entre las diferentes culturas, a través del cual, se logre una "reideologización" de los derechos humanos que puedan servir de sustento al pluralismo regional, mundial e internacional²¹⁴.

3.2. El pluralismo jurídico: de lo universal a lo local

²¹³ PETRELLA, Ricardo. Límites a la Competitividad, Pour un nouveau contrat mondial, cit. por DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso, en "Globalización y Constitucionalismo: Una Lectura en Clave Cosmopolita" en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez N° 36-2002: El Derecho de una Democracia Cosmopolita*. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2002, p. 151-171

²¹⁴ RIBOTTA, Silvina Verónica. *Globalización versus Derechos Humanos*. Instituto de Gobernabilidad de Cataluña. http://www.revistafuturos.info/futuros_3/globalizacion3.htm.

En la Modernidad se pretendió borrar las diferencias culturales con el fin de crear una sola humanidad formada por hombres libres e iguales. Por tal motivo, se mostró animadversión contra las diferencias culturales y el pluralismo jurídico.

El siglo XIX fue, pues, el siglo del "Estado de Derecho" de origen liberal, caracterizado por el gobierno de la ley. Fue un Estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad.

Este principio consagraba a la ley como un acto normativo supremo, superior a cualquier otra instancia, frente a la ley no podía haber oposición. Esta supremacía significó en aquellos años "la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del antiguo régimen". Este Estado de Derecho, en consonancia con el principio mencionado, necesitaba de la sujeción de todas las fuentes del Derecho a la ley²¹⁵.

En consecuencia la ley se convirtió en la expresión de la centralización del poder político. La eminente "fuerza de la ley" se vincula así a un Poder Legislativo exclusivo. En ese sentido el principio de legalidad se constituyó en la cima de la tradición absolutista del Estado.

Más el principio de legalidad tuvo otro componente característico en el Estado Liberal de Derecho: la generalidad, considerada la esencia de la ley. Pero la generalidad también está ligada a otro principio, importante en el Estado liberal: la igualdad ante la ley. Sustentada en la generalidad, podía suponerse que el Estado sería imparcial en la aplicación de la ley. Por este motivo, en todas las Cartas constitucionales liberales del Siglo XIX, se consagraba el principio de la igualdad, en previsión del uso de privilegios, práctica común en el antiguo régimen.

Con estas consideraciones, la ley poseía una presencia hegemónica; por encima de ella no había nada más poderoso. La excusa para esta prevalencia estaba en el logro de un contexto político y social ideal, en el cual todo debiera ser homogéneo, incluso la legislación, producida en este caso, por una clase social "homogénea". "Su coherencia venía asegurada fundamentalmente, por la coherencia de la fuerza política que la expresaba, sin necesidad de instrumentos constitucionales *ad hoc*"²¹⁶.

En contraste, rasgo característico de la sociedad transmoderna, es el pluralismo. Por eso, si a algo podemos asociar a la transmodernidad es a la diversidad y al pluralismo. El Derecho, en esta era, debe rescatar la diversidad cultural y normativa, que sin abandonar sus urgencias universalistas, debe establecer un orden dentro de lo variado, una unidad que no sacrifique lo múltiple, y ello es posible gracias al Estado Constitucional.

¿En qué sería diferente un Derecho Postmoderno de un Derecho moderno?, se pregunta Fernando de Trazegnies Granda: "ciertamente en el reconocimiento de una pluralidad de órdenes jurídicos, ahí donde el Derecho moderno sólo quería reconocer un orden jurídico estatal uniforme para todos los ciudadanos"²¹⁷.

Así, el pluralismo jurídico se puede definir como "la situación en la cual dos o más sistemas jurídicos coexisten en el mismo espacio social, esto es, que dentro de la demarcación de un mismo territorio estatal pueden convivir varios sistemas jurídicos". En contraste, el monismo jurídico no es sino el ejercicio exclusivo por parte del Estado de la potestad legislativa y jurisdiccional.

²¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Editorial Trotta, 3ª Edición, Madrid, 1999, p.24.

²¹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit., p. 32.

²¹⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Postmodernidad y Derecho*. Ara Editores. Lima-Perú, 1996, p.83.

Los antecedentes del pluralismo jurídico como concepto científico, se encuentran en la filosofía antipositivista, de los inicios del Siglo XX, como una reacción contra el centralismo o exclusivismo estatal. Sin embargo, es sólo hasta los años 80 en que se convierte en tema central de la Sociología y Antropología jurídicas. Se agrega al debate respecto a los ordenamientos jurídicos supraestatales que coexisten en el sistema mundial con las normas oficiales del Estado, como con los ordenamientos jurídicos infraestatales, lo que finalmente es otra forma de pluralismo, de carácter "externo", en contraposición con el que rige al interior del Estado, que según De Sousa Santos²¹⁸ se le podría denominar "pluralismo interno". Es este último, al que se le da el *nomen* genérico de pluralismo jurídico, el cual es materia de nuestro estudio.

La concurrencia de todos estos sistemas se dan, según De Sousa Santos, en tres espacios y tiempos del campo jurídico: local, nacional y transnacional. En el primero de ellos rige el Derecho Consuetudinario; en el nacional, el oficial del Estado; y en el transnacional, el regional y el mundial.

Sin embargo, el pluralismo jurídico transmoderno no puede abandonar las enormes contribuciones de la modernidad en materias como la racionalidad, la libertad, la formación de un Estado coherentemente organizado; sino que debe apostar por un sistema no rígido que conserve la unidad, pero respetando la diversidad. Gracias a ello es posible hablar, a la vez, de derechos humanos (noción universal) y del Derecho Consuetudinario de los grupos culturales (noción localista).

En efecto, el pluralismo está recogido en la mayoría de Constituciones de los Estados constitucionales, y se pone de manifiesto en la producción legislativa, a través de

²¹⁸ DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Op. Cit., p. 318.

ordenamientos jurídicos menores, sectoriales y territoriales, los que se hallan en relación a gobiernos particulares o gobiernos privados.

De esta manera, si en el siglo XIX el Derecho tenía como característica la estatalidad, particularidad definitoria del positivismo jurídico de ese siglo, en los tiempos actuales las normas estatales se combinan con los nuevos ordenamientos -sectoriales y territoriales- en aras de uno de composición plural. Este proceso obedece a otros menores, tales como la descentralización política y jurídica, o la creciente autonomía de algunos grupos, llámense sindicatos, asociaciones profesionales, o en su defecto, grupos étnicos y culturales.

Puede decirse, entonces, que el proceso señalado recorre diversas fuentes para la elaboración de la norma y un nuevo ordenamiento legal, fuentes que, antaño, en el "monismo parlamentario decimonónico", no eran determinantes.

Toda esta serie de cambios en el orden mundial, y la urgencia en modificar usos legales antiguos, han producido una crisis en el sistema jurídico, por lo cual, el nuevo Estado constitucional tiene como principal objetivo -en el camino a la unificación- la previsión de un Derecho de amplio espectro, situado en la posición más alta, y de contundente fuerza obligatoria, aún para el legislador. Pero, este nuevo Derecho, para ser efectivo, necesita el consenso social suficiente, factible a propósito de una Constitución que sea fiel reflejo de la realidad y que incluya a todos los grupos que pueblan el territorio estatal.

Sólo así, el pluralismo no tornará el sistema jurídico en un caos, siempre que en el Estado Constitucional de la transmodernidad, la Constitución sea la expresión de ese conjunto de valores y principios consensuados del conglomerado social diverso que habita en su territorio. "En

la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución del objetivo de unidad”²¹⁹.

Es así como el Derecho transmoderno debe reconocer la pluralidad de órdenes jurídicos, ahí donde el Derecho moderno sólo reconocía un sistema jurídico estatal uniforme para todos los ciudadanos (monismo jurídico). Ello, sin embargo, no significa una renuncia a integrar las particularidades dentro de un todo consistente (principio de unidad), porque el Derecho es inconcebible sin una referencia al interés general, propio del Estado Constitucional.

Toda esa radical transformación de la transmodernidad, tiene como eje central **el proceso de globalización, uno de los factores que la caracterizan**²²⁰; cuyas causas, no sólo limitadas al orden económico, provocan importantes consecuencias en estructuras, instituciones y conceptos de la política, del Estado y el Derecho.

En efecto, el actual proceso de globalización incide sobre los actuales sistemas estatales, y afecta no sólo a los Estados pequeños en vías de desarrollo, sino también a los grandes Estados democráticos desarrollados.

Los Estados están perdiendo influencia, tanto en el ámbito externo como interno. En el **ámbito externo** están cediendo espacios de control frente a ciertos actores y actividades surgidos con el proceso globalizador, en aspectos tales como: la economía, el medio ambiente, las tecnologías de información, las migraciones, el terrorismo internacional y el crimen organizado, etc. En el **ámbito interno**, se está produciendo el resurgimiento de las solidaridades identitarias, culturales, religiosas, o de otra índole, las cuales ponen en cuestión la identidad oficial nacional de los Estados, que tiene su respuesta en “la protección plena de

²¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit., p.40.

²²⁰ *Ibid.* Capítulo II “El Estado y el Derecho en la transmodernidad”.

*las minorías étnicas, culturales, religiosas, que pertenece a la actual etapa de crecimiento del tipo de Estado Constitucional*²²¹, lo que da lugar a la aparición de procesos centrífugos en los que se produce una dispersión de competencias y poderes.

La era de la globalización es pues, también, la era de la diversificación del poder en varias soberanías compartidas, flexibles e interconexionadas entre sí.

Justamente, en relación con el fenómeno que viene produciéndose en el interior de los Estados, en las últimas décadas, se produce el **reconocimiento del derecho colectivo a la Identidad Cultural**, forma general de los Derechos Culturales, los que, si bien es cierto, aparecen junto a los derechos humanos de segunda generación, derechos económicos y sociales, formando una trilogía con ellos; sin embargo, pertenecen a los derechos de tercera generación. Esta mutación puede ser explicada por la *redefinición* de los derechos culturales, a partir de la "Declaración sobre el Derecho al Desarrollo" -adoptada por las Naciones Unidas en 1986- arribándose a una definición consistente de los derechos culturales como *derechos a la identidad*.

En ese proceso de reconocimiento, han tenido intervención decisiva las reivindicaciones de los pueblos del tercer mundo. Los hechos demuestran que en muchos lugares del planeta existen comunidades sociales enteras que no gozan de los derechos más elementales, en razón de su pertenencia a grupos humanos de los denominados pueblos indígenas y tribales.

Una de las condiciones para la construcción de un Estado pluralista, es el reconocimiento de los derechos colectivos, esto es, aquéllos que surgen de la existencia de grupos que

²²¹ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México-Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 2003, p. 29.

presentan características especiales, enmarcados en el ámbito de los derechos humanos.

Hablamos entonces, de los llamados derechos colectivos, los que están relacionados con aquéllos asignados a una minoría, entendida ésta como un grupo de individuos que se encuentran en inferioridad *-no necesariamente desde la perspectiva cuantitativa del término-* con respecto a otro grupo, al que se ven unidos de modo contingente, dentro del aparato estatal. Los elementos que determinan la condición de inferioridad, según las definiciones contenidas en los instrumentos internacionales, son objetivos (*etnia, religión, lengua, posición no dominante*) y subjetivos (*voluntad del grupo de preservar su identidad específica*).

Ahora bien, en el reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural, ha sido de gran importancia el aporte del Comunitarismo, corriente que postula el "multiculturalismo" y su exigencia del reconocimiento de la identidad, tanto a nivel individual como grupal, propugnando la política del reconocimiento igualitario que adoptó varias formas con el paso de los años, y que ahora retorna en la forma de exigencia de igualdad de *status* para las culturas.

Asimismo, en contraste encontramos la política de la diferencia, que se sustenta en la equidad y dignidad universal, lo que hace insostenible la existencia de culturas hegemónicas, por ser un claro rechazo al principio de la igualdad humana. Sin embargo, no debe perderse de vista el principio de prevalencia de la identidad humana universal sobre la identidad étnica, pues es en aquélla en que se fundamenta la concepción de la dignidad igualitaria, compatible con la dignidad cultural.

Sin embargo el reconocimiento del derecho a la identidad cultural y étnica no tiene por qué significar un proceso que conlleve la desestructuración del sistema social y jurídico.

No se trata de asumir una visión que cuestione la falta de legitimidad social del derecho occidental, de modo tal, que se sobrevalore la costumbre, al punto de pretender restaurar el complejo de particularismos estatutarios propios de la Edad Media.

El reconocimiento de la pluralidad no debe suponer el fomento del caos, de la fragmentación. Al contrario, es precisamente la crisis de la sociedad contemporánea la que produce una sensación de retorno al pasado medieval: el reconocimiento de una única instancia creadora del Derecho depositaria de una cierta legitimidad, y por tanto, dotada de una racionalidad inspirada en el interés general, ha perdido fuerza frente a los nuevos fenómenos de dispersión de poder que enfrenta el Estado en la sociedad actual.

Como sostiene Norberto Bobbio, la distorsión entre el modelo del Estado como poder concentrado, unitario y orgánico, y la realidad social lacerada, fragmentada y dividida en grupos antagónicos de poder, que tienden a sobreponerse y pactar treguas entre sí; es lo que obliga a pensar más bien en un regreso al medioevo²²². Entonces, frente a la razón abstracta del discurso jurídico tradicional, una visión pluralista debe afirmar un proceso dialogal, de reconocimiento y esclarecimiento, entre la unidad y la diversidad.

Si, como dice Habermas²²³, la unidad de la razón sólo permanece perceptible en la pluralidad de sus voces, es decir, como posibilidad de entendimiento que ya sólo puede venir asegurada procedimentalmente, la validez y trascendencia del Derecho será general, pero no por ello dejará de depender de las condiciones bajo las cuales habrán de resolverse los conflictos, es decir, el contexto social,

²²² BOBBIO, Norberto. *El Futuro de la Democracia*. Torino: Einaudi, 1984, p. 129

²²³ HABERMAS, Jürgen. *Pensamiento Postmetafísico*. Taurus Humanidades, México, 1990, p. 157

vivido y compartido por los seres humanos que reconocen entre sí, elementos de identidad en la diversidad, entonces ello nos ubica entre la unidad y la pluralidad.

El reconocimiento de la pluralidad cultural con su correlato en lo jurídico supone el reconocimiento de lo diverso; es decir, trae consigo en forma implícita el efecto emancipante de la liberación de las racionalidades locales. No se trata de garantizar simplemente el reconocimiento de los valores propios y el derecho a la autenticidad. El efecto va más allá, porque implica el auto-reconocimiento como individuo o grupo de pluralidad, de modo tal, que con la liberación de las racionalidades, las diversidades toman la palabra y se hacen reconocer²²⁴.

En consecuencia, existen dos planos complementarios desde los cuales se puede abordar el problema de la pluralidad: el primero tiene que ver, en términos generales, con la diversidad de relaciones sociales y económicas al interior de los grupos sociales (pluralismo cultural); y el otro, se vincula al reconocimiento de formas directas en dar solución a sus conflictos, formas no centralizadas de poder del Estado (pluralismo jurídico).

Esta relación directa entre pluralidad cultural y pluralidad jurídica encuentra su sustento filosófico en el pensamiento de Michael Walzer, comunitarista moderado, profesor de Ciencias Sociales del Instituto de Princeton, en su importante libro *"Las esferas de la justicia"*. Walzer sostiene que no se puede aplicar un principio determinado en momentos históricos distintos ni en sociedades distintas, y que los principios de la justicia son, en sí mismos, plurales, para lo cual utiliza los métodos centrales de la Antropología.

²²⁴ GONZALES MANTILLA, Gorki. "Identidad Cultural y Paradigma Constitucional" en revista *El Derecho*. Colegio de Abogados de Arequipa. Arequipa-Perú, pp.80-90

Recordemos que, en pocas palabras, Walzer modifica el concepto de justicia, se opone al concepto tradicional sustentado en un principio, o axioma fundamental, y asigna a la justicia una naturaleza radicalmente pluralista. La justicia es para Walzer la creación de una comunidad política determinada en un momento dado.

De este modo, el formalismo jurídico, destinado a viabilizar los ideales de la civilización occidental, construido sobre la base de la idea de una racionalidad central de la historia, no puede, por tanto, ser asumida como la única forma de ordenar la conducta de los seres humanos. Si para la visión occidental del Derecho, la fuente principal de producción es la norma jurídica, en tanto conceptualización racional del deber ser; es indudable que la emancipación de las racionalidades locales, traiga como premisa el reconocimiento de la costumbre (Derecho Consuetudinario), en tanto expresión particular de las diversidades.

Producto de ese conjunto de intereses en el grupo social, se propicia de modo especial *la capacidad de elaborar un concepto propio de justicia*. Cada época histórica y, dentro de ella, cada sociedad y cada cultura, tienen una imagen e idea de justicia que se desarrolla en dos niveles: social y jurídico.

Frente al choque de sistemas, entre diferentes formas de ver el Derecho, históricamente se ha impuesto el sistema dominante, de la misma manera como la sociedad dominante se impone sobre la subordinada en lo político, cultural; sin embargo no debe perderse de vista que el Derecho Consuetudinario está estrechamente vinculado a otros fenómenos de la cultura, como la estructura familiar, social y religiosa y los valores culturales propios de la etnia,

cuyo desconocimiento encarna formas opresivas de discriminación.

Si está plenamente reconocida la pluralidad cultural, este reconocimiento no debe concretarse sólo al plano social, sino que, como lógica consecuencia, debe tener un trasunto en el plano jurídico, pues el Derecho en su triple dimensión: hecho, norma y valor, se enmarca dentro de una realidad social, cuyas manifestaciones deben ser respetadas.

Los individuos pertenecientes a determinado grupo étnico, tienen su propia concepción de lo justo e injusto, la que tiene que ver con su identidad y la manera como conciben la realidad. Así, en el interior del grupo se podrá dar solución a los conflictos que surjan, aplicando sus propias normas (elaboradas según su concepción de justicia), no necesariamente escritas. "De no ser así, el reconocimiento de la pluralidad cultural se diluye y deviene artificial"²²⁵.

De allí que el reconocimiento de la pluralidad jurídica - ubicada en el segundo nivel del ámbito interno de los efectos de la globalización en el Derecho²²⁶- significa superar este orden de cosas; sin embargo, la situación se complica en países multiculturales, para los que debe buscarse una solución a fin de que puedan coexistir diferentes sistemas jurídicos, con sus correspondientes límites de actuación como son los derechos humanos, sin que ello sirva de división y fragmentación estatal. Ello nos ubica en la pluralidad jurídica, que supone, a su vez, la flexibilización del principio de exclusividad de la función jurisdiccional.

Si para la visión occidental del Derecho, la fuente principal de producción del mismo es la norma jurídica, en tanto conceptualización racional del deber ser, es indudable que esta suerte de emancipación de las racionalidades

²²⁵ STAVENHAGEN, Rodolfo, "Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina", en *Entre la ley y la costumbre*, Instituto Indigenista Interamericano e IIDH, México, 1990, p.223..

locales, traiga como premisa **el reconocimiento de la costumbre**, en tanto expresión particular de las diversidades.

La costumbre debe ser entendida en este contexto como el conjunto de usos y prácticas sociales reiteradas frente a circunstancias semejantes. Estas prácticas, y sus usos, responden a una forma de organización social de la producción y se desarrollan en relación a un ambiente peculiar y una lógica determinada de relaciones interpersonales al interior de esa organización (comunidad). La organización social, en buena cuenta, constituye la base material de la costumbre y ambas son indisolubles²²⁷.

Producto de este conjunto de intereses en el grupo social, se propicia de modo especial la capacidad de elaborar un concepto propio de justicia. Está claro que cada época histórica, y dentro de ella cada sociedad y cada cultura tienen una imagen e idea de justicia que se desarrolla en dos niveles:

- a) En el primer caso se trata de la manera como el conjunto de individuos organizan sus relaciones sociales y económicas, así como las reacciones que en ellos generan sus propios elementos culturales; y
- b) En el segundo nivel tenemos la justicia deducida de estas relaciones, de este modo, los propios individuos, a través de las relaciones al interior de su organización social, y ante la presencia de conflictos, decidirán fácticamente sobre lo justo o lo injusto.

En consecuencia, existen dos planos complementarios desde los cuales se puede abordar el problema de la pluralidad. El

²²⁶ Ver el Cuadro de los “Efectos de la Globalización en el Estado y El Derecho”, en el Capítulo II.

primero tiene que ver, en términos generales, con la diversidad de relaciones sociales y económicas al interior de los grupos sociales, es decir, el pluralismo cultural; y el otro, se vincula al reconocimiento de formas directas de dar solución a sus conflictos, no centralizadas del poder del Estado, es decir, el plano del pluralismo jurídico, el cual se sustenta en el Derecho Consuetudinario.

Siguiendo a Brandt²²⁸ y Stavenhagen²²⁹, desde la perspectiva pluralista, entendemos por **Derecho Consuetudinario** aquél que rige en zonas rurales, basado en normas tradicionales, no escritas ni codificadas, y su intento de sincretismo con normas de la sociedad dominante.

La diferencia básica entre el Derecho consuetudinario y el Derecho positivo radica en que, éste último emana de una autoridad política constituida -Estado-, en tanto que el primero está constituido por un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por la colectividad.

El Derecho Consuetudinario está estrechamente vinculado a otros fenómenos de la cultura y de la identidad étnica, como la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad y los valores culturales propios de la etnia, por lo tanto, su desconocimiento es la evidencia de que el Derecho y el orden jurídico oficial encarnan formas opresivas de discriminación, y reproducen relaciones opresivas en perjuicio de vastos sectores de la colectividad nacional.

Superar este orden de cosas significa reconocer la vigencia de la pluralidad jurídica y del derecho

²²⁷ WRAY, Alberto. "Derecho, costumbre y comunidad", en *Derechos Humanos y servicios legales en el campo*. Comisión Andina de Juristas. Lima-Perú, 1987, p.217.

²²⁸ BRANDT, Hans-Jurgen. *En nombre de la paz comunal. Un análisis de la justicia de paz en el Perú*. Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema de la República-Fundación Friedrich Naumann, Lima-Perú, 1990, p 160.

²²⁹ STAVENHAGEN, Rodolfo. Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina, en *Entre la ley y la costumbre*, Instituto Indigenista Interamericano e IIDH, México, 1990, p.225.

consuetudinario, pero a la vez, supone también flexibilizar el principio de exclusividad de la función jurisdiccional.

El proceso para flexibilizar el mencionado principio ha empezado a gestarse desde la legitimación del ejercicio jurisdiccional otorgada a las comunidades campesinas y nativas. Así lo establece el art. 149° de la Constitución Política del Perú.

No obstante lo dicho, el reconocimiento de la pluralidad no significa de modo alguno volver al pasado medieval. Por lo tanto, la noción del interés general debe ser asumida de manera dinámica, como instrumento que haga viable la articulación de las diferencias. Sin embargo, la aceptación de mecanismos de solución de conflictos ajenos al reconocido por el derecho oficial, no tiene porqué convertirse en un fenómeno de división o fragmentación; al contrario, debe permitir flexibilizar el orden jurídico, para que sin perder su unidad, se mantenga como una totalidad abierta a todas las posibilidades que una realidad pluricultural plantea en forma permanente.

Ahora bien, el ejercicio de la función jurisdiccional no se practica ilimitadamente y sin controles. En el Estado Constitucional de Derecho no hay espacio ajeno a la soberanía de la Constitución, esto quiere decir que la actuación de las autoridades comunales tiene que guardar armonía con los principios y valores de la Constitución, y fundamentalmente, en fiel respeto a los derechos humanos.

Sin embargo, en relación con estos últimos, se plantea un intenso debate en torno a que si los derechos humanos son universales, como manifiestan algunos, o son más bien relativos, por depender a su vez del contexto cultural. Lo que nos reconduce una vez más a un debate en clave cultural.

Los *universalistas* se identifican con quienes propugnan el imperialismo de la cultura; en tanto que los *relativistas* privilegian la diversidad cultural.

Así las cosas, se impone un diálogo intercultural sobre los derechos humanos entre los países de occidente y los llamados países de oriente, o asiáticos, diálogo en el que podría resultar de suma utilidad el método de la "hermenéutica diatópica", según la propuesta de Boaventura de Sousa Santos, al que nos referimos en el Capítulo I del presente trabajo.

La propuesta de Sousa tiene el mérito de señalar una vía para iniciar el necesario diálogo intercultural acerca de los derechos humanos, al destacar la importancia de desarrollar criterios procedimentales interculturales que nos permitan distinguir entre las políticas que buscan la emancipación de los seres humanos, y aquellas otras que justifican la opresión de algún colectivo humano.

Resulta pertinente reiterar que, en los niveles interno y externo del Estado Constitucional de la transmodernidad, no tiene porqué haber una cultura dominante, una cultura que piense por las demás e indique el camino correcto. También es bueno recalcar que se impone el diálogo entre las diferentes culturas respecto a los derechos humanos, los que, consensuados entre las valoraciones de oriente y occidente, puedan servir a los fines del pluralismo jurídico.

En síntesis, globalismo y pluralismo jurídico tienen la misma vertiente: el proceso globalizador. Ambos tienen contacto directo con los derechos humanos; aquél viene utilizando dicho discurso para los fines globalizadores; éste (el pluralismo) se sustenta en el mismo discurso -*en su versión contrahegemónica a favor de los menos favorecidos*- en un derecho humano colectivo de la transmodernidad, cual es el de identidad cultural. Los dos son expresión externa (el

globalismo) e interna (el pluralismo) de los nodos del poder que comparten con el Estado en su nueva versión, adaptada a la globalización, en la que ha perdido centralidad y parte de su soberanía.

Así, la globalización y su versión jurídica, el Globalismo Jurídico, no tienen nada que escatimar a la plena vigencia del pluralismo jurídico:

-¿Cómo contradecir sus propios postulados de universalización de los derechos humanos, y el reconocimiento del derecho a la identidad cultural? El reconocimiento de los derechos de tercera generación *-entre los que se encuentran los derechos colectivos, una de cuyas expresiones es el derecho a la identidad cultural-* se produce en la transmodernidad.

-¿Cómo justificar su actuación antidemocrática, negando el derecho de las minorías? Cuando la democracia es uno de los principales discursos de la globalización, y los derechos colectivos son derechos de las minorías.

El Pluralismo Jurídico *-derecho de las minorías étnicas, sustentado en el derecho humano a la identidad cultural, de resolver sus conflictos jurídicos, haciendo uso de su propio Derecho Consuetudinario-* aunque resulte paradójico, tiene reconocimiento en la ideología de la globalización.

COLOFÓN.- Así, la igualdad, la ciudadanía y la justicia complejas, forman una inseparable trilogía del pluralismo en la transmodernidad, todas ellas ligadas al derecho humano a la identidad cultural. La segunda sirve de enlace a las otras dos y determina la existencia de derechos diferenciados, como por ejemplo, un sistema de justicia propio (pluralidad jurídica). Del mismo modo, en los Estados en los que se ha reconocido la pluralidad cultural y jurídica, coexisten en un mismo espacio y tiempo, ordenamientos jurídicos

infraestatales con el oficial; y a su vez, evidenciando que la globalización, como uno de los factores de la transmodernidad, es un fenómeno contradictorio, concurren ordenamientos jurídicos **transnacionales** (regionales y mundiales), que también son una forma de pluralidad jurídica de carácter supraestatal.

CAPÍTULO IV

EL PLURALISMO JURÍDICO EN PERÚ Y EN LOS PAÍSES ANDINOS

El derecho humano a la identidad cultural tiene su partida de nacimiento, a nivel internacional, en la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, aprobada en 1981 en el seno de Organización para la Unidad Africana (OUA), en vigor desde 1986, año en que la ONU adopta la Declaración del Derecho al Desarrollo²³⁰.

Art. 22.1: Todos los pueblos tienen derecho al desarrollo económico, social y cultural, compatible con el adecuado respeto de su libertad y de su identidad, así como a la participación igual en el patrimonio común de la humanidad.

La diversidad cultural es un hecho innegable, pero ausente durante mucho tiempo en las cartas políticas de los países que confrontan dicha realidad. El movimiento filosófico que propugna su reconocimiento es el *multiculturalismo*, liderado por Charles Taylor. Esta filosofía hunde sus raíces en la dignidad igualitaria de los seres humanos, pregonada por Rousseau, encontrando fácil nexo entre reconocimiento e identidad; pero también, por contraste, entre reconocimiento y diferencia. De allí que

este movimiento filosófico exija igualdad de *status* para todas las culturas, lo que resulta saludable para una sociedad democrática²³¹.

En esa perspectiva, si bien es cierto la diversidad cultural es común en los Estados Latinoamericanos desde su conformación; sin embargo, no ha merecido un análisis hasta las últimas décadas. Es debido al impulso de los movimientos sociales que se produce el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a nivel constitucional. Surge entonces la necesidad de reflexionar, seriamente, acerca del respeto a las diferencias y de las consecuencias prácticas que de ellas se derivan.

Los antecedentes históricos nos demuestran las distintas actitudes que han asumido los Estados en su relación con las poblaciones indígenas, así como el *status* que éstas, a su vez, han adoptado, y la mayor o menor importancia en la correlación de las fuerzas establecidas.

Así, en la época colonial existía un modelo *segregacionista* que consideraba a los indígenas como individuos de segunda categoría. Ellos eran absolutamente excluidos y ocupaban el lugar más bajo de la estructura social. Con la independencia, y bajo la influencia de los ideales de la Revolución Francesa, se dio paso a un paradigma *asimilacionista*: todos eran iguales ante la ley, lo que se tradujo, en la realidad, en un trato desigual. Las diferencias eran ignoradas, y la igualdad esgrimida era sólo discursiva y formal.

A partir de la segunda década del siglo pasado, y con los movimientos indígenas que empezaron a consolidarse, se produjo el salto al siguiente modelo, el *integracionista*, en el que se reconoce la existencia de comunidades diversas,

²³⁰ Capítulo I, ítem 3.1. E. a) del presente trabajo.

²³¹ Capítulo I, ítem 2.1. del presente trabajo.

pero debido sólo a la necesidad de negociar y a que estaba en discusión quiénes eran propietarios de la tierra. Se inicia así una suerte de reconocimiento de derechos, pero absolutamente limitado²³².

El salto a la conformación de un *Estado pluralista* se produce a partir de la aprobación de instrumentos jurídicos internacionales²³³, que superan a la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948). Si bien es cierto, algunos de estos instrumentos se adoptan con anterioridad al reconocimiento formal del derecho humano a la identidad cultural en el plano internacional (Carta Africana de Banjul 1981), ellos parten de la existencia de la pluralidad de culturas, y plantean el reconocimiento irrefutable del pluralismo jurídico. Con estos rasgos tenemos el Convenio 169 de la OIT, que supera así a su antecesor, el Convenio 107. Sabido es que este último inició un movimiento destinado a reconocer los derechos de los pueblos indígenas, pero lo hizo en el marco de un paradigma *integracionista*, pues tendía a la incorporación de los pueblos indígenas a la sociedad mayor, regida por los órganos de administración estatal, sin dar cabida a la propia iniciativa en temas que les concernieran directamente.

El Convenio 169 adoptado en 1989 reemplazó así, sustantivamente, a su predecesor. Este convenio incorpora en su texto el compromiso asumido por los Estados ratificantes de reconocer la existencia del Derecho Consuetudinario. Reconoce, asimismo, los métodos propios de resolución de conflictos de las comunidades indígenas, con la exigencia de que no se vulneren los derechos humanos. No reduce el reconocimiento del D

²³² RAMÍREZ, Silvina. *Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena*. <http://pueblosindigenas.net/ramirez.htm>.

²³³ En *La internacionalización de los derechos humanos en la transmodernidad: Introducción al Capítulo II del presente trabajo*.

erecho Consuetudinario a los casos civiles, sino que formula expresamente que "deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros" (art.9.1), con lo cual el Convenio 169 no establece un límite material al Derecho Consuetudinario.

En cuanto a la *competencia personal*, el convenio explicita, en lo que respecta a los casos penales, que los métodos de los pueblos indígenas deberán respetarse tratándose del caso de miembros de dichos pueblos. Deja el interrogante con relación a los no indígenas que, estando dentro del territorio del pueblo indígena y teniendo un conflicto penal con un indígena, aceptasen someterse a dicha jurisdicción.

Con estos antecedentes, América Latina ha visto, en los últimos cincuenta años, revalorarse la "cuestión indígena"²³⁴, Esto se explica porque aquellos grupos indígenas, avasallados varios siglos antes, empezaron a cuestionar la igualdad, **reclamando para ellos, el reconocimiento de la diferencia**, esto es, desde la perspectiva postmoderna²³⁵. El cuestionamiento alcanzó a la posesión y propiedad de las tierras de sus ancestros, solicitando se les reconozca este derecho colectivo.

Estos justos pedidos, a la larga, forzaron un cambio en las políticas estatales de algunos países, que sufrieron, además, la presión de la normativa internacional al respecto. Debido a ello, a partir de 1972, ven la luz las "Constituciones multiculturales latinoamericanas", cuya principal característica es el reconocimiento de derechos a

²³⁴ SÁNCHEZ MÓJICA, Beatriz E. "El Estado multicultural y la entidad territorial indígena", en *Estudios sobre descentralización territorial: El caso particular de Colombia*, GARCÍA RUIZ, J.Luís y GIRÓN REGUERA, Emilia, Coordinadores. Servicio de Publicaciones, Universidad de Cádiz, 2005, pp.237-295.

²³⁵ El resaltado es nuestro, pues como analizaremos luego, las reclamaciones de los pueblos indígenas vienen desde mucho antes. De allí que algunas Constituciones latinoamericanas de inicios del Siglo XX, reconocieran la existencia de dichos pueblos, pero desde una perspectiva *integracionista*.

los pueblos indígenas, y entre ellos, el fundamental a la propiedad colectiva sobre las tierras. Revisemos, a continuación, lo ocurrido en varios países latinoamericanos:

- a) Fue el Estado de Panamá el primero en promulgar una Constitución de ese modelo, en 1972, en la que contempla el respeto a la identidad étnica de las comunidades indígenas, en sus artículos 88° y 90°, y garantiza a su vez la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas (numeral 127°).
- b) La Constitución guatemalteca de 1985 se ubica en la misma línea. Este ordenamiento jurídico dedica toda una sección del Título II a los derechos de las comunidades indígenas, particularmente el derecho a la tierra.
- c) Un año después, en 1986, Nicaragua adopta una nueva Constitución, en la que se consagran una serie de derechos territoriales, culturales, de identidad y de educación referidos a las comunidades indígenas, y otros grupos surgidos de la relación entre aborígenes y la colonia inglesa, asentados en la Costa Atlántica desde el Siglo XIX.
- d) En 1988 la Constitución Federal de Brasil, en su art. 231°, reconoce a los indígenas el derecho de "posesión permanente" sobre aquellos territorios que tradicionalmente ocuparan. Del mismo modo, se consagra el derecho al "usufructo" de las riquezas que en los territorios se encuentren, más no a la "propiedad" de las tierras, que corresponden a la Unión Federal (art. 20.XI).

En los años 90 prosiguió el proceso de reconocimiento de la existencia y de los derechos de los diversos grupos étnicos y culturales de la región latinoamericana. En efecto:

- e) En 1991 Colombia vio nacer una Constitución con varias disposiciones en favor de los grupos étnicos que habitaran en su territorio.
- f) Paraguay, en 1992, reconoció a sus comunidades indígenas el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras; ello, en el art. 64° de su Carta política.
- g) La Constitución del Perú de 1993, concede en su numeral 89°, personalidad jurídica a sus comunidades campesinas y nativas, a las que reconoce la propiedad de sus tierras, autonomía en el uso y libre disposición de las mismas; así como autonomía en su organización.
- h) Asumiendo una postura casi opuesta, la Constitución de Honduras se limita a consagrar la obligación estatal de preservar a las culturas nativas (artículo 173°).
- i) La Reforma Constitucional de Bolivia, de 1994, otorga personalidad jurídica a las comunidades indígenas y reconoce en el art. 171° sus derechos sobre los territorios ancestrales. La nueva Constitución vigente desde el 2009 reconoce una serie de derechos relativos a la pluriculturalidad, entre ellos garantiza el derecho al territorio.
- j) La Constitución de Argentina de 1994, contiene disposiciones a favor de los pueblos indígenas, tales como la garantía de la posesión y la propiedad de las tierras de esas comunidades (art. 75.17).
- k) La de México, del mismo año, contiene una disposición igual en su art. 2.VI, mas garantiza a los indígenas mexicanos el derecho a la libre autodeterminación y a una jurisdicción propia.
- l) Ecuador, en 1998, se ha sumado a esta corriente, al garantizar en el art. 84° de su Constitución, el derecho de los pueblos amerindios a la propiedad colectiva sobre las tierras ancestrales, inalienables, inembargables e

indivisibles. Además, les reconoce el derecho a conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generaciones y ejercicio de autoridad.

- 11) Finalmente, la Constitución venezolana de 1999 reconoce a estos grupos, la propiedad sobre las tierras que ocupan, ello en su artículo 119°.

Observamos pues, que desde hace aproximadamente más de tres décadas, se han producido importantes cambios en la mayoría de Constituciones latinoamericanas, cambios que avalan el criterio de respeto a los pueblos indígenas. Este suceso se da en el marco de un paradigma que ha transitado el camino de la *asimilación-integración*, para llegar, finalmente, a la construcción de un Estado pluricultural, a través del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Esta medida, si bien es un avance destacable en las estrategias que se diseñan para reafirmar la identidad de los pueblos indígenas; sin embargo, es insuficiente frente al inmenso desafío que plantea la realidad y el referido Convenio 169.

Son los países andinos -que ratificaron el Convenio 169 de la OIT- los que han incorporado en sus Cartas Políticas las reformas más importantes sobre la materia, particularmente Colombia (1991), Perú(1993), Bolivia(1994) y Ecuador(1998).

Los cambios más destacables en las Constituciones andinas son: 1) El reconocimiento del carácter pluricultural de la Nación y el Estado; 2) El reconocimiento de los pueblos indígenas y la ampliación de derechos tales como: oficialización de los idiomas indígenas, educación bilingüe, protección del medio ambiente; y 3) El reconocimiento del Derecho Indígena o Consuetudinario. Este último supone

importantes cambios en la doctrina jurídica tradicional que se basa en el monismo jurídico e identidad Estado-Derecho. “Tanto la ratificación del Convenio 169, como las reformas constitucionales mencionadas, establecen las pautas para la construcción de un nuevo modelo de juridicidad, en el marco de un nuevo modelo de Estado Pluricultural”²³⁶.

1. EL PLURALISMO JURÍDICO EN EL PERÚ

A pesar de que el Perú es un país heterogéneo y diverso, no existe un antecedente constitucional que sugiera el reconocimiento del derecho a la identidad cultural. En este campo, se podría afirmar, que la realidad no ha tenido su correlato jurídico. “La historia de nuestras constituciones, once en total, se resume en un esfuerzo constante por calzar la unidad política, llámese Estado, con la unidad cultural. Esta última da pie al concepto de Nación”²³⁷.

Como analizamos en el Capítulo II de este trabajo, la necesidad de consolidar la soberanía del Estado y la unidad política -esto, en los antiguos estados modernos-, llevó a ignorar las diferencias; en el Perú, en la naciente República, se produjo el mismo fenómeno. Todas aquellas culturas ancestrales, por disposición de nuestros legisladores, quedaron englobadas, jurídicamente, en un mismo concepto de Nación, hecho que sacrificó la diversidad en aras de una sola “entidad cultural”.

Sin embargo, esta perspectiva no es extraña si analizamos que encuentra su mejor precedente en la práctica política del liberalismo. Tenemos que señalar que la concepción liberal imperante en el momento de la independencia, e inspiradora del nuevo Estado peruano, se reflejó directamente en la nueva

²³⁶ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “Reconocimiento constitucional del Derecho Indígena y la jurisdicción especial en los países andinos”, en revista *Pena y Estado* N° 4. Editorial El Puerto. Buenos Aires, 2000, pp.20-40.

²³⁷ GONZALES MANTILLA, Gorki. “Identidad cultural y paradigma constitucional”, en Revista *El Derecho*. Colegio de Abogados de Arequipa, año 1995, N°2, p.29

legislación. El 12 de noviembre de 1823 se promulga la primera Constitución peruana, idealista y liberal, para cuya elaboración los legisladores consultaron, básicamente, "El contrato social" de Rousseau. En dicha Constitución se afirmaba que *"Todas las provincias del Perú, reunidas en un solo cuerpo, forman la Nación peruana"*.

Es más, inspirado en el mismo espíritu liberal, el libertador Simón Bolívar decretó en abril de 1924 la abolición de la Comunidad Indígena y la redistribución de las tierras de la comunidad a cada jefe de familia. Esta declaración contenía las siguientes disposiciones:

1. *El Estado venderá todas aquellas tierras que le pertenezcan.*

2. *Esto no incluye las tierras en posesión de los llamados indígenas, al menos no antes de declarar a los indígenas propietarios legales de sus tierras, de modo que puedan venderlas o alinearlas, según les parezca.*

3. *Aquellas tierras llamadas comunales serán distribuidas entre los indígenas sin tierras, quienes serán propietarios de ellas de acuerdo al artículo 2°. Las tierras sobrantes serán vendidas de acuerdo al artículo 1°.*

Estas reformas legalizaron un proceso que duró más de un siglo, durante el cual se desmantelaron las comunidades indígenas y se usurpó a éstas sus tierras, pues una vez que el Estado impuso a la población indígena un sistema de propiedad privada individual, los grupos mestizos locales, latifundistas criollos e intereses extranjeros, se valieron de todos los medios para usurpar y acumular tierras indígenas.

La reacción a este despojo y la resistencia de los comuneros a lo largo de casi un siglo, se plasmó en la Constitución de 1920, durante el gobierno de Augusto B.

Leguía. Esta Carta, que a su vez incorporaba por vez primera, un conjunto de derechos sociales, establecía en su art. 58°:

"El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que le corresponde".

Más, lo que estuvo en la mente del constituyente en el momento de la elaboración de este documento, no era el reconocimiento de la cultura indígena. Por este motivo, el 3 de julio de 1924, en un revelador discurso, el Presidente Leguía diría:

"Las dos terceras partes de nuestra población están constituidas por los indios... Urge pues integrar al indio a la vida nacional protegiendo eficazmente su vida, su salud, instruyéndole y amparando sus derechos, entre los cuales el principal es el de la propiedad. Yo prometo solemnemente rehabilitar al indio a la vida del Derecho y la cultura porque ya es tiempo de acabar con su esclavitud que es una afrenta para la República y un crimen intolerable para la justicia"²³⁸.

Pero si el Presidente Leguía, manifestó su preocupación con esta frase, y si había un sentimiento de malestar por los daños que sufrían los grupos indígenas en el Perú, éste, finalmente, no conducía a la aceptación de su cultura, y con ella, de sus contrastes. La necesidad de consolidar una Nación, implicaba para Leguía, someter a los indígenas a un proceso de asimilación, usando para lograrlo, el derecho y la experiencia occidental. En la práctica, los indígenas eran "integrados" obligándolos a cumplir determinadas faenas impuestas por el Estado.

²³⁸ BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú*. Sexta Edición. Edit. Universitaria. Tomo XII, 1968, pp. 308-309.

La Constitución de 1933, si bien no superó el espíritu integracionista, que animaba a las de la época, en ella se reiteró el reconocimiento de la existencia legal de las comunidades indígenas, pero además su personalidad jurídica. Estas disposiciones se dieron con la intención de favorecer la defensa de sus tierras, a las que se declaró inembargables, y asimismo, se les dotó de autonomía para administrar sus recursos.

La Carta de 1979 trajo similares previsiones en cuanto al reconocimiento de existencia legal y personalidad jurídica de las comunidades, diferenciadas con la denominación de "campesinas" (de origen andino) y nativas (ubicadas en la Amazonía). En ambos casos se mantenía el respeto a su autonomía, ampliando el concepto a los aspectos vinculados a su organización y uso de la tierra a la que declaró inembargable, imprescriptible e inalienable. "Sin embargo, esta Carta no escapó al enfoque etnocéntrico del asunto, pues en su artículo 161°, a la par de propender el respeto a las tradiciones culturales de las comunidades, establece el compromiso del Estado para propiciar la 'superación cultural' de sus integrantes"²³⁹.

Sin embargo, la Carta del 79 contiene una norma sin precedentes en el constitucionalismo peruano, cuando reconoce el derecho de las comunidades indígenas a recibir instrucción pública en su propia lengua.

Anteriormente, el Derecho de la República pretendía la negación de la realidad indígena y nativa, realidad que se percibe a través de la lengua. "Ésta representa el modo de ser de esa colectividad, tal como ha ido plasmándose a lo largo de los siglos; es decir, proyecta la imagen auténtica y

²³⁹ ALBAN PERALTA, Walter, Primer Defensor Adjunto de la Defensoría del Pueblo del Perú. "Las Comunidades Campesinas y Nativas en el Perú", en "*Debate Defensorial*", revista de la Defensoría del Pueblo. Lima, septiembre 1998, pp.159-172.

real que ese grupo emite de sí mismo en el mundo que lo rodea"²⁴⁰.

Más, el formalismo que tuvo un fuerte predominio en la estructura y organización del nuevo Estado, lo tuvo también en el Derecho. El sistema jurídico que se estructurara tenía un cariz lineal y único, es decir, se construyó teniendo como premisa la existencia de un solo grupo social, sin matices de ningún tipo. En este sentido, se persiste en aglutinar a todas las comunidades culturales del país -de diversa índole- en un único concepto de Estado-Nación. Así, el legislador termina por desconocer el panorama pluricultural de la población indígena, haciendo víctimas a sus miembros de marginación y exclusión, manteniéndolos fuera de varios ordenamientos legales: "como producto de su visión liberal, los más débiles aparecían en el papel iguales a los más fuertes"²⁴¹, ignorando la importancia de la diferencia y disfrazando los abusos.

El asumir experiencias políticas y jurídicas foráneas, consideradas exitosas, y tratar de adecuarlas al Perú, devino en un derecho forzado. La estructura jurídica en el Perú se construyó sobre una base irreal, que no contemplaba las particularidades de una sociedad diferente. En otras palabras, no era expresión de la identidad social y del bagaje histórico que conllevaba, convirtiendo al derecho peruano en un instrumento ineficaz que no reconocía las necesidades sociales²⁴².

Dados estos antecedentes, se puede concluir que las instituciones jurídicas oficiales en el país crecen a la

²⁴⁰ DE OBIETA CHALBAUD, José. *El derecho humano a la autodeterminación de los pueblos*. Edit. Tecnos, Madrid, en GONZÁLES MANTILLA, Gorki, *Pluralidad cultural, conflicto armado y derecho en el Perú (1980-1993)*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima-Perú, 1999, p.30.

²⁴¹ GONZALES MANTILLA, Gorki. *Pluralidad cultural, conflicto armado y derecho en el Perú (1980-1993)*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima-Perú, 1999, p.30.

²⁴² ROJAS CRISÓSTOMO, Antonio. "Modelo ideológico y estructura de poder en la Constitución de 1993 y las nuevas formas de Ordenamiento Jurídico en el país: un derecho paralelo", en *CATHEDRA*, revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, mayo 1998, p.135.

sombra de la *legalidad* otorgada por el Estado, formando parte de un orden social producto de un mecanismo de poder instituido; sin embargo, a pesar de poseer importancia formal, dichas instituciones terminan -en muchos casos- por perder *legitimidad y eficacia* fácticas. Los miembros de la sociedad las perciben de manera distinta a aquélla que necesitarían, una forma que armonice con sus creencias, aspiraciones y valoraciones.

Luego de hacerse evidente el vacío jurídico y estatal en muchos rincones del país, la población de estos lugares recónditos, por iniciativa propia y por necesidad, se ha visto obligada a buscar en su historia formas de solución a sus conflictos. Estos antiguos mecanismos han cubierto la ausencia del Estado, y en el camino, han sido adecuados a los tiempos actuales.

Estas circunstancias terminan por desvirtuar las teorías de ciertos sectores conservadores de nuestra sociedad, que postulan que la falta de vigencia del sistema jurídico en el Perú se debe a que el ciudadano común es inexperto para comprender la ley, o que no existen mecanismos apropiados que permitan su acercamiento a la administración de justicia. En la realidad, como analizamos en el párrafo anterior, la población no siente que sus necesidades y sus exigencias reales sean cubiertas por el Estado y el sistema jurídico, y por tanto, no se siente representada en ellos.

A la luz de estas ideas, es dable aceptar que aquellos mecanismos alternativos, sociales y jurídicos, se revisten de eficacia, legitimidad y solidez para el ciudadano común. El hecho de no haber sido elaborados con la técnica que implica un ordenamiento oficial, y que no se encuentren respaldados por un halo de legalidad, no anula su existencia, y mucho menos su efectividad.

Además de lo ya precisado, la falta de una auténtica representatividad social de las instituciones fundamentales del sistema jurídico peruano, se debe a que éstas actúan bajo una *lógica distinta* para ciertos sectores de la población, al no ser producto de su propia historia. Es evidente que en un país multiétnico y pluricultural como el Perú, la existencia de diversas valoraciones y percepciones políticas, sociales, culturales y psicológicas determinen diversos enfoques sobre los problemas jurídicos.

Estos nuevos mecanismos sociales -nacidos a efectos del llamado "desborde"- terminan por evadir la acción estatal, y podrían dar lugar a un nuevo modelo socio-jurídico. La legalidad, en estos casos, no calza con la legitimidad, ocasionando con ello una severa crisis política subyacente. Las fundamentales instituciones legales que debieran dar solidez a la sociedad, pierden terreno y representatividad; el sistema jurídico entonces se torna precario e ineficiente en la solución de conflictos. "Legalidad y legitimidad marchan por caminos separados"²⁴³.

El Derecho es -como sabemos- un fenómeno cultural. La imposición de un derecho foráneo, por parte de sectores dominantes de la sociedad sobre grupos con una cultura diferente, e intereses distintos, conduce a conflictos. "Éstos se muestran en formas de rechazo, o simplemente en la ignorancia de la norma estatal"²⁴⁴

Por otro lado, la poca confiabilidad en el sistema de justicia estatal ha contribuido a generar esta crisis del ordenamiento legal. En estos casos, el desconocimiento de la frondosa normatividad existente, la incomprensión de ésta (en

²⁴³ ROJAS CRISÓSTOMO, Antonio. "Modelo ideológico y estructura de poder en la Constitución de 1993 y las nuevas formas de Ordenamiento Jurídico en el país: un derecho paralelo", en *CATHEDRA*, revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, mayo 1998, p.145.

²⁴⁴ BRANDT, Hans-Jürgen, antropólogo alemán que vivió con los pueblos de la Amazonía peruana durante 8 años. *Justicia Popular: Nativos, Campesinos*. Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema de la República. Lima-Perú, 1987, p.169.

el caso de ser conocida) y su poca adecuación a la realidad de estos sectores, la hace sencillamente inaplicable.

Todo esto ha llevado a que el derecho estatal pierda vigencia social -quizás nunca la haya tenido- en sectores pertenecientes a culturas diferentes o estratos bajos de la sociedad. No es de sorprender que el Derecho estatal no sólo no haya podido eliminar la utilización de un Derecho Consuetudinario y una justicia popular, sino que, por su inoperancia, haya promovido el surgimiento de nuevos sistemas de normas y de administración de justicia paralelas, emanados de la misma base social. El prestigio del ordenamiento legal no se puede recuperar reclamándolo o aplicando simplemente la coacción estatal. "La legitimidad se logra en un Estado Democrático de Derecho sólo si se llega a convencer a los ciudadanos que este sistema es, para la sociedad, el más conveniente"²⁴⁵.

Según Brandt, en primer lugar, el Estado debe reconocer que su sistema legal tiene una vigencia social limitada, y que su administración de justicia es parcial; que varias concepciones de su administración de justicia no coinciden con los conceptos populares; que grandes sectores de la población prefieren que sus conflictos sean resueltos por instancias populares. Además, se debería reconocer que las instituciones populares de justicia sí son eficientes y que tienen una legitimidad social muy alta.

En esa misma perspectiva, no debe dejarse de tener en cuenta el tema de la violencia que estremeció al Perú en décadas pasadas. Según sostiene Gorki González²⁴⁶, en su libro *Pluralidad cultural, conflicto armado y derecho en el Perú (1980-1993)*, "la exclusión estatal de importantes sectores del país ejercida desde los inicios de la República forma el

²⁴⁵ BRANDT Hans-Jürgen. Op. Cit., p.170.

²⁴⁶ GONZALES, Gorki. Op. Cit., p.67

contexto social del cual se nutre la violencia política". En tanto que el proceso de pacificación del país debe comprender la incorporación "al marco institucional formal de la riqueza de la diversidad cultural".

Sin embargo, en el Perú estuvo plenamente vigente, hasta hace pocos años, el principio constitucional de exclusividad de la función jurisdiccional del Poder Judicial. Asimismo, estuvo prohibido ejercer función judicial por quien no había sido nombrado en la forma prescrita por la Constitución o la Ley. No obstante estas prohibiciones, se mantuvieron sistemas de administración de justicia paralela o complementaria.

Entonces, la existencia de los órganos populares de justicia encuentra su explicación, por un lado, en la cultura autóctona, las concepciones de Derecho y de justicia tradicionales y el sincretismo de nuevas normas y formas asumidas de la sociedad dominante; y por otro, en la inoperancia del sistema estatal.

Así, con esos antecedentes, la Constitución de 1993 ha reconocido, en principio, la diversidad cultural del país en dos planos: el primero, como derecho fundamental de la persona humana, como se desprende del art. 2, inc. 19, primer párrafo de la Carta; y el segundo, en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, al extender este atributo a entidades sociales con existencia legal y personería jurídica, como son las comunidades campesinas y nativas.

En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional del Perú, en los procesos acumulados de Inconstitucionalidad Nros. 0020 y 0021-2005-PI/TC:

"De esta forma, el Constituyente ha proyectado en la Constitución formal un elemento esencial de la Constitución material de la Nación peruana: su multiculturalismo y

pluriétnicidad. Se trata de una concreción del principio del Estado Social y Democrático de Derecho, establecido en el artículo 43° de la Constitución..."

Sin embargo, la Constitución del 93 no establece de modo expreso, en el Título referido al Estado y la Nación, la vigencia histórica y pluricultural de los pueblos que integran la República y su carácter pluricultural y pluriétnico. Esta omisión podría llevar a reconocer la vigencia de la premisa teórica que en el Perú existe una sola Nación integrada. Sin embargo, debe considerarse el precepto fundamental contenido en el mismo artículo 2° inc. 19° de la Carta "*.... el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación*". Se trata, más bien, de un error de sistemática, pues esta norma, por su alcance y sentido debe estar ubicada en el Título referido al Estado y Nación.

La normatividad constitucional tiene como antecedente inmediato el Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que si bien no es el primero, es reconocido como el más avanzado y específico sobre el tema. Le precedieron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Debe destacarse que la referida norma internacional ha sido incorporada al ordenamiento jurídico peruano mediante la Resolución Legislativa 26253, publicada en el diario oficial el 5 de diciembre de 1993. De ella se desprende la necesidad de reconocer el derecho de los grupos sociales -pueblos tribales o indígenas- a la protección de sus valores y prácticas sociales y religiosas, así como de sus mecanismos o formas de solución de conflictos.

Ahora bien, junto con el reconocimiento de la pluralidad cultural, el texto constitucional reconoce igualmente la diversidad jurídica, consagrando el pluralismo jurídico, en el artículo 149°:

"Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el Derecho Consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial".

Dicha norma constitucional reconoce en parte el pluralismo jurídico clásico, que propugna la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos en un mismo territorio. Se reconoce la jurisdicción comunal, existente desde épocas pasadas, a nivel de las comunidades campesinas y nativas, las que se ven legitimadas oficialmente para poder intervenir en la resolución de conflictos que ocurran en su ámbito territorial.

Este artículo excluye a las rondas campesinas como organizaciones directas en la solución de conflictos, considerándolas sólo como órganos de apoyo. Este papel no se condice con realidades en las que las rondas campesinas se presentan como organizaciones sociales autónomas, con propios órganos de resolución nacidas de su estructura, alejadas o distintas a la organización de las Comunidades Campesinas o Nativas. Son escasas las rondas que pertenecen a las propias comunidades, pues su tipo organizativo se ha dado más, fuera de las comunidades, que al interior de las mismas.

La norma constitucional peruana que reconoce el Derecho Indígena o Consuetudinario y la jurisdicción especial, muestra rasgos comunes con la de los otros países andinos (Colombia, Bolivia y Ecuador), algunos de los cuales han reformado su Constitución para dar paso a este reconocimiento. Estos Estados, a su vez, han suscrito el

Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

El artículo 149° de la Carta peruana tiene los siguientes alcances:

- 1) **Sujetos de reconocimiento:** Son las comunidades campesinas y nativas, y las rondas campesinas como órganos de apoyo.
- 2) **Objeto de reconocimiento:** La vigencia plena del sistema jurídico de las comunidades con sus propias normas, autoridades y procedimientos. Es decir, se reconoce tanto al órgano indígena que aplica el Derecho, como el Derecho Indígena en sí mismo
- 3) **Autoridades potestadas para resolver conflictos:** Son las autoridades de las comunidades campesinas y nativas.
- 4) **Competencias:** Son las previstas según los criterios territorial, material y personal:
 - a) **Territorial:** Es el criterio fundamental, rige la jurisdicción indígena y el Derecho Consuetudinario dentro del espacio territorial del pueblo o comunidad indígena o campesina;
 - b) **Material:** La Constitución no pone ningún límite, por razón de la materia, a la jurisdicción indígena, esto es, que resulta competente para conocer todo tipo de casos que se presenten dentro de su territorio;
 - c) **Personal:** No hay previsión expresa de la Constitución; sin embargo interpretando dicho texto es posible concluir que la jurisdicción indígena comprende a todas las personas que domicilien dentro del ámbito territorial de la comunidad.

Sobre este último elemento de la competencia debe considerarse, por un lado, que si bien es cierto según el fundamento del "*derecho al propio Derecho*", cada persona o grupo humano tiene derecho a ser juzgado dentro del sistema normativo de su propia cultura; sin embargo, debe evitarse

que personas ajenas a la comunidad cometan hechos dañinos dentro de la misma, bajo el amparo que no pueden ser juzgadas por dichos sistemas. Se atenta, así, contra la vocación constitucional de reforzar el Derecho Indígena.

Desde otra perspectiva, se podría sostener que cuando los indígenas sean sometidos al control estatal fuera de su territorio comunal, podrían solicitar ser sometidos a su propio sistema en base al "*derecho a la propia cultura*" (art. 27° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU) o mínimamente que, cuando a los jueces estatales les toque juzgar indígenas, deben considerar su cultura y costumbres (art. 9° del Convenio 169 de la OIT).

5) Límites: La Constitución peruana pone límites al reconocimiento del Derecho Consuetudinario, en concordancia con los límites que también impone el Convenio 169 de la OIT. Ellos están referidos a la no vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el sistema jurídico nacional, ni de los derechos humanos reconocidos internacionalmente.

Así, la peruana es la única Constitución andina, a la que se ha unido recientemente la Constitución boliviana (2009), que emplea una formulación genérica para el reconocimiento del Derecho Consuetudinario: "la no afectación de los derechos fundamentales de la persona". Esta previsión, en principio, guarda armonía con el Convenio 169, que consagra el pluralismo jurídico clásico, que es justamente el que se observa en la región andina, y que garantiza en mejor medida el Derecho Comunal.

1.1. EL PLURALISMO JURÍDICO EN LAS COMUNIDADES CAMPESINAS

La civilización andina, antes de la conquista, tuvo en el *ayllu* su eje central. Estaba conformado por un grupo de

campesinos de extensión muy variable, relacionados entre sí, generalmente, a través de lazos de parentesco, y cuya vinculación se sustentaba en los principios de solidaridad, reciprocidad y explotación colectiva de la tierra. Es en base a ese componente social que se origina el ordenamiento poblacional dispuesto en el Siglo XVI por el Virrey Toledo. Se trata pues, de organizaciones familiares, en cuyo substrato convergen distintos componentes de orden histórico, social, cultural, antropológico y otros.

Según la definición legal vigente: *"Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país"*²⁴⁷.

El número exacto de comunidades es difícil de determinar. En todo el país hay aproximadamente 5000 comunidades campesinas, pertenecientes a 2 grandes grupos étnicos, y de las cuales el 98% se asientan en la sierra²⁴⁸.

Es posible determinar tres características básicas comunes a todo el sistema de las comunidades:

a) Control de un espacio físico;

b) Mantenimiento de una forma comunal de obtención y disposición de recursos, en base a un orden socio-económico interno fundado en un sistema de parentesco y en la reciprocidad de prestaciones, el cual permite a sus componentes participar en el poder local; y

²⁴⁷ Artículo 2° de la Ley N° 24656 de Comunidades Campesinas del 13 de abril de 1987.

²⁴⁸ LOVATÓN PALACIOS, David y otros. *El otro Poder Judicial*. Instituto de Defensa Legal. Lima-Perú, 1999, p.159.

c) Preservación de rasgos culturales definidos.

1.1.2. DERECHO CONSUETUDINARIO Y RACIONALIDAD ANDINA

El Derecho forma parte de la estructura social de los pueblos que cuentan con una organización política y administrativa, constituyéndose en un mecanismo de control que las sociedades emplean para regular las relaciones que se generan en ella a fin de mantener el equilibrio social. Para el cumplimiento de este objetivo, la norma jurídica es uno de sus instrumentos. La expresión concreta y lógica del Derecho es la norma, que puede ser o no, escrita. En tal sentido, el Derecho Consuetudinario tiene también como elemento indispensable a la norma.

En el Estado inca hubo un Derecho con características muy particulares por la carencia de escritura formal, lo que no fue un obstáculo para que estas normas conformen un todo orgánico y coherente. Existió pues, un sistema normativo gracias al cual se mantuvo el orden social a través de las regiones del continente americano.

Según el historiador Jorge Basadre *"el Derecho Inca influyó en el Derecho Indiano y quedó rigiendo, en parte, como Derecho Consuetudinario, en el Perú posterior a la conquista"*²⁴⁹.

Es evidente que el Derecho Consuetudinario posee características propias, diferentes a las del Derecho Estatal. En el Perú, como en otros países latinos, esta diferencialidad está determinada por ciertos factores.

Al respecto, el sociólogo mexicano Rodolfo Stavenhagen menciona tres aspectos característicos del Derecho Consuetudinario: es parte de la cultura y expresión

particular de los pueblos o comunidades que se hallan desligadas, marginadas o constreñidas históricamente por el poder de la metrópoli; otro aspecto es que este derecho (consuetudinario), al tener un nexo directo con los diferentes modos de existencia de la comunidad, se integra a su identidad y forma parte de él; y finalmente, los nexos que se establecen entre los pueblos y el Estado generan relaciones condicionantes. Ejemplo de ello serían los mecanismos legales que establecen las limitaciones al ejercicio de prácticas jurisdiccionales²⁵⁰.

Pero, en esencia, ¿cuál es el rasgo más saltante del llamado Derecho Consuetudinario? Existe cierto consenso en sostener que está formado por normas cuya estructura se ha establecido en base a la tradición de cada pueblo, sus creencias y valores. Este apego a la realidad del lugar donde se gestiona, permite obtener su legitimación a través de la aceptación y el reconocimiento social.

A lo largo de su historia todos los pueblos han seguido un patrón de comportamiento regulado por ciertas normas, usos y costumbres. El propósito de este tácito sometimiento ha sido siempre la preservación del orden social, tomando en consideración, para ello, que dicho orden poseía un fundamento lógico y real. En este caso, la práctica constante y habitual de ciertas acciones por parte de un grupo social (traducidas en usos), deviene con el tiempo, muchas veces, en costumbres. Cuando ocurre esta conversión, estas prácticas toman un cariz oficial, y su no cumplimiento u omisión, puede acarrear al miembro de la comunidad o grupo social, una determinada sanción.

Llegado este punto, podemos decir que la costumbre tiende a ser, por lo general, fuente del Derecho. Por un lado, se le

²⁴⁹ BASADRE, Jorge. *Historia del Derecho Peruano*. 2da. Edic. Lima, 1985, p.216.

toma en cuenta en la construcción del Derecho Estatal o Positivo, cuando de ser una práctica usual, pasa a ser formalizada mediante una norma escrita. De esta manera, la costumbre se convierte en fuente formal del Derecho cuando se ve reflejada en el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, si la costumbre es materializada en una norma oficial se le denomina costumbre jurídica, cuando no lo es, se convierte en fuente del Derecho Consuetudinario. En este caso pasa a formar parte de un conjunto de normas compartidas y aceptadas por un grupo social, llámese comunidad, pueblo, o grupo étnico o religioso, entre otros; "a diferencia de las leyes escritas que emanan de una autoridad política constituida, y cuya aplicación también está en manos de esta autoridad, generalmente el Estado"²⁵¹. Podemos concluir entonces, que quien valida la costumbre como norma obligatoria en el Derecho Consuetudinario, es el mismo pueblo, los integrantes de un determinado grupo social que terminan por aceptarla como tal.

Las características del Derecho Consuetudinario, que lo diferencian del Derecho Positivo, según Abel Adrián Ambía²⁵², son las siguientes: a) Conjunto de normas; b) Oralidad ; c) Observancia general; d) Uniformidad y permanencia en el tiempo; e) Regulación de intereses públicos y privados de una colectividad; f) Transmisión por herencia social. Sin embargo, el rasgo más característico y diferenciador del Derecho Positivo es la oralidad.

Finalmente podemos aceptar la existencia de un Derecho Consuetudinario, lo cual nos lleva a plantear la pluralidad jurídica del sistema normativo en un país.

²⁵⁰ STAVENHAGEN Rodolfo, "Derecho Consuetudinario indígena en América Latina", en *Entre la Ley y la Costumbre*. Instituto Indigenista Interamericano e IIDH, p.398

²⁵¹ STAVENHAGEN, Rodolfo. "Derecho Consuetudinario indígena en América Latina", en *Entre la ley y la costumbre*. Instituto Indigenista Interamericano e IIDH, México 1990, p.399.

1.1.3. JUSTICIA COMUNAL

A. Órganos de solución de conflictos

Son órganos de resolución de conflictos en las comunidades campesinas: *la Asamblea General, el Consejo de Administración y el Consejo de Vigilancia*. Las funciones legales de estos órganos, son fundamentalmente de índole administrativa y de naturaleza judicial, en relación a violaciones de normas internas; pero, además, resuelven conflictos de competencia de los órganos jurisdiccionales.

La *Asamblea General* está compuesta por todos los miembros comuneros. Como máximo órgano de decisión asume un papel importante en el control social de la comunidad, constituyéndose en un verdadero órgano de resolución de conflictos. Tiene competencia para sancionar las faltas establecidas en los reglamentos internos, pero también decide en conflictos de otra naturaleza.

El *Consejo de Administración* es el representante legal de la comunidad. Sus funciones, entre otras, consisten en suscribir o refrendar los documentos de la comunidad y hacer cumplir los acuerdos de los diferentes órganos. Normalmente, el Presidente trata de resolver los conflictos de la comunidad conjuntamente con las demás autoridades. El Presidente maneja los litigios, deja a las partes presentar sus argumentos, oye a otras personas, como a los testigos, conversa con los litigantes, buscando un arreglo que pueda terminar en una transacción.

El *Consejo de Vigilancia* conoce las reclamaciones de los comuneros y emite su opinión ante el Consejo de Administración y ante la Asamblea General. Además, puede proponer a ésta las sanciones aplicables a los comuneros que infrinjan sus obligaciones. Las actividades del Consejo de

²⁵² ADRIÁN AMBÍA, Abel. *El ayllu en el Perú actual*. Ediciones Pukará. Perú, 1987, p.51

Vigilancia se hallan muy ligadas a las del Consejo de Administración.

B. Normas jurídicas comunales

Las normas tradicionales giran en torno a conductas y comportamientos individuales exigidos o prohibidos, a derechos y deberes de cada comunero como integrante de una sociedad colectiva en relación a los cargos comunales, y a la organización del trabajo colectivo.

Se puede diferenciar entre normas tradicionales no escritas, y normas que se basan en acuerdos tomados en la Asamblea. Éstos pueden convertirse en costumbre, no solamente porque están registrados en los libros de actas de la comunidad, sino, sobre todo, porque quedan en la memoria de los comuneros y porque se aplican en la vida diaria. Estos acuerdos se mantienen vigentes hasta que un nuevo acuerdo viene a reemplazarlos.

a) Normas tradicionales no escritas: Se trata de normas de conducta y comportamiento, cuya infracción merece una sanción. Tienen su origen en varias fuentes: elementos pre-incaicos, incaicos, hispano-coloniales y también elementos asumidos del ordenamiento jurídico de tiempos pasados de la República.

En el campo de la conducta se mantienen vigentes las tres reglas que eran el fundamento del Derecho Penal Incaico: “¡No seas ocioso! ¡No seas ladrón! ¡No seas mentiroso!”. El Estado incaico estaba basado en una economía agrícola, en la cual todos los individuos de las clases inferiores estaban obligados a trabajar en los cultivos, no permitiéndose la ociosidad y menos aún la mentira, ni el robo. La más famosa

salutación, que ha perdurado hasta la actualidad, era: *Ama llulla, ama sua, ama quella, ama sipix, ama mappa o maclla*" (no seas ladrón, no seas mentiroso, no seas perezoso, no seas asesino, no seas pervertido, no seas afeminado).

Se mantienen aún vigentes reglas sobre el respeto a las autoridades, las mujeres y ancianos, violaciones que son sancionadas.

Otras normas vigentes son las referidas a la institución tradicional del matrimonio indígena, (*sirvinacuy* o *tikunakuspa*). No se trata de un matrimonio a prueba, como se considera desde la perspectiva del Derecho Occidental, pues estos casamientos son sólidos y permanentes. Las otras formas de matrimonio: el religioso y civil, asumidos por la influencia hispana, son considerados como actos formales complementarios, pero no indispensables. Hay reglas sobre la convivencia de las parejas, así como sobre su separación, que tienen una importancia social mucho mayor que las disposiciones del Código Civil.

Algunas normas tradicionales tienen su fundamento en la reciprocidad del intercambio de bienes y servicios, debido a elementos de la cultura autóctona y a relaciones de producción existentes en las comunidades. Los intercambios más importantes se realizan de acuerdo a las siguientes reglas y normas:

- a) La voluntad, siendo una obligación moral, es irrelevante dentro del contexto del tema,
- b) El *waje-waje*, intercambio recíproco de fuerzas de trabajo en la labor agrícola, o en la vida cotidiana;
- c) La "*minka*", similar al anterior, pero en él el servicio se devuelve con la entrega de una cantidad de bienes;
- d) El "*ayni*", semejante al "*waje-waje*". Es un trabajo colectivo organizado por una persona. Se deben pagar

los servicios de cada comunero con la prestación de la misma clase de trabajo. Ej. La familia A trabaja en la parcela de la familia B;

- e) Las "faenas comunales" son trabajos colectivos de todos los comuneros en las tierras de la comunidad para la producción comunal.

El incumplimiento de la obligación de prestar y devolver servicios o bienes, genera graves conflictos en la comunidad, los que son materia de juicios ante los fueros comunales.

b) Normas que se basan en acuerdo de la Asamblea: Son normas que tienen su base en un acuerdo de la Asamblea que son establecidas en el Reglamento Interno de la comunidad o registradas en sus libros de actas. Son básicamente las siguientes: la definición de las obligaciones de cada comunero, abonar las contribuciones locales, pagar multas y penalidades, y la determinación de cuáles son las sanciones en caso de incumplimiento (generalmente multas en dinero, cuyo monto es variable).

C. Conflictos más frecuentes

Es importante diferenciar entre los problemas que pueden solucionar los órganos de la comunidad y demás autoridades locales, y los que desbordan la capacidad de resolución de estos fueros. Estos últimos son:

- a) Conflictos en los que la, o las partes, no se someten a la "jurisdicción" de las autoridades comunales y buscan la ayuda de las entidades policiales o instancias judiciales;
- b) Conflictos con comunidades vecinas o personas foráneas de la comunidad (con excepción de los casos de robo, que son perseguidos por las rondas), o conflictos graves (como el homicidio), en los que las

autoridades deciden transferirlos a las instancias estatales.

Según Luís Pássara²⁵³, quien brinda una estadística (entrevista a 89 campesinos en Cuzco, La Libertad y Junín) en el "*Campesino frente a la Legalidad*", los problemas mayoritarios son conflictos en torno a la tenencia de tierras, seguidos por riñas, borracheras, lesiones y hasta asesinatos; además, robos y estafas. Los conflictos de naturaleza civil son de menor frecuencia.

Al margen de los asesinatos, los fueros informales tratan de resolver los conflictos. Así, se busca un arreglo en los problemas que afectan al grupo, porque perjudican a todos los miembros o a las relaciones entre algunos individuos o familias.

Es de destacar que existe una gran similitud en la forma de enfocar y resolver los conflictos que se presentan ante la Justicia de Paz y la Justicia Popular. Ello se debe a que, si bien la Justicia de Paz es parte de la estructura del aparato formal de administración de justicia, sus Jueces que son nombrados por el Estado y que actúan *ad-honorem* en esos lugares, no son profesionales en Derecho, sino campesinos, comerciantes y artesanos. Ambos órganos de justicia aplican el Derecho Consuetudinario.

Un problema importante que se tramita ante los Jueces de Paz es el relativo a la separación de convivientes, que tiene su fundamento en la vigencia del matrimonio tradicional indígena. El Derecho Consuetudinario tiene reglas no sólo para la convivencia propiamente dicha, sino también para la separación. Además de las separaciones, otros conceptos del Derecho Consuetudinario se encuentran en el transfondo de las

²⁵³ PÁSSARA, Luís. "El Campesino frente a la Legalidad", en *Socialismo y Participación* N° 21, Marzo 1983. Lima-Perú, p.9.

causas que ven los Jueces de Paz, como son las normas relativas al intercambio recíproco de bienes y servicios.

D. Formas de solución de conflictos

Según Hans-Jürgen Brandt²⁵⁴ las posibilidades de resolver un conflicto ante un fuero informal depende de las ventajas que éste brinde a las partes, como son el fácil acceso, bajos costos, rapidez de la decisión, el hecho que los miembros de estos fueros pertenezcan a la misma clase social y a la misma cultura. Muchos campesinos tienen temor de trasladar los conflictos al aparato formal de justicia, consideran que los órganos comunales constituyen el mejor camino para la solución de sus problemas de origen familiar, vecinal y comunal.

El arreglo, o la conciliación, son las formas más frecuentes de resolución de conflictos. En los "comparendos" o "audiencias informales", los agentes de la justicia paralela (autoridades comunales) buscan mediar entre las partes con el propósito de lograr un acuerdo de "buena manera", lo que algunos llaman "el justo medio".

En la mayoría de los casos, tanto civiles como penales, el arreglo consiste en una transacción de dinero o bienes. En conflictos de linderos se procede a una nueva demarcación de las parcelas. Estos arreglos son generalmente consignados en un acta para dejar constancia escrita. En el último párrafo de las actas, las partes acuerdan frecuentemente "*otorgarse más amplias garantías personales y cumplir el arreglo bajo una multa*" con montos variables de dinero. Estas multas se pagan en la caja de la comunidad. Además, se fija con frecuencia "arresto de hasta 24 horas en el puesto de la

²⁵⁴ BRANDT, Hans-Jürgen. Op. Cit., p.146.

Policía", como sanción en caso que una parte se niegue a cumplir con el arreglo.

Los agentes de los fueros informales contestan en su mayoría, que las amenazas de coacción no se aplican porque las partes generalmente cumplen los acuerdos.

Las penas privativas de libertad y castigos corporales prácticamente pertenecen a la historia. Sin embargo, se sabe que éstos son todavía aplicados esporádicamente en algunas comunidades de lugares apartados. En casos flagrantes de riña, lesiones y robo de ganado, los autores son capturados y luego puestos a disposición de la Policía o del Juez de Paz. En estos últimos casos es frecuente que los inculpados sean previamente castigados corporalmente (azotados) por los mismos Comuneros.

Las llamadas "penas de honra" (escarnio público) se aplican muy raras veces. Así, por ejemplo, las rondas campesinas de Piura y Cajamarca prohíben insultar o humillar a un detenido durante la aplicación de la sanción.

Los castigos corporales se aplican con alguna frecuencia. Estos castigos son: golpes, azotes, y baños fríos en el río. En las sanciones contra los propios comuneros no se busca la "venganza", sino que las medidas cumplan funciones preventivas y educativas. Los individuos extraños son castigados a fin de intimidarlos, para que desistan en el futuro volver a cometer estos hechos.

En el caso de las Rondas Campesinas, en algunos casos éstas entregan los delincuentes a la Policía, después de un juicio popular y aplicación de castigos corporales.

La sanción de expulsión de la comunidad es la más grave que la Asamblea puede tomar. Esta medida se adopta en casos de reincidencia y constante rebeldía de un comunero contra los acuerdos de la Asamblea. La expulsión significa la

privación de toda clase de derechos en relación con el *status* de comunero.

E. Rondas campesinas

Mucho antes de que existieran las *rondas campesinas* como tales, los abigeos ya eran una seria amenaza para las haciendas. Por ello se considera, como un antecedente de esta organización social, a las antiguas guardias campesinas, creadas con el fin de proteger la propiedad del hacendado y de enfrentar a los ladrones de ganado.

Tiempo después, un 29 de diciembre de 1976, este sistema de vigilancia se consolidó como un efectivo mecanismo de defensa comunal. Surgió por primera vez en Chota, Cajamarca, a fin de disminuir la serie de robos que sufrían las comunidades.

Alonso Zarzar²⁵⁵ considera que son tres las instituciones que se unen en la construcción de las rondas campesinas. En primer lugar, en cuanto a su función, tenemos a las ya mencionadas guardias de las haciendas; en segundo lugar, en cuanto a su organización, se encuentra la comunidad campesina; y por último, como un requisito para la actividad y ejercicio de ciertos roles, el servicio militar obligatorio.

Sin embargo, si el rol de las rondas campesinas fue, en primer lugar, garantizar un equilibrio social en el interior de las comunidades y su protección fuera de ellas, su papel, en la realidad, fue más allá del policial. Con el tiempo, las rondas campesinas fueron decisivas en el desarrollo de las comunidades a las que pertenecían, y en ello, la menor

incidencia de conflictos fue importante gracias a sistemas de juzgamiento y aplicación de sanciones por medio de las asambleas de ronderos. En cuanto al desarrollo, estas organizaciones fueron medulares en la construcción de infraestructura comunal, así como en la obtención de créditos agrarios.

Es importante señalar que en la formación de las rondas campesinas, en cuanto a su organización y funcionamiento, podemos encontrar muchos elementos de la cultura andina²⁵⁶, lo cual habla de un fuerte componente cultural e histórico en su estructura. Este componente fortalecedor ha de ser uno de los factores por los cuales las decisiones colectivas, por parte de los integrantes de la comunidad, son aceptadas libremente, otorgando a las rondas la autoridad que, normalmente, en el sistema oficial, se basa en una imposición autoritaria y coercitiva, de carácter vertical.

Siendo la presencia de las rondas de creciente importancia en diversos espacios geográficos del país, la Constitución peruana, en su art. 149°, las registra como tales, así como también reconoce su facultad coadyuvante de administrar justicia. Sin embargo, estipula que estas organizaciones deben respetar los derechos humanos, así como mantener una comunicación y coordinación constante con las autoridades.

Ahora bien, si se habla de ámbitos geográficos, puede aseverarse que las rondas se encuentran generalizadas en todo el territorio nacional, con preponderancia en el norte, oriente y centro del país. Las más notables se encuentran en

²⁵⁵ ZARZAR, Alonso. "Las rondas campesinas de Cajamarca: de la autodefensa al ¿autogobierno?", en *La otra cara de la luna: nuevos actores sociales en el Perú*. Centro de estudios de democracia y sociedad, 1991, p.108

²⁵⁶ ROJAS CRISÓSTOMO, Antonio. "Modelo ideológico y estructura de poder en la Constitución de 1993 y las nuevas formas de ordenamiento jurídico en el país: un derecho paralelo", en *CATHEDRA*, revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima-Perú, mayo 1998, p.133-145.

los departamentos de Cajamarca, Piura, Lambayeque, sierra de Ancash y La Libertad, así como en un sector del departamento de Amazonas.

Estas rondas ayudan a mantener un sistema comunitario que incluye, generalmente, mecanismos empleados en la democracia directa. Obedecen a la necesidad de cubrir vacíos importantes, y que, en el camino de su resolución, van construyendo una nueva institucionalidad social. Así, en la comunidad se revoca, se rinden cuentas, se otorgan mandatos imperativos y funciones, así como su rotación. La población encuentra en estos mecanismos una forma organizada de vivir y solucionar sus problemas, sin dejar de lado para ello, los patrones valorativos y culturales que forman parte de la sociedad andina. De esta manera, se va dando origen a una nueva conciencia jurídica, social y política.

Esta naciente conciencia, fruto de la superposición del interés colectivo por sobre el interés individual, se orienta a consolidar la justicia y la equidad. Entonces, el poblador, el miembro de las rondas, asume las necesidades y el desarrollo de su comunidad como suyos, permitiendo la eficacia de las normas impuestas por el colectivo, confiriéndoles legitimidad.

F. Rondas campesinas, violencia y pluriculturalidad

Tomando en consideración que las rondas campesinas son definidas como una organización con sus propios mecanismos de funcionamiento, surgidas a raíz de las necesidades de la población; resulta interesante reparar en ellas y el lugar que ocuparon en los años de violencia y conflicto armado en el Perú. Sin embargo, para llegar a ello es necesario hacer algunas precisiones²⁵⁷.

²⁵⁷ GONZALES MANTILLA, Gorki. Op.Cit. p.86.

El análisis histórico de las naciones ha dejado en claro que, tratándose de sociedades diferenciadas, económica o culturalmente, muchos han sido los casos en los que el Derecho ha servido de instrumento para legitimar los intereses del grupo social dominante. Para hacer factible esta figura, es necesaria una especie de camuflaje: el grupo que detenta el poder político, logra generalizar los intereses particulares, aquéllos que favorecen a grupos minoritarios, distorsionando la realidad bajo un disfraz de legitimación formal.

Si aplicamos esta premisa al Perú, la coincidencia es exacta. Como en otros países que no han alcanzado aún madurez política y social, el Perú ostenta un ordenamiento legal y un sistema político que consolida las diferencias sociales a través de la exclusión y marginación. En consecuencia, la aplicación del Derecho en diversos escenarios y en distintos ámbitos, sean sociales, políticos, o geográficos, deviene en complicadas situaciones que dejan ver una “violencia estructural” que parece no tener fin, y que a la larga, originan en la población fastidio y manifestaciones de violencia²⁵⁸.

En este contexto, las rondas campesinas se mantuvieron por muchos años al filo de la oficialidad, en una realidad paralela, distinta a la plasmada en el derecho positivo. Fue la violencia nacida en los años 80, la que obligó al Estado a volver sus ojos hacia ellas considerándolas como un instrumento de apoyo. Dicho de otro modo, fue el conflicto

²⁵⁸ La Comisión Especial del Senado, sobre las causas de la violencia y alternativas de solución en el Perú, ha definido la **violencia estructural** del siguiente modo: “*la violencia es un producto histórico... una sociedad se va haciendo progresivamente violenta cuando, en el proceso de su formación, los elementos que la componen **no logran integrarse armónicamente**; cuando las relaciones étnicas, económicas, de clase, de espacios regionales y estructuración del Estado y la Nación, no fluyen de manera continua y con sujeción a normas valorativas mínimamente realizables y que colman, a su vez, las más elementales demandas del cuerpo social; cuando las asimetrías se implantan y se consolidan de tal forma que el mismo orden, la legalidad y la organización del poder se convierten en expresión de una violencia estructural que se acumula, se reproduce y tiende a perpetuarse, impulsando bajo circunstancias concretas a comportamientos de violencia activa en sus diversas manifestaciones*”.

armado el que hizo que el Estado considere y utilice aspectos de la realidad que antes no quería aceptar que existían.

La función de juzgamiento y aplicación de sanciones por parte de las asambleas de ronderos, ha sido y es una muestra del cuestionamiento del pueblo al centralismo del poder y el ordenamiento tradicional. Los campesinos, miembros de diferentes comunidades, han sufrido desde antaño la exclusión de los sistemas oficiales, cayendo en cuenta de la ineficacia del discurso jurídico empleado hasta el momento, y de su simple valor simbólico, cuando de cubrir sus necesidades se trata. El asumir estas funciones, propias de órganos de control oficiales, se convierte en una expresión crítica a la opresión étnico-cultural que sufren, así como una manifestación de la pérdida de fe en el Estado.

Pero si el Estado plantea mecanismos jurídicos alejados de la realidad comunal, el sistema de solución de conflictos de las rondas se ajusta, forzosamente, a los usos, costumbres, prácticas religiosas y creencias del grupo. Entonces, los principios en los que se basa la norma comunal son bastante diversos a los que nutren el Derecho oficial. A pesar de ello, este hecho no es óbice para que, en algunas ocasiones, las rondas hagan suyas ciertas maneras empleadas en el sistema oficial. Las disposiciones comunales, entonces se inspiran en la "reciprocidad andina", no muy congruente, en ocasiones, con democráticos criterios de tolerancia. La directriz que asumen las rondas campesinas no se aleja de las creencias y prácticas culturales, del conglomerado de usos y ejercicios que se refuerzan en la aplicación comunal, la misma que se esfuerza en la búsqueda de la justicia traducida, en numerosos casos, en un arreglo o conciliación.

Sin embargo el objetivo de la justicia en la racionalidad rondera, no se ha alcanzado plenamente, si es que no se ha logrado resolver el problema de fondo. Por tanto, según esta

lógica, la pena no es suficiente. Es necesario, en primer lugar, resarcir completamente a la víctima del delito cometido, antes de cumplir con formalismos impuestos. En segundo lugar, las rondas campesinas deben ver por el que cometió el delito. El abigeo o malhechor debe ser reintegrado en el espacio comunal, cumpliendo, como el resto, con los trabajos y faenas de la comunidad.

A pesar de que este panorama social estaba vigente desde tiempo atrás en la población andina, el Estado optó por ignorar su existencia, negándole a las rondas, reconocimiento legal. Esta negativa era fundamentada en el Derecho positivo y en el concepto moderno de unidad en pos de la soberanía. Por conservar esta unidad y aparente igualdad, el Estado excluía a los que eran en realidad, mayoría. Grupos étnicos y de diversa índole social, no eran reconocidos en el ordenamiento legal estatal, por lo cual, el derecho de las rondas intentaba suplir este vacío con sus propias normas y valores culturales, cubriendo de esta manera, sus necesidades esenciales de justicia.

Si bien es cierto, en la década de los 80 del pasado siglo XX, hubo un reconocimiento del funcionamiento de las rondas, éste se limitó a destacar el planteamiento de la "defensa", "vigilancia" y "cuidado de bienes como el ganado, cosechas etc."; sin embargo, la norma guardó silencio en relación con las atribuciones de las rondas en materia de juzgamiento, las cuales, precisamente, habían otorgado sentido y legitimidad a su extendida presencia.

Es más, mediante el Decreto Supremo 012-88-IN, Reglamento de funcionamiento de las rondas campesinas, y Decreto Supremo 002-93-DE/CCFFAA, se llegó a establecer que las rondas *debían adecuar su organización a los comités de autodefensa*. Se desconocía así la identidad cultural de las rondas y las comunidades campesinas, vulnerando el principio de autonomía

de su organización, y asimilando toda la organización de las rondas a los mandos militares.

Con estos antecedentes, en el texto Constitucional de 1993, se consagra, en el numeral 149°, el pluralismo jurídico en el Perú, otorgando facultades a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas para que ejerzan la función de administrar justicia dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el Derecho Consuetudinario, *con el apoyo de las rondas campesinas*. Dicha norma constitucional se sustenta en el derecho a la identidad cultural y étnica, afirmado en la diversidad, la tolerancia y el pluralismo como valores sobre los cuales debe vertebrarse el ordenamiento social y político, como se tiene analizado a lo largo del presente trabajo.

Lo cierto es que, en lo formal, la referida norma constitucional es parte de una línea de progresiva incorporación de los derechos de estas comunidades al ordenamiento positivo, lo que contribuye ostensiblemente al proceso de pacificación del país, pues el proceso político dentro del cual se desarrolla el conflicto armado pone al descubierto la inconsistencia de las instituciones políticas, así como la ineficacia de los mecanismos públicos para conciliar los intereses en disputa. Se reconoce así que la exclusión estatal de importantes sectores del país, ejercida desde los inicios de la República, forma el contexto social del cual se nutre la violencia. Asimismo, que el resultado final de la lucha antisubversiva, es decir, el retroceso de Sendero Luminoso en el campo, es producto de una mejor articulación social y política entre el Estado y la población civil: campesinos inicialmente marginados y posteriormente incorporados como componente esencial de la estrategia antiterrorista.

1.2. PLURALISMO JURÍDICO EN LAS COMUNIDADES NATIVAS

Del territorio nacional, es la selva amazónica la región más extensa, ya que ocupa el 60% de su totalidad. Esta zona está dividida en dos grandes partes: la Selva Alta, o Ceja de Selva, y la Selva Baja. La primera se ubica a lo largo de la ceja este de la Sierra con una altitud variable entre los 1500 y 500 metros, mientras que la segunda incluye los llanos de la selva tropical ubicados a menos de 500 metros de altitud. La zona que más ha crecido en población es la ceja de selva, y este hecho se debe a la política de colonización estatal que se dio a partir del primer gobierno de Fernando Belaúnde Terry.

De la población total de la selva, que se estima aproximadamente en más de 2 millones de habitantes, los nativos conforman alrededor del 10%. Existen alrededor de 65 grupos étnicos diferentes que conforman 1297 comunidades nativas²⁵⁹. Los grupos más grandes son los campas (más de 37,000 habitantes), los aguarunas (más de 25,000) y los cocamas-cocamillas (más de 25,000). La mayoría de los grupos étnicos de la selva son más pequeños. Según el Instituto Lingüístico de Verano la población nativa se divide en 63 grupos étnicos, los cuales pertenecen a 12 familias idiomáticas diferentes. De estos grupos, 40 mantienen contacto permanente con el mundo occidental, y de éstos 15 se consideran "aculturados", ya que estos grupos han asumido en gran parte elementos de la cultura nacional dominante.

A pesar de ello, no es imposible reconstruir la cultura tradicional de estos grupos ya que conservan ciertas costumbres, formas de vida, cosmovisión y ritos, que son elementos básicos en cualquier investigación e intento de reconstrucción. No ocurre lo mismo con otros 15 grupos

considerados como "integrados". La identidad de estos conjuntos de nativos es distinta a la que poseían antaño, la misma que fueron perdiendo por la opresión del ambiente y la adecuación de los nativos a condiciones de vida diferentes. En conclusión, podríamos señalar que se trata de grupos culturalmente desintegrados, cuya identidad no se puede recuperar en la actualidad.

1.2.1. Derecho estatal, identidad cultural y Derecho consuetudinario en las comunidades nativas

Hans-Jürgen Brandt sostiene que es común encontrar como base estructural de los Estados plurinacionales, la negación o nivelación de las particularidades culturales de los grupos étnicos a través de la ideología de la "unidad nacional"²⁶⁰. El Perú no escapa a esta observación, ya que sus diversos gobiernos han tendido siempre a la asimilación de los pueblos indígenas, manteniendo un único sistema estatal y social.

Una muestra de esta política de homogeneización la encontramos en los artículos de la Constitución de 1979. En ellos, si bien se establece la protección de las tradiciones de las comunidades indígenas y nativas, se sugiere, equivocadamente, que es necesario conseguir la "superación cultural" de los miembros de estas agrupaciones. Esta concepción implica que el Estado y los legisladores, consideraban que las diferencias culturales de estos grupos eran contrarias al desarrollo, y que los comuneros o nativos se encontraban en estado semi salvaje o poco civilizado (otros referentes son los artículos 44 y 45 del Código Penal de 1924). Para solucionar esta "deficiencia" es que en el Perú se ha buscado uniformizar las estructuras sociales,

²⁵⁹ COSTA SANTOLALLA, Gino y otros. "Diagnóstico para un programa en defensa de las Comunidades Nativas de la Amazonía Peruana", en *La Fortaleza de la Persuasión*, revista de la Defensoría del Pueblo. Lima-Perú, octubre 1996. pp. 91-109

²⁶⁰ BRANDT, Hans-Jürgen. Op.Cit., p.40.

eliminando las particularidades étnicas, e ignorando, en consecuencia, la fragmentación social del país. Para hacer efectiva esta determinación, el legislador ha tenido que utilizar, como columna estructural del ordenamiento jurídico, la experiencia foránea, dejando de lado el Derecho Consuetudinario, y creando un contexto jurídico ajeno a la realidad.

Las comunidades nativas fueron reconocidas, por primera vez, como unidades socio-económicas con derecho a una organización y territorio propios, mediante el Decreto Ley 20653, promulgado en 1974. Este decreto, conocido como la "Ley sobre Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las regiones de Selva y Ceja de Selva", aunque fue un importante primer paso en la materia, fue derogado en 1978 por el Decreto Ley 22175, "Ley de Comunidades Nativas y de desarrollo agrario de las regiones de Selva y Ceja de Selva".

En esta ley se encontraban mayores restricciones en cuanto a la titulación de tierras de las comunidades nativas, pero, en compensación, les otorgaba ciertas potestades, convirtiéndose en el antecedente más representativo del pluralismo jurídico en el país: se les reconocía el derecho a resolver sus conflictos y controversias de naturaleza civil - siempre que fueran de mínima cuantía-, así como a sancionar, en forma definitiva, las faltas que se cometieran.

Sin embargo, la Constitución del año 1979, al tratarse de una norma preconstitucional que se opone a su texto, la deroga, y resta de este modo a las comunidades nativas, la facultad de administrar justicia. Así el art. 233-1 de la mencionada Carta, consagra el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional de la justicia estatal, exceptuando sólo la arbitral y la militar. Esta concepción de una justicia unitaria resulta valedera para países monoculturales, más no para Estados pluriculturales,

en los que existe un Derecho Consuetudinario y sistemas de justicia informal.

En esta especie de vaivén jurídico, las más afectadas resultaban las agrupaciones que habían sido, y seguían siendo ignoradas. El Estado, mediante su aparato legal, no era capaz de afrontar una realidad imprevista, y mucho menos, de cambiarla: "la realidad es más fuerte que la ley", señala Brandt, y añade:

*"El dualismo entre ley escrita y no escrita sólo se puede resolver si el Derecho Estatal respeta la identidad cultural de los grupos étnicos, es decir, si el derecho estatal pierde su carácter etnocida. El derecho es un fenómeno cultural. Cada imposición de un derecho foráneo significa una aculturación y una creación de conflictos sociales"*²⁶¹.

Esta concepción, sobre todo en la última parte, concuerda con el análisis que efectúa Gorki González²⁶² en *Pluriculturalidad y conflicto armado*, y que también, en su versión oficial, es compartida por la Comisión Especial del Senado²⁶³ sobre las causas de la violencia y alternativas de pacificación en el Perú.

Con estos antecedentes, luego de un largo camino y un extenso período de tiempo, la Constitución de 1993 consagra el Pluralismo Jurídico en su numeral 149°, reconociendo el derecho de administrar justicia a las comunidades campesinas y nativas, con sujeción al Derecho Consuetudinario, y estableciendo como límite la no violación de los derechos humanos.

1.2.2. Justicia nativa

²⁶¹ BRANDT, Hans-Jürgen. Op. Cit., p.43.

²⁶² GONZÁLES MANTILLA, Gorki. *Pluralidad cultural, conflicto armado y Derecho en el Perú (1980-1993)*.

²⁶³ Ver cita 251

Estudios antropológicos serios, como el llevado a cabo por el nombrado antropólogo alemán Hans-Jürgen Brandt, demuestran que en las sociedades incipientes, sin escritura, el Derecho se desarrolla en tres etapas, según el grado de evolución de los diferentes grupos humanos: grupos o pueblos indígenas tradicionales y acéfalos; grupos en proceso de transformación hacia comunidades nativas organizadas; y, comunidades aculturadas.

1º Grupos o pueblos indígenas tradicionales, segmentarios y acéfalos: Si bien el nombre sugiere un conjunto de pobladores sin líder, sin cabeza, sin Estado -en otras palabras, carentes de estructuras de poder- esta categoría grupal que propone Brandt, no está libre de mecanismos de resolución de conflictos. Para lograr cierto equilibrio, los integrantes de este tipo de comunidad se apoyan en el Derecho Consuetudinario y en la mitología, ejerciendo venganza y represalias.

Al no poseer una organización política central, los individuos de estas comunidades se someten a criterios de igualdad y consenso. Las familias se relacionan manteniendo cierto equilibrio, sin obedecer a órgano o individuo alguno, son precisamente, acéfalas. Sin embargo, ello no quita que estos pueblos nativos tradicionales se guíen por normas o criterios morales acordes con sus costumbres.

Algunas de estas pautas son, por ejemplo, ayudar a los parientes y brindarles hospitalidad, "tratar bien" al cónyuge o pareja, a sus hijos y parientes; así como trabajar para alimentar a la familia. Éstas son consideradas conductas correctas, ajustadas a las reglas de la comunidad. No lo son si infringen prohibiciones expresas tales como herir o matar a miembros del mismo grupo étnico, intentar hacerles daño

mediante brujería, cometer adulterio, o mantener relaciones sexuales prematrimoniales o incestuosas.

Pero, “a diferencia de la civilización occidental, la moral tradicional de los pueblos nativos no tiene validez universal, sino que se aplica únicamente a los parientes. Está permitido pelear con personas que no son parientes, se les puede asaltar, pegar o incluso matar”²⁶⁴.

Si las normas, en estos grupos segmentarios, alcanzan sólo a parientes, las normas están hechas sólo para resguardar el interés individual y no el colectivo, como sí ocurre con el Derecho estatal. Las sanciones están dadas en base a la relación victimario-víctima, y están estructuradas en nociones de venganza y represalia. Por ello, por lo general, son las propias víctimas, o sus familiares, las encargadas de establecer las penas y luego, de ejecutarlas.

Con esta explicación se entiende, que en estas comunidades, no existe el Derecho Penal Público. Se encuentra sólo un Derecho Privado poseedor de algunos elementos del Derecho Penal. En cuanto a la ejecución y administración de justicia, no cuentan con ningún tipo de autoridad, jefe, o sistema institucionalizado, encargado de resolver los conflictos o que asuma funciones de gobierno.

Esto vale en general para las etnias que no tienen contacto alguno, o que mantienen contactos esporádicos con la sociedad mayoritaria y con el mercado regional. Este era el caso de la mayoría de comunidades nativas hasta los años setenta. Sin embargo, existen excepciones en estos sistemas, pese a la carencia de una organización política. Es el caso de *los campas* y *los shuars*, grupos en los que destacan personalidades dominantes como líderes, quienes actuaban como jefes de dichos grupos.

²⁶⁴ BROWN, Michael. “Una Paz Incierta”, en *Antropología N° 5*, CAAAP Edit. Lima-Perù, 1948, pp.27-105.

2° Grupos en proceso de transformación hacia comunidades nativas organizadas: En ellos se va concretando, en forma paulatina, estructuras de poder institucionalizadas y formalizadas. Los pobladores muestran interés en una regulación de conflictos institucionalizada.

Estas comunidades están formadas esencialmente, por grupos de familias con vínculos definidos: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia o usufructo común y permanente de un mismo territorio. En consecuencia, la composición de las comunidades se guía por las relaciones de parentesco de sus integrantes, y se les puede ubicar en la selva y ceja de selva, sea con asentamiento fijo o trashumante.

Se produce el cambio a través del debilitamiento de las estructuras igualitarias, a favor del desarrollo de un poder institucionalizado expresado en la asamblea de padres de familia y el jefe de la comunidad.

Mediante este proceso las comunidades eligen un jefe oficial y además un Presidente de la Asociación de Padres de Familia. Sin embargo, sólo los jefes oficiales de la comunidad tienen el rol de líder. El cargo nunca es hereditario. Los candidatos a jefe deben cumplir con las siguientes características personales: capacidad de expresarse en forma clara, comprensible y conveniente; edad y experiencia, inteligencia, serenidad y equilibrio. Otro requisito importante es que el probable jefe apoye las actividades económicas que integran a la comunidad a la economía de mercado.

En las comunidades nativas de este tipo el bien común es de interés general. Tomando distancia de la primera clasificación, vista en líneas anteriores, veremos que estas agrupaciones consideran que las conductas contrarias a las

normas afectan la paz social de la comunidad. Al convertirse en una perturbación general, el problema pasa a ser de todos, no sólo de los directamente implicados. En aras de este interés general, los mismos nativos buscan formas y mecanismos de resolución de conflictos, además de nuevas formas de coacción, las cuales terminan por institucionalizarse.

En este nuevo sistema comunal, el poder del jefe (cacique) es relativamente débil. Sin embargo, es el jefe de la comunidad, conjuntamente con los padres de familia, el encargado de establecer y aplicar la sanción en caso de infracción de las normas comunales. Se elimina el concepto de represalia personal por parte de la víctima. En lugar de la venganza individual/familiar, las sanciones son establecidas bajo el punto de vista del mantenimiento de la paz social. Todavía existen castigos corporales, pero paulatinamente las sanciones adquieren un carácter más represivo y abstracto (penas privativas de la libertad y multas). Un claro ejemplo de estas nuevas formas de represión se da en el caso de un homicidio, el cual ya no desencadena la venganza sangrienta, pero sí la escisión de la comunidad. En este caso, la tensión existente en la comunidad por el hecho de sangre, sólo puede normalizarse si el homicida y su familia abandonan la comunidad.

A diferencia de los pueblos tradicionales en los cuales no hay un poder coactivo, en esta etapa de las comunidades, los jefes, con el consentimiento de los padres de familia, pueden disponer que se ejecuten las medidas y sanciones.

Como todo lo relativo al Derecho Consuetudinario, las normas preceptivas y prohibitivas generalmente no están fijadas por escrito. En el transcurso de la formalización de las comunidades, ocasionalmente se han formulado reglamentos

internos, los que constituyen el primer intento hacia la codificación de las reglas vigentes para la vida en común.

3° Comunidades aculturadas: Estas comunidades tienen como característica principal el haber asumido elementos socio-culturales del grupo social dominante. De mayor apertura que otras, estas agrupaciones establecen relaciones de índole social, administrativa, y sobre todo, económica, con estos grupos externos. La influencia llega también a su conglomerado de normas, las cuales no se basan ya en creencias o mitología. Por ejemplo, en el caso de transgresiones tan abruptas como el homicidio, los nativos buscan la solución en las autoridades del gobierno central, ya no en sus usos y costumbres.

Es pertinente señalar, sin embargo, que para ser consideradas como tales, las comunidades nativas no deben haber perdido su identidad de grupo étnico, ni haber sido "integradas" al resto de la sociedad.

Para recibir esta denominación, las llamadas comunidades aculturadas, han sufrido un cambio importante del Derecho Consuetudinario, basado en sus tradiciones, al derecho formal, escrito. Ocurre la formalización en la solución de conflictos: trámites, denuncias, notificaciones, audiencias, evaluación de pruebas, y en determinados casos, fallos por parte del jefe de la comunidad. El jefe tiene la potestad de hacer cumplir las resoluciones, inclusive por medio de la fuerza (coerción), con la ayuda de "policías nativos".

Entre las penas más usadas pueden encontrarse: encarcelamiento en el calabozo de la comunidad, si lo hay, multas, trabajos comunales y en casos graves expulsión de la comunidad (en este último caso decide la Asamblea). Como se advierte, en estos grupos, los conceptos de justicia han

cambiado desde la venganza individual/familiar hasta el mantenimiento de la paz social.

Queda claro que, de conformidad con el art. 149° del texto Constitucional, sólo en los tipos de comunidad que tienen autoridades constituidas, vale decir, en comunidades "tradicionales en proceso de transformación", así como en las "aculturadas", se podrá permitir la existencia de la justicia paralela a cargo de las autoridades nativas. No se admite ésta en las tradicionales por ser acéfalas. Obviamente, el ejercicio de esta potestad debe ser dentro de los límites que implica el respeto de los derechos humanos.

Vale remarcar que, según la investigación de campo realizada por el antropólogo Brandt, "la administración de justicia por parte de las autoridades nativas es altamente aceptada por todos los comuneros". Según la racionalidad de los nativos, "no son las instituciones estatales sino sólo las instancias de las comunidades quienes tienen la autoridad moral para resolver los conflictos entre ellos, pues habiendo sido elegidas democráticamente tienen una legitimidad social e institucional reconocida... Las autoridades hablan el mismo idioma y conocen a las partes y sus problemas, actúan dentro de la cosmovisión de los comuneros y de acuerdo a las costumbres y las normas acordadas".

Por lo general, la visión que poseen los miembros de las comunidades acerca de las instancias de justicia oficiales, es de un entramado extraño a su mundo y a su historia. El Poder Judicial y el Estado, son para ellos un aparato que les inspira temor, ya que en él no se aceptan sus valores y costumbres, y que finalmente, no posee la legitimidad social para resolver sus conflictos. Por ello, cuando se les impone una sanción al interior de su comunidad, y esta resolución no es acatada, surge como una sombra amenazante la figura del aparato estatal.

Sólo en conflictos muy graves, que escapan a las posibilidades de solución por parte de los órganos de gobierno de la comunidad, por ejemplo en los homicidios, se observa la tendencia de acudir a las autoridades estatales.

1.3. CARACTERÍSTICAS DE LA JUSTICIA POPULAR

Del análisis de la justicia comunal de los dos grandes grupos étnicos que habitan el territorio peruano: nativos y campesinos, y a salvo de las diferencias existentes entre los mismos, se pueden diseñar algunas características básicas de la administración de justicia popular, que son discrepantes del sistema estatal:

a) Las normas consuetudinarias son coincidentes con la propia cultura y cosmovisión, son entendibles y generalmente conocidas y aceptadas por todos los comuneros;

b) Los órganos de administración de justicia son elegidos y controlados democráticamente por la base social, por tanto tienen gran prestigio y legitimidad;

c) La justicia popular se caracteriza además por la unidad entre los órganos de decisión y de coacción;

d) El acceso a estas instancias es fácil y generalmente no tiene costos;

e) Los procedimientos y resoluciones son controlados por las asambleas;

f) En general los procedimientos no son formales, pero las declaraciones y resoluciones son escritas en un acta firmada por las partes, así como también llevan firma y sello de las autoridades;

g) A diferencia de los procedimientos oficiales, en la justicia popular hay un único procedimiento para resolver cualquier tipo de conflicto;

h) Los procedimientos se rigen por los principios de oralidad (en el mismo idioma de los comuneros) y una gran celeridad procesal;

i) La solución de los conflictos pasa del interés privado al interés colectivo;

j) Los objetivos de los arreglos, decisiones y sanciones son:

- La reparación de los daños;
- El equilibrio social, el mantenimiento del orden y la paz comunal;
- La educación, la resocialización de los malhechores y su reinserción social;
- La intimidación a delincuentes ajenos a la comunidad.

Estas características del sistema de administración de justicia comunal hacen que éste sea mucho más efectivo que el sistema estatal y por lo tanto sea el más difundido. En las zonas rurales andinas hay otra razón para la existencia de una justicia paralela: la ausencia de protección eficaz por parte del Estado contra la delincuencia.

2. EL PLURALISMO JURÍDICO EN COLOMBIA

Actualmente se calcula que existen en Colombia unos 714,259 indígenas, que representan el 1.8% de la población total. Esta población indígena pertenece a 81 grupos étnicos diferentes, que hablan 64 lenguas y más de 300 dialectos.

Según la legislación vigente una comunidad indígena es un *"grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos*

legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes"²⁶⁵.

Como se advierte, la norma incide en la conciencia de identidad del grupo, en tanto que la Corte Constitucional ha sostenido que el grado de autonomía de los pueblos indígenas debe ser determinado por el grado de conservación de sus costumbres ancestrales, "regla difícil de aplicar si consideramos que estamos ante culturas dinámicas, que sólo en contadas excepciones han permanecido herméticas ante la sociedad mayor"²⁶⁶.

El criterio de clasificación que por lo general se utiliza en este país, tiene que ver con la ubicación geográfica de las etnias indígenas. Así, se les divide en dos grandes grupos: el andino o de "tierras altas", y aquél que asimila a los grupos asentados en la sabana y en la selva, llamado de "tierras bajas". Mientras el primer grupo ha tenido bastante cercanía con la sociedad hegemónica desde la colonia, el segundo se ha mantenido al margen de la misma hasta el siglo XIX, e incluso hasta el siglo XX, en algunos casos.

Este alejamiento de la sociedad por parte de los grupos indígenas de las "tierras bajas", implica, ciertamente, algunas precisiones. Al tratarse de comunidades pequeñas, fragmentadas políticamente, sus integrantes no han intentado, ni establecido alguna forma de comunicación intercultural; por tanto, el diálogo con el Estado ha sido prácticamente nulo. Por el contrario, las comunidades andinas colombianas -de "tierras altas"- sí han desarrollado formas de gobierno tales como el Cabildo. Más organizados, los miembros de estas

²⁶⁵ Artículo 2 del Decreto 2164/1995.

²⁶⁶ SÁNCHEZ MÓJICA, Beatriz E. "El Estado multicultural y la entidad territorial indígena", en *Estudios sobre descentralización territorial: El caso particular de Colombia* (Seminario Internacional sobre Organización Territorial Comparada), Jerez de la Frontera 9-10 de junio de 2005. GARCÍA RUIZ, J. Luis y GIRÓN REGUERA, Emilia (Coordinadores). Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, pp.237-295

comunidades han acudido al gobierno para reclamar sus derechos a la propiedad de la tierra en la que viven.

Con anterioridad a la Constitución colombiana de 1991 existieron espacios para la protección de las poblaciones indígenas físicamente amenazadas, en las que se establecieron formas de tenencia, posesión o propiedad de la tierra, mas no para la protección de la diversidad étnica y cultural. A estos espacios se les denominaron reservas, pero principalmente "resguardos"²⁶⁷.

El resguardo se transformó en poco tiempo en el símbolo de las reivindicaciones indígenas, pues la asignación de un espacio físico les permitía a su vez un espacio de autonomía donde, aún bajo la tutela de la Iglesia y de las autoridades civiles, podían desarrollar formas de autogobierno coherentes con su cosmovisión²⁶⁸.

Ahora bien, es de destacar que la Ley 89 de 1890, que sirvió de sustento para el resguardo durante todo el período republicano, estableció un régimen provisional de 50 años, antes de su disolución, buscando que la Iglesia Católica empleara esos espacios para la integración de los indígenas a la sociedad nacional, como cualquier ciudadano colombiano; lo que armonizaba con los principios del Estado Liberal.

En Colombia, a lo largo de la primera mitad del Siglo XX, se continuó con la intención de disolver los resguardos, aunque con nueva filosofía, ello a partir de la promulgación de la Ley 81 de 1958, bajo el influjo del Convenio 107 de la OIT. Dicha intención liquidadora se sustentaba en la necesidad de mejorar las formas de producción. Acto seguido, se procedió a asignar parcelas de las mismas tierras

²⁶⁷ El resguardo es una institución introducida por la Corona española en el siglo XVI, como método de protección a los indígenas contra la devastación.

²⁶⁸ SÁNCHEZ MÓJICA, Beatriz E. "El Estado multicultural y la entidad territorial indígena", en *Estudios sobre descentralización territorial: El caso particular de Colombia* (Seminario Internacional sobre Organización Territorial Comparada), Jerez de la Frontera 9-10 de junio de 2005. GARCÍA RUIZ, J. Luis y GIRÓN REGUERA, Emilia (Coordinadores). Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, pp.237-295

comunales, a los indígenas de las tierras bajas, parcelas en las que no existían resguardos y donde las comunidades habitaban en tierras de propiedad del Estado.

Esta estrategia no dio resultado en las áreas andinas o tierras altas, pues las comunidades indígenas no estaban de acuerdo con la división de las tierras comunales, sino que más bien iniciaron una lucha organizada para lograr que se les reconociera la propiedad colectiva sobre las áreas que ocupaban.

La lucha de los indígenas por los derechos territoriales dio un excelente resultado, pues a fines de la década del 70 se abandonó el proyecto estatal de integración forzada de los indígenas al campesinado, pero fue más allá aún, pues a partir de 1978, y hasta 1991, se establecieron en la región amazónica 200 resguardos. Razones de índole político, como la necesidad del Estado colombiano de fortalecer su soberanía en territorios invadidos por la guerrilla, así como aquéllas relacionadas con la protección del medio ambiente -al impulso de los movimientos ecologistas internacionales-, prevalecieron en la decisión estatal.

El resguardo constituye en la actualidad, según la Constitución de 1991, el instrumento que garantiza el derecho fundamental a la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas, a la vez que constituye el espacio privilegiado para el ejercicio de la autonomía política, jurídica y económica de sus titulares.

Según el artículo 21° del Decreto 2164 de 1995, el resguardo es:

"Una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con título de propiedad colectiva gozan de las garantías de propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización

autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio".

Actualmente existen 650 resguardos, que corresponden a más de la cuarta parte del territorio del país. De éstos, sólo el 67% corresponde a los resguardos creados durante la época colonial, ubicados en la zona andina, y en los cuales habita el 21.8% de la población indígena. Los otros 583 resguardos, con casi treinta millones y medio de hectáreas, han sido creados en el sur del país. Se estima que cerca del 70% del área cubierta por los resguardos nuevos corresponde a zona del bosque húmedo tropical, zona en la que reside el menor número de aborígenes. Ello se explica por la especial función ecológica a la que está sujeta este tipo de propiedad colectiva.

El Estado colombiano, según la jurisprudencia constitucional, está obligado a constituir resguardos a favor de las comunidades indígenas, deber que cumple a través de la entidad encargada de impulsar el desarrollo del sector agrícola del país: el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER).

Según la Corte Constitucional, otra de las principales obligaciones del Estado es garantizar a las comunidades indígenas el pleno disfrute de su derecho a la propiedad colectiva, sin ningún tipo de interferencia ilegítima por parte de terceros. En relación con este derecho existe una serie de problemas tales como la colonización, el narcotráfico, la guerrilla; y para combatirlos, el Estado ha elaborado una política contra el desplazamiento. Esta política tiene como fundamento jurídico la Ley 387 de 1997, la que se sustenta, principalmente, en el derecho de toda persona a no ser desplazada.

El gobierno del resguardo es ejercido por un cabildo elegido democráticamente entre los miembros de la comunidad,

y que es encabezado por un gobernador indígena. El cabildo, según la normatividad vigente, es una entidad pública especial, encargada de representar legalmente al grupo indígena, y de ejercer las funciones atribuidas por las normas nacionales e internas²⁶⁹. Sin embargo, no se puede imponer a los pueblos indígenas tradicionales dicha forma de gobierno, y la Corte Constitucional así lo ha establecido, *determinando que las autoridades estatales, de todos los niveles, no pueden imponer una determinada forma de organización a los pueblos indígenas, pues ello conlleva una violación a su autonomía*²⁷⁰.

2.1.LA ENTIDAD TERRITORIAL INDÍGENA Y LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991

La Constitución de Colombia tiende a la creación de un nuevo modelo estatal al establecer el carácter pluriétnico y multicultural de la nación. El constituyente busca entonces, una democracia inclusiva y participativa; al menos así lo interpreta la Corte Constitucional colombiana.

Del análisis de la Carta colombiana, bajo el criterio de Beatriz Sánchez Mojica²⁷¹, pueden agruparse en tres las disposiciones constitucionales:

a) Medidas para proteger la diversidad cultural: garantizar la igualdad de las culturas (Arts. 13° y 72°); reconocer la cooficialidad de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos (Art. 10°); y promover la etnoeducación (Art. 68°).

b) Medidas para asegurar la participación de las comunidades indígenas, involucrándolas en los procesos de

²⁶⁹ Artículo 2°, Decreto 2164 de 1995.

²⁷⁰ Sentencia T652 de 1998, Corte Constitucional de Colombia.

²⁷¹ SÁNCHEZ MOJICA, Beatriz. "El Estado multicultural y la entidad territorial indígena", en *Estudios sobre descentralización territorial: El caso particular de Colombia* (Seminario Internacional sobre Organización Territorial Comparada), Jerez de la Frontera 9-10 de junio de 2005. GARCÍA RUIZ, J. Luis y GIRÓN REGUERA, Emilia (Coordinadores). Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, pp.237-295

decisión sobre los asuntos que les atañen (Art. 330°); y estableciendo una circunscripción electoral especial para los dos Cámaras que conforman el Parlamento (Arts. 171° y 176°).

c) Disposiciones destinadas a asegurar a los pueblos indígenas un amplio margen de autonomía, en consecuencia se les permite resolver sus conflictos de acuerdo a sus normas tradicionales, gobernarse por sus propias autoridades, y ejercer el derecho colectivo sobre la tierra que han habitado tradicionalmente²⁷².

Si la protección constitucional a las comunidades indígenas y nativas es destacable, la Constitución colombiana no deja de reconocer en sus normas la protección a los derechos fundamentales. Las comunidades, como sujetos de derecho, son titulares de todos ellos en general, y de otros en especial. A saber:

- 1) Derecho a la supervivencia como grupo, equiparable al derecho a la vida;
- 2) Derecho a la igualdad, en sus diferentes dimensiones;
- 3) Derechos políticos de participación y consulta;
- 4) Derecho a la propiedad colectiva de las tierras ancestrales;
- 5) Derecho a la autonomía, el que comprende los ámbitos de: economía, política y justicia

El derecho a la autonomía está consagrado expresamente en el artículo 1° de la Carta, al contemplar que: *"Colombia es una "República unitaria, descentralizada, con autonomía de las entidades territoriales"*, Se reconoce pues a estas entidades, la facultad de tomar y llevar a la práctica ciertas decisiones por cuenta propia sin la intervención del

²⁷² Artículos 246°, 330° y 63° de la Constitución de Colombia.

gobierno nacional²⁷³. Estos entes territoriales, conforme a la Constitución colombiana, poseen cierta autonomía política, administrativa y fiscal. Sin embargo, no debe confundirse la autonomía territorial con la autodeterminación, pues ello atentaría contra el principio de unidad del Estado.

En la práctica, la Constitución ha establecido seis tipos distintos de entidades territoriales, una de las cuales es la Entidad Indígena Territorial (ETI), cuya conformación, según el artículo 329°, se ha dejado a cargo de la Ley Orgánica Territorial.

La ETI cuenta con el más alto grado de autonomía concedido en comparación a todas las demás entidades. Detenta un mayor grado de autonomía política y jurídica, siendo por tanto la única con capacidad para elaborar sus normas y asegurar su cumplimiento a través de sus propios Jueces²⁷⁴.

Son los principios constitucionales que consagran la diversidad, y con ella, la democracia participativa y pluralista, los que inspiran el reconocimiento de esta autonomía.

Pero el camino hacia este objetivo ha tenido que pasar, forzosamente, por la realidad, con la clara intención de aliviar la presión surgida por el enfrentamiento entre la unidad nacional y la autonomía territorial. En consecuencia, las reglas que determinan los límites de dicha autonomía han sido elaboradas a partir de la jurisprudencia constitucional.

Si bien es cierto, la Constitución no establece con precisión las áreas de las cuales debe nacer la nueva entidad territorial; puede deducirse que deberán constituirse tomando en cuenta las zonas que habitan los pueblos indígenas, ya que su creación tiene por finalidad la preservación de la

²⁷³ HERNÁNDEZ BECERRA, A. "Descentralización, autonomía municipal y poder local en Colombia. Balance y perspectiva de un proceso a 2004", en *Descentralización, administración pública y Constitución*. Corporación Editora Nacional, Quito, 2005, p. 278.

²⁷⁴ Sentencias T254 de 1994 y T639 de 1999 de la Corte Constitucional.

existencia de estos pueblos, en cuyos espacios desarrollan sus actividades económicas, sociales, culturales y religiosas.

Las áreas de la ETI no necesariamente coinciden con los resguardos, y así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional²⁷⁵. En esa misma perspectiva, los proyectos de ley sobre la materia han disgregado *resguardo de entidad territorial*, reconociendo al primero como una forma de propiedad de la tierra; en tanto que entienden a la segunda como división política administrativa del Estado.

En cuanto al procedimiento para la conformación de la entidad territorial, todas las propuestas coinciden en que deben ser las propias comunidades indígenas las encargadas de iniciarlo, presentando al Ministerio del Interior y Justicia una propuesta de conformación y delimitación, la que debe contener, a su vez, una propuesta de competencia, funciones, recursos, gobierno, estructura administrativa del territorio; así como un plan de desarrollo y fortalecimiento institucional. La ETI, así creada, se articulará al departamento, segregándose del o los municipios en los que se halla su territorio.

El artículo 330° de la Carta de Colombia establece algunas de las competencias de las Entidades Territoriales Indígenas, determinando las funciones que se asignan a su autoridades, tales como: velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios; el diseño de políticas, planes y programas de desarrollo económico y social; velar por la preservación de los recursos naturales, así como percibir y distribuir los mismos; colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio. Existe, además, una competencia

²⁷⁵ Sentencia T634 de 1999, Corte Constitucional.

contemplada por la jurisprudencia constitucional como parte integral de la ETI: la autonomía jurídica.

2.2. LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA

Colombia se ha convertido en el primer país que ha constitucionalizado el pluralismo jurídico (1991) en la región²⁷⁶, y tiene valiosa jurisprudencia sobre la jurisdicción comunal pronunciada por la Corte Constitucional.

Así, el art. 246° de la Constitución de Colombia consagra:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República.

Los sujetos de reconocimiento, según la Carta Política de Colombia, son *los pueblos indígenas* en general. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido tal jurisdicción a la Entidad Territorial Indígena, en particular.

Como se tiene analizado en líneas anteriores, la ETI se ha convertido en la única entidad territorial con autonomía jurídica. ¿En qué consiste esta competencia? Pues en que las autoridades de esta entidad serán capaces de elaborar normas y resolver conflictos, y lo mismo se aplica para los resguardos. Constituye entonces una excepción al principio de monopolio de la producción y aplicación de la ley por parte del Estado, lo que significa la “coexistencia de diferentes derechos dentro del territorio colombiano, construidos en base a diferentes visiones del mundo y de la justicia”²⁷⁷.

²⁷⁶ Artículo 246° de la Constitución de Colombia.

²⁷⁷ SÁNCHEZ MÓJICA, Beatriz. “El Estado multicultural y la entidad territorial indígena”, en *Estudios sobre descentralización territorial: El caso particular de Colombia* (Seminario Internacional sobre

En lo que se refiere a la jurisprudencia constitucional emanada de la Corte, ésta no ha sido de ninguna manera uniforme, tratándose de materia indígena. Luego de muchos años de experiencia, esta jurisprudencia finalmente ha logrado unificarse en la Sentencia SU-510 del año 1998. En ella se determinan los componentes esenciales de la jurisdicción especial indígena, así como los límites en su ejercicio. Estos son:

a) La posibilidad que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas que elaboran las normas y las aplican. Ambas funciones pueden estar concentradas en la misma autoridad, o ser ejercidas por diferentes personas o cuerpos colegiados. En algunas comunidades es el cabildo el que ejerce estos poderes.

b) La competencia de tales pueblos para establecer normas y procedimientos propios. Está determinada por el fuero indígena, el que se compone de dos elementos concurrentes: el personal, y el territorial. El primero implica que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas de su propia cultura. El segundo es la facultad de juzgar las conductas que tengan lugar dentro de su territorio. En casos excepcionales, se aplica la norma especial al indígena infractor, aunque el hecho haya sido cometido fuera del territorio.

Estos dos primeros componentes se identifican con las dimensiones normativa y jurisdiccional que forman parte de la autonomía jurídica.

En cambio, los dos siguientes ponen de manifiesto los instrumentos de coordinación entre los ordenamientos indígenas y el nacional:

c) La sujeción de la jurisdicción, de las normas y procedimientos indígenas a la Constitución y a la ley. Esta formulación ha generado gran debate sobre la interpretación de sus alcances, pues la Carta colombiana del 91, al igual que la de otros dos países de la región andina, contiene una previsión estrecha en ese sentido.

Si bien es cierto, el texto constitucional colombiano establece como límite del reconocimiento la no vulneración de la Constitución y las leyes; los Jueces constitucionales han interpretado dicho precepto de dos maneras: una *amplia* y otra *restringida*. La primera, referida a la no vulneración de los derechos humanos, tratando de considerar y respetar la diversidad cultural; con lo cual han amparado decisiones de autoridades indígenas, aunque pareciesen no acordes al derecho positivo colombiano (amparando por ejemplo formas de sanción física, por considerarlas menos gravosas que las que se sufrirían en la cárcel). Por su parte, la segunda, amparó al demandante contra su comunidad y ordenó la suspensión del destierro que el cabildo había sancionado. En este caso la Corte Constitucional sustentó su decisión en el hecho de que la comunidad no había respetado las garantías del debido proceso, y que dicha pena no estaba prevista en el ordenamiento jurídico colombiano, en un acto harto etnocéntrico²⁷⁸.

En todo caso, el único límite que impone el Convenio 169 de la OIT, es la no vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el sistema jurídico nacional, ni los derechos humanos reconocidos internacionalmente.

El referido Convenio reconoce pues "el *pluralismo jurídico clásico*", que es el que se practica en los países de la región andina, países en los que al coexistir dos sistemas

jurídicos en el mismo territorio estatal, no debería darse, sino bajo el riesgo de desnaturalizarlo, una relación de dependencia de un sistema jurídico respecto al otro, que no sea el respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y los derechos humanos.

Ahora bien, los derechos fundamentales mínimos, respecto a los cuales existe un consenso intercultural, forman parte de estos valores irrenunciables, y estos son: el derecho a la vida, la libertad de conciencia, las prohibiciones de tortura, tratos inhumanos y degradantes, confiscación y esclavitud.

Frente a estos límites que se presentan como absolutos, la Corte Constitucional ha efectuado una interpretación desde una perspectiva cultural, respecto a las sanciones aplicadas por las autoridades tradicionales indígenas, llegando a considerar como admisibles castigos como el cepo y el fuate, no así el despojo de la parcela de tierra del resguardo asignada a un comunero, de la cual depende su subsistencia y la de su familia.

d) Finalmente, como cuarto elemento tenemos la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y las autoridades judiciales nacionales; la que debe ser ejercida tras un proceso de diálogo intercultural con cada pueblo indígena.

Es por esa razón que la Corte Constitucional ha considerado que no es posible la existencia de una ley del Estado que, en forma genérica, fije o limite las sanciones que las comunidades indígenas pueden imponer a quienes vulneren sus normas, ni el tipo de autoridad competente para solucionar los conflictos que se presenten en su interior. En

²⁷⁸ SÁNCHEZ BOTERO, Esther. *Justicia y pueblos indígenas de Colombia, la tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural*. Universidad Nacional de Colombia y UNIJUS. Bogotá, 1998,

este aspecto también se aplica la regla de la gradualidad, según la cual *a mayor conservación de la cultura tradicional, mayor grado de autonomía.*

En síntesis, del propio contenido de la Constitución y de la interpretación que del mismo ha efectuado la Corte Constitucional, podemos concluir que la norma constitucional colombiana tiene los siguientes alcances respecto a la jurisdicción indígena:

1) Los sujetos de reconocimiento: Son los pueblos indígenas en general, y en particular, las poblaciones de los resguardos territoriales y de las Entidades Territoriales Indígenas, creadas por la Constitución del 91, como entes de carácter político.

2) El objeto de reconocimiento: Lo constituye el órgano indígena que aplica el Derecho, así como el Derecho Indígena en sí mismo. Abarca dos aspectos: tanto el contenido de las normas como los procedimientos para su aplicación.

3) Las autoridades potestadas para resolver conflictos: Son las autoridades de los sujetos de reconocimiento.

4) Las competencias: previstas según los criterios territorial, material y personal, son las siguientes:

a) Territorial: Es el criterio fundamental, rige la jurisdicción indígena y el Derecho Consuetudinario, dentro del espacio territorial del pueblo o comunidad indígena o campesina. En casos excepcionales, según la Corte Constitucional, se aplica la norma especial al indígena infractor, aunque el hecho haya sido cometido fuera del territorio.

b) Material: La Constitución no pone ningún límite por razón de la materia a la jurisdicción indígena, esto es, que resulta competente para conocer todo tipo de casos que se presenten dentro de su territorio;

c) Personal: No hay previsión expresa en la Constitución; sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido que el individuo debe ser juzgado de acuerdo a las normas de su propia cultura.

5) Los límites: En cuanto a la aplicación del Derecho de los pueblos indígenas son restringidos. Según la Norma Fundamental colombiana: no vulnerar la propia Constitución ni las leyes. Sin embargo, dichos límites han sido flexibilizados en algunos casos por la Corte Constitucional, aplicando el criterio amplio de no vulnerar los derechos humanos, respetando así la diversidad cultural.

3. EL PLURALISMO JURÍDICO EN BOLIVIA

Uno de los países con mayor población indígena en el continente es Bolivia. Ésta alcanza, aproximadamente, el 70% de su población total, repartido en 36 agrupaciones o pueblos, cada uno de ellos, con sus propios usos, costumbres e historia. Entonces, podríamos decir que Bolivia es un país multicultural.

Las etnias asentadas a lo largo del territorio boliviano son diversas. Es posible encontrar en el oriente boliviano una gran cantidad de pueblos, con variable número de integrantes. Por ejemplo, los *yuqui* están conformados por 130 personas aproximadamente, los *chiquitanos*, por poco más de 45,000 pobladores, mientras que los *pakahuara* sólo tienen una familia. En cuanto al altiplano, los aymaras y quechuas son la población dominante en la región.

Al igual que en el Perú, la población indígena de Bolivia o Alto Perú, como también se le conoce, se organizó desde la época prehispánica en el *ayllu*, integrado por varios grupos familiares, y en base al cual, se organizaron las comunidades de indígenas, llegando de este modo a la época republicana.

En 1874 se da la *Ley de Exvinculación*, dictada en el gobierno de Tomás Frías, la que reconocía el derecho a los varones adultos indígenas de enajenar las tierras comunales, peor aún dicha ley declaraba extinguidas las comunidades o *ayllus*, prohibiendo su representación por medio de caciques, *kuraqas*, u otras formas de autoridad étnica, creando la figura del apoderado, como representante letrado del mundo indígena (iletrado). De este modo, se logró despojar casi dos terceras partes del territorio poseído por las comunidades originarias andinas.

Sin embargo, la élite letrada de las comunidades y *ayllus* reivindicaron la autonomía de estas organizaciones, en base a los fueros y jurisdicciones reconocidos por la legislación colonial, pero además, hicieron uso de títulos otorgados en la colonia para defender las tierras comunales.

Así, entre 1881 y 1882, el gobierno de entonces decretó una re-visita de dichas tierras, circunstancia en la cual los Caciques apoderados de la Comunidad de Paria, vieron por conveniente presentar sus "títulos de composición y venta", firmados desde el siglo XVI por Visitadores de la Corona de España, con el fin de sanear la propiedad privada de los *ayllus* de la región altiplánica. Frente a esta estrategia legal, el Parlamento boliviano no tuvo más que aprobar la ley del 23 de noviembre de 1883, por la que se excluía de la famosa re-visita a aquellas comunidades originarias dotadas de tales títulos desde la época de la colonia.

Aún existe una tradición jurídica en las comunidades andinas contemporáneas que no sólo se refiere al Derecho Consuetudinario Indígena, sino a la intervención de los *titul q'ipiri* (cargadores de títulos) como se les recuerda a los caciques apoderados de las comunidades de aquél entonces.

El territorio boliviano ha pasado, a lo largo de varios años, por diferentes tipos de explotación; ello debido a la

diversidad de recursos que posee, en especial en la región de oriente. En esta zona pueden encontrarse gran cantidad de recursos forestales, minerales, y suelos aptos para el desarrollo agrícola. Los pueblos y etnias asentados en estos kilómetros de tierra, tuvieron que sufrir una difícil colonización hasta casi 1950, la misma que se dio en base a la explotación de caucho y la crianza de ganado vacuno. Como es natural, estos pueblos acusaron el choque de una nueva cultura, asumiendo algunas nuevas características. Sin embargo, han logrado mantener la esencia de sus tradiciones y su etnia, y hoy por hoy, se les puede encontrar organizados en confederaciones de indígenas buscando la defensa de sus derechos²⁷⁹.

El año 1990 marca un hito fundamental en el movimiento indígena boliviano, pues se produce la "*Marcha por la Dignidad y el Territorio*". En ella, cientos de hombres y mujeres indígenas recorrieron la selva y subieron a la montaña como una forma de hacer conocer a la sociedad boliviana la situación de los pueblos indígenas y demandar su atención. Las demandas de estos pueblos fueron difundidas por los diferentes medios de prensa, recibiendo la solidaridad de varios sectores sociales. La marcha indígena fue el inicio de las negociaciones con el gobierno.

Estas negociaciones llevaron a un debate acerca de un nuevo marco constitucional en el que reconociera la existencia de los pueblos indígenas y de sus derechos. Fue así como el Estado boliviano ratificó el Convenio 169 de la OIT, dándose las bases para la modificación de la Constitución de 1967 y reconociendo el carácter multiétnico y pluricultural de Bolivia.

²⁷⁹ JAVIVI, Sergio, miembro de la Central de Pueblos Indígenas del Oriente Boliviano (CIDOB). "*Las demandas de los pueblos indígenas*", en *Derechos humanos: derechos de los pueblos indígenas, Seminario Internacional en Bolivia*. Comisión Internacional de Juristas (CIJ), 1996. Impreso en Chenôve, Francia, pp.29-40.

Seguirían a esa modificación constitucional, el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas al territorio y a la administración de los recursos naturales. Asimismo, el derecho a la educación en la lengua materna, asumiendo el Estado la obligación de promover la educación bilingüe; así como el derecho a la gestión educativa a nivel local.

Sin embargo, las conquistas más importantes se han dado en el plano político: primero fue la presencia de diputados indígenas en el Parlamento boliviano, luego la elección de un indígena aymara como Vicepresidente de la República, y finalmente la elección del actual Presidente de la República de Bolivia Evo Morales, indígena de la zona del trópico de Cochabamba.

3.1.LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 y EL RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La Reforma constitucional boliviana de 1994 incorpora, por primera vez a la Ley Fundamental, el reconocimiento de los pueblos indígenas y la garantía de sus derechos. Dicha reforma comprende los artículos 1º y 171 de la Carta.

Así el artículo 1.1. consagra:

Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural constituida en República Unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática, representativa y participativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos.

De este modo se llena un gran vacío y no sólo se reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, sino que se atribuye un carácter de identidad diversa.

Producto de sus propias luchas sociales, las comunidades indígenas han avanzado en la identidad de sus pueblos, comunidades campesinas o grupos articulados en torno a una

identidad común, partiendo de ciertos elementos como: territorio, valores propios, lengua, costumbres, tradiciones, modos de organización social, y otros elementos caracterizantes.

El reconocimiento de la pluriculturalidad rompe un paradigma constitucional, común a toda la región andina, anterior a la década del 70, al equiparar la unidad política (Estado) a la unidad cultural (nación).

La norma constitucional, al declarar que Bolivia es pluriétnica y pluricultural, sienta las bases para la transformación de la estructura jurídica del Estado, que reconociendo la heterogeneidad económica, social, étnica y cultural del país, buscará adoptar nuevas formas institucionales que reflejen a la sociedad pluralista y multiétnica de Bolivia.

Por su parte, el artículo 171º, que integra el Título Tercero: Régimen Agrario y Campesino, contiene un triple reconocimiento de derechos:

a) Los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen;

b) La personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas, así como de las asociaciones y sindicatos campesinos; y

c) La solución alternativa de conflictos, por las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas, mediante la aplicación de las normas propias, de conformidad con sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y las leyes.

En el contexto de la pluralidad étnica, la norma constitucional consagra pues el reconocimiento, protección y respeto de los derechos sociales, económicos y culturales,

enfatisando el relativo a las tierras comunitarias, este último ligado a la propia existencia de la comunidad como grupo.

El mandato constitucional va todavía más allá, al incorporar el reconocimiento de la administración de justicia comunal, a través de las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas, mediante la aplicación de normas propias sustentadas en la costumbre, teniendo como límite la Constitución y las leyes.

La reforma constitucional recogió los preceptos del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales en Estados independientes, que se sustenta en dos pilares fundamentales: el respeto y la participación de los pueblos indígenas.

El hecho de reconocer personalidad jurídica a los pueblos indígenas, significa a su vez reconocerlos como sujetos de derechos y obligaciones, en todos los actos definidos por el ordenamiento jurídico del país.

Mención especial merece la reciente Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente el 24 de noviembre del 2007, y que fue aceptada por el pueblo en un referéndum celebrado el 25 de enero del 2009. Esta Carta entró en vigencia el 9 de febrero del mismo año, cuando fue promulgada por el presidente Evo Morales en un gran evento en la ciudad de El Alto.

Esta Carta trae como novedad, en su art. 1º, considerar a Bolivia como un Estado Plurinacional, comunitario y autonómico. Reconoce pues la existencia de varias naciones dentro del territorio boliviano, las que están regidas por el principio de autonomía. Sin embargo, a continuación, en su artículo 2º garantiza la libre determinación de las naciones y pueblos indígenas, aclarando luego que ésta consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno.

Al parecer, se trata de una confusión en la terminología empleada, pues a nivel internacional hay cierto consenso respecto a la diferencia existente entre libre determinación y autonomía. El primer término es sinónimo de independencia de los Estados Coloniales, por lo que sugiere el fundado temor del fraccionamiento del Estado; en tanto que el segundo significa el autogobierno.

Al margen de la precisada cuestión, se advierte en la nueva Constitución, el reconocimiento de una serie de derechos relativos a la pluriculturalidad, tales como: la cooficialidad, junto al idioma castellano, de todos los idiomas de las naciones y pueblos indígenas; derecho a la autoidentificación cultural; la garantía del derecho al territorio. Pero, además del plano cultural se pasa al plano jurídico, reconociendo en el Capítulo III a la Jurisdicción Indígena, la que se ejercerá a través de las autoridades de las naciones y pueblos indígenas, aplicando valores, normas y procedimientos propios, reconociendo como único límite, el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la misma Constitución. Esta última previsión es más acorde con el pluralismo jurídico clásico y supera a la Reforma Constitucional de 1994.

3.2. SERVICIOS LEGALES ALTERNATIVOS

Se ha repetido a lo largo de la historia en todos los países andinos, la ausencia de una correlación entre la realidad de los pueblos y su diversidad cultural, y los ordenamientos legales. Bolivia en este aspecto no ha sido la excepción, y por el contrario, llegó a consolidar un modelo de sociedad y de un Estado homogéneo, con una relación política jurídica a tono.

Sin embargo, fuera de dicha estructura jurídica, existía otra realidad, sustentada en otros valores, con diferente

cosmovisión; con mitos, creencias, costumbres y formas de vida no formalizados en el sistema oficial.

Es obvio señalar que dentro de esta realidad se encuentra la cuestión indígena, como realidad patente, vigente y desafiante de un orden y lógica occidental, que, a la larga, se ve obligada a tomarla en cuenta.

De allí la importancia de los servicios legales alternativos en el ámbito jurídico del país, como una forma de acceder a esa otra realidad que no pudo ignorarse más. Estos servicios implican distintas maneras de abordar lo jurídico desde las comunidades indígenas, en función a elementos propios, a sus componentes étnico culturales, sean la convivencia, la complementariedad o la reciprocidad.

El investigador boliviano Renato Pardo expresa al respecto que “la supervivencia de este Derecho en los pueblos indígenas u originarios, como se denominan en Bolivia, tiene diferentes significados. Por una parte expresa la resistencia a la imposición del derecho oficial como mecanismo de control social; y por otra, el rechazo a la dominación cultural, que constituye además una denuncia a la ineficacia del Derecho oficial para resolver los problemas, conflictos y disturbios que tienen los indígenas”²⁸⁰.

Como hemos visto en acápites anteriores, una de las causas de la presencia de estos sistemas alternativos de justicia, es la ausencia de las instancias de gobierno en los lugares alejados; o en su defecto, la ineficacia de las normas estatales en la solución de conflictos de los pobladores por no obedecer a su realidad. Hablamos entonces de un vacío de poder estatal y de sus mecanismos de control

²⁸⁰ PARDO ANGLES, Renato, Director del Centro de Asesoramiento Legal y Desarrollo Social. “Servicios legales alternativos y la cuestión indígena”, en *Derechos humanos: derechos de los pueblos indígenas, Seminario Internacional en Bolivia*. Comisión Internacional de Juristas (CIJ), 1996. Impreso en Chenôve, Francia, pp. 105-112.

social. Entonces, este derecho alternativo se va construyendo día a día en el quehacer comunitario, saltando por encima de lo conceptual y terminando por coexistir con el sistema oficial. Es lo que se denomina pluralismo jurídico.

Frente a esa realidad se produjo la reforma de la Constitución Política del Estado de Bolivia, el año 1994, y particularmente del artículo 171°.

El entonces nuevo mandato constitucional incorporó el reconocimiento del Derecho Consuetudinario y el derecho de las autoridades de las comunidades indígenas y campesinas a administrar justicia, mediante la aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos en sus ámbitos territoriales, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes. Sin embargo, este restringido límite despertó serias polémicas acerca de su interpretación, pues el texto, así como está redactado, significó una desnaturalización del pluralismo jurídico, en el que coexisten dos o más sistemas jurídicos en un mismo territorio, y no cabe sometimiento de ninguno de ellos al otro, que no sea en cuanto al respeto a los derechos fundamentales.

Sin embargo, la Carta Política de Bolivia de 1994, incluyó los preceptos del Convenio 169 de la OIT de 1989 acerca de los pueblos indígenas y tribales. Estos preceptos tenían dos premisas no negociables: el respeto y la participación de los pueblos indígenas. En cuanto a la recientemente promulgada Constitución del 2009, este respeto a los convenios internacionales se ratifica en el Título II, así como el reconocimiento de los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos.

En ese mismo sentido el Código Procesal Penal de ese país establece el respeto a los métodos a los que estos pueblos recurren tradicionalmente para la represión de los

delitos cometidos por los miembros de su comunidad, y dispone que el órgano jurisdiccional, al pronunciarse en uno de estos casos, tome en cuenta las costumbres de las comunidades indígenas sobre esa materia, pudiendo dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

En otro supuesto, cuando el conflicto es resuelto por las comunidades indígenas, respetando la aplicación del mandato constitucional, la acción pública se declarará extinguida o se suspenderá el proceso.

Un tercer supuesto se da cuando la intervención del Estado es inevitable. En este caso, la etapa preparatoria y el juicio se realizarán conforme a las reglas del procedimiento común, estableciéndose varios mecanismos diferenciadores, por ejemplo: la integración de un Tribunal Mixto, conformado por un Juez con formación jurídica y dos Jurados provenientes de la comunidad afectada; así como la constancia del Derecho Consuetudinario aplicado en la sentencia, con un juicio valorativo sobre su sentido y alcances.

EN CONCLUSIÓN, el pluralismo jurídico ha sido consagrado en Bolivia, conforme a la reforma constitucional de 1994, y refrendado en varios aspectos por la vigente Constitución del 2009. Aquí algunos alcances:

1) Los sujetos de reconocimiento: son las comunidades indígenas y campesinas en primera instancia, aunque en la vigente Carta Política se ha incluido también a los pueblos afro-bolivianos, de quienes se dice que "gozarán de los mismo derechos de los pueblos indígenas" (art.32°).

2) El objeto de reconocimiento: Son tanto el órgano indígena que aplica el Derecho, como el Derecho Indígena en sí mismo.

3) Las autoridades potestadas para resolver conflictos:

Son las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas.

4) Las competencias: Son las previstas según los criterios territorial, material y personal:

a) Territorial: No hay mención especial al respecto; sin embargo cabe interpretar que la competencia de las mismas se da dentro de los territorios reconocidos tradicionalmente;

b) Material: La Constitución otorga a las autoridades indígenas la función de administración y aplicación de normas propias de conformidad a sus costumbres y procedimientos, por lo que tienen competencia para intervenir en todos los casos de indígenas, dentro de su territorio. Inclusive si su Derecho o costumbre lo señala, pueden intervenir aún fuera de su territorio y aún en casos de no indígenas.

c) Personal: Si bien no ha sido contemplada expresamente en la Constitución, la competencia por razón de la persona dependerá de lo que establezcan la costumbre y sus procedimientos.

5) Los límites: los que emplea la Constitución boliviana en la aplicación del Derecho Consuetudinario son estrechos: debe estar en armonía con la Constitución y las leyes. En Bolivia se ha discutido que dicha formulación no debería significar un límite a la justicia indígena, en tanto que el reconocimiento constitucional estaba por encima de los Códigos Penales y otras normas, ya que de lo contrario se perdería el sentido del mismo reconocimiento.

4. EL PLURALISMO JURÍDICO EN EL ECUADOR

Es sabido que en varios países de América Latina, existe un gran número de comunidades indígenas. Estas agrupaciones, entre los últimos años de la década de los 80, y los primeros años de la década siguiente; se hicieron sentir con fuerza a

través de una serie de movilizaciones que buscaban el cumplimiento de sus demandas y reivindicaciones. Ecuador no permaneció ajeno a este movimiento, puesto que en su territorio se encuentran diseminados alrededor de 12 pueblos indígenas, de los cuales, el quechua es el más numeroso.

En cuanto a las reivindicaciones exigidas, los conflictos sucedidos en la mayor parte de países latinoamericanos, han tenido que ver con la solicitud de propiedad de los territorios que ocupan los indígenas desde muchos años atrás. En Ecuador, específicamente en las últimas décadas, las demandas han asumido ese cariz colectivo, buscando la consolidación de la autonomía. Precisamente, este concepto se identifica con el reconocimiento estatal y con el reforzamiento de una personalidad colectiva particular basada en los caracteres de su cultura.

Por estos motivos, las demandas de organizaciones indígenas ecuatorianas no han cesado, y en el camino, originaron la Reforma Constitucional de 1998. Tres años más tarde, en el 2001, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), presentó varias de demandas que tenían, como la más importante de todas, la convalidación de los títulos de tierras que las comunidades poseían desde cientos de años atrás.

Como sabemos, el concepto de Estado Nación en América Latina surgió a raíz de estructuras teóricas foráneas, y por tanto, dejó de lado el carácter étnico cultural que le era tan propio. Ecuador no se alejó de este modelo, y si poco a poco fue incluyendo este aspecto -como en el resto de países latinoamericanos-, fue, en parte, por la presión ejercida por los movimientos indígenas.

Nina Pacari Vega, jurista y política ecuatoriana de ascendencia indígena, señala que "lo étnico cultural ha comenzado a repercutir en los procesos políticos desde un

accionar directo, reflejado en las movilizaciones masivas de los pueblos indígenas, en el ejercicio del poder local asumido por los Alcaldes indígenas o en las reformas constitucionales que han terminado reconociendo el carácter pluriétnico y pluricultural de los estados que confrotan dicha realidad. Estos hechos, en su conjunto significan una ruptura con las políticas homogeneizadoras con las que surgieron los estados nacionales”²⁸¹.

Sin embargo, a pesar de que se asume, teóricamente, la existencia de una múltiple culturalidad, el paso de la norma y las ideas a la realidad, no se logra efectivizar. En el Ecuador, como en los demás países implicados, es necesario un eficaz cambio en las políticas estatales, como en la manera en que se asume la presencia de estas comunidades. Debe entenderse que estos grupos funcionan, orgánicamente, de una forma particular, acorde con sus principios, valores y tradiciones; y que finalmente, poseen una identidad cultural diferente que debe respetarse.

Bajo esta perspectiva, es fundamental la internalización de estas inferencias, así como la admisión de la igualdad de condiciones, sin menoscabo de las diferencias, y con ella, de la pluriculturalidad.

Una de las concepciones indígenas que refleja, con solvencia, la diferencia, tiene que ver con el derecho a la propiedad intelectual. Mientras que en la cultura occidental, la propiedad intelectual se prefigura desde la perspectiva *individual*, en las agrupaciones indígenas la propiedad intelectual es de naturaleza *colectiva*. De ajustarse a la realidad, el ordenamiento jurídico, en este caso ecuatoriano, debiera incorporar esta concepción indígena.

²⁸¹ PACARI VEGA, Nina. “Derechos colectivos y de indígenas en la nueva Constitución Política”, en *Estudios sobre la Constitución Ecuatoriana de 1998*. Roberto Viciano Editores. Valencia, 2005, pp.143-172.

El inciso 3° del artículo 1° de la Constitución Política reconoce que: *el quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas.* Por su parte el artículo 24° inciso 12° establece que: *Toda persona tendrá derecho a ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra.* En la interpretación de este articulado, nos damos cuenta que el legislador busca la reafirmación de la identidad, así como el respeto de la misma en un ámbito distinto al suyo. Toda persona podrá exigir ser atendida en su propio idioma, sin importar si recurre a un ente público o privado.

Nina Pacari señala en este punto que “la reafirmación identitaria, a través del uso del lenguaje ancestral, así como la ampliación del ámbito de aplicaciones, permiten construir ciudadanía, mediante el ejercicio del derecho”²⁸². En esa perspectiva el reconocimiento constitucional es un presupuesto para el ejercicio de esos derechos, para el fomento de la interculturalidad, y para la implementación de nuevas formas de relación entre el Estado y los pueblos indígenas, que se plasmen en las políticas del Estado, que determinen la construcción de una sociedad más democrática”.

En el análisis del sistema organizativo de las agrupaciones indígenas, descubrimos que éstas se conducen de acuerdo a un sistema comunitario de viejos antecedentes. Tanto en las comunidades del Ecuador, como en las de otros países latinoamericanos, los indígenas actúan respetando el espíritu colectivo. Así, el trabajo es comunitario, y se simboliza en la “minga”, institución que tiene como objetivo el beneficio común. También se asume en este mismo cauce, el establecimiento de la autoridad comunal y la actividad

²⁸² PACARI Vega, Nina. “Derechos colectivos y de indígenas en la nueva Constitución Política”, en *Estudios sobre la Constitución Ecuatoriana de 1998*. Roberto Viciano Editores. Valencia, 2005, pp.143-172.

económica. Esta última tiene como figura fundamental el "trueque", figura reforzada en el Ecuador a través de la reforma constitucional del 98, la cual establece el *reconocimiento de las transacciones comerciales por trueque y similares*²⁸³.

Si abordamos el asunto de la distribución del poder, encontramos que las comunidades eligen pública y colectivamente a sus autoridades. Conferido este mandato, el elegido mantendrá siempre abierto un canal de comunicación con los demás miembros de la comunidad, en una suerte de consulta permanente y colectiva, necesaria para cualquier toma de decisión. Siguiendo esta lógica, si la autoridad elegida no cumpliera con esta exigencia, pudiera ser sancionada. De esta manera, se cumple uno de los principios básicos del Estado moderno: la participación ciudadana legítima a la autoridad.

Este sistema en el ejercicio del poder está garantizado por el artículo 84°, numeral 7°, de la Carta ecuatoriana:

"El Estado garantizará el derecho a conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de autoridad".

Es de destacar que, en la medida en que el sistema político se ha sostenido en un sistema jurídico excluyente de la diversidad identitaria, a los pueblos indígenas no se les ha permitido ejercer derechos políticos, hasta hace algunos años atrás. Sólo a partir del referéndum de 1978, con la adopción de la nueva Constitución, se ha permitido el sufragio facultativo a los analfabetos, que en su mayoría eran miembros de los pueblos indígenas.

Durante las décadas de los 80 y 90, el movimiento indígena consideró que había llegado el momento de sentar las bases de un proyecto político nacional para la construcción

²⁸³ Artículo 253° de la Reforma Constitucional de 1998.

de un modelo de Estado plurinacional, y particularmente, de una nueva forma de ejercicio del poder. Fue así como presentó una propuesta de reforma política de recomposición del Congreso, con el objetivo de que éste llegara a ser pluriétnico y plurinacional. Asimismo, para que el sistema de elección de los candidatos indígenas fuera el que ancestralmente habían mantenido y practicado dichos pueblos, vale decir, una representación directa de los pueblos indígenas al Parlamento Nacional.

La referida propuesta no tuvo acogida, y la Asamblea Nacional Constituyente de noviembre 1997-junio 1998, optó por la participación de los independientes, para que de ese modo pudieran participar los ciudadanos indígenas²⁸⁴. En líneas generales, a partir de la Reforma Constitucional de 1998, se advierte el manifiesto crecimiento de la participación indígena en cargos de elección popular.

En resumen, la inserción de los pueblos indígenas en la actividad política, además de redefinir el concepto de participación en la sociedad ecuatoriana, modifica la relación entre Estado y pueblos indígenas; pero, ante todo, está en marcha la efectivización de los derechos colectivos, una de cuyas expresiones está contemplada en el artículo 24°, numeral 1°, de la Carta:

Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.

4.1. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA EN EL ECUADOR

La década de 1990 ha sido testigo de reformas constitucionales importantes en los países andinos, dentro de los cuales se halla el Ecuador (1998). Hasta antes de estas

²⁸⁴ Artículo 55° de la Reforma Constitucional de 1998.

reformas, la teoría jurídica dominante en la región se sustentaba en la teoría kelseniana sobre identidad entre Estado-Derecho o Monismo Jurídico, vale decir, que a un Estado le corresponde un sistema jurídico. Este marco suponía el monopolio estatal de la producción jurídica, por el cual sólo el Estado tenía potestad para intervenir en la regulación de la vida social, y dado el caso, para el uso de la fuerza legítima en la persecución y represión de los hechos considerados como delitos.

El hecho que las comunidades indígenas no hayan sido históricamente consideradas de manera adecuada por el sistema de administración de justicia, se ha debido, a su vez, a la omisión en considerar la diversidad étnica y cultural existente en el Ecuador. Frente a esta realidad se imponía, pues, la necesaria aceptación de ciertas formas de solución de conflictos, compatibles con la propia cultura de dichas comunidades.

Es así como el art. 191º, inc. 4º, de la Constitución Política del Ecuador, en su tenor reformado el año 1998 reconoce la justicia comunal, al establecer que:

"Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o Derecho Consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes". Se trata nada más que de un reconocimiento, pues la justicia comunal es preconstitucional y de vieja y ancestral raigambre.

Las formas de administración de justicia indígena son: orales, públicas, comunitarias y sumarísimas; acordes a su propia cosmovisión. El procedimiento es público, en asambleas comunitarias, espacio en el cual se presentan las pruebas de cargo y de descargo.

Las autoridades de los pueblos indígenas cotidianamente resuelven una serie de conflictos internos. Cuando un conflicto no se resuelve por ser de carácter interétnico o intercomunitario, o extra-territorial; las autoridades comunales acuden a una organización de segundo grado, generalmente provincial, para que intervenga, aplicando normas, procedimientos y sanciones inherentes al Derecho Indígena. Se trata pues de una especie de Juez de Segunda Instancia. Es el Cabildo o Directiva Provincial la autoridad facultada para administrar justicia, aplicando las normas y procedimientos adoptados por los mismos pueblos y obedeciendo a sus requerimientos.

En el caso que no se resolviera el conflicto, el sistema judicial estatal sería el competente para conocerlo, supuesto en el cual, de conformidad con el Convenio 169, el Juez está obligado a tomar en consideración las normas, usos y costumbres de los involucrados.

De la disposición constitucional fluye un aspecto que resulta trascendente, y es el límite para no contrariar la Constitución ni las leyes. Entendemos que el límite establecido no debe coartar la aplicación de la administración de justicia de los pueblos indígenas.

Ecuador, junto con los países de Colombia y Bolivia, emplean la fórmula restringida: no vulnerar la Constitución ni las leyes, la que en principio no concuerda con el Convenio 169, que tiene una formulación amplia que la sigue la Constitución peruana: la no vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el sistema jurídico nacional, ni los derechos humanos reconocidos internacionalmente. La fórmula de la Constitución ecuatoriana interpretada restrictivamente, dejaría sin contenido a la misma institución del pluralismo jurídico.

Si tomamos en cuenta los cinco elementos que contiene la previsión constitucional ecuatoriana, podríamos concluir lo siguiente:

1) Los sujetos de reconocimiento: Son los pueblos indígenas, según la propia organización social indígena que ha sido reconocida en la Constitución.

2) El objeto de reconocimiento: Son tanto el órgano indígena que aplica el Derecho, como el Derecho Indígena en sí mismo. En el primer caso se trata de las autoridades, que según el sistema indígena, tienen potestad para resolver conflictos o regular la vida social.

3) Las autoridades potestadas para resolver conflictos: Son las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas.

4) Las competencias: Según los criterios territorial, material y personal, son las siguientes:

a) Territorial: No hay mención especial a la competencia territorial; sin embargo, cabe interpretar que la competencia de las mismas se da, por lo menos, dentro de los territorios reconocidos o tradicionalmente asumidos por dichos pueblos o comunidades.

b) Material: La Constitución establece que las autoridades tienen funciones de justicia para la solución de sus asuntos internos de conformidad con sus costumbres o Derecho Consuetudinario, el que puede definir cuáles son dichos asuntos internos.

c) Personal: No ha sido expresamente contemplada por la Constitución ecuatoriana; sin embargo, la competencia por razón de la persona dependerá de lo que defina su propio Derecho como asunto interno.

5) Los límites que la Constitución ecuatoriana emplea para la aplicación del Derecho Consuetudinario son también restringidos: no vulnerar la Constitución ni las leyes.

EN RESUMEN: Tomando como base los cinco elementos que están presentes en las Constituciones de los países andinos, o la interpretación efectuada por la Corte Constitucional, en el caso de Colombia, podríamos establecer los puntos de contacto y de separación que sobre el pluralismo jurídico existen en los países de la región andina, como se aprecia en el siguiente cuadro comparativo:

CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO EN LOS PAÍSES ANDINOS				
Elementos de comparación	Constitución Colombia (1991)	Constitución de Perú (1993)	Constitución Bolivia (2007/ promulgada 2009)	Constitución Ecuador (1998)
Sujeto de reconocimiento	Los pueblos indígenas	Comunidades campesinas, nativas, y rondas campesinas	Los pueblos indígenas originarios campesinos	Los pueblos indígenas
Objeto de reconocimiento	El Derecho Indígena y el órgano indígena que lo aplica	Sist. Jurídico de las Comun. campesinas y nativas, y sus autoridades	El Derecho Indígena y el órgano indígena que lo aplica	El Derecho Indígena y el órgano indígena que lo aplica
Autoridades con potestades	Autoridades de los pueblos y comunidades indígenas	Autoridades de las comunidades campesinas y nativas	Autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas	Autoridades de los pueblos y comunidades indígenas
Competencias a) Territorial b) Material c) Personal	a) Espacio territorial del pueblo/comunid. b) No hay límite c) Personas que están en ámbito territorial de la comunidad	a) Espacio territorial del pueblo/comunid. b) No hay límite c) Personas que están en ámbito territorial de la comunidad	a) En Territorio reconocido por la tradición b) No hay límite c) Según lo establezcan la costumbre y sus procedimientos	a) En territorio reconocido por la tradición b) Según Derecho Consuetudinario c) Lo que defina su Derecho como asunto interno
Límites	Restringidos: No vulnerar la Constitución ni las leyes	Amplios: No afectación de los derechos fundamentales	Amplios: No vulnerar los derechos fundamentales.	Restringidos: No vulnerar la Constitución ni las leyes

Cuadro N°3. Fuente: Elaboración personal, basada en Irigoyen Fajardo, Raquel (2000)²⁸⁵

Se advierte pues que, en principio, los 4 textos constitucionales de los países andinos reconocen el pluralismo clásico, existiendo una gran similitud en cada uno de los elementos de comparación. Cabe destacar las siguientes diferencias:

a) Los sujetos de reconocimiento en el Perú son las comunidades campesinas y nativas; en Bolivia lo son las comunidades campesinas e indígenas; en tanto que las Cartas de Colombia y Ecuador emplean el nombre genérico de pueblos indígenas. En el Perú además lo son las rondas campesinas, a las que sólo se les reconoce una intervención de apoyo a las autoridades comunales en la función jurisdiccional.

b) Los límites que imponen todas las constituciones para la aplicación del Derecho Consuetudinario, son restringidos (la no-violación de la Constitución y la ley), lo que podría desnaturalizar la esencia de la institución. Excepción es la Carta del Perú que propone un límite amplio como la no-violación de los derechos fundamentales, resultando ser la más garantista del Derecho Comunal, y acorde con el Convenio 169 de la OIT que ha servido de fuente de inspiración de las Constituciones de los países andinos.

5. NECESIDAD DEL DESARROLLO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE CONSAGRAN EL PLURALISMO JURÍDICO EN LOS PAÍSES ANDINOS

La última década del Siglo XX ha estado marcada por las reformas constitucionales que reconocen el Derecho Consuetudinario indígena; sin embargo, hasta el momento

²⁸⁵ IRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Reconocimiento constitucional del Derecho Indígena y la jurisdicción especial en los países andinos", en revista *Pena y Estado N° 4*. Editorial El Puerto. Buenos Aires, 2000, pp.20-40.

ninguno de los países andinos ha promulgado la ley de desarrollo constitucional de dicha jurisdicción, con excepción de Bolivia, país andino en el que, en forma muy reciente, con fecha 29 de diciembre de 2010 se ha promulgado la Ley N° 073/2010 de Deslinde Jurisdiccional que tiene por objeto regular los ámbitos de vigencia, dispuestos en la Constitución del Estado boliviano, de la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente. En dicha ley se establecen los mecanismos de coordinación entre tales jurisdicciones, y sus límites de actuación.

Los principios que rigen la mencionada ley son: respeto a la unidad e integridad del Estado plurinacional, relación espiritual entre las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, diversidad cultural, interpretación intercultural, pluralismo jurídico con igualdad jerárquica, complementariedad, independencia, equidad e igualdad de género, igualdad de oportunidades, respeto a los derechos fundamentales.

Los ámbitos de vigencia de la jurisdicción indígena son: la personal, la material y la territorial. En cuanto al ámbito material se exceptúan en materia penal: los delitos internacionales, los crímenes a lesa humanidad, delitos contra la seguridad del Estado, terrorismo, tributario y aduanero, delitos sexuales, asesinato y homicidio. En materia civil: cuando sea parte el Estado. Se exceptúan asimismo, materias de Derecho Laboral, Seguridad Social, Derecho Tributario, Administrativo, Minero, Forestal, Informático, Internacional Público y Privado.

Los asuntos de conocimiento de la jurisdicción indígenas no podrán ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Son mecanismos de coordinación entre las diferentes jurisdicciones: los espacios de diálogo sobre la aplicación

de los derechos humanos, sobre intercambio de experiencias sobre los métodos de resolución de conflictos.

Finalmente en la mencionada ley se establecen mecanismos de cooperación, como el siguiente: las autoridades de la justicia ordinaria proporcionarán los antecedentes del caso a las autoridades de la jurisdicción indígenas cuando lo soliciten y viceversa.

Así pues, debe tenerse en cuenta por los países andinos que todavía no tengan una ley de desarrollo constitucional que ésta debe atender a dos demandas fundamentales:

a) El establecimiento de mecanismos de *coordinación* o *compatibilización* entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial estatal; y

b) El establecimiento de procedimientos para solucionar las incompatibilidades que puedan surgir entre el Derecho Consuetudinario y los derechos humanos, como lo precisa el Convenio 169 de la OIT.

La dación de normas de desarrollo constitucional es parte del proceso de construcción de una nueva juridicidad pluralista e inclusiva. De allí que debería contar con la participación de toda la población, y en particular, de su destinataria, la población indígena.

Ahora bien, por el principio de jerarquía normativa y el de progresividad de los derechos humanos, la ley de desarrollo constitucional no podría desnaturalizar, reducir o tergiversar el contenido de la norma constitucional.

Respecto a la primera demanda, en los textos constitucionales de Perú y Colombia se plantea la necesidad de una ley de *coordinación* entre la jurisdicción indígena y el sistema judicial ordinario, en tanto se asume que la jurisdicción indígena no está subordinada a la ordinaria. En cambio, en el de Ecuador se hace referencia a una ley de *compatibilización*.

En la misma perspectiva de coordinación deben considerarse algunos de estos elementos:

- Descriminalización de la cultura y el Derecho Indígena: Debe darse una abstención de la intervención punitiva estatal cuando los hechos se fundan en la cultura y prácticas jurídicas indígenas.

- Reconocimiento y fortalecimiento de autoridades, actos y decisiones jurídicas indígenas. Ello, a través del reconocimiento legal de las decisiones tomadas por las autoridades e instancias correspondientes dentro del Derecho Indígena

En conflictos de competencia, la ley debería establecer los procedimientos para casos que han sido presentados simultánea o sucesivamente en varias instancias. Debe quedar claro que la competencia para resolver casos entre indígenas y en territorio de los pueblos indígenas, corresponde a la jurisdicción especial. Lo propio, cuando un mismo caso haya sido presentado sucesiva o simultáneamente a la jurisdicción indígena y esté dentro de los criterios de competencia de la primera, toca a ella conocer y resolver el caso.

- Establecimiento de mecanismos de coordinación, cooperación y colaboración entre autoridades indígenas y estatales, bajo el criterio del mutuo respeto, y sin buscar la subordinación de las autoridades indígenas.

En lo relativo a la segunda demanda, la ley debe establecer los procedimientos para solucionar conflictos entre Derecho Consuetudinario y los Derechos Humanos, atendiendo a lo señalado por el Convenio 169. Resulta claro que el procedimiento a seguir debe garantizar la comprensión intercultural de los hechos e interpretación intercultural de las normas aplicables, a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural de las mismas.

El respeto de la diversidad cultural supone que no puede ser una sola orientación cultural la que defina cuándo se produce, o no, una vulneración de derechos humanos y qué solución darle²⁸⁶.

Una manera de operativizar la interpretación intercultural de los hechos y el Derecho, podría ser mediante la instalación de jurados escabinados, o tribunales mixtos, conformados por jueces estatales y miembros de la comunidad o pueblo indígena, a fin que se permita entender los hechos dentro de su contexto cultural y resolver de acuerdo a la equidad.

En esa perspectiva resulta trascendente la iniciativa del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de Perú, que ha organizado recientemente en la región andina, dos congresos internacionales. El Primer Congreso Internacional sobre *Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas*, realizado en la selva central de Perú, en la ciudad de La Merced, entre el 28 de septiembre y el 1 de octubre del 2010, el que contó con la dinámica participación de Jueces de toda la República y autoridades nativas. El Segundo Congreso Internacional sobre *Justicia Intercultural en Comunidades Andinas y Rondas Campesinas*, llevado a cabo en la ciudad de Cajamarca, del 8 al 10 de diciembre de 2010, con la participación de Jueces, autoridades comunales y autoridades ronderiles. En ambos eventos participaron juristas, antropólogos y sociólogos de diferentes puntos del orbe.

Fruto de dichos Congresos es el Proyecto de Ley de Desarrollo del art. 149° de la Constitución "*Ley de Coordinación entre la Jurisdicción Especial y la Jurisdicción Ordinaria*".

²⁸⁶ IRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Reconocimiento constitucional del Derecho Indígena y la jurisdicción especial en los países andinos", en revista *Pena y Estado N° 4*. Editorial El Puerto. Buenos Aires, 2000, pp.20-40.

Dicho proyecto de ley empieza por reconocer el derecho de las autoridades de las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas a ejercer funciones jurisdiccionales en base a los valores y tradiciones culturales, de conformidad a los usos y costumbres y al derecho consuetudinario, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con la Constitución y el respeto a los derechos fundamentales.

La propuesta de reconocimiento de facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas ha causado gran polémica nacional, pues la Constitución peruana no las reconoce expresamente y sólo les otorga a las rondas una facultad auxiliar de la justicia comunal.

En el mencionado proyecto se contemplan los principios generales de la jurisdicción especial, tales como: la autonomía, respeto a la Constitución y derechos fundamentales, interculturalidad y protección del derecho a la jurisdicción especial. En dicha jurisdicción son de observancia los principios a la tutela jurisdiccional y debido proceso consagrados en el art. 139.3 de la Constitución.

Dicho proyecto establece los criterios de la competencia de la jurisdicción especial: territorial, personal y material. Respecto a esta última reconoce la competencia sobre todas las materias a excepción de las referidas a delitos contra el Estado y la Defensa Nacional, delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional, delitos contra la humanidad, delito de terrorismo, derecho a la vida y a la libertad sexual.

La coordinación entre la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria, según este proyecto, se inspira en los principios de diálogo y consenso, buena fe, cooperación y complementariedad.

Se propone asimismo, que la jurisdicción especial podrá solicitar la colaboración de las autoridades judiciales, policiales y administrativas para obtener el cumplimiento y ejecución de sus decisiones.

Según el proyecto, la jurisdicción ordinaria no podrá conocer los casos que están encausados en la jurisdicción especial, salvo aquellos en que se vulneren derechos fundamentales.

Además del mencionado proyecto de ley de desarrollo del art. 149 de la Constitución peruana, es de destacar el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 de la Sala Penal de la Corte Suprema de la República del Perú que, en interpretación del art. 149° de la Constitución, reconoce facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas.

Dicho acuerdo plenario establece como doctrina legal, los siguientes criterios, entre otros:

a) Atendiendo a que las rondas campesinas son la expresión de una autoridad comunal y de los valores culturales de las poblaciones donde actúan, será del caso entender -en vía de integración (de la Constitución)- que pueden ejercer funciones jurisdiccionales, cuyo reconocimiento efectivo estará condicionado al cumplimiento de un conjunto de elementos que el Juez debe identificar con absoluta rigurosidad, caso por caso, en los asuntos de su competencia, con ayuda pericial.

b) Deben identificarse los elementos que comporta la jurisdicción especial comunal-ronderil: elemento humano (existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural), elemento orgánico (existencia de autoridades tradicionales que ejerzan función de control social), normativo (existencia de un sistema jurídico propio, consuetudinario), geográfico (las conductas juzgadas han de ocurrir en el territorio de la ronda campesina). A ellos se

une el factor de congruencia, la no vulneración de los derechos fundamentales.

c) Cuando no sea posible declarar la exención de la pena por diversidad cultural, ésta última sin embargo puede tener entidad para atenuarla en diversos planos según la situación concreta en que se produzca.

La tarea normativa aún no ha terminado en la región andina. Falta una mayor participación de la sociedad civil en general, y de los pueblos indígenas en particular, a fin de que intervengan en el proceso de elaboración normativa. La construcción de una juridicidad plural en el marco de un nuevo Estado pluricultural, exige el diálogo intercultural y el respeto de la diferencia. Este es, especialmente, un gran reto en la construcción de un Estado Pluricultural.

CONCLUSIONES

PRIMERA CONCLUSIÓN

La identidad cultural es un derecho humano de tercera generación, cuyo reconocimiento se gesta en los países en vías de desarrollo, en la transmodernidad, como expresión de las contradicciones que caracterizan a la globalización, entre lo universal y lo local.

1.1. El Derecho a la identidad cultural tiene como precedente la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, aprobada por Naciones Unidas en 1986, que consagra el derecho al desarrollo, a la libre determinación e identidad de los pueblos. A partir de ese momento se redefine el término *cultura* pasando de un concepto restringido limitado a las manifestaciones externas de un pueblo -como por ejemplo las artes- a uno muy amplio, orientado a todo lo que signifique creación del ser humano grupalmente considerado.

La mutación de la acepción *cultura* ha propiciado a su vez, el cambio de los derechos culturales considerados en la modernidad como derechos humanos de segunda generación a un derecho humano de tercera generación como es el derecho a la identidad cultural.

La Carta Africana es a su vez la pionera de los derechos humanos de tercera generación, derechos que se gestan gracias a los países tercermundistas, en la transmodernidad.

1.2. Son varios los factores que caracterizan el derecho a la identidad cultural, entre los cuales destaca el factor

político. En él encontramos, por un lado, el dilema que ha existido por dilatado lapso de tiempo, a nivel internacional y particularmente en la Organización de Naciones Unidas (ONU), respecto al reconocimiento de este derecho sólo a nivel individual y no colectivo -solución que parecería sencilla, por cuanto la identidad cultural se gesta siempre dialógicamente y nunca monológicamente- y por otro, conexo con el anterior, el de denominar "minorías étnicas" y no "pueblos" a los grupos indígenas que descienden de poblaciones originarias que habitan dentro del territorio de los Estados independientes y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas - con excepción de algunos instrumentos, como por ejemplo el Convenio 169 de la OIT- al existir el temor que estos grupos humanos pretendan dividir el territorio del Estado (secesión).

En ese sentido, la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas, adoptada por las Naciones Unidas (ONU) el 13 de septiembre del 2007 al reconocer el derecho humano a la identidad cultural como un derecho colectivo, en nuestra opinión, a su vez, zanja la cuestión de considerar a estos grupos humanos como auténticos pueblos y no sólo como minorías étnicas, sin que ello signifique atentar contra la integridad del Estado al que pertenezcan.

1.3. En el reconocimiento del derecho a la identidad cultural han jugado papel muy importante los movimientos de Filosofía Política, como el Comunitarismo, encabezado por Charles Taylor, que en los años ochenta del último Siglo, planteó con seriedad la política del multiculturalismo, a través del reconocimiento de la diferencia, que parte de un nuevo concepto de igualdad.

En ese sentido es de destacar que el reconocimiento del derecho a la identidad como grupo humano tiene que

conciliarse con la identidad humana universal que es nuestra identidad primaria y que nos registra como seres humanos.

1.4. El derecho humano a la identidad cultural ha sido reconocido, en principio, por buen número de Constituciones de países multiculturales; pero a su vez, por múltiples instrumentos internacionales adoptados en el seno de las Naciones Unidas (ONU) y en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el Convenio 169, ocupando destacado lugar la Declaración del Derecho a la Diversidad Cultural, adoptada en el seno de la ONU en el año 2002, con el ánimo de humanizar la globalización, declaración que promueve el aspecto dinámico de la identidad cultural, mediante el fomento de la interculturalidad.

SEGUNDA CONCLUSIÓN

En contraste con la Modernidad, en la cual el rasgo principal del Estado era la soberanía absoluta, caracterizada por la centralidad y exclusividad en la producción del Derecho; en la Transmodernidad, el Estado pierde centralidad y ejerce una soberanía compartida con otros entes de poder en los ámbitos externo e interno, y en un triple nivel: estructural, formal y pragmático.

2.1. Vivimos actualmente en la etapa histórica de la Transmodernidad, según lo afirman entendidos de la materia, como Fernando Coelho profesor de la Universidad Paranaense (Brasil), la cual se caracteriza por la interacción de la posmodernidad con otros dos elementos: información y globalización.

2.2. La globalización acusa marcados efectos en dos categorías políticas, estrechamente vinculadas como son: El Estado y el Derecho. En el primero de ellos, con características saltantes como la disminución de la soberanía

y la centralidad, tanto a nivel interno como externo (internacional) y el acentuado efecto de dicho fenómeno en las políticas económicas de los Estados.

Este fenómeno a su vez impacta en el Derecho, el que ahora se presenta diferente al de la Modernidad. Así el Derecho ya no es expresión exclusiva del centralismo estatal, sino que existen otros centros de poder, tanto a nivel externo (Organismos Internacionales sobre Derechos Humanos, por ejemplo), como a nivel interno (justicia local). Ambas son formas del pluralismo jurídico, siendo el Clásico el que se reconoce en los países pluriculturales, como en los andinos, en los que en el mismo territorio estatal coexisten otros sistemas normativos (Derecho Consuetudinario), que se aplican por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas.

2.3. El impacto de la globalización en el mundo jurídico ha significado también el surgimiento de la corriente conocida como *Globalismo Jurídico*, término acuñado por Danilo Zolo (2002) profesor de la Universidad de Florencia, y cuyo principal impulsor es el reconocido jurista contemporáneo Hans Kelsen y su discípulo Jurgen Habermas, quienes postulan la globalización del Derecho. Expresión del auge de dicha corriente jurídica, la encontramos en los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos de alcance mundial, como la Organización de Naciones Unidas, y Regional, como los Sistemas Europeo, Americano y Africano de Derechos Humanos.

La coexistencia de estas dos corrientes: pluralismo jurídico (sistemas jurídicos locales) y globalismo jurídico (ordenamiento jurídico universal) se explica porque la globalización, como uno de los factores de la transmodernidad, según sus analistas, es un fenómeno de

contrastes, en el que se combinan procesos de homogenización con la diversidad local.

2.4. Sin embargo no existe consenso a nivel mundial sobre los derechos humanos, más aún en otras latitudes en las que los Estados no se han incorporado a la ONU, como por ejemplo los países asiáticos, cuyas valoraciones culturales son distintas a las de Occidente, por ello hace falta un diálogo intercultural sobre derechos humanos. En ese sentido resulta valiosa la propuesta del profesor de la Universidad de Coimbra (Portugal) Boaventura De Sousa Santos, sobre la utilización del método de la Hermenéutica Diatópica, a través de la incompletitud de las culturas.

TERCERA CONCLUSIÓN

El pluralismo característico del Estado Constitucional y propio de la Transmodernidad, tiene una triple expresión: la igualdad, la ciudadanía y la justicia complejas, genéticamente ligadas al derecho humano a la identidad cultural

3.1. En el Estado Constitucional que conjuga con la etapa histórica de la Transmodernidad, se reconocen tres importantes expresiones del pluralismo: La Igualdad, la Ciudadanía y la Justicia Complejas.

De la imbricación dinámica de estas tres categorías nace el derecho de las comunidades locales a una justicia propia, según sus propias valoraciones culturales.

La igualdad compleja y la política de la diferencia sustentan el derecho humano a la identidad cultural, y éste a su vez sirve de soporte a la ciudadanía compleja, uno de cuyos principales derechos es el de autogobierno con sus expresiones de carácter político y jurisdiccional (pluralismo jurídico).

Así la igualdad compleja reconoce que el concepto tradicional de *"igualdad formal"* (simple) de la modernidad, queda corto en este período histórico, siendo necesario reconocer el derecho a la diferencia en realidades multiculturales. De allí nace el concepto de *igualdad compleja*.

Teniendo como sustento la igualdad compleja, se establece la existencia de una ciudadanía compleja, para aquéllos grupos humanos que tienen una cultura diferente, reconociéndoles derechos específicos o diferenciados. Estos derechos son entre otros, los de autogobierno en su doble faceta: política y jurisdiccional con su expresiones: el pluralismo jurídico y la justicia compleja.

3.2. El multiculturalismo es la coexistencia dentro de un mismo territorio estatal de culturas diferentes, realidad que al ser reconocida legal o constitucionalmente nos coloca frente al pluralismo cultural.

Sin embargo, no todo queda allí, pues si está plenamente reconocida la pluralidad cultural, este reconocimiento no debe permanecer sólo en el plano social, sino que debe plasmarse en el plano jurídico (pluralismo jurídico), pues el Derecho debe ser un trasunto de la realidad.

CUARTA CONCLUSIÓN

La igualdad, la ciudadanía y la justicia complejas y el inseparable derecho humano a la identidad cultural, no se reducen a un mero planteamiento teórico, sino que tienen su expresión, en esta etapa histórica, en diferentes puntos del orbe, como por ejemplo en las comunidades autónomas de España, los Cantones suizos, y singularmente en los países andinos de Latinoamérica, cuya aplicación en estos últimos es uno de los temas centrales del presente trabajo.

4.1. Así en los países andinos se ha reconocido en principio el derecho a la identidad cultural, que no es sino la expresión del pluralismo cultural en las Cartas Políticas de:

Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994, reiterado en la reciente del 2007) y Ecuador (1998). Del mismo modo se ha reconocido a dichas comunidades el derecho a una jurisdicción especial, con normas propias no escritas (consuetudinarias), aplicadas por las autoridades comunales; sin embargo los límites en su aplicación son en las Constituciones de Colombia y Ecuador muy restringidos, *no vulnerar la Constitución ni las leyes*. En el mismo sentido, lo era la Constitución de Bolivia (1994)

Como se podrá advertir, el límite de *no vulneración de las leyes*, es tan estrecho que resulta desnaturalizando al pluralismo jurídico, pues subordina la justicia comunal a la oficial y vacía de contenido a la misma institución. Caso diferente es el de la Constitución peruana que reconoce como límite en la aplicación de la justicia comunal y nativa la *no afectación de los derechos fundamentales*, asimismo el de la recientemente promulgada Constitución de Bolivia (2009) que establece el mismo límite para la justicia indígena y campesina, límite amplio acorde con el Convenio 169 de la OIT.

4.2. Sin perjuicio de la anterior observación, se advierte que en la mayoría de los países andinos no existen normas de desarrollo constitucional sobre dicha jurisdicción que establezcan la forma y límites de actuación, y los mecanismos de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial estatal, por lo que resulta necesaria su pronta promulgación. Se exceptúa Bolivia, país en el cual, con fecha 29 de diciembre de 2010 se ha promulgado la Ley de Deslinde Jurisdiccional, en tanto que en Perú existe desde hace poco un proyecto de Ley de desarrollo constitucional del art. 149 de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- ADRIAN AMBÍA, Abel. *El ayllu en el Perú actual*. Ediciones Pukará. Lima-Perú, 1987
- ALBÁN PERALTA, Walter. "Las Comunidades Campesinas y Nativas en el Perú", en *Debate Defensorial*, revista de la Defensoría del Pueblo. Lima-Perú, setiembre 1998
- ALMATOV, Chinguiz, *Cada lengua es un mundo*, en Correo de la UNESCO, Paris, 1982
- ANALES DE LA CÁTEDRA FRANCISCO SUÁREZ: Orden económico internacional y derechos fundamentales. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2001
- ANDER-EGG, Ezequiel. "La Problemática de la Identidad Cultural", en *Las Políticas Culturales en América Latina: Una Reflexión Plural*. Asociación Peruana de Promotores y Animadores Culturales. Lima-Perú, 1989, pp.15-45
- ANTA DIOP, Cheik. *Los tres pilares de la identidad cultural*, en Correo de la UNESCO, Paris, 1982
- ARDITO VEGA, Wilfredo. "Los Derechos Indígenas en el Derecho Internacional", en *Revista Judicial de la Corte Superior de Tacna y Moquegua*, año 1, N° 1. Tacna-Perú, 1998, pp.135-148
- ARLUCEA RUIZ Esteban. "El Sistema de Derecho y su Protección en la Unión Europea", en *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Javier Corcuera Atienza, Coordinador. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Madrid-España, 2002, pp. 237-264
- BALAGUER CALLEJÓN Francisco. "Derecho y Derechos en la Unión Europea", en *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Javier Corcuera Atienza, Coordinador. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Madrid-España, 2002, pp. 39-59
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coordinador). *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen II. 5ta Edición, actualizada a septiembre de 2010. Editorial Tecnos. Madrid, 2010
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. "La Contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho Constitucional Europeo", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*

- (Rece)N° 13, Enero-junio 2010, pp.1-21.
<http://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/07Balaguer.htm>
- BARTOLOMEI María Luisa. "Problemas en la Implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño: globalización y diversidad cultural en América Latina" en *Revista Taller de Derecho*. Ediciones Legales de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 1, año 1. Lima-Perú, Enero 2002
- BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú*. Sexta Edición. Edit. Universitaria, tomo XII, 1968
- BENVENUTO Lima, Jayme Jr. *Los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales*. Diakonía: Acción Ecuménica Sueca. La Paz-Bolivia, 2001
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993, Análisis Comparado*. CIEDLA. Lima-Perú, 1996
- BOBBIO, Norberto. *El Futuro de la Democracia*. Torino-Einaudi, 1984
- BORGHI MARCO. "La Protección de los Derechos Culturales, desde los Límites del Modelo Suizo hasta la Formulación de una Declaración Universal", en *Derechos Culturales*. Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima-Perú, 1996, pp.15-26
- BRANDT, Hans-Jürgen. *En nombre de la paz comunal. Un análisis de la justicia de paz en el Perú*. Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema de de la República-Fundación Friedrich Naumann, Lima-Perú, 1990
- BRANDT, Hans-Jürgen. *Justicia popular: nativos, campesinos*. Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema de la República. Lima-Perú, 1987
- CARENS Joseph. "Justicia Compleja, Diferencia Cultural y Comunidad Política", en *Pluralismo, Justicia e Igualdad*, compilación de David Miller y Michael Walzer. Fondo de Cultura Económica. México, 1997
- CÁMARA VILLAR, Gregorio. "Garantías Internacionales y Europeas de los Derechos Fundamentales", en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coordinador). *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen II. 5ta Edición, actualizada a septiembre de 2010. Editorial Tecnos. Madrid, 2010, apartado 4. Capítulo XIV
- CÁMARA VILLAR, Gregorio. "Los Derechos Fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo-RedCE* N° 4, Julio-Diciembre de 2005, pp.9-42
- CÁMARA VILLAR, Gregorio. "Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico a la luz de las reformas estatutarias y la doctrina del Tribunal Constitucional", en Enrique Álvarez Conde y Cecilia Rosado Villaverde (Dir.) y Francisco Javier Sanjuán Andrés (Coord.): *Estudios sobre la*

- Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, pp. 296-340
- CÁMARA VILLAR, Gregorio. "Veste y Realidad de los Derechos Estatutarios", en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), número 151, Madrid, enero-marzo 2011, pp.57-107
- CARRILLO SALCEDO J.A. "Soberanía de los Estados y Derechos Humanos", en *Derecho Contemporáneo*. Madrid, 1995
- CASSESE, Antonio (1979), "Political Self. Determination-Old Concepts and Next Developments", en Cassese ed.
- CASTELLS, Manuel. *La Era de la Información: Economía, Sociedad y Cultura*, Volumen 2: *El Poder de la Identidad*. Alianza Editorial S.A. Madrid-España, 1998
- CASTLES, Stephen. "Jerarquías de Ciudadanía en el nuevo orden global", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez: Orden económico internacional y derechos fundamentales*. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2001
- CECCHERINI Eleonora. "Mecanismos Institucionales de Garantía de las Identidades Culturales" en *Derecho Constitucional y Cultural: Estudios en Homenaje a Peter Häberle*. Coordinador Francisco Balaguer Callejón. Editorial Tecnos. Madrid-España, pp.349-368
- CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution: Cultura y Lengua Constitucionales*. Editorial Trotta. Madrid-España, 1997
- CLAVERO, Bartolomé. *Ama Llunko, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. www.alertanet.org, claverob@us.es
- COELHO, Luis Fernando. "La Transmodernidad del Derecho", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez: Orden económico internacional y derechos fundamentales*. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2001
- CONNOR, Walker. "Europeos y Nacionalistas" en *Revista de Occidente*, N° 161. Fundación José Ortega y Gasset. Madrid-España, Octubre 1994, pp.81-96
- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, sancionada por S.M. el Rey el 27 de diciembre de 1978. BOE de 29 de diciembre de 1978
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, edición Oficial del texto Constitucional aprobado por el Congreso Constituyente Democrático, ratificado en el referéndum del 31 de octubre de 1993
- CORCUERA ATIENZA Javier. "El Reconocimiento de los Derechos Fundamental en la Unión Europea: el final de un túnel", en *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Corcuera Atienza, Coordinador. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Dyckinson. Madrid, 2002, pp. 61-97

- CORCUERA ATIENZA, Javier. "La Distinción Constitucional entre Nacionalidades y Regiones en el Décimoquinto Aniversario de la Constitución" en *Documentación Administrativa: El Estado Autonómico Hoy*, Nos.232-233, Instituto Nacional de Administración Pública. Octubre 1992-marzo 1993, pp.13-31
- COSTA SANTOLALLA, Gino. "Diagnóstico para un programa de defensa de las Comunidades Nativas de la Amazonía Peruana", en *Debate Defensorial*, revista de la Defensoría del Pueblo. Lima-Perú, 1996
- CHIPOCO Carlos. *En Defensa de la Vida*. Editorial CEP. Lima-Perú, 1992
- DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso. "Globalización, Constitucionalismo: Una lectura en clave cosmopolita", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez: El Derecho de una Democracia Cosmopolita*. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2002
- DE SOTO Hernando. *El Otro Sendero*. Instituto Libertad y Democracia. Lima-Perú, 1996
- DE SOUSA SANTOS Boaventura. "Universalismo, Contextualización Cultural y Cosmopolitismo" en *Identidad Comunitaria y Democracia*. Edit. Trotta. Madrid, 2000
- DE SOUSA SANTOS Boaventura. *La Globalización del Derecho: Los Nuevos Caminos de la Regulación y la Emancipación*. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Santa Fe de Bogota-Colombia, 1998
- DE TRAZEGNIES GRANDA Fernando. *Postmodernidad y Pluralismo Jurídico*. Edit. Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Arequipa-Perú, 1993
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Postmodernidad y Derecho*. ARA Editores, Lima-Perú, 1996
- DE VERGOTTINI Giuseppe. *Derecho Constitucional Comparado*. Espasa-Calpe. Madrid, 1983
- DÍAZ Elías. "La Universalización de la Democracia: los hechos y los derechos", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez: El Derecho de una Democracia Cosmopolita*, N° 36-2002. Editorial de la Universidad de Granada, Granada-España, 2002, pp.45-62
- DÍAZ PÉREZ de MADRID Amelia. *La Protección de las Minorías en Derecho Internacional*. Granada, 2004
- DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*. Universidad de los Andes: Facultad de Derecho, Siglo del Hombre Editores. Edición en español, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1996
- ESCALANTE, Soledad. "Globalización, Identidad y Diversidad Cultural", en *Revista Cuestión de Estado*. Lima-Perú, Diciembre 1998, pp.29-32
- ESPADA RAMOS María Luisa. "Los Derechos Humanos en la Unión Europea: Mercado o Justicia" en *Orden Económico Internacional*

- y derechos Fundamentales. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2001
- FARIÑAS María José. "Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos, en *Cuadernos Bartolomé de las Casas*. Dykinson. Madrid, 2000
- FERNÁNDEZ SCRIMIERY, B. Derechos sociales y globalización: soluciones multilaterales, en *Información comercial española*, N° 785, 2000
- FERNÁNDEZ SEGADO Francisco. *El Sistema Constitucional Español*. Dykinson. Madrid-España, 1992
- FERNÁNDEZ SESSAREGO Carlos. *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*. Editorial de la Universidad de Lima. Lima-Perú
- FERNÁNDEZ SOLA Natividad. "A la Búsqueda de una Satisfactoria Protección Internacional de los Derechos de las Minorías. La Experiencia Europea", en *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*. Coordinador: BALAGUER CALLEJÓN Francisco. Editorial Tecnos. Madrid 2004
- FERRAJOLI Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*. Edit. Trotta. Madrid-España, 1999
- FRANCO Rolando. "Derechos Económicos, Sociales y Culturales" en América Latina, en *Orden Económico Internacional y Derechos Fundamentales*. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2001
- GARCIA BELAÚNDE, Domingo, FERNANDEZ SEGADO Francisco, HERNÁNDEZ VALLE Rubén (coordinadores). *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*. Dykinson. Madrid-España, 1992
- GARCIA BELAÚNDE Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO Francisco (Coordinadores). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Dyckinson. Madrid-España, 1997
- GIDDENS Anthony. *La Tercera Vía y sus Críticos*. Taurus. Madrid, 2001
- GONZALES MANTILLA, Gorki. "Identidad Cultural y Paradigma Constitucional, en *Revista Derecho y Sociedad*, año 7, N° 11. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima-Perú, 1996, pp. 31-41
- GURRERA ROIG, Matilde. "El Pluralismo Lingüístico", en *Revista de Estudios Políticos* N° 48, Nueva Época. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España, Noviembre-Diciembre 1985
- GONZALES MANTILLA, Gorki. "Identidad Cultural y paradigma constitucional", en *Revista El Derecho*. Colegio de Abogados de Arequipa-Perú, año 1995, N° 2, pp. 80-90
- GONZALES MANTILLA, Gorki. *Pluralidad cultural, conflicto armado y Derecho en el Perú (1980-1993)*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 2000
- HÁBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Tecnos, Madrid, 2000

- HÁBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional autónoma de México-Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 2003
- HÄBERLE, Peter. "La Protección Constitucional y Universal de los Bienes Culturales: Un Análisis Comparativo" en *Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar*. Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Palestra Editores S.A.C. Lima-Perú, 2004, pp.187-214
- HEISE María, TUBINO Fidel, y ARDITO Wilfredo. *El Desafío de la Interculturalidad*. Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica. Lima-Perú, 1992
- HELD, David, "Hay que regular la globalización", en *Claves de razón práctica N° 99*, 2000
- HELLER Hermann. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México, 1942
- HERNÁNDEZ ARREGUI, Juan. *¿Qué es el ser nacional?*, Edit. Hachea, Buenos Aires-Argentina, 1972
- HERNÁNDEZ BECERRA, A. "Descentralización, autonomía municipal y poder local en Colombia. Balance y perspectiva de un proceso a 2004", en *Descentralización, administración pública y Constitución*. Corporación Editora Nacional, Quito, 2005
<http://www.juridicas.com>
- HUNTINGTON Samuel. *El Choque de Civilizaciones y la Reconfiguración del Orden Mundial*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Buenos Aires, 1997
- JACOBS N. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Edit. Eidea, Krause y Rosas. 1995
- JÁUREGUI Gurutz. "De la Democracia Nacional a la Democracia Cosmopolita" en *El Derecho de una Democracia Cosmopolita*. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2002
- JAVIVI, Sergio. "Las demandas de los pueblos indígenas, en *Derechos humanos: derechos de los pueblos indígenas, Seminario Internacional en Bolivia*. Comisión Internacional de Juristas (CIJ). Impreso en Chenôve-Francia, 1996
- KANT, Emmanuel, *The Methaphysical Element of Justice: Part I of the Metaphysical of Morals*, Bobbs-Merrill, USA, 1965
- KYMLICKA Will. *Ciudadanía Multicultural: Una Teoría Liberal de los derechos de las minorías*. Edit. Paidós. Barcelona-España, 1996
- KOTZUR, Markus. "Los Derechos Fundamentales en Europa", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo (REDCE) N° 12*, julio-diciembre 2009, pp. 1-25.
<http://www.ugr.es/~redce/REDCE12/articulos/04Kotzur.htm>
- LANDA ARROYO César (Compilador). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Palestra Editores S.A.C. Lima-Perú, 2005
- LIROLA DELGADO Isabel. "Los Derechos Ciudadanos de los Nacionales de terceros países en la Unión Europea. Situación Jurídico-Política tras la proclamación de la Carta de los

- Derechos Fundamentales de la Unión, en *Agenda Internacional*, año X N° 20. Pontificia Universidad Católica del Perú, Estudios Internacionales, mayo 2004. Lima-Perú, pp.93-111
- LOBATÓN PALACIOS, David. *El otro Poder Judicial*. Instituto de Defensa Legal (IDEELE). Lima-Perú, 1999
- LÓPEZ BASAGUREN Alberto. "Comunidad Europea, Integración de Ordenamiento y Pluralidad de Jurisdicciones en la Protección de los Derechos Fundamentales", en *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Javier Corcuera Atienza, Coordinador. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Madrid-España, 2002, pp. 119-156
- LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. Dykinson. Madrid-España, 1997
- MAESTRO BUELGA Gonzalo. "Constitución Económica y Derechos Sociales en la Unión Europea", en *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Javier Corcuera Atienza, Coordinador. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Madrid-España, 2002, pp. 371-417
- MALLQUI LUZQUIÑOS Manuel. "La Racionalidad Andina en el Sistema Jurídico Peruano", en *Revista Cathedra*. Universidad de San Marcos. Lima-Perú, 1997
- MACKEY, William. *A Description of Bilingualism*, Univ. Laval, URB Québec, 1967
- MARSHALL T. *Ciudadanía y Clase Social*. Alianza Editorial. Madrid-España, 1998
- MARTIN VIDA María Ángeles. "Igualdad, Diferencia y Reconocimiento de Derechos Específicos en el Contexto de las Sociedades Multiculturales", en *Derecho Constitucional y Cultural: Estudios en Homenaje a Peter Häberle*. Coordinador Francisco Balaguer Callejón. Editorial Tecnos. Madrid-España, pp.715-728
- MESSETTI Luca. "La Constitución Europea: Una nueva etapa del Constitucionalismo Contemporáneo", ponencia en el VIII Congreso Internacional de Derecho Constitucional. Arequipa-Perú, 22-24 de setiembre 2005. Fondo Editorial del Colegio de Abogados de Arequipa-Perú, pp.661-685
- MATOS MAR, José, *Desborde popular y crisis del Estado*, IEP, Lima-Perú. 1985
- MILLER, David y WALZER Michael (compiladores). *Pluralismo, Justicia e Igualdad*. Fondo de Cultura Económica, Edición en español, México, 1997
- MONCKEBERG. "El Derecho a la Salud y Alimentación: situación actual y perspectivas", en *Comisión chilena de Derechos Humanos*, 1988, pp.47-51
- MOSTERÍN, Jesús. *¿Qué es Cultura?* Texto de la Ponencia presentada, en el IV Congreso Nacional de Filosofía en Arequipa-Perú, diciembre 1991
- PACARI VEGA, Nina. "Derechos colectivos y de indígenas en la nueva Constitución Política", en *Estudios sobre la*

- Constitución Ecuatoriana de 1998*. Roberto Viciano Editores. Valencia-España, 2005
- PALACIOS ROMEO Francisco. "El Proceso Normativo Internacional sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Evolución Jurídica y Proyección Política", en *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*. Coordinador: BALAGUER CALLEJÓN Francisco. Editorial Tecnos. Madrid 2004
- PARDO ANGLES, Renato. "Servicios legales alternativos y la cuestión indígena", en *Derechos humanos: derechos de los pueblos indígenas, Seminario Internacional en Bolivia*. Comisión Internacional de Juristas (CIJ). Impreso en Chenôve-Francia, 1996
- PECES BARBA, Gregorio, colaboración de Prieto Sanchis Luís. *La Constitución Española de 1978*. Soler S.A. Valencia-España, 1981
- PEREIRA PORTO Celia. "Bases para un Diálogo Intercultural sobre Derechos Humanos", en *El Derecho de una Democracia Cosmopolita*. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2002
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. "Las Generaciones de los Derechos Humanos" en *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, año 1, N°1. Lima-Perú, 1995, pp.273-287
- PISARELLO, G. "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico", en Del Cabo A. y Pissarello G., *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa*. Universidad de Alicante, Alicante-España, 2000
- PRIETO DE PEDRO, Jesús. "Unidad y Pluralismo Cultural en el Estado Autonómico", en *Documentación Administrativa: El Estado Autonómico Hoy*, Nos.232-233, Octubre 1992-marzo 1993. Instituto Nacional de Administración Pública, pp.33-56
- QUIJADA, Mónica. "Nación y Pluriculturalidad: los problemas de un nuevo paradigma", en *Revista de Occidente*, N° 161. Fundación José Ortega y Gasset, Madrid-España, Octubre 1994, pp.61-80
- RAMÍREZ, Silvina. *Diversidad Cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena*. <http://pueblosindigenas.net/ramirezhtm>
- RELATORÍA ESPECIAL de las Naciones Unidas. *El derecho a la autodeterminación, desarrollo histórico y actual sobre la base de los instrumentos de las Naciones Unidas*, 1974
- RIBOTTA, Silvina Verónica. *Glozalización versus Derechos Humanos*. Instituto de Gobernabilidad de Cataluña. http://www.revistafuturos.infor/futuros_3/globalización3.htm
- ROBLES CARRILLO Margarita. "La Política Social Comunitaria", en *Derecho Comunitario Material*. Edit. Macgrawhill. Madrid, 2000
- ROCKEFELLER, Steven C. Comentario sobre el ensayo de Charles Taylor sobre "El multiculturalismo y la política del

- reconocimiento" en *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993
- ROJAS CRISÓSTOMO, Antonio. "Modelo Ideológico y estructura de poder en la Constitución de 1993 y las nuevas formas de ordenamiento jurídico en el país: un derecho paralelo, en *CÁTHEDRA*, revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima-Perú, mayo 1998
- ROLLA Giancarlo. "La Concepción de los Derechos Fundamentales en el Constitucionalismo Lationoamericano", ponencia en el *VIII Congreso Internacional de Derecho Constitucional*. Arequipa-Perú, 22-24 de setiembre del 2005. Fondo Editorial del Colegio de Abogados de Arequipa-Perú, pp.37-59
- RUBIO CARRACEDO, José. "Pluralismo, Multiculturalismo y Ciudadanía Compleja", en *Pluralismo Tolerancia, Multiculturalismo: Reflexiones para un Mundo Plural*. Coordinador Pablo Badillo. Universidad Internacional de Andalucía, AKAL. Madrid-España, 2003
- RUIZ REZA Josefa Dolores. "Usos del Discurso de los derechos Humanos en la Fase de la Globalización", en *Orden Económico Internacional y Derechos Fundamentales*. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2001
- RUSTIN Michael. "La igualdad en los Tiempos Postmodernos", en *Pluralismo, Justicia e Igualdad*, compilación de David Miller y Michael Walzer. Fondo de Cultura Económica. México, 1997
- SALAZAR BENÍTEZ Octavio. "El Derecho a la Identidad Cultural como elemento esencial de una ciudadanía compleja", en *Revista de Estudios Políticos (nueva época) N^o 127*. Madrid-España, enero-marzo 2005, pp.297-322
- SANCHIZ GUARNER, Manuel, cit. por Ander-Egg Ezequiel, "La problemática de la identidad cultural" en *Las políticas culturales en América Latina: Una reflexión plural*. Ediciones APPAC (Asociación Peruana de Promotores y Animadores Culturales). Lima-Perú, 1989, pp.15-44
- SCUDIERO, Luigi, "¿Comunitá Europea e Diritti Fondamental: un rapporto ancora da definire?", en *Rivista di Diritto Europeo 2*
- SEN Amartya. Conferencia "Derechos Humanos y Valores Asiáticos", pronunciada en la XVI Conferencia sobre Ética y Política Exterior, publicada en *Orden Económico Internacional y Derechos Fundamentales*. Edit. Universidad de Granada. Granada, 2001
- SHERMERHORN, R. A. *El poder y la sociedad*, Paidós, Buenos Aires
- SOMMERMANN Karl-Peter. "El Desarrollo de los Derechos Humanos desde la Declaración Universal de 1948", en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Madrid-España, 1996, pp.97-112

- STAVENHAGEN, Rodolfo. *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1988
- TAYLOR, Charles. *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*. Fondo de Cultura Económica, Edición en español, México, 1993
- TOURAINE, Alain, ¿Podremos vivir juntos? La discusión pendiente: El destino del hombre en la aldea global. FCE, México, 1998, p. 10
- TRILLING Lionel. *Sincerity and Authenticity*, Nueva York, 1969
- TRUYOL SERRA, A., *Los derechos humanos*, Madrid, 1982, p.31
- VASAK, Karel. Director del Departamento Jurídico de la UNESCO. "Por una tercera generación de derechos del hombre", en *Homenaje a Jean Pictet* (1984)
- VERHOEVEN J. "Las principales etapas de la protección internacional de las minorías", en *Revista Trimestral Derechos del Hombre*, 1997, N°31, pp.180-181
- WALZER Michael. *Las Esferas de la Justicia: una defensa del Pluralismo y la Igualdad*. Fondo de Cultura Económica. México, 1993
- WEINREICH, Uriel. *Languages in contact*. The Hague Mouton, 1970
- WRAY, Alberto. "Derecho, Costumbre y Comunidad", en *Derechos Humanos y servicios legales en el campo*. Comisión Andina de Juristas. Lima-Perú, 1987
- ZAGREBELSKY Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 3ª Edición. Editorial Trotta. Madrid-España, 1999
- ZAPATA-BARRERO Ricard. "La Ciudadanía en Contextos de Multiculturalidad: procesos de cambios de paradigmas, en *Ciudadanía e Inmigración - Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Edit. Universidad de Granada. Granada-España, 2003, pp.173-199
- ZOLEZZI, Mario. "Globalocal, Realidades Locales en un Mundo Globalizado, en *Revista Cuestión de Estado*, Lima-Perú, diciembre 1998, pp.33-37
- ZOLO Danilo. *I Signore della Pace. Una Critica del Globalismo Giuridico*. Carocci Editore. Roma-italia, 1998

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.	1
-----------------------	---

CAPÍTULO I

EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL.....	11
1.1. Dimensión cultural de la vida humana.....	11
1.2. Factores que configuran la identidad cultural....	15
2.1.1. Factor histórico	15
2.1.2. Factor étnico.	16
2.1.3. Factor lingüístico	17
2.1.4. Factor político	24
2.1.5. Factor psicológico	32
2.2. La identidad cultural como derecho humano	33
3. FUNDAMENTO FILOSÓFICO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL.....	40
3.1. El reconocimiento igualitario como sustento de la Identidad	43
3.2. la diferencia como nueva acepción de identidad . .	46
3.3. Identidad humana universal e identidad étnica....	49
4. LA IDENTIDAD CULTURAL EN UN MUNDO COSMOPOLITA.....	53
3.1. Instrumentos Internacionales que reconocen el Derecho a la identidad cultural	53

3.2. La interculturalidad como opción.....	90
--	----

CAPÍTULO II

EL ESTADO Y EL DERECHO EN LA TRANSMODERNIDAD

1. CRISIS DEL MODELO ESTATAL MODERNO.....	132
2. EL DERECHO EN LA TRANSMODERNIDAD.....	143
2.1. Los derechos humanos en la globalización.....	162
2.1.1. Los derechos humanos en Latinoamérica.....	170
A. Los derechos económicos y sociales en Latinoamérica.....	181
2.1.2. Los derechos humanos en la Unión Europea....	186
A. Los derechos económicos y sociales en la Unión Europea.....	200
2.2. Necesidad de un diálogo intercultural sobre derechos humanos.....	205

CAPÍTULO III

EL PLURALISMO JURÍDICO EN LA GLOBALIZACIÓN

1. TRES NIVELES DEL PLURALISMO EN LA GLOBALIZACIÓN: Igualdad, ciudadanía y justicia complejas.	211
2. EL PLURALISMO CULTURAL	232
3. EL PLURALISMO JURÍDICO EN LA GLOBALIZACIÓN	240
3.1. El Globalismo Jurídico universalizante	242
3.2. El Pluralismo Jurídico: de lo universal a lo local	252

TÍTULO IV

EL PLURALISMO JURÍDICO EN EL PERÚ Y EN LOS PAÍSES ANDINOS

1. EL PLURALISMO JURÍDICO EN EL PERÚ.	276
---	-----

1.1.El Pluralismo jurídico en las comunidades campesinas	288
1.1.2.Derecho Consuetudinario y racionalidad andina. . .	290
1.1.3. Justicia comunal.	292
1.2. El Pluralismo jurídico en las comunidades nativas. .	306
1.2.1. Derecho Estatal, identidad cultural y Derecho Consuetudinario en las comunidades nativas.	368
1.2.2. Justicia nativa.	310
1.3. Características de la justicia popular	317
2. EL PLURALISMO JURÍDICO EN COLOMBIA.	318
2.1. La ETI en Colombia y la Constitución de 1991 . . .	323
2.2. La jurisdicción indígena en Colombia	326
3. EL PLURALISMO JURÍDICO EN BOLIVIA.	332
3.1. La Reforma Constitucional de 1994 y el reconocimiento de los pueblos indígenas	335
3.2. Servicios legales alternativos	338
4. EL PLURALISMO JURÍDICO EN EL ECUADOR.	342
4.1. Administración de justicia indígena en el Ecuador. .	347
5.NECESIDAD DEL DESARROLLO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE CONSAGRAN EL PLURALISMO JURÍDICO EN PAISES ANDINOS	352
CONCLUSIONES	360

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro de las expresiones del derecho humano a la identidad cultural	125
Cuadro de los efectos de la globalización en el Estado y el Derecho	162
Cuadro comparativo del reconocimiento del pluralismo . . jurídico en los países andinos	351