

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

Por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Universidad de Buenos Aires

I. Introducción

Uno de los desafíos más complejos que debe afrontar una teoría general de los derechos humanos lo constituye lo que podría caracterizarse como el test de universalidad. ¿Son éstos válidos aquí y allá; ayer, hoy y mañana? ¿Existe un fondo común que compromete a toda persona en tanto que tal y de la que se infieren exigencias básicas que anclan en la “unidad de la especie humana”, como reflexiona Todorov?¹ O, por el contrario, la multiculturalidad –y el pluralismo jurídico que de ella deriva– revela concepciones incompatibles, que torna inútil todo juicio de valor y, más aún, cualquier juicio de reproche sobre conductas que pueda catalogarse como intrínsecamente perversas o radicalmente encomiables. En ese contexto, ¿puede defenderse una teoría universal de los derechos humanos en el horizonte del multiculturalismo? En este papel me propongo responder de forma positiva a esta pregunta: propicio, en línea de principio, que la multiculturalidad no es incompatible con el universalismo, por lo que cabe, con buenas razones, defender una noción de los derechos humanos que reconozca las diversidades culturales y, más aún, que se enriquezca con ellas, de modo que termine por ofrecer una teoría cuanto menos mínimamente universal en punto al resguardo de ciertos bienes básicos las personas a partir del dato de la multiculturalidad². Me valdré para ello, en esta ocasión, del desarrollo teórico que proporciona la denominada “interculturalidad” y que, según estimo, halla un interesante banco de prueba en la incipiente jurisprudencia

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

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

constitucional latinoamericana en punto a las relaciones de las comunidades indígenas entre sí y con respecto a las autoridades estatales y grupos y personas ajenos a dichas etnias.

La “interculturalidad” asoma como una propuesta superadora del par universalismo-multiculturalismo³. Como es sabido, el “universalismo” postula la existencia de ciertos bienes básicos al ser humano, lo que indica que se trata de títulos anejos a cada una de las personas; cognocibles por todos y desde los que es posible formular un juicio laudatorio o de reproche respecto de una determinada conducta⁴. Esta tesis encuentra correlato en la legislación internacional (incluso en documentos, como el Convenio 168 de la OIT que procuran resguardar y desarrollar la diversidad cultural) y en el derecho constitucional comparado. Si bien su fortaleza estriba en plantear un escenario de máximo reconocimiento de los bienes básicos de la humanidad (tanto en una perspectiva de “moral densa” como de “moral tenue”, para seguir a Walzer⁵), su debilidad se halla en que da por supuesto lo que muchos controvierten y, acaso más relevante aún, en que ignora las particularidades culturales que constituyen una dimensión insoslayable del ser humano. Desde estos presupuestos, el salto hacia perspectivas liberales o “singularistas” (pienso en Rawls) es tan corto como infecundo⁶. Y asimismo es corto y nada satisfactorio el tránsito hacia perspectivas “etnocentristas” (postura que considera la cultura propia como la única válida, por lo que todas las demás deben adecuarse a ella) bien que éstas también se originan desde horizontes multiculturalistas.

Este último, en efecto, plantea una radical diversidad cultural que torna estéril cualquier intento de consensuar mínimos compartidos y, menos, un juicio de valor sobre las conductas de que se trate, pues impera un escepticismo en materia cognoscitiva. Si bien se destaca en el ámbito penal, donde brega por evitar sanciones con sustento en la tesis del “error culturalmente condicionado”, ello no resuelve la justicia o injusticia de la conducta en cuestión. ¿Cabe entonces abstenerse de todo

³ He planteado este asunto por primera vez en *Reflexiones desde la jurisprudencia sobre comunidades indígenas. De la tensión universalismo-multiculturalismo a la interculturalidad*, en Douglas Price, Jorge/Duquelski, Diego (coord.) “XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social. Multiculturalismo, interculturalidad y Derecho”, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, pp. 55-78 (reproducido, con correcciones y actualizaciones en Martínez Muñoz, Juan Antonio, “Multiculturalismo y derechos humanos”, Porrúa-Red Integral de Juristas para la Integración Americana, México, 2015, ISBN, 978-607-09-2022-6, pp. 317-338).

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

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

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

juicio?; es más, ¿corresponde fomentar dicha abstención de modo que, como decía Steiner/Alston, el paisaje social quede circunscrito a un “museo de antigüedades sociales y culturales”⁷?. Todorov ha descrito con precisión las consecuencias de adoptar una respuesta del tipo que, en definitiva, remite a un horizonte relativista: “el relativismo consecuente renuncia a la unidad de la especie humana lo cual es un postulado aún más peligroso que el etnocentrismo ingenuo de algunos colonizadores. La ausencia de unidad permite la exclusión, la cual puede llevar al exterminio. Por añadidura, el relativista, incluso el moderado, no puede denunciar ninguna injusticia (...) por temor a que éstas formen parte de una tradición cualquiera, distinta a la suya: ni la excisión, ni los sacrificios humanos, merecen ser reprobados; por lo tanto, se podría decir que los propios campos de concentración pertenecen, en un momento dado de la historia rusa o alemana, a la tradición nacional. La situación no es mucho mejor en el caso de esas formas particulares del relativismo que son el nacionalismo y el exotismo”⁸. De ahí que, afirma Garzón Valdés, “no es verdad que de la diferencia de las culturas pueda inferirse sin más su incomensurabilidad” proposición que, de ser verdadera, en cuanto aquí interesa, conduciría a señalar que no resultará “posible afirmar la vigencia universal de los derechos humanos”⁹.

Parecería, entonces, que si un multiculturalismo así planteado no proporciona una respuesta satisfactoria para una teoría universal de los derechos humanos, el universalismo que se propicia no puede prescindir del dato incontrastable del papel que desempeña la historia en la peripecia humana y, por tanto, las circunstancias de tiempo y lugar que le son connaturales. Un esfuerzo por superar ambas tesis lo asume la denominada perspectiva “interculturalista”. Cabe aquí efectuar una precisión. Bajo esta denominación no se propicia, como sucede con algunos autores (por ejemplo Fonet-Betancouro, más claramente, Ochoa García¹⁰) un diálogo franco entre culturas que meramente se ciña a describir las obvias diferencias existentes sin emitir juicio valorativo respecto de éstas. Desde esta lógica, nada se habría avanzado pues, si bien se mira, el “interculturalismo” colapsa en el “multiculturalismo”. Por el contrario, el “interculturalismo” defendido en este texto y que, a mi juicio, encuentra sustento en la jurisprudencia a examinar, parece buscar algo más: abandona la sola descripción para internarse el difícil campo de lo prescriptivo, por cuanto asume que ninguna forma de vida puede pretenderse inmune a toda evaluación moral. Con todo, al

⁷Steiner, Henry/Alston, Philip, “Ideals and counter-ideals in the Struggle over autonomy regimes for minorities”, *Notre Dame Law Review*, 66, p. 28

⁸Todorov, nota 1, p. 437.

⁹Garzón Valdés, Ernesto, *Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2012, pp. 12 y 15

¹⁰Cfr, por todos, González de Prada, María Victoria, “Pueblos indígenas: hacia la construcción de un derecho intercultural. El plurijuridismo”, *La Ley*, Buenos Aires, 2/1/14, p. 3

hacerlo, se ha visto, se huye de un etnocentrismo simplista y, por tanto arrogante, propiciando, por el contrario, y como escribe Habermas, una “colaboración recíproca” pues “únicamente” sobre esa base “los derechos fundamentales pueden cumplir la promesa moral de respetar por igual la dignidad humana de cada persona”¹¹.

Rescato esta idea de “colaboración recíproca” la que, en cuanto aquí interesa, traduzco como el desafío de integrar los particularismos históricos de todos los participantes, para trascenderlos en aquellos aspectos que concitan, como se mencionó recién, “la unidad de la especie humana”. Autores tan diversos como Josef Raz o Robert P. George parecen compartir esta tesitura. El primero postula que las distintas culturas son “precondición y factor que da forma y contenido a la libertad individual” ya que “sólo a través de su socialización en una cultura puede uno escoger las opciones que dan sentido a la vida”¹². El segundo expresa que “para la tradición del derecho natural, la obligación de una autoridad internacional de respetar la autonomía cultural y por lo tanto de permitir la diversidad cultural, está basada en el principio de subsidiaridad y en la diversidad de bienes comunes básicos y de los modos razonables en los que los individuos concretan esos bienes en sus vidas”¹³.

En ese contexto, como se adelantó, la alternativa intercultural halla una plataforma de trabajo de la mayor relevancia en el estudio del derecho indígena en su relación con el derecho estatal en los países latinoamericanos. En éstos, en efecto, se perciben fuertes tensiones en la relación entre las costumbres de las comunidades aborígenes y las normas escritas del sistema estatal lo que está dando lugar a una rica jurisprudencia que, al tiempo que procura ir aportando soluciones de especie, puede permitir que, analizadas dichas decisiones en conjunto, surjan elementos de interés para una configuración de una teoría de los derechos humanos de validez general o universal. No se trata, como es obvio, de una empresa sencilla que, como se adelantó, se halla en pleno desarrollo. Con todo, procuraré compartir en lo que sigue algunas conclusiones que, acaso, pueden brindar alguna ayuda para esta compleja cuestión a partir de un sucinto análisis de alguna jurisprudencia constitucional procedente de Ecuador, Colombia y la Argentina.

II

¹¹ Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, LV, 64, mayo 2010 (del alemán por J. Aguirre Román, revisión por E. Mendieta y M. Herrera), p. 9 (énfasis añadido).

¹² Raz, Joseph, “Multiculturalism: a liberal perspective”, en *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 177.

¹³ George, Robert P., “Natural law and international order”, en *In defense of natural law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 242.

El t3pico de la integridad f3sica ante casos de violaci3n

Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Res. 153/13 (1/10/13)

¿Constituye la violaci3n una afrenta a la persona humana, en especial si es menor de edad? ¿existen supuestos en que el acceso carnal a quien ha experimentado la menarca pero, naturalmente, es a3n menor, no cabe considerarlo bajo esa figura penal? Examinar3 el tema a partir del caso reci3n glosado.

Al respecto, un adolescente de la comunidad ShuarTaruka fue declarado responsable, en grado de autor, de violaci3n en perjuicio de una ni3a de dicha comunidad, imponi3ndosele la medida socio educativa de internamiento institucional de cuatro a3os. Sus representantes recurren argumentando que se incumplieron las normas que establecen la competencia de la “jurisdicci3n ind3gena” y los principios de la “justicia intercultural” (arts. 171, CE y 343 del C3d. Org. Funci3n Judicial) (May., Fund del Rec.), a3adiendo que se inobservaron “principios rectores para la Jurisdicci3n de Ni3ez y Adolescencia como los de humanidad, equidad y no ritualidad del enjuiciamiento” (Dis., consid. 3). La Sala especializada de la Familia, Ni3ez, Adolescencia y Adolescentes infractores de la Corte, por dos votos a uno confirma parcialmente la sentencia: rechaza la competencia ind3gena y mantiene la condena, bien que la reduce al “lapso de tiempo equivalente a aquel que ha permanecido cumpli3ndolo” aplicando al respecto los principios de la justicia intercultural.

En relaci3n con el primer tema (la competencia) la mayor3a expresa que la jurisdicci3n ind3gena regula “conflictos internos” no resultando captado por dicho concepto la violaci3n de derechos humanos de las mujeres (consider., 5.1.1.). La afirmaci3n asume, pues, una neta perspectiva universalista tomando como base el citado art. 171, seg3n el cual “las autoridades de las comunidades (...) ind3genas ejercer3n funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales” siempre que “la soluci3n de sus *conflictos internos y que no sean contrarios a la Constituci3n y los derechos reconocidos en instrumentos internacionales (...)*. Dichas decisiones estar3n sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecer3 los mecanismos de coordinaci3n y cooperaci3n entre la jurisdicci3n ind3gena y la jurisdicci3n ordinaria” (3nfasis a3adido).

En raz3n de lo transcrito, no estoy seguro que la denuncia de violaci3n no se trate, efectivamente, de un “conflicto interno” de la comunidad Shuar Taruka y que, por tanto, efectivamente surta la competencia ind3gena, tal y como lo plantea la disidencia. Y, sobre tales bases, como argumenta este 3ltimo voto, si se toma en

cuenta que el Estatuto y Reglamento de esa comunidad, tras señalar que por conflicto que suscita la intervención de la justicia se entiende “...todo acto de menor o mayor grado que atente el equilibrio emocional y vulnere gradualmente la armonía y tranquilidad comunitaria”, incurriendo en consecuencia en determinadas sanciones, incorpora, como la más grave (de cuarta contravención) a la violación sexual (dis., 4.3.4), bien cabría concluir que no existiría entre el ordenamiento jurídico nacional y las normas comunitarias la diferencia que sugiere la mayoría respecto del tópico bajo examen, sino, por el contrario, ante una común percepción de una conducta antijurídica (estatal e indígena).

Más allá de esa observación (y de otras que enseguida efectuaré) interesa por de pronto explorar la base conceptual sobre la que argumenta la mayoría. A su juicio, además de la mención al art. 171 que sujeta todas las decisiones de las comunidades indígenas al control de constitucionalidad y, por tanto, a la compatibilidad de aquellas con los principios de ésta, menciona un haz de disposiciones normativas que reivindican idéntico temperamento. De entre ellas, destaco el art. 8.2 del Convenio 169 de la OIT, para el cual “dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, *siempre que éstas no sean incompatibles* con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”(énfasis añadido); el art. 66.3 de la CE que reconoce que la violencia vulnera el derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual de las personas, y el Preámbulo de la Convención Belem do Pará, según el cual la violencia contra la mujer “es una ofensa a la dignidad humana (...) que trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases” (4.1.2 y 4.1.3).

Estas disposiciones, en efecto, rechazan expresamente una concepción estamental o funcional de la persona, fundada en la raza, el sexo, la nacionalidad, el nivel económico o cultural, anclando su fundamento en la existencia de exigencias básicas que traspasan tiempos y espacios y que deben ser incondicionalmente resguardadas¹⁴. Y para la mayoría, este principio se halla especialmente presente en el caso por tratarse de una menor de 11 años “en condición de triple vulnerabilidad”, a saber, por ser “niña, víctima de violencia e indígena” requiriéndose en consecuencia del Estado una “protección especial” la que debe brindarse a través de la justicia especializada de adolescentes infractores. La jurisdicción indígena queda, entonces, descartada.

¹⁴ Cfr, al respecto, más ampliamente, Rabbi Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2013, pp. 44-111.

Ahora bien: ¿abandona la mayoría por completo dicha jurisdicción? Aún cuando lo hasta aquí expuesto así podría sugerirlo, acaso acercándose a la disidencia, aquella no desconoce la condición de indígena del acusado y reprocha al tribunal a quo dicha omisión, además del cercenamiento de otros derechos constitucionales, los que no interesa analizar aquí. Así, considera que “para imponer la medida socio educativa, no se toma en cuenta la condición de indígena del adolescente procesado y la víctima, ni las particularidades de su cultura, por lo que con respecto a esta exclusiva parte de la norma, se acepta el cargo” y se tiene por cumplimentada la pena.

Sin embargo, el razonamiento del tribunal desnuda diversas falencias. Por de pronto, si bien reconoce que “consta probado” que “el adolescente y la víctima mantenían relaciones de enamoramiento y que las relaciones sexuales en las comunidades indígenas son connaturales a ello”, extrae de dicha comprobación una conclusión contradictoria: “lo que en ningún caso implica que la niña dada su edad (11 años) al momento del cometimiento del ilícito hubiese podido dar su consentimiento para mantener (por carecer de capacidad legal para hacerlo)” en los términos de la ley civil, de donde éstas devienen en violación. En efecto, si la mayoría reclama tener en cuenta la condición de indígena del procesado y si, al mismo tiempo, reconoce que los menores mantenían una relación libre, aceptada por sus tradiciones, la aplicación del Código Civil luce desconcertante. Asimismo, tampoco toma en cuenta el testimonio brindado en la causa del dirigente de asuntos indígenas de la comunidad, quien además de señalar que “ha estado siempre pendiente de los atentados de violación de derechos humanos” (lo que indica una unidad de perspectivas con los bienes y correlativos ilícitos que asume el derecho nacional), reconoce que “dentro de la justicia ancestral nuestra es aceptado” las relaciones sexuales entre adolescentes en “proceso de enamoramiento”, no reputándose “violaciones cuando era un proceso de enamoramiento” (5.2).

De lo expuesto, parecería que un camino más pertinente fuera el de indagar en las tradiciones comunitarias de modo de apreciar –si cupiera- la valoración que se tenga de la conducta en cuestión; verificar la veracidad de la relación referida entre los menores y el grado de comprensión de la niña de las prácticas bajo examen y, sobre tales bases, “poner en correspondencia”, para decirlo con Arthur Kaufmann, el caso con las normas constitucionales y convencionales. No se trata, entonces, ni de permanecer en una virtual parálisis ante la mera constatación (descripción) de la existencia de una determinada cultura, ni de abrogarla con sustento en los lineamientos de la ajena. Estos extremos han sido bien graficados por el citado Garzón Valdés cuando alude a que es imperioso huir del falso dilema que “resulta de la confusión entre tolerancia y relativismo moral”, según el cual “se es tolerante, y en ese caso no sería posible

afirmar la vigencia universal de los derechos humanos, o se la afirma y entonces uno se convierte en un etnocentrista intolerante”. Desde esa lógica, añade, “la concepción del ‘aislamiento moral’ de las diferentes culturas postula el abandono de toda perspectiva prescriptivamente universal en la moral y la limitación a la descripción de hábitos y costumbres de cada pueblo para de allí inferir lo que debe ser en esa sociedad”. A su juicio, y en línea con la ya citada observación de Todorov, fuera de que la historia enseña demasiados ejemplos de formas colectivas que no parecen ser encomiables, se pasa por alto que “en la génesis de los derechos humanos está la idea de que todo ser humano racional tiene que aceptar dos proposiciones centrales: el derecho de autodefensa y la prohibición de dañar arbitraria o innecesariamente a sus semejantes”¹⁵. Sobre esa idea liminar, y pensando en el presente caso: ¿qué puede decirnos la señalada exploración que proporciona la antropología a partir de una reflexión moral sobre las vías que aseguren un mayor (más pacífico y más considerado por el otro) despliegue de los menores involucrados?

Algo de ese camino lo transita la disidencia, la que si bien efectúa un fuerte alegato en favor de la competencia indígena, a la que ordena remitir la causa, no se priva precisamente de explorar sus prácticas y de sujetarla a los criterios establecidos por la Constitución.

Así, en primer lugar detalla el amplio tratamiento dado por el constituyente a los derechos de las comunidades indígenas (4.2.1.) para señalar que “el Ecuador ha adoptado (...) a través de un proceso constituyente la coexistencia e interacción de dos sistemas jurídicos, dejando atrás la noción de monismo jurídico, y acogiendo un sistema de pluralidad jurídica como resultado de un estado plurinacional e intercultural”, comprometiéndose a “proteger y promover la diversidad cultural”. Es más, refiere que el país ha reforzado los postulados construidos a partir de 1957 con el Convenio OIT, el que requiere que los pueblos indígenas “asuman por sí mismos el control de sus propias instituciones y formas de vida...”.

Sin embargo, la magistrada considera relevante ponderar el alcance del art. 171 del texto supremo, ya transcripto, y según el cual las decisiones adoptadas por dichas comunidades “estarán sujetas al control de constitucionalidad”, formula que, es claro, limita considerablemente el margen de maniobra de aquellas, lo cual es enfatizado cuando (4.3.5) refiere que dicha justicia constitucional es la “encargada de contratar (...) los principios de pluralismo jurídico, interculturalidad y autonomía (...) asegurándose de esta forma que las dos jurisdicciones coexistentes (...) se encuentren bajo el estricto control del órgano encargado de velar por la validez constitucional de

¹⁵ Garzón Valdés, nota 9, pp. 15-16.

las decisiones jurisdiccionales...”, y cuando señala que la omisión en el dictado de la ley de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria no empece (4.2.2.) que “constituye un alto deber de todo fallador encontrar soluciones prácticas y razones suficientes para los casos puestos a su conocimiento, máxime si se trata de asuntos de interés social y nacional”, para lo cual (4.3.2) debe tenerse “como punto de partida ineludible” la Carta Fundamental del Ecuador.

Sobre tales bases, la magistrada considera “inaceptable la existencia de autoridades jurisdiccionales de justicia ordinaria –extrañas a su cultura y cosmovisión– competentes para resolver un caso de los llamados internos”, como sucede en la especie (4.3.1), por lo que habiéndose vulnerado principios relacionados con el debido proceso consagrados en pactos internacionales y en la ley suprema, declara la nulidad de lo actuado, declina la competencia en favor de la Comunidad ShuarTaruka “a fin de que resuelvan este caso de acuerdo a su derecho propio, en el marco del Convenio 160 OIT, la Constitución de la República del Ecuador y demás instrumentos internacionales” (5).

El texto es interesante pues si bien la alusión a la existencia de “dos sistemas jurídicos” podría entrañar la admisión de lo que algunos denominan “pluralismo jurídico”, es decir, “la coexistencia de dos o más sistemas normativos que pretenden validez en un mismo territorio”¹⁶, de ello no se sigue la aceptación de lo que se ha dado en llamar “derecho alternativo” que es cuando “las normas de un sistema declaran obligatorias conductas que el otro declara prohibidas o facultativas”¹⁷ por cuanto, como se vio, el voto se apura a precisar que las normas y procedimientos indígenas están sujetos a los criterios que emanan de la Constitución.

Asimismo, es interesante apuntar que el reenvío a la jurisdicción indígena no constituye un salto al vacío. No solo indica que éste no puede apartarse de los principios constitucionales, sino que tiene la certidumbre de la voluntad de investigación de la comunidad y de la común percepción de la ilicitud de la conducta a investigar. En efecto; la magistrada (4.3.4) acude al Acta n° 5 de la Asamblea Extraordinaria de la comunidad, convocada con motivo de este caso, y del que se desprende la “imposibilidad de impunidad hacia actitudes violentas” y la “protección a niños, niñas y adolescentes de la comunidad frente a toda forma de violencia, sea física o psicológica...”, de modo que se requiere “juzgar el caso de acuerdo a su derecho consuetudinario”. Asimismo, pondera que la Comunidad, de raíces milenarias, ha participado “en defensa de los derechos constitucionales” y a través de su Asamblea General, tiene “potestad para establecer

¹⁶ Correa, Oscar, Teoría General del derecho y derecho indígena, Crítica Jurídica, 14, México, p. 26.

¹⁷ Ibid., loc. cit.

normas y sanciones para aquellos actos que causen conflicto, o por el cometimiento de un delito". Su estatuto considera justiciable "todo acto (...) que atente el equilibrio emocional y vulnere la armonía y tranquilidad comunitaria", lo que da lugar a sanciones que, entre las más graves, se halla, como se anticipó, la violación.

Para la magistrada, de lo expuesto se infiere que la forma de "concebir los problemas dentro de la comunidad distan cualitativamente de la justicia ordinaria", pues su percepción atañe un "profundo sentido comunitario de armonía, no individualista, en el que la gradualidad de afección a sus elementos esenciales (...) merece una sanción que debe tener como resultado un proceso (...) acorde a su dimensión del conflicto", lo cual, insiste, "de ninguna manera constituye una forma de incentivar la evasión a una sanción".

Parece claro que ambas sedes no difieren "cualitativamente" en cuanto al propósito último que las anima. Además, el reconocimiento de que la conducta examinada también es reprochada por la comunidad indígena angosta considerablemente el espacio de disenso, pues mostraría que el resultado ya está asegurado de antemano, de donde cabría pensar –como lo hace la mayoría- que el recurso a la jurisdicción indígena parece insustancial. Dicho voto ahorra tiempo y esfuerzo. No lo creo.

Efectivamente, las distancias entre ambos votos se advierte, precisamente, en lo metodológico y es aquí donde, a mi juicio, reposa la fortaleza del voto disidente pues el camino que ensaya emerge no solo más respetuoso del ordenamiento jurídico sino más cercano a dotar de bases sólidas a una teoría ¿universal? de los derechos humanos. Por de pronto, la magistrada advierte que existiendo una jurisdicción indígena no puede hacerse caso omiso de ella. Pero de inmediato avisa que dicha jurisdicción no es absoluta, es decir, no constituye la última ratio, sino que ésta es la Constitución en la que, en cuanto aquí interesa, el resguardo de la integridad física constituye un bien básico, para seguir la terminología de Finnis. La jurisdicción indígena, entonces, no debería desconocerlo y, de ocurrir esa contingencia, el valladar constitucional la privaría de sustento.

En definitiva, una argumentación robusta exige cumplimentar, metodológicamente, los pasos procesales previstos por el sistema. Además, ese tránsito permite abrir escenarios de reflexión más amplios sobre cuestiones relevantes, como el relevante tópico de la integridad física en tanto consulta la mirada de diversas tradiciones culturales. Eso no es poca cosa. Supone avanzar sobre un multiculturalismo estanco, sin que ello suponga reivindicar una adhesión inconsulta a alguna cultura en particular. Además, genera un camino más sofisticada para arribar al mismo objetivo que su pares, a través de una vía intercultural que requiere de encuentros y diálogos asumidos desde la paridad de culturas dispuestas a encontrarse y retirar sus planteamientos si éstos no resisten una crítica racional consistente. De todo ello cabe esperar, sino soluciones,

posibilidades de respuestas más elaboradas que, en todos los casos, se decantan más por la protección del vulnerable que por su desatención.

Otra manera de arribar a estos resultados puede verse en el siguiente caso, que concierne el denominado del error de comprensión culturalmente condicionado y su impacto ante derechos fundamentales.

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

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

En materia penal es conocido que la ausencia de comprensión de la ilicitud de una determinada conducta acarrea la exclusión de pena. Se trata, ciertamente, de un supuesto excepcional. Quienes lo prohíjan hacen referencia que resulta aplicable respecto de individuos pertenecientes a grupos que viven en estado aislamiento total, hipótesis cada vez más difícil de hallar. Y aún en estos casos, la doctrina no lo admite, sin más, respecto de graves delitos, dando a entender que existiría un fondo común, en cuanto concierne a ciertos bienes básicos, que atraviesa sincrónica y diacrónicamente el decurso humano¹⁸.

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

¹⁸ Sobre este tópico, a partir de la autoridad, entre otros, de Zaffaroni o García Vitor, cfr mi trabajo citado en la nota 3.

fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social...”).

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

¿Cómo razona la Corte? Para ella, si bien el art. 441 “es una norma penal imperativa, no puede ser aplicada fuera del contexto del principio de diversidad étnica y cultural que el caso concreto exige”, esto es, “desde una perspectiva intercultural (...) acercándose objetivamente a los rasgos y prácticas culturales de los respectivos grupos involucrados”, ya que la norma en cuestión “no presenta vicios de constitucionalidad”, por lo que de lo que se trata es de que “su aplicación al caso concreto [no] generaría una afectación a los derechos colectivos de pueblos ancestrales que desconocen el contexto de la norma por ser ajena a su cosmovisión ancestral dado el conflicto entre un pueblo en asilamiento Taromenane y un pueblo de reciente contacto Waorani...” (II, 1, p. 19).

¿Cuáles son, entonces, ese principio de diversidad étnica y cultural convocado para discernir este aspecto? En otro precedente (Sent. 008-09-SAN-CC) la Corte acudió a los de “continuidad histórica” de los pueblos en cuestión, los que “no obstante su colonización (...) están presentes con sus identidades diferenciadas del resto de las sociedades nacionales”; el de la “diversidad cultural” de esas comunidades respecto de

otras; el de “interculturalidad”, el que alude a un “diálogo fundamentalmente epistémico” en el que “los pueblos indígenas [no] sean los convidados de piedra”, máxime “al existir posiciones hegemónicas” de modo que los “pueblos hacen uso de diversas formas de producir (...) conocimiento para relacionarse entre sí, con la naturaleza...” y el de la “interpretación intercultural”, el que entraña “una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales” a partir del “enfoque sustentado en la diversidad cultural”.

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

Surge de lo expuesto interesantes lugares de trabajo para nuestro tema. Deseo remarcar ahora dos aspectos. El primero tiene que ver con el “diálogo epistémico”, el que reconoce “posiciones hegemónicas” que, si bien se miran, exhiben procedencias diversas. No solo se originan, respecto de las comunidades indígenas en los estados nacionales, sino, también, entre los grupos originarios (como sucede en este caso) o desde éstos hacia personas procedentes de culturas no indígenas (como se verá en el último ejemplo de este papel). El despliegue de fuerzas es connatural al ser humano, como lo es también el esfuerzo de la Razón por “domesticarlas”, para apropiarme de una expresión de Saint Exupery que me recuerda, a su vez, al famoso diálogo de Sócrates con Calicles en el Gorgias platónico. El segundo, que la presentación de las fuentes del derecho ubica a los derechos constitucionales en la cúspide jerárquica, constituyendo un “mínimo obligatorio de convivencia”.

Pues bien; ¿no entraña esa jerarquización asumir un planteamiento hegemónico? ¿no supone dar por sentado lo que, precisamente, debe desentrañarse, a saber, un mínimo no negociable concerniente a los bienes primarios de todo ser humano? La prevención planteada parece salvada con el párrafo siguiente: “corresponderá al juez de la causa, a través de peritajes antropológicos, sociológicos y todos los elementos de convicción necesarios, determinar en qué medida los presuntos infractores desconocían el contexto de la norma que contiene el delito cuya responsabilidad se les imputa así como si dentro de su cultura se evidencia estas prácticas como actos propios de su

cultura, o si por el contrario son ajenas a la misma y por lo tanto objeto del derecho penal” (pág. 21).

Dos aspectos de importancia se introducen en el *dictum* transcripto. El primero es el aspecto metodológico sobre el que tanto se insiste en este papel. Es posible (y, en lo particular, deseable) que la comunidad Waorani asuma como propio el mínimo obligatorio de convivencia estructurado en torno de los derechos fundamentales constitucionales, tal y como estatuyen las leyes supremas comparadas; los pactos internacionales y la jurisprudencia dictada en su consecuencia. Pero a ello se *llega* al cabo de un laborioso camino que incluye, como bien pide la Corte, el concurso de antropólogos y sociólogos, rasero que permite otra mirada –más amplia- del caso. No es un punto del que se parte, sino al que se arriba. Sobre tales bases, si fuera cierto lo indicado por el defensor de esa comunidad, en el sentido de que ésta asume como reprochable la conducta en cuestión (puesto que forma parte de su “código de honor”), la existencia de un núcleo de principios comunes a todo ser humano con prescindencia de sus accidentes estaría garantizada, cuanto menos en cuanto concierne al derecho a la vida de quienes fueron privados de ella y a la libertad de los menores raptados. El franco encuentro intercultural propiciado por el tribunal habría entonces rendido frutos provechosos. Si, por el contrario, no fuera verdadero lo indicado por la defensa, entonces el valladar de la incomprensión de la conducta reprochada liberaría de sanción a quienes incurrieron en los actos referidos. Con todo, como lo he señalado en el trabajo citado en la nota 3, ello no resuelve la cuestión en torno de la injusticia o justicia intrínseca del acto en cuestión, que es lo determinante. Empero, aun en ésta última hipótesis, no es poco lo que se ha avanzado: el encuentro intercultural es una metodología virtuosa pues huye deliberadamente del bloqueo en el que incurren tanto la perspectiva multicultural cuanto una versión reductiva de lo universal.

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

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

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

Los dos últimos casos que deseo presentar ahora tiene que ver con el exigente desafío de una coexistencia posible. Tomo un ejemplo argentino y otro colombiano.

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

Como primera medida, la Corte precisa los criterios que guiarán su decisión. Así, reconoce que la Constitución Política de Colombia ha creado una jurisdicción indígena (art. 246) bien que tanto ésta como las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos de esa naturaleza (art. 330) “deben ejercerse (...) según sus usos y costumbres pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores” (7.3 y 7), precisando, a ese respecto, las reglas de interpretación que se han mencionado en la citada causa de la Corte Constitucional ecuatoria 0072-14-CN (cfr 7.1, 7.2, 7.3 y 7.4) a la luz de las cuales deben resolverse “las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de” estos “ordenes jurídicos diversos” (7).

Valen aquí, en relación a la mención de “ordenes jurídicos diversos” lo dicho respecto del primer caso examinado, pues al igual que en aquél, la Corte sujeta los procedimientos indígenas a que no sean contrarios a la Constitución.

Se postula entonces, en el contexto de una reconocida multiculturalidad, un universalismo de base representado por los “derechos fundamentales”, los que “constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional...” (7.2), cuyos usos y costumbres, en consecuencia, “deben ser, *en principio*, respetados” (7.1, énfasis añadido). El matiz “en principio” es indicativo de la perspectiva filosófica que late en el pronunciamiento, el que se refuerza con la cita de Agnes Heller y de Norberto Bobbio. La primera rechaza un “relativismo ético extremo”, acogiendo el “respeto de la especificidad cultural salvo los casos en que ésta encubra un inaceptable doble código de valores y una situación de fuerza o coacción susceptible de afectar la

vida, la integridad o la libertad de la persona". Desde esta lógica, el segundo considera a las cartas internacionales de derechos humanos como "la más grande prueba histórica que jamás se haya dado del *consensus omnium gentium* sobre un determinado sistema de valores" (10).

Se advierte, pues, que la sentencia fija ese consenso mínimo por debajo de una línea que comprende los derechos más básicos o primarios de las personas y en un contexto de violencia, el que torna imposible no ya un esquema de descubrimientos recíprocos (que denomino "situación de no diálogo"), sino ni siquiera el dato mismo de la coexistencia (que menciono como "situación de supresión del otro"). Es entonces sobre tales bases que el Tribunal examina si la decisión comunitaria cercenó los derechos constitucionales invocados por la recurrente.

b) Así, en lo relativo al agravio suscitado por su expulsión de la comunidad, considera que "no vulneró la prohibición del destierro" pues ésta "sólo se refiere a la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio..." (12). Sin embargo, no corren idéntica suerte adversa los agravios relativos a la confiscación y a la proporcionalidad de la sanción. Comenzaré por éste último.

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

En cuanto a la confiscación, la que es definida como "la apropiación, a título de pena, por parte del Estado (...) de los bienes de una persona *sin el pago de una contraprestación*", el constituyente la ha descartado expresamente porque "impondría un doble castigo para el delincuente, *extensivo a los herederos*", pues todos se "verían expuestos a una situación de indigencia y *absoluto despojo*". Para el Tribunal, no cambia las cosas el carácter colectivo de la propiedad indígena, pues "el régimen punitivo no

puede contener sanciones que aparejen consecuencias *tan extremas* para el sujeto y su familia próxima, como las que provendrían de *la pérdida absoluta de sus posibilidades de subsistencia*" (13).

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

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

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

Más allá de esta última observación, juzgo que la resolución comentada se inscribe en la metodología y fundamentación que se viene describiendo: suscribe una interculturalidad (por lo demás, expresamente señalada por su Constitución), esto es, la necesidad de un diálogo franco entre culturas diversas no solo descriptiva sino prescriptiva a partir de puntualizar ciertas exigencias básicas a cualquier ser humano que la situación de especie desconoce y cuyo desconocimiento no es producto de una imposición extraña a la comunidad, sino que, de las constancias del caso surge que también ésta última las asume como propias. Y el planteamiento reviste especial interés pues denota la propuesta de animar una convivencia quebrada al interior de las comunidades indígenas a partir del reconocimiento de ese mínimo ético-jurídico difícil de encontrar en el decurso humano.

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

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

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

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

A juicio del tribunal de alzada, que confirmó lo resuelto en la anterior instancia¹⁹, decisión que se halla firme²⁰, la conducta y los documentos citados confrontan con los derechos constitucionales de “entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino”; “trabajar y ejercer una industria lícita” y a la “igualdad”, y se arrogan facultades administrativas y judiciales a la comunidad que, de conformidad con nuestra arquitectura constitucional, son del resorte de las autoridades municipales, provinciales y nacionales. A su vez, con sustento en el referido programa de la Ley Fundamental que principia con la invitación del Preámbulo a “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”; en otros documentos internacionales (constitucionales e infraconstitucionales) y en la inveterada jurisprudencia del Alto Tribunal, consideró que los derechos reconocidos en aquella lo son “para todos los hombres, más allá de su raza, religión, sexo o cualquier otro accidente o condición”, por lo que confirmó el procesamiento al considerar que la conducta reprochada resulta “potencialmente hábil para alentar la persecución o el odio contra (...) personas residentes en Iruya pero no nacidas en esa localidad y que no pertenecen a las etnias indígenas ni practican su pertinente ‘cosmovisión’ (...) y aún contra aquellas que, oriundas del lugar, se relacionan con aquellos...” (consid. XI, párr. 15).

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

¹⁹ Cám. Fed. Apel. Salta, “Prado, S. y ot.”, *in re*, sent. del 12/10/2010.

²⁰ Cám. Fed. Cas. Penal, Sala IV, causa 13.354, *in re*, sent. del 29/3/12.

La cámara salteña desnuda, pues, un “etnocentrismo”, en el caso, de origen indígena pero de comunes consecuencias a toda postura semejante en tanto expropia al “otro” con sustento en la exacerbación de un particular punto de vista, lo que torna inviable toda apertura hacia una mínima base de entendimiento recíproco. Alexy lo ha expuesto de manera persuasiva cuando reflexiona que quien jamás puede entrar en una situación de diálogo y de fundamentación “no participa en aquello que uno puede llamar ‘la forma de vida más universal de la persona’”, la cual “afirma que todas las formas humanas de vida contienen necesariamente universales teórico-argumentativos que pueden ser expresados a través de las reglas del discurso. Puede suceder que (...) estos universales tengan muy poca vigencia en la realidad. Pero sólo desaparecerán totalmente si los miembros de una forma de vida pierden completa y definitivamente su capacidad de formular la pregunta: ‘¿por qué?’ (...) En esta medida, la teoría del discurso rastrea los potenciales de la razón existentes en la realidad humana. En este sentido es, para usar una formulación de Höffe, ‘un esclarecimiento de la existencia de la persona’”²¹.

Existiría, pues, un universalismo de base que interpela al encuentro del uno con el otro y que llama a una apertura recíproca, al menos, y para decirlo hermenéuticamente, desde la estructura lógica de la pregunta²². El camino es semejante tanto en el precedente colombiano como en el argentino. En cuanto al tribunal salteño, y como ya fue anticipado, este universalismo, no constituye un punto de llegada, sino de partida. ¿Partida hacia donde? Hacia el referido encuentro con el “otro” en aras de reconocerse con las diferencias que geografías y tiempos históricos describen, pero que, detrás de ellas, disciernen lazos de exigencias compartidas. Es, pues, el turno de la interculturalidad no constatativa, sino exploratoria o indagativa, apropiándome, libremente, de la expresión “pensamiento indagativo” (*fragendes Denken*) de Peter Habërle²³. El texto constitucional argentino, reformado en 1994, colabora en esa perspectiva en su art. 75, inc. 17.

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

²¹Alexy, “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”, en *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2º, 1997 (del alemán por José M. Seña), p. 147.

²²Gadamer, Hans Georg, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1960 y sucesivas ediciones (traducción castellana de la 4ª edición –1975– por A. Aparicio y R. De Agapito, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, t. I, Salamanca, 1977), p. 369

²³Häberle, Peter, “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken”, en *Die Verfassung des Pluralismus*, Kögnstein/TS, 1980, p. 3.

La primera de ellas (“respeto a la identidad”) entraña el resguardo de lo que se ha llamado la originaria “soberanía espiritual”²⁴ de personas y pueblos, hoy trágicamente desvirtuada por doquier. Si en verdad el “otro” cuenta, no cabe sino tomarlo en serio, es decir, asumir su “otredad” como dimensión intocable ante lo que, nuevamente con Kant, no se impone otra conducta que la que dimana de la palabra “respeto”²⁵. Ahora bien, como se ha adelantado ya, de ello no se sigue, como se anticipó, que las culturas sean inconmensurables ni que, en consecuencia, quepa colapsar en un derecho “alternativo” que, precisamente, reconoce compartimentos estancos en los que todo diálogo está vedado por inservible.

De eso da cuenta la segunda proposición (“educación bilingüe e intercultural”), que se erige en la perspectiva necesaria y complementaria de la anterior, pues está suponiendo que aquella identidad no es ni la única existente, ni se halla aislada de otras en el mundo globalizado en el que hoy se habita ni, menos aún, es pretendidamente superior a otras. Una educación del estilo (en rigor, lo educacional es un ejemplo, pues se trata de un curso de acción que cabe extender a todos los órdenes de la vida) entraña que se han puesto en práctica, como pedía Alexy, al menos algunas de esas formas universales de vida desplegadas a través de las reglas del discurso. Se está ya en una perspectiva diversa en tanto, reflexiona Todorov, “los rasgos universales provienen, no del mundo empírico, objeto de observación, sino del avance mismo del espíritu humano”²⁶, esto es, de lo que Hervada denomina el “tipo humano resultante de la evolución histórica, mediante el proceso cultural y civilizador”²⁷. La apertura al “otro” supone entonces un camino que conduce no solo a la capital pregunta del “por qué” sino que, desde ella, ahora heideggerianamente, puesto que coexistimos (*mit sein*) deriva en la franca preocupación por el otro (*für Sorge*)²⁸.

Y en ese horizonte se inscribe la tercera proposición en tanto esa clase de propiedad comunitaria viene a añadirse (no a suplantar) a la propiedad individual regulada históricamente en la Constitución. Se trata de otro modo de vincularse las personas con las cosas a partir de usos inveterados que, como escribe Walzer, se hallan “culturalmente integrados” y son “completamente significativos”²⁹ para cada tradición.

²⁴ Juan Pablo II, “Discurso a la Quincuagésima Asamblea General de las Naciones Unidas” del 5/10/95, *L’Osservatore Romano*, edición semanal en lengua española, n. 41, pp. 7-9.

²⁵ Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (del alemán por E. García Morente, Espasa, Madrid, 1983, p. 94

²⁶ Todorov, nota 1, p. 31

²⁷ Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1990, 6ª, p. 103.

²⁸ Cfr, a partir del autor de *Sein und Zeit*, las sugerentes consideraciones de Ballesteros, Jesús, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 1984, esp. pp. 125-126.

²⁹ Walzer, Michael, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Alianza Editorial, Madrid, 1996 (del inglés y con estudio introductorio de R. del Águila), p. 37.

Se está, pues, en una lógica diversa, en la que el “encuentro” de culturas, sin renunciar a una “moral crítica”, como alude Garzón Valdés³⁰, permite un ascenso en el tipo humano que, llevado al ámbito jurídico, enlaza con el conocido criterio jurisprudencial de la “armonización” (también llamado de la “concordancia práctica”) de los derechos constitucionales a partir del resguardo de sus “contenidos esenciales”³¹. El Tribunal lo emplea cuando, de un lado, reivindica aspectos de las proclamas indígenas objeto de análisis que reclaman, v. gr., la no interferencia en su “cosmovisión indígena”; el cuidado de sus lugares sagrados; el resguardo de su pudor”; más, de otro, rechaza las amenazas de expulsión de los visitantes “estacionados temporalmente” en el lugar (confs. consid. XII, 6° párr. y IX, b, 3° párr.). De ahí que, concluye, el reconocimiento de los usos y costumbres indígenas “no entrañan –ni puede así ser considerado- la preterición de los derechos de terceros o de otros grupos (lo que se halla expresamente vedado por el art. 19 de la Ley Suprema), sino que, por el contrario, todos ellos, en tanto “se apoyan en una base común: la dignidad del ser humano (...) se sitúan en la línea del perfeccionamiento de los ideales constitucionales antes descriptos...”, en tanto “las diversas culturas (...) lejos de dividir y empobrecer a la humanidad, la enriquecen con el aporte de sus diversas perspectivas que, de tal modo, perfeccionan (...) a la persona y, en definitiva, al conjunto social” (consid. XII, párrs. 4º y 5º). Y concluye que esta solución es coherente con lo dispuesto por los documentos internacionales, tal el frecuentemente invocado Convenio 169 de la OIT sobre “Pueblos indígenas y tribales en países independientes” (1989) o el texto de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, organizada por la ONU (1993). El primero, es categórico cuando expresa que si bien dichos pueblos tienen “el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias”, ello solo es posible “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (art. 8.2). El segundo, de modo análogo, dispone que “debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos”, sin que ello implique ignorar que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e independientes y están relacionados entre sí” (art. 5) (consid. cit., párr. 6º).

El pronunciamiento muestra, pues, la tensa dialéctica “universalismo-multiculturalismo”, pero evade esos extremos: su respuesta transita la vía de la interculturalidad indagativa apostando, de la mano de la filosofía jurídica constitucional - histórica y actualizada- a la posibilidad del encuentro con el “otro” o, acaso, mejor, del

³⁰ Garzón Valdés, nota 9, p. 17.

³¹ Cfr, por todos con referencias doctrinarias y jurisprudenciales, Rabbi-Baldi Cabanillas, *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 3º, pp. 313-317.

demorado “reencuentro” entre quienes siempre estuvieron y quienes se fueron integrando con posterioridad.

VI. Conclusiones

Las páginas precedentes dan cuenta de la trabajosa búsqueda en torno de un fundamento común para el respeto universal de ciertos bienes fundamentales del ser humano. El campo de estudio ha sido la jurisprudencia constitucional latinoamericana, cuyas respuestas proporcionan estimulantes elementos de reflexión que sirven, además, para plantearse otro de los tópicos de este congreso: el tipo de filosofía jurídica que se pretende para nuestro medio.

Pues bien, con sus matices; objeciones y aciertos, la jurisprudencia examinada plantea un recorrido en el que, pasando revista al vibrante debate que protagonizan los planteamientos universalistas y multiculturalistas en sus diversas manifestaciones, propicia una interculturalidad, si cabe la expresión, “ascendente”. Es que si algún universalismo resulta posible, éste no puede realizarse al margen de la historicidad de las personas y las comunidades. Y si esa dimensión histórica alguna enseñanza ofrece, ella consiste en que su recorrido aspira a arribar al núcleo duro donde, en verdad, si dirime el sentido mismo de la existencia humana. Como explica Walzer, “cualquiera sea el origen de la idea de justicia, o cualquiera sean los argumentos en que se basa una u otra sociedad, quienes hablan de justicia terminarán encontrándose en un terreno común y concentrándose en puntos similares, tales como la tiranía política o la opresión a los pobres”³².

El camino de la interculturalidad así entendido puede ofrecer resultados más alentadores para una teoría de los derechos humanos que pretenda dar respuesta a los graves desafíos de la sociedad multicultural contemporánea. Por de pronto, permitiría despejar ciertos malentendidos semánticos. Así, que esa urdimbre de contenidos que desde la modernidad se conocen como derechos humanos se hayan tematizado de modo prevalente en Occidente, ni los hace “occidentales” (como se le reprocha, negativamente, fuera de ese ámbito geográfico-cultural o como lo asumen, positivamente, algunos –v. gr. el liberalismo-); ni, tampoco, los abstrae de la realidad (como advierten bien los comunitarismos en contra de las tesis “singularistas”). Es que –y esto es lo decisivo- la

³²Walzer, nota 29, p. 38. Cfr, asimismo, p. 41, en la que se lee: “los miembros de todas las diferentes sociedades, *porque son seres humanos*, pueden reconocerse unos a otros y a sus peculiares maneras, responder a las mutuas peticiones de ayuda, aprender los unos de los otros, y manifestarse (a veces) los unos en las manifestaciones de los otros” (énfasis añadido).

historia registraría que existe una universalidad dentro de las particularidades espacio-temporales que recorre la humanidad. El repudio del rapto de menores o el homicidio bajo una lógica de venganza; la violación en perjuicio de menores de edad; el destierro de quien no han cometido reproche alguno; la condena a la indigencia del inocente o la expulsión de un territorio por razón de raza, para no citar sino los ejemplos estudiados en estas páginas, parecen aludir a un universalismo, para apropiarme de una idea de Alexy, como “idea regulativa” que trasciende épocas y lugares pero que, conviene precisar, no está fuera de la historia. Por eso, escribe Walzer, el minimalismo moral es “reiterativamente particularista y localmente significativo” y se halla “íntimamente ligado con las moralidades máximas creadas aquí y allá, en lugares y tiempos específicos”³³.

Pero, además, al requerir la interculturalidad, metodológicamente, una apertura al “otro”, pone a éste último en el centro de la escena. Alexy lo ha explicado persuasivamente: “hay dos cosas que conducen a una estructura necesariamente comunicativa de la fundamentación práctica: primero, la posibilidad de argumentar acerca del peso relativo de los intereses, que se convierte en necesidad si se quiere un equilibrio de intereses justo y por lo tanto correcto, y segundo, la exigencia de tomar en serio al otro como individuo”³⁴.

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

De ahí que me parezca oportuno concluir con el testimonio de muchas mujeres indígenas latinoamericanas, es decir, de quienes proceden ámbitos en que lo personal (en el sentido de lo individual) tiende a considerarse menos gravitante que en otros contextos, por cuanto dichos estudios “manifiestan su intención de mantener tradiciones y cultura pero miran a ésta con los ojos críticos de sus propias vivencias, pidiendo ‘respeto a las tradiciones que no afectan o agreden a las mujeres indígenas’”, señalando que entre la lista de costumbres propias “que sí les gustan”, se hallan “cuando los padres no obligan a las niñas a casarse”; “que nos dejen estudiar” o que “*caminen por igual, hombres y mujeres*” (Causa Ruiz, consid. 13, párr. 4°, subrayado añadido). En definitiva, la

³³ Ibid., p. 40.

³⁴ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, reimpr. 1997 (del alemán por E. Garzón Valdés), p. 141.

encuesta refleja una fina enseñanza acerca del respeto incondicional del ser humano, que emerge de una firme apertura intercultural superadora de términos extremos que, para recordar a Leibniz, lejos están de resguardar el “estado óptimo”.