

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL ESTADO MULTICULTURALISMO, MINORÍAS Y GRUPOS ÉTNICOS

Marcela I. BASTERRA

SUMARIO: I. *Introducción: ¿qué significa multiculturalismo?* II. *El multiculturalismo en América Latina.* III. *Los inmigrantes o extranjeros.* IV. *Derechos comunitarios, derechos diferenciales y derechos individuales.*

I. INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ SIGNIFICA MULTICULTURALISMO?

El pluralismo es un arreglo institucional que le permite a los individuos elegir y construir un plan de vida necesario para poder escoger hacer X, con la posibilidad de hacer X, sin que nadie le impida hacer X, y que además cuente con los recursos para hacer X.¹

Consideramos que es necesario hablar de pluralismo, para plantear una sociedad en la que pueden darse las premisas del multiculturalismo a través del respeto a la autonomía personal. Esto es, que cada persona tenga el derecho individual de autodeterminarse y elegir su propio plan de vida; aunque sea en una sociedad donde es “diferente” o sea donde constituye una minoría, por pequeña que ésta sea.

El debate sobre el multiculturalismo nace en Norteamérica, sin embargo, el terreno más fértil ha sido Canadá. Este debate en su fase política pone a prueba los esfuerzos de la filosofía práctica de más de tres décadas: el debate liberalismo-comunitarismo.

Las sociedades modernas, *in primis* denominadas corrientemente como complejas, están estructuradas en torno a una heterogeneidad cultural. Ahora bien, la diversidad cultural no presenta sólo una forma sino varias. Acorde con el debate canadiense puede trazarse una línea demarcatoria

¹ Avaro Sosa, Dante, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, México, 1998, núm. 173, p. 219.

entre un Estado multinacional y otro dominado por problemas étnicos, un Estado multiétnico.²

Los “estados plurinacionales o multinacionales” son, en mayor o menor grado, unidades políticas centralizadas que ejercen la coerción en más de una “nación” al mismo tiempo. De esta manera una comunidad política organizada que contenga más de una nación no puede denominarse Estado-nación, sino más propiamente un Estado multinacional.

Muchas de las democracias occidentales contemporáneas, son o expresan la forma de gobierno de estados multinacionales. Muchos de los sangrientos e inhumanos genocidios de este siglo fueron luchas intestinas entre naciones y etnias.

Si entendemos “nación” como una comunidad política históricamente determinada, con instituciones para reproducir culturalmente su organización, veremos que todo el continente americano fue conquistado e invadido, y por ende anexado a naciones más poderosas. El devenir de la Conquista americana nos ha legado sistemas políticos que conviven en un *modus vivendi* con aquellas naciones primigenias denominadas hoy como minorías o comunidades indígenas.

Distinto es el fenómeno de los estados multiétnicos, en donde la diversidad etnocultural proviene del fenómeno demográfico de la inmigración de individuos y/o familias. Nuestro país es quizá dentro de América Latina el caso más acentuado de etnodiversidad, fruto de nuestra sistemática política de fronteras abiertas a la inmigración de individuos y/o familias. Un Estado puede ser multinacional al mismo tiempo que multiétnico. El caso paradigmático es Canadá.

La mayoría de los estados latinoamericanos son multinacionales con importantes minorías indígenas. Así, Argentina es un Estado poliétnico, pero al mismo tiempo es, si estamos comprometidos con el valor de la libertad, un Estado multinacional.³ De esta manera, siguiendo los términos del debate canadiense la diversidad cultural proviene de dos grandes

2 Aquí seguimos la ya clásica distinción realizada por Kymlicka, 1995, capítulo 2, entre estados multinacionales y estados poliétnicos.

3 Muchos dudarían de caracterizar nuestra comunidad política como un Estado multinacional. Por varios motivos, uno de ellos es que las tribus indias en la Argentina contemporánea son numéricamente muy pequeñas (en términos relativos de la población). Sin embargo, están. Y si los que están pueden observarse como una nación en los términos anteriormente expuestos de nación, no vemos motivos para no aceptarlo como un hecho.

fuentes: a) de la existencia de dos o más naciones en un mismo sistema estatal de coerción, y b) de la existencia de dos o más etnias dentro del mismo aparato estatal.

En el mundo actual la mayoría de los países son culturalmente diversos. De acuerdo a recientes investigaciones los 164 estados independientes del mundo contienen más de 600 grupos de lenguas vivas y 5,000 grupos étnicos; son escasos aquellos países en que en todo el territorio nacional se comparte el mismo idioma y poseen el mismo origen étnico-nacional.⁴

Las estructuras de las sociedades modernas se están viendo afectadas por el fenómeno de la multiculturalidad. Basta simplemente con recorrer las calles de Londres —por tomar uno de los ejemplos que más nos llamó la atención— para ver tanta cantidad de gente de otras razas; hindúes, paquistaníes, y en general personas provenientes de todo el mundo árabe. No solo se ven en las calles, viven en Londres, atienden supermercados, manejan taxis, envían a sus hijos al colegio; tienen su vida organizada en ese país. Otro tanto ocurre en el metro de París, hay tantas o más personas de raza negra; muchas de origen africano como parisinos. Se “integran” —por utilizar una palabra porque en forma definitiva no lo logran— arman sus vidas en otros países y se aglutinan en barrios donde pueden seguir viviendo, en la medida de lo posible, conforme a las costumbres de su raza o religión.

Este fenómeno ha traído no pocos conflictos en la medida que esas minorías étnicas y nacionales piden que se apoye y reconozca su identidad cultural. Kymlicka⁵ afirma que no puede aplicarse una fórmula única a todos los grupos, ya que las necesidades y aspiraciones de los inmigrantes son distintas de las de las minorías nacionales; criterio que compartimos.

Las “minorías nacionales”

La primera fuente del pluralismo cultural es la “multinacionalidad” siguiendo a Kymlicka⁶ y a O’Brien,⁷ la incorporación de las distintas

4 Laczko, Leslie, *Canadá's Pluralism in Comparative Perspective, Ethnic and Racial Studies*, 1994, 17/1, pp. 20-41.

5 Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, 1995, trad. al español en 1996, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, pp. 13-19.

6 Kymlicka, Will, *op. cit.*, capítulo 2, pp. 25-55.

7 Véase también O’Brien, Sharon, *Cultural Rights in the United States: a Conflict of Values*, *Law and inequality Journal*, 1987. pp. 267-358.

“minorías nacionales” puede darse en forma involuntaria, tal el caso de la invasión y conquista de una comunidad cultural con otra, o también puede darse en forma voluntaria como en el caso en que distintas culturas deciden formar una confederación para obtener beneficios mutuos.

Hay innumerables ejemplos de democracias occidentales que son multinacionales. Un caso claro es el de los Estados Unidos de América en el que existen diversas minorías nacionales; los indios americanos, los portorriqueños, los descendientes de mexicanos (chicanos), que vivían en el suroeste cuando los Estados Unidos se anexionaron a Texas, Nuevo México y California con posterioridad a la guerra mexicana de 1846-1848, los nativos hawaianos, los chamorros de guam y otros isleños del Pacífico.

Todos estos grupos fueron anexados mediante la Conquista o Colonización, sin embargo, tales grupos disfrutaban de derechos respecto de su lengua y del uso de su territorio. En Guam y Hawai, la lengua indígena (chamorro y hawaiano) tienen el mismo estatus que el inglés; en las escuelas y en los tribunales. En Puerto Rico, el idioma oficial es el español. Los nativos hawaianos, los esquimales de Alaska y las tribus indias también tienen legalmente reconocidos sus exigencias culturales y territoriales, asegurándoles representación en determinados organismos.

En los Estados Unidos, las minorías nacionales poseen diversos derechos cuyo objetivo es reflejar y proteger su estatus como comunidades culturales distintas, esto quizá se deba a que dichas minorías en forma permanente han luchado por mantener y acrecentar sus derechos. Otro ejemplo claro de multinacionalidad es lo que ocurre en Canadá; allí coexisten; los anglófonos, los francófonos y los indígenas. Esta convivencia, en muchos casos no es pacífica y trae como consecuencia graves problemas. En Quebec, donde se sienten amenazados por el predominio anglófono, pretenden restringir la entrada en el territorio de otros, también canadienses. En este sentido, se ha promulgado una ley por la cual, ni los francoparlantes ni los inmigrantes pueden enviar a sus hijos a escuela angloparlantes. Y las empresas que tengan más de cincuenta empleados deben ser dirigidas en francés.

Otro ejemplo es el caso de los indígenas, que pueden sentir su cultura amenazada de quedar asimilada a la cultura mayoritaria, adoptando el modo de vida de los canadienses blancos, francófonos o anglófonos; perdiendo así su identidad cultural. Los nativos indios de Canadá viven en reservas segregadas, regidos por una legislación un tanto discriminatoria entre indios y no indios. Los indios tienen restricciones con relación a la capacidad de usar la tierra y una prohibición de venderla. Los no

indios tienen restricción en otros derechos como movilidad, residencia y voto en ese territorio.⁸

II. EL MULTICULTURALISMO EN AMÉRICA LATINA

En América Latina el problema del multiculturalismo es doble. Académicamente es incipiente la importancia atribuida al debate filosófico de *marras*, y más aún, el debate político sobre la divergencia cultural y la convivencia pacífica moralmente consensuada de las divergencias etnoculturales. Sin embargo, el tema está “latente” y se ha comenzado por incorporar como derechos, ya sea “derecho de los pueblos indígenas”, o bien a propugnar una sociedad “abierta y multicultural”. Si analizamos los textos constitucionales reformados recientemente en América Latina, en ninguno de ellos faltan normas que se refieran al multiculturalismo en general; y normas específicas que se encarguen detenidamente de regular la situación de las minorías indígenas; aunque no en todos los países tienen el mismo estándar de protección. Recordemos que la mayoría de los países de América latina tiene un porcentaje altísimo de población indígena. En el caso de Venezuela,

Venezuela. artículo 119. El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley. Artículo 120. El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley. Artículo 121. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones

⁸ Véase Farell, Diego Martín, *El derecho liberal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 73-78.

culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones. Artículo 122. Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos. Artículo 123. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades. Los pueblos indígenas tienen derecho a servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a los pueblos indígenas el goce de los derechos que confiere la legislación laboral. Artículo 124. Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales. Artículo 125. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley. Artículo 126. Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional. El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional.

Artículo 260. Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

la amplitud de derechos otorgados a las minorías indígenas ha sido uno de los argumentos más fuertes en contra de la aprobación del proyecto que se transformó en Constitución en 1999; se ha sostenido que estos derechos se han sobredimensionado al otorgarles el reconocimiento de *nación y territorio indígena*, desproporcionado en relación a la presencia

poblacional de los mismos.⁹ Se reconocen a los idiomas indígenas como de uso oficial para dichos pueblos. Expertos en estudios de las fronteras venezolanas, consideran que de aceptarse los *derechos originarios* de los indígenas sobre la tierra de sus ancestros, basándose en el principio inalienable de la autodeterminación de los pueblos tal como lo establece el artículo de la nueva carta, los pueblos indígenas estarían en capacidad de exigir derechos para la explotación de sus propias tierras, con sus recursos naturales y minerales, la desmilitarización de las mismas, recibir préstamos internacionales y aún la destitución de los territorios que hayan sido dañados y/o confiscados. Se advierte que sería factible el desmembramiento de una porción del territorio venezolano.¹⁰ En los casos de Ecuador se reconocen como minorías nacionales a los indígenas y a los afroecuatorianos, la carta magna al igual que la de Colombia,

Colombia. Artículo 246. 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. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Artículo 329. La conformación de las entidades territoriales indígena se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el gobierno nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. Parágrafo. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo. Artículo 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios; diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo. Pro-

⁹ Basterra, Marcela, “Nuevas reflexiones entorno a la Constitución venezolana de 1999”, *Revista Científica de UCES*, vol. IV, núm. 2, noviembre de 2000.

¹⁰ Pérez Luciani, Ramiro, contralmirante(r), presidente del Instituto de Estudios Fronterizos de Venezuela, publicación en *El Universal*, 16 de diciembre de 1999.

veer las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución. Percibir y distribuir sus recursos. Velar por la preservación de los recursos naturales. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del gobierno nacional. Representar a los territorios ante el gobierno nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y las que les señale la Constitución y la ley. Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

Ecuador. Artículo 83. Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible. Artículo 84. El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios por esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socioambientales que les causen. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico. Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que de-

termine la ley. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen. Artículo 85. El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos, los derechos determinados en el artículo anterior, en todo aquello que les sea aplicable. Artículo 241. La organización, competencias y facultades de los órganos de administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas, serán reguladas por la ley.

tiene normas que en forma exhaustiva y detallada otorgan reconocimiento étnico preexistente, propiedad colectiva, no enajenable y aún funciones gubernamentales y jurisdiccionales de acuerdo a sus propios procedimientos. Se otorga la posibilidad de que uno o más territorios indígenas adquieran la categoría de “entidad territorial”. Asimismo, en ambos casos, se otorgan una amplísima carta de “derechos colectivos”, entre otros por ejemplo, el derecho colectivo de la propiedad intelectual de sus conocimientos ancestrales, el derecho colectivo a que no se dañe el ambiente, etcétera. También Bolivia, Nicaragua y Panamá, en sus respectivas Constituciones contienen normas de similar contenido.

Bolivia. Artículo 171. Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, 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 garantizando del uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.

Nicaragua. Artículo 89. Las comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y como tal gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones. Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones. El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales. Artículo 90. Las comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a la libre expresión y preservación de sus lenguas, arte y cultura. El desarrollo de su cultura y sus valores enriquece la cultura nacional.

El Estado creará programas especiales para el ejercicio de estos derechos.

Artículo 91. El Estado tiene la obligación de dictar leyes destinadas a promover acciones que aseguren que ningún nicaragüense sea objeto de discriminación por razón de su lengua, cultura y origen.

Panamá. Artículo 84. Las lenguas aborígenes serán objeto de especial estudio, conservación y divulgación y el Estado promoverá programas de alfabetización bilingüe en las comunidades indígenas. Artículo 86. El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizará programas tendientes a desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada uno de sus culturas y creará una institución para el estudio, conservación, divulgación de las mismas y de sus lenguas, así como la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos.

Artículo 104. El Estado desarrollará programas de educación y promoción para grupos indígenas ya que poseen patrones culturales propios, a fin de lograr su participación activa en la función ciudadana. Artículo 123. El Estado garantiza a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social. La ley regulará los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de las tierras.

El caso de México es distinto, establece en su artículo 4o.¹¹ que...

La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomaran en cuenta sus practicas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

De manera que, en primer lugar aún no tienen el reconocimiento del uso y goce de “propiedad colectiva”, y en segundo lugar, la terminología del comienzo de la norma: “La nación mexicana tiene una composición

¹¹ México. Artículo 4o. La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomaran en cuenta sus practicas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia...

pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas”; nos hace pensar que en principio se declara “nación pluricultural”, es decir, que acepta la pluralidad de culturas, y que si bien está basada “originalmente” en la población de origen indio; se aceptan otras culturas —por ejemplo extranjeros—. Si no fuera así diría “la nación mexicana tiene una composición pluricultural basada en sus pueblos indígenas”. En el caso del Paraguay,

Paraguay. Artículo 62. De los pueblos indígenas y grupos étnicos. Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo. Artículo 63. De la identidad étnica. Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena. Artículo 64. De la propiedad comunitaria. Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo. Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos. Artículo 65. Del derecho a la participación. Se garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, ésta Constitución y las leyes nacionales. Artículo 66. De la educación y la asistencia. El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural. Artículo 67. De la exoneración. Los miembros de los pueblos indígenas están exonerados de prestar servicios sociales, civiles o militares, así como de las cargas públicas que establezca la ley.

la población indígena tiene a nuestro criterio un *standard* superior que en otros países americanos, fijémonos en el articulado, además de ser reconocidos como de preexistencia étnica al Estado paraguayo, tienen derecho a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica,

cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior, que significado tienen estas prerrogativas ¿tienen su propio derecho?, ¿cómo van a participar en la vida política del país “de acuerdo a sus usos y costumbres”?, según surge del propio artículo 65 de la Constitución. Y, por último, están exonerados de prestar servicios civiles, militares, y de cualquier carga pública.

De modo que, a nuestro criterio hay una lesión en materia de igualdad en relación a los demás ciudadanos paraguayos. Se le otorga a las comunidades indígenas una gran cantidad de derechos comunitarios en claro detrimento de los derechos individuales de los demás habitantes.

El caso argentino

La Constitución nacional argentina —según el texto de 1853-1860— plasmó una norma, en el sector de atribuciones del Congreso de la nación (artículo 67, inciso 15);¹² que específicamente establecía: “Proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”. El desfase provocado por el anacronismo de tal precepto era más que evidente. En 1994, oportunidad en que se realizó la última reforma a nuestro texto constitucional, se introdujo en el artículo 75 correspondiente a las atribuciones del Congreso; el inciso 17, que establece:

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe intercultural, reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

¹² Lo que implicó una verdadera involución, pues ya la Asamblea de 1813 había establecido en las Provincias Unidas del Río de la Plata la libertad de los indios y la igualdad con los demás ciudadanos (12 de marzo de 1813) y su derecho de sufragio (4 de mayo de 1813). Por su parte, el artículo 128 (CXXVIII) de la Constitución de las Provincias Unidas en Sudamérica, de 1819 (del 22 de abril), establecía: “Siendo los indios iguales en dignidad y en derechos a los demás ciudadanos, gozarán de las mismas preeminencias y serán regidos por las mismas leyes. Queda extinguida toda tasa o servicio personal bajo cualquier pretexto o denominación que sea. El cuerpo legislativo promoverá eficazmente el bien de los naturales por medio de leyes que mejoren su condición hasta ponerlos al nivel de las demás clases del Estado”.

Cabe mencionar como antecedentes a este paso de los convencionales constituyentes de 1994:

- 1) Entre otros aspectos regulados por la Ley Nacional 23.302 (B.O. 12 de noviembre de 1985), se declaró de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la nación, respetando sus propios valores y modalidades (lo que incluía el acceso a la propiedad de la tierra, el fomento de su producción, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes). Asimismo, se creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI). Cabe recordar que debieron transcurrir más de tres años, para que tal normativa fuera reglamentada; ello, se concretó por medio del decreto nacional número 155/89 (B. O. 17 de febrero de 1989).
- 2) Por medio de la Ley Nacional número 24.071 (B.O. 20 de febrero de 1992) se aprobó el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (número 169), adoptado en Ginebra en 1989 en la 76a. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo,¹³ por el cual se revisa el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales de 1957 (número 107), aprobado por la Ley Nacional número 14.932 (B. O. 29 de diciembre de 1959).¹⁴

En la etapa preconstituyente y durante el curso de las sesiones de la Convención Constituyente de 1994 fluía la idea de la urgente necesidad de legislar la integración de las comunidades indígenas y el respeto por su identidad cultural, además de positivar el reconocimiento de su preexistencia étnica y cultural. Fue así como en la Comisión 5 sobre Nuevos

¹³ Permítasenos formular una aclaración: si bien el aludido Convenio fue aprobado por la mencionada Ley nacional núm. 24.071, la administración del ex presidente Carlos Saúl Menem (iniciada en 1989 y concluida en 1999) se negó sistemáticamente a efectivizar el depósito en sede internacional del instrumento ratificatorio. Afortunadamente, el nuevo gobierno (encabezado por Fernando de la Rúa) ha formalizado el pertinente depósito en Ginebra durante el curso de junio de 2000 (véase *La Nación*, 18 de junio de 2000, Bs. As., Rep. Arg., p. 22). Aclaración de Bazán, Víctor en el trabajo citado en nota núm. 19.

¹⁴ Bazán, Víctor, "La cláusula constitucional sobre derechos indígenas, la diversidad cultural y la relación derecho penal estatal y derecho consuetudinario aborígen", *Revista Científica UCES*, vol. IV, núm. 2, septiembre de 2000.

Derechos y Garantías, específicamente en materia de “identidad étnica y cultural de los indígenas”, se consideraron 84 proyectos firmados por 116 convencionales. Con el correr de los debates, la tendencia fue decantándose hacia dos despachos: uno de mayoría, votado por 102 convencionales y, el restante, de minoría sufragado por 14 convencionales. El dictamen mayoritario proponía un reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas; mientras que el minoritario propiciaba un reconocimiento de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas.¹⁵

La metamorfosis de la cláusula constitucional hoy vigente incluyó una curiosa variación de opiniones, pues —como rememora Castells— en la sesión ordinaria del 10 de agosto de 1994, la declaración de la nación “pluriétnica” y “pluricultural” obtuvo 184 votos afirmativos contra 84 negativos; pero, sorpresivamente, en la sesión del día siguiente la declaración —tal como terminó inserta en el texto constitucional— fue aprobada unánimemente. La cláusula protectiva de los derechos indígenas se encuentra en el artículo de atribuciones del Congreso de la nación, por la consabida y teórica prohibición contenida en la Ley de Declaración de Necesidad de Reforma, número 24.309 (artículo 7o.) de modificar la parte dogmática de la Constitución nacional apelando a una pauta valorativa que integra el plexo de derechos insoslayables que, a su vez, nutren lo que Bidart Campos denomina el derecho constitucional de la libertad y “la expansión de sentido del plexo axiológico en la parte orgánica”.¹⁶

III. LOS INMIGRANTES O EXTRANJEROS

- 1) Decíamos al inicio de la segunda parte de este trabajo que, hablar de “multiculturalismo” es hablar de pluralidad de culturas, pluralidad de religiones, pluralidad de lenguas y también pluralidad de planes de vidas.

¹⁵ Castells, Alberto, “El derecho de las culturas en la nueva Constitución nacional” en Bidart Campos, Germán J. y Sandler, Héctor R. (coords.), *Estudios sobre la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 108.

¹⁶ Bidart Campos, Germán J., “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, T I-A, nueva ed. ampliada y actualizada 1999-2000, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 358 y ss.

Tal como lo mencionamos, consideramos que no es lo mismo hablar de multinacionalismo o “minorías nacionales”, como el ejemplo de los indígenas o de los canadienses francófonos o anglófonos, que la pluralidad de culturas a la que adscribe un país abriendo sus puertas a la inmigración.

No es lo mismo un ciudadano rionegrino —argentino— que pertenece a la comunidad *Mapuche*; que las colonias de inmigrantes extranjeros que han arribado en los últimos siglos a la Argentina.

El artículo 75, inciso 19 de nuestra Constitución refiere que: “Corresponde al Congreso... dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural...”. Esto es una aceptación del multiculturalismo y de la existencia de personas con planes de vida “totalmente diferentes”, pero ¿qué leyes sancionará el Congreso? Un caso, por ejemplo, el de la “ley antidiscriminatoria”. Si analizamos lo ocurrido en nuestro país —a modo de ejemplo— en 1913 se informaba que, en sólo un año habían ingresado al país trescientas veintidós mil personas, fueron las cifras más altas registradas en América Latina durante los siglos XIX y XX. Sólo Estados Unidos recibió una inmigración similar. Los mismos pertenecientes a las comunidades españolas y la italiana, en primer lugar, seguidas por las comunidades de origen semita, una, de raíces árabes, provenientes en su mayoría de Líbano, Palestina y Siria, y la otra de origen judío proveniente del centro de Europa y de las comunidades sefaradíes, descendientes de aquellas familias expulsadas de España en la época del descubrimiento de América. También llegaron comunidades más pequeñas como alemanes, suizos, ingleses, franceses, checos, polacos, etcétera.

Que a fines del siglo XX y principios del siglo XXI, en lugares como Boznia y Sarajevo se hable de mantener la “pureza de la raza”, suena “escalofriante” y resulta alentador, entonces, que en otros países al menos, desde sus normas traten de pensar en una “ciudadanía multicultural”.

- 2) Ahora bien al hablar de “multiculturalismo” vemos algunos ejemplos comunes, los musulmanes en Francia piden que sus hijas puedan concurrir a clase con velo, los *shiks* en Gran Bretaña solicitan, alegando su autonomía, no usar cascos para transitar en motocicletas, éstos son los casos de “relativismo cultural”, aquellos como dice Farrell;¹⁷ que no nos molestan.

¹⁷ Farrell, Diego Martín, “Multiculturalismo y multimoralismo en las relaciones internas e internacionales”, *Apunte analizado en la materia “filosofía política”,* maestro en derecho UP, primer cuatrimestre de 2000.

Sin embargo, es necesario distinguir el “relativismo cultural” del “relativismo moral” y para definir este último el citado autor se basa en el principio Milliano del daño. De acuerdo al mismo las conductas se dividen en a) autorreferentes, b) las conductas que afectan a un tercero con su consentimiento, c) las conductas que afectan a un tercero, pero sin su consentimiento.

Las conductas autorreferentes y las que causan daño con consentimiento, estarían protegidas por el principio de autonomía personal. No integran el ámbito de la moral, sino el de la prudencia. Es dañoso para mi salud que yo fume, es imprudente pero no es inmoral. Asimismo las conductas que dañan a terceros no son inmorales si hay consentimiento por parte de éste, siempre y cuando se trate de un adulto, mayor de edad; normal, o sea en plenas facultades mentales.

En cambio, sí podemos hablar de conducta inmoral cuando se causa un daño a un tercero sin su consentimiento, o el consentimiento es prestado por un menor o persona no apto en sus facultades mentales. Por ejemplo, ciertos musulmanes practican la ablación del clítoris de sus hijas, pero esa práctica en un país occidental sería un claro caso de daño a terceros sin su consentimiento.

Todos los defensores del multiculturalismo recurren siempre a ejemplos como los del velo, y es comprensible, porque es el típico caso de multiculturalismo de “diversidad cultural”, que normalmente todos estamos dispuestos a aceptar. Sin embargo, no estamos dispuestos a aceptar la diversidad moral.

IV. DERECHOS COMUNITARIOS, DERECHOS DIFERENCIALES Y DERECHOS INDIVIDUALES

1. *Minorías nacionales*

Este tema indudablemente genera una polémica entre “comunitaristas”; quienes justifican la existencia de derechos comunitarios. Tal el caso de Taylor¹⁸ que ataca las posturas individualistas acusándolas de “atomismo”, agregando que la identidad de los individuos autónomos requieren una matriz

¹⁸ Taylor Charles, “Atomism”, *Philosophy and the Human Sciences*, Cambridge University Press, 1885, p. 209.

social. Hegel¹⁹ ya se había adelantado cuando expresaba que “lo que somos como seres humanos lo somos sólo como comunidad cultural”. Toda vez que la diversidad cultural se manifiesta con demandas grupales o colectivas, y si ésta es fruto del ejercicio de la autonomía individual —que no es otra cosa que la capacidad de las personas de escoger lo mejor para sus vidas— estamos ante un problema de una sociedad plural que se resolverá dentro de un Estado liberal, en la medida en que esas demandas afirmen para su solución los valores morales de la sociedad política.

Cuando las demandas de diferenciación y de afirmación de identidades se afianzan negando los valores morales de la sociedad política, el Estado liberal no puede sino ser parcial frente a esas demandas de pertenencia y resolver, según ciertos comunitaristas, en nombre y a favor de la nación más poderosa de ese Estado multinacional.

Ahora sabemos que toda divergencia y pluralidad cultural que surge mediante el ejercicio de la autonomía es compatible con la construcción y defensa de una sociedad liberal plural. Mientras que aquellas identidades culturales que no respetan el consenso de los valores morales de la sociedad política, no ejercitan su identidad cultural por elección sino por descubrimiento, como sostiene enfáticamente Sandel.²⁰ De esta manera, un Estado multinacional puede tener graves conflictos en su seno, en la medida que, las concepciones de la buena vida no puedan ser compensadas razonablemente por su propia inconmensurabilidad.²¹ Las democracias liberales contemporáneas, incluidas algunas latinoamericanas, han dado importantes pasos en la resolución práctica de este problema. Las democracias han trabajado en dirección de los derechos diferenciales.²²

El mecanismo más utilizado es la sanción de derechos (diferenciales) poliétnicos, es decir, una política cultural y educativa multicultural. La adopción por parte del Estado en la curricula de enseñanza de la cultura de las naciones primigenias. La posibilidad, por parte de los indígenas, de recibir educación formal bilingüe. Normalmente estos derechos no son temporales, puesto que lo que los mismos protegen debe ser un incre-

¹⁹ Citado por Sandel, Michael J., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, 1982, p. 249.

²⁰ Sandel, Michael, “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”, *Political Theory*, 1984, pp. 81-96.

²¹ Avaro Sosa, Dante, “El multiculturalismo como desafío en las sociedades políticas latinoamericanas”, *Revista Jurídica UCES*, núm. 2, invierno de 2000.

²² Véase Kymlicka, 1995 y 1996.

mento del acervo cultural del Estado multinacional o multiétnico. En casi todas las sociedades donde se aplican derechos o políticas activas de promoción cultural y religiosa, éstos no interfieren con la eficiencia institucional y económica de la sociedad.

El problema de los derechos diferenciales tiene para el Estado liberal un adicional: el Estado deja de ser neutral con respecto a los ciudadanos pertenecientes a las otras naciones. Por ejemplo, por cada peso que el Estado invierte en editar manuales escolares bilingües deja de invertir en la subvención al Museo de Arte Contemporáneo Rufino Tamayo. De esta manera la parcialidad del Estado respecto a los derechos poliétnicos es un grave problema en la medida que la no neutralidad del Estado sea percibida como un agravio y no como un mal necesario para los ciudadanos pertenecientes a la nación más poderosa.

Si bien éste es un grave problema existe otro de dimensiones colosales. Tal es el caso de los derechos de autogobiernos reclamados insistentemente por las minorías nacionales indígenas en América Latina.²³ Normalmente el autogobierno es un reclamo válido, en la medida que es necesario para poder administrar el gobierno y la justicia a una nación acorde con sus valores culturales. Pero el autogobierno viene con una demanda extra: la tierra donde la nación se establece.

Normalmente, y en el caso de América Latina sería así, el reclamo de autogobierno lleva a la secesión. Pero la secesión en sí misma no es una pesadilla moral, como recalca muy bien Kymlicka. El caso de Noruega que a principios de siglo se separó de Suecia y sucedió pacíficamente. Pero éste es un caso aislado y más bien raro. Si dos naciones ya no pueden convivir más pacíficamente bajo un mismo Estado multinacional, habríamos de esperar que se separen pacíficamente. Y hay un elemento adicional, normalmente las secesiones implican separación territorial, y en el caso latinoamericano, este territorio puede tener un valor geoeconómico vital, de allí que una secesión pacífica es cuando menos una expresión de deseo.

Farrel²⁴ no justifica los derechos comunitarios por considerar que cercenan derechos individuales. Explica el autor, que aquel ejemplo en el

²³ Al menos eso es lo que sostienen sus portavoces autorizados. Existe un gran debate *a fortiori* de los hechos ocurridos en Chiapas. Y la pregunta repica en cada corrillo de poder: ¿los indígenas en verdad quieren un autogobierno, o sólo desean que le respeten sus creencias?

²⁴ Farrell, Diego Martín, *op. cit.*, pp. 73-76.

que decía que el derecho de propiedad colectiva de los indígenas cercena los derechos individuales de las demás personas de transitar esas tierras, permite advertir con claridad la función de los derechos comunitarios. El derecho comunitario respecto de la propiedad restringe el derecho individual de usar y vender la propia tierra. Los derechos comunitarios vinculados a la cultura de dicha comunidad, restringen los derechos individuales de transitar, de residir y de votar respecto de los demás ciudadanos. En realidad, si los comunitaristas —aclara Farrell— describen la actitud de los blancos respecto de los aborígenes como una “invasión” en lugar de restringir los derechos individuales de los blancos en su propio país. Deberían convertirlos en extranjeros, esto es permitirles la secesión y entonces ahí sí impedir la invasión de los blancos en el nuevo Estado.

Nosotros no compartimos esa postura y además consideramos que América Latina tiene la necesidad de construir y mantener la unidad de los estados multinacionales. Tiene la obligación de preservar la riqueza cultural, la diversidad etnográfica, puesto que éste es un valor que conforma positivamente sus instituciones, prácticas y conocimientos culturales. Pero al mismo tiempo que las sociedades políticas latinoamericanas implementen derechos poliétnicos y especiales de representación, tienen que cuidarse del peligro de la secesión. Con un riesgo adicional: que minorías económicamente ricas utilicen argumentos de autogobierno para separarse del resto de la sociedad pobre y sin posibilidades de mejorar por sí sola su *performance* económica.

2. *Los extranjeros*

El Estado argentino, coherente con las normas emanadas de su carta magna, tal como reza el preámbulo; “para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino...”; el artículo 14 al establecer la libertad de cultos, el artículo 20 al establecer los derechos de los extranjeros, el artículo 75, inciso 19 —antes mencionado— nada tendría que objetar si la comunidad musulmana tuviera colegios en los que el uniforme de las niñas incluye el velo en la cabeza. Sin embargo, no estamos dispuestos a aceptar que los musulmanes que viven en Argentina realicen la ablación del clítoris de sus hijas.

¿Entonces, deberían tener derechos comunitarios los extranjeros de una colectividad que viven en un país que no es el suyo —no importa que sea o no Argentina—? Estamos seguros que no, y ello porque de

otorgarles el derecho colectivo de vivir conforme a sus costumbres estaríamos aceptando el “multimoralismo”, y con ellos determinadas prácticas que van en contra, desde la concepción de nuestro derecho penal liberal que nos rige, hasta de uno de los derechos fundamentales plasmados en nuestra Constitución. El principio de autorreferencia, cuyo único límite es no dañar a terceros. Éste es un caso claro de daño a terceros.

Es difícil imaginar que una democracia occidental moderna prohíba la diversidad cultural, aunque especialmente no le agrade. Sin embargo, es factible la protección de la diversidad cultural por medio de la protección de derechos individuales; a través del que consideramos eje de esos derechos fundamentales, porque para ejercer la mayoría de los derechos individuales es precondition el requisito de la plena autonomía personal.

La mejor manera de preservar los rasgos multiculturales que aparecen dentro de un Estado y que pueda darse una coexistencia pacífica, es sin duda, a través del respeto más absoluto por la autonomía personal. Es permitir que cada persona pueda realizar su propio plan de vida

Quisiéramos finalizar siguiendo al filósofo Jhon Rawls en su último trabajo titulado “liberalismo político”; destacando la importancia de que en una sociedad democrática como la nuestra se manejen principios como el que ha titulado “pluralismo razonable” pretende decir que las sociedades modernas:

No se caracterizan meramente por el hecho de un pluralismo de doctrinas religiosas, filosóficas y morales abarcativas, sino más bien como un pluralismo de doctrinas incompatibles entre si pero, aún así, razonables; lo que significa que a pesar de haber desacuerdos razonables entre los individuos todos debemos convivir en esa sociedad y la ley fundamental que la rige debe interpretarse de manera de no favorecer los derechos de un sector en detrimento de otros.

Este concepto aparece, sin duda, como “un rasgo permanente de la cultura política de la democracia”.²⁵

²⁵ Rawls, Jhon, “Liberalismo Político”, trad. de Roberto Gargarella, Apunte del maestro en derecho constitucional y derechos humanos de la Universidad de Palermo-Buenos Aires, primer cuatrimestre de 2000.