

# Las memorias en los postines indígenas. Como entender una constitución multicultural\*

## Memories in indigenous postines. Understanding multicultural constitution

Carlos Arturo Hernández\*\*

### Resumen

Este artículo pretende examinar críticamente el alcance de los conflictos concernientes a las políticas públicas y su ejecución bajo los sistemas de “*pluralismo jurídico*”, también denominados por algunos autores de “constitucionalismo multicultural”. Particularmente, el análisis se practica en los supuestos de antagonismo de las fuentes materiales que producen el derecho, -el positivo –legalista y el consuetudinario.

**Palabras clave:** Democracia, constitucionalismo, multiculturalidad, libertad e Igualdad

### Abstract

This paper examines critically, the reach of conflicts concerning public policy and its implementation under the systems of “legal pluralism”, also known by some authors like “multicultural constitutionalism”. Particularly, the analysis is performed in assumptions of antagonism

**Key Words:** Democracy, constitutionalism, multiculturalism, freedom and equality

---

Fecha de Recepción: 8 de mayo de 2014

Fecha de Aprobación: 22 de junio de 2014

\* El presente artículo de reflexión hace parte del Proyecto financiado por la Universidad Libre, facultad Derecho, seccional Bogotá, Titulado *Formas de reparación de los derechos de los indígenas*.

\*\* Abogado, magister en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica, Estudios del Doctorado en Derecho Universidad Externado de Colombia, Docente Investigador de la facultad de Derecho, de la Universidad Libre, el presente texto hace parte del proyecto patrocinado por la Universidad Libre y hace parte del informe de investigación, patrocinado por la Universidad Libre, Facultad Derecho, titulado Los Derechos Colectivos de los indígenas, “desde la perspectiva del daño y sus posibles formas de reparación”, con fecha de terminación Junio de 2014. email: carlosa.hernandezd@unilibrebog.edu.co.

## Introducción

Para calibrar la naturaleza de los conflictos y sus implicaciones políticas y éticas en los modelos existentes de ciudadanía, democracia y Estado, en lo referente a la población indígena, se hace necesario señalar que el ideal democrático tiene muchas interpretaciones y aplicaciones diferentes, no puede ser implementado sin reconocimiento de principios básicos. Pero, ¿Qué principios se deben de considerar como básicos? ¿Qué jerarquía establecer entre ellos?

Se pretende responder a esas preguntas en este trabajo y con este propósito se presta atención en el mismo al desarrollo de la sobre enfatización de algunos de estos principios en detrimento de otros, particularmente, en los procesos de fortalecimiento identitario y de sus aparatos simbólicos y a las tensiones y paradojas que emergen entre el ideal de la *interculturalidad* política y las prácticas jurídicas divergentes que afectan a las políticas públicas.

Especialmente, por el hecho de que el término “democracia” puede ser usado en muchos sentidos diferentes. Se habla de democracia política, económica, racial, social. Pero, el factor esencial para este trabajo, es que la democracia expresa una dimensión ética y la ética democrática niega que un grupo o clase tenga un conocimiento especial o una virtud moral que lo habilite a juzgar lo que es bueno, para otros mejor de lo que ellos puedan juzgar para sí mismos.

La adhesión a una constitución escrita y al orden constitucional ha sido un objetivo central en el liberalismo político. El orden constitucional mismo ha devenido en un

mito global, en nuestra época,<sup>1</sup> como universo simbólico de la esencia misma de la política democrática y como fuente de legitimación de la acción gubernamental y del ejercicio ético de las responsabilidades públicas.

La constitución se ha propuesto históricamente –y se propone– como un marco de gestión pacífico de las diferencias políticas y de los conflictos sociales y, asimismo, se la ha tomado, en el debate social, como referente de la ética pública.

El debate sobre de qué manera los principios, los métodos y las reglas políticas deben incorporar una ética democrática ha desembocado, en la actualidad, en las denominadas “políticas de reconocimiento” y ha dado lugar, a una revisión del constitucionalismo, si bien, hay que tener en cuenta, que es un debate que discurre, en el marco contemporáneo de un Estado-Nación, que ha visto disminuidas sus capacidades reales de actuación política.

En ese contexto, se produce la emergencia de un *neo-constitucionalismo*, el denominado *constitucionalismo multicultural*–, de cuya aplicación se ha esperado –y se espera– repercusiones en las políticas públicas, a la hora de determinar quiénes deban de ser sus beneficiarios y cuál debe ser su alcance social. Esta última cuestión: a quién benefician las políticas públicas va, recientemente, aparejada a la aparición *del constitucionalismo multicultural*, pues, éste se inscribe en una problemática más amplia, a saber, la de las transformaciones sociales asociadas con los procesos de globalización y la incorporación de minorías subalternas

<sup>1</sup> Para algunos autores el “*constitucionalismo multicultural*”, es expresivo de la asunción de los intereses, las necesidades y los valores de los gobernados, pero en sentido “comunitario”.

como agentes de derecho en los Estados plurinacionales y pluriétnicos. Las minorías subalternas entran en el terreno de juego propugnando una democracia que no se agote en los procesos electorales, sino que sea expresiva de una ética política orientada a la aceptación de las diferencias, partiendo de la idea de que existen problemas compartidos (Bobbio, 1995, p. 102)

Así, la aparición *del constitucionalismo multicultural* ha tenido lugar en contextos en los que la *multiculturalidad* es un tipo de condición social que resulta de la coexistencia y sobreposición de diversas culturas en un mismo territorio político y social. Esta es una situación cuyos orígenes causales son, a su vez, diversos; puesto, que es una condición producida históricamente de diversos modos<sup>2</sup>, pero ignorada en el tiempo ya que los proyectos *nacionalistas* trataron de producir social, política y discursivamente la homogeneidad del Estado-Nación. En esta misma línea, cabe considerar que el multiculturalismo prospera en una época de debilitamiento y desarticulación de los Estados-Nación. Por eso, durante la mayor parte del siglo XX el reconocimiento multicultural no tenía cabida, a no ser en unos pocos países. El proceso de debilitamiento de los Estados-Nación por los poderes transnacionales ha

<sup>2</sup> Por lo general, la condición multicultural deviene de los procesos de colonización; de las reconfiguraciones estatales producto de las guerras mantenidas a través de siglos, que fueron resueltas con anexiones territoriales, cuando estos territorios anexionados estaban habitado por minorías con culturas diversas; proviene de los procesos migratorios y de redistribución forzada de poblaciones derivada de los cambios producidos por los procesos de acumulación y articulación del sistema capitalista mundial y de las guerras comerciales contemporáneas.

hecho posible que el multiculturalismo se refleje en el derecho positivo, o al menos que se intente reflejar.

De hecho, el *neo-constitucionalismo multicultural* se caracteriza por ser una nueva forma evolutiva del constitucionalismo contemporáneo, definido después de la segunda guerra mundial,<sup>3</sup> con algunos cambios respecto del constitucionalismo decimonónico. Algunos oponen resistencias a considerar al *constitucionalismo multicultural* como un neo-constitucionalismo. Pero no se cree que resulte excesivo darle ese trato, pues, los cambios que introduce en el tratamiento *legal-constitucional* de las culturas minoritarias pueden analizarse como la expresión de un neo-constitucionalismo, que revisa el papel de los sujetos colectivos minoritarios, como agentes de derecho. Revisa las garantías atribuibles a éstos y los ámbitos públicos de intervención legitimados, a través de los cuales las políticas públicas se estructuran y aplican como acciones de multinivel. Dicho de otro modo, como acciones en la que, cada vez, intervienen más instancias regulativas.

Todos esos aspectos han tenido impactos evidentes en el paradigma clásico del Estado constitucional y han determinado el sentido de su evolución. Por otro lado, están dando lugar a una determinada teoría del Derecho comunitarista que da cuenta de esos cambios y re-examina, bajo otra mirada, los conflictos y tensiones que los han provocado. En particular, en los antagonismos suscitados por los desacuerdos surgidos sobre cuál debe

<sup>3</sup> Esta etapa del constitucionalismo se gesta a mediados del siglo XX. Se manifiesta como consecuencia de las secuelas dejadas por la segunda guerra mundial, los procesos de integración interestatales y la caída del muro de Berlín.

ser la orientación de las políticas públicas en relación a las minorías culturales, la autoridad que las impone y la implementación geográfica de éstas, si bien, ha tenido poco en cuenta cómo afectan éstas a los individuos, particulares y concretos. El orillar el papel del individuo es un aspecto muy significativo, desde el punto de vista de la ética democrática. Pues, hay que tener en cuenta, que en sus esferas de actuación la ética democrática<sup>4</sup> se caracteriza por ser inclusiva. Como tal debe engendrar, -y el neo-constitucionalismo multicultural no puede ser una excepción-, un compromiso activo para hacer posible que quienes no pueden participar, lo hagan.

Obviar los múltiples rasgos y expectativas que conforman la realidad de cada individuo genera problemas sobre la naturaleza de la democracia. Si el concepto de democracia es parte fundamental del discurso sobre el que se basa el neo-constitucionalismo multicultural, éste tiene que integrar en su seno, el valor de la libertad, pero, igualmente, la posibilidad de elección y participación de los sujetos políticos, tanto individuales como colectivos, aunque la democracia como expresión de realidad se pueda formular a partir de un conjunto de creencias y conocimientos que tengan su asentamiento en la tradición cultural y, en ésta tradición prime la colectividad cultural sobre el individuo, particular y concreto. Hay riesgos nuevos que se introducen. Uno de ellos, que la moral cultural deje de ser una opción para convertirse en un código obligatorio.

<sup>4</sup> El principio de inclusión está, a su vez, hermanado con la responsabilidad, la tolerancia y la solidaridad. Son los recursos que hay que invertir para acumular capital social.

En las nuevas constituciones que se han otorgado en las últimas décadas del siglo XX<sup>5</sup>, tiende, en muchos sentidos, a ignorarse esta realidad<sup>6</sup>.

En éstas se aprecian varias tensiones o conflictos jurídicos, que, o, bien, esconden conflictos territoriales, o culturales, o ambos a la vez, como sucede en algunos Estados-nación europeos, pero, también, esconden conflictos soterrados sobre quiénes resultan beneficiarios de las políticas públicas y por qué y cuál debe ser el papel del individuo, bajo los elementos constituyentes del sistema de creencias que estabilizan o desestabilizan la relación del sujeto con el entorno.

Entre éstas, las tensiones más sobresalientes, se hallan en primer lugar, las tensiones entre el *concepto constitucional liberal* (las Cartas de Derechos liberales) (Kymlicka, 2009, p. 29)<sup>7</sup> y el *reconocimiento*

<sup>5</sup> Particularmente, las promulgadas en Latinoamérica orientadas al reconocimiento de los derechos indígenas.

<sup>6</sup> En particular, en las Constituciones otorgadas en Latinoamérica en las que se pretende *restaurar* como sujeto colectivo a las comunidades indígenas.

<sup>7</sup> Los teóricos liberales ante este marco de tensiones abogan por un tipo de multiculturalismo. Este multiculturalismo es tomado como un modo de democratización de sus países, como sucede con Kymlicka por ejemplo. Este, cuando se ponen a examinar la relación entre las culturas y las formas de convivencia e integración entre ellas, tiende a asumir que el liberalismo es la cultura moderna y occidental. Esta es la falacia de la *conversión de una ideología en cultura*. Supuesto común en las soluciones aportadas a todo el liberalismo. Incluyen, como soluciones, las propias estrategias de dominación. Se pasa, entonces, a discutir cómo integrar a miembros de otras culturas en instituciones liberales o a conceder espacios institucionales especiales a pueblos colonizados que ahora se han vuelto minorías subalternas en el seno de los

*constitucional* de las diversas concepciones morales y políticas de las minorías culturales y sus aspiraciones; y, en segundo lugar, las tensiones entre el derecho de las minorías a la autodeterminación y los principios de centralización política y jurídica de los “estados unitarios” que promueven la centralización y homogenización de los Estados-nación, incluso, aquellos que históricamente han sido de naturaleza pluriétnica y plurilingüística.

Hasta hace muy poco el multiculturalismo, como problema, se estaba tratando de resolver mediante la aprobación de derechos específicos y complementarios y no, mediante la institución de formas de gobierno o diseño del régimen político. Esto es, mediante el diseño de la participación de las otras culturas en la deliberación y legislación de todos los derechos, incluidas, las políticas públicas. Las colectividades que demandaban en Europa el reconocimiento del derecho a su diferencia, no se planteaban la reforma del régimen político, en su forma general, rediseñando instituciones con carácter multicultural<sup>8</sup>, sino la inclusión de nuevos derechos en la estructura de derechos e instituciones ya existentes y de la norma escrita jerárquicamente superior, la constitución. Esa demanda ha estado basada en un hecho, a saber que, en el interior de las democracias, los derechos con fuerza normativa ya no son sólo los derechos humanos, sino los derechos

de ciudadanía, más contextuales y cambiantes que los anteriores. Y, aquí, las respuestas planteadas por cuestiones multiculturales relacionadas con la inmigración y el acceso a la ciudadanía dependerán, por una parte, de cuál sea el modelo que se maneje en relación al concepto de integración y, por otra parte, de las características de la sociedad de acogida. Dicho concepto no significará lo mismo según se adopten los patrones morales e intelectuales de un modelo asimilacionista, hegemónico o de pluralismo cultural.

Pero, en todos los casos, estos procesos de debate sobre la inclusión de otras culturas en la deliberación y legislación de todos los derechos han provocado una reflexión sobre el *pluralismo jurídico* y la ética democrática que entiendo ha sido decisivo para conectar las evoluciones jurídicas e institucionales derivadas del reconocimiento de la legitimidad de las culturas con los procesos y fuerzas sociales reales, movilizados en el ámbito de las sociedades civiles locales, nacionales, estatales y –crecientemente– regionales.

## 1. El pluralismo jurídico y la crisis de legitimidad de la justicia

¿Cómo surge el pluralismo jurídico, cuando la herencia universalista e igualitaria de la Modernidad había hecho de él un recuerdo? Como se ha dicho, en el contexto relacional de las sociedades multiculturales<sup>9</sup> se dan con

estados modernos. El pensar multiculturalmente lo moderno se vuelve algo homogeneizado por el liberalismo, a la vez que borra las diferencias internas, pretende entender e integrar en las otras culturas que el liberalismo es la cultura moderna y occidental.

<sup>8</sup> Salvo en algunos casos en América Latina, donde sí se ha pretendido rediseñar aspectos concernientes al gobierno y a los modos de gobernar.

<sup>9</sup> En relación a la multiculturalidad de las sociedades occidentales y los debates abiertos, hoy están fuera de discusión varias cosas: 1) que todos los humanos somos seres culturalmente enraizados; 2) que la igualdad no se contraponen conceptualmente sólo a la desigualdad política y social, sino también a la diferencia cultural; 3) que las tres primeras olas de derechos presentes en las constituciones de raíz liberal –las olas de derechos liberales, democráticos

relativa frecuencia tensiones entre tradiciones culturales diversas, que, cuestionan la eficacia de los modelos normativos unitarios de control y reglamentación estatales. De ahí, que se diga que estos modelos han entrado en crisis.<sup>10</sup> Al menos, han entrado crisis en aquellos Estados-nación históricamente plurales, territorial, cultural y étnicamente. Estas crisis vendrían, según esta interpretación jurídico-ética representada particularmente por Jacques Vanderlinden, a reflejar otra de naturaleza más compleja, a saber, la crisis de *legitimidad* y de *funcionamiento* de la justicia y de la administración estatal. (Wolkmer, 2002, p. 38)

Vanderlinden (1989) afirma que la causa directa del pluralismo jurídico debe situarse en la propia crisis de la legalidad política. Pues, una sociedad justa no es ya aquella que sólo plantea la regulación de derechos

---

y sociales— no garantizan por sí mismas la implementación de los valores de dignidad, libertad, igualdad y pluralismo en el ámbito cultural; y , 4) que las democracias necesitan un articulación más compleja entre derechos individuales y colectivos que lo propiciado por el liberalismo democrático y el constitucionalismo tradicionales.

<sup>10</sup> En el enjuiciamiento de las tensiones interculturales e interclasistas en sociedades multiculturales se dan posiciones encontradas. Por un lado están los *universalistas* liberales que plantean la supremacía de los derechos individuales o liberales frente a los derechos culturales y colectivos, como si las sociedades fueran un complejo homogéneo de un conjunto de individuos sin mayores diferencias que su iniciativa individual. Por lo tanto, se niega cualquier forma de reivindicación que implique el reconocimiento de la existencia de derechos diferenciados para colectivos minoritarios. Por otro lado, están los *relativistas* absolutos que niegan toda posibilidad de universalismo. Frente a estas dos posturas extremas hay un enfoque intermedio que propone el “multiculturalismo” del que es uno de los pioneros, Kylvicka.

individuales y una distribución de bienes y recursos económicos y sociales, sino aquella que también acomoda adecuadamente los diversos referentes culturales de los individuos que la conforman (sean ciudadanos o residentes). Así, Jacques Vanderlinden (1989, p, 157), en un ensayo síntesis sobre el pluralismo jurídico apunta que las dos principales causas genéricas del pluralismo se refieren a la “injusticia” e “ineficacia” del modelo de “unicidad” del Derecho.

Desde este punto de vista, sociedades jurídicamente homogéneas, se han visto abocadas a una redefinición de las funciones del Estado y a la implementación de un sistema de reglamentación, que surge identificado con las demandas y necesidades de los nuevos actores emergentes, social y culturalmente diversos. Ello ha dado lugar a la aparición de un fenómeno ya antiguo, el *pluralismo jurídico*, al que se le ha otorgado, por una parte, un carácter emancipador y, por otra, la capacidad de desactivar conflictos en los supuestos de antagonismo de las tradiciones culturales. Es decir, que aparece *como un efecto* y no *como causa* de tensiones entre tradiciones culturales diversas. Al contrario de lo que afirman ciertas corrientes invalidatorias del pluralismo, al que definen como atentatorio de la coherencia interna de un sistema normativo y de la igualdad ante la Ley. De manera que para Vanderlinden, y bastantes con él, la aparición de reglas paralelas, paralelas o extralegales, incentivadas, aceptadas o no por el Derecho oficial, estaría, correlacionado directamente con la variable de *legitimidad* y *legalidad* del régimen político (Falcão, 1984, p. 68).

Quienes ven al pluralismo jurídico, como parte de la solución y no del problema, afirma que con éste se da la aparición de

un nuevo paradigma de legalidad basado en un cierto tipo particular de pluralismo, capaz de reconocer y legitimar normas extra e infra estatales, engendradas por nuevos actores sociales, capaces de otorgar a sus representaciones legales una cualidad emancipatoria, si la norma responde a los intereses y valores de minorías emergentes marcadas por diferencias que han tenido, históricamente, su correlato en estructuras desiguales y precarias convertidas, endémicamente, en espacios de conflictos sociales. Pero, no se presta atención a los conflictos existente entre los individuos y su grupo cultural ni al papel emancipador que pueden, llegado el caso, alcanzar esos conflictos en una vida particular. En términos generales, la ética pública que interesa y a la que apelan es aquella que resulta representativa de los valores que hacen posible la convivencia entre grupos culturales haciendo abstracción de los sujetos que los forman; en ese sentido eluden la moral privada. Por lo anterior si los valores son generales, las virtudes lo son de los individuos. Y, esas fronteras que separan lo público y lo privado, los valores y las virtudes, lo individual y lo colectivo, se trazan de nuevo con rigor, ignorando que lo personal es político y lo privado es, también, público. En corrientes éticamente innovadoras, en el ámbito de las políticas públicas, se invalidan las fronteras entre lo público y lo privado. La clave de esa invalidación reside en transferir los principios de equidad, paridad y justicia tanto a la esfera política como a la personal y familiar. Se trata de reconstruir el antagonismo privado/público y rehacerlo desde otro lugar y desde otro posicionamiento, habilitando un espacio donde reconocer la igualdad y autonomía de sus actores, aunque sean diversos.

## 2. Acotaciones sobre el pluralismo jurídico

Antes de proseguir parece necesario puntualizar qué se entiende por *pluralismo jurídico* y cuáles son los problemas que engendra. Por *pluralismo jurídico* se entiende aquí la posibilidad de que, en un mismo momento, coexistan varios sistemas jurídicos, lo que supone un pluralismo de sistemas y no una pluralidad de mecanismos o de normas jurídicas. Una concepción pluralista del derecho admite la coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos de la misma naturaleza, particularmente, de sistemas jurídicos estatales (unitarios y federales) y, por tanto, de un pluralismo estatal o nacional.

Esta tendencia tiende a imponerse en Europa y en el mundo anglosajón. Pero, además, hay otros sistemas jurídicos de naturaleza diferente, tales como los sistemas jurídicos supranacionales (orden jurídico internacional), los sistemas<sup>11</sup> jurídicos infraestatales (órdenes jurídicos corporativos) o sistemas jurídicos transnacionales o desterritorializados.<sup>12</sup>

Así, que no parece haber dudas de que en las primeras décadas del siglo XX, como alternativa al normativismo estatal positivista, resurge el pluralismo en la preocupación de los iusfilósofos y publicistas y de los sociólogos del derecho. No menos importante será la reiniciación de la reflexión sobre el pluralismo en los años 50 y 60 por investigadores empíricos en el ámbito de la antropología jurídica.

<sup>11</sup> Todo el pensamiento feminista de los últimos treinta años

<sup>12</sup> Como sucede con los con los órdenes pertenecientes a sociedades comerciales o eclesiásticas

La consecuencia de este acercamiento al pluralismo ha tenido sus efectos. El modelo clásico occidental de legalidad positiva, engendrado por fuentes estatales e inspiradas en los valores del individualismo liberal, parece estar experimentando un profundo agotamiento que marca sus propios fundamentos, su objetivo y sus fuentes de producción. El colapso de esta legalidad lógica formal, que ha servido para reglamentar y legitimar desde el siglo XVIII los intereses de una tradición jurídica universalista, abre el espacio para la discusión acerca de las condiciones de ruptura de la universalidad, que resulta, en muchos sentidos falsa, así como abre las posibilidades de un proyecto emancipador basado, ahora, no en idealizaciones formalistas y rigidez técnica, sino en supuestos que parten de las condiciones históricas actuales y de las prácticas reales. Este discurso reflexivo ha otorgado significación constitucional al multiculturalismo. Pues, pretende no limitarse a la constatación de una *evidencia de hecho*, la existencia de la *multiculturalidad como realidad política y social*, sino que también y, sobre todo, pretende examinar sus consecuencias en el terreno del derecho, y las vías de concreción de éstas, otorgando alcance constituyente a la diversidad de culturas.

### 3. Constitucionalismo multicultural

Así, pues, la presunción de que el pluralismo constituye, en muchos sentidos, la solución y no el problema ha acabado por hacer emerger una nueva definición del constitucionalismo y de constitución y, en consecuencia, tiene efectos en la ética pública, como sucede con Van Cott (Puig, 2006, p. 87) quien plantea que es posible hablar de “constitucionalismo

multicultural”, un constitucionalismo<sup>13</sup> para el que el derecho a la cultura propia sería el primer elemento de un orden constitucional y determinaría a éste. La determinación se daría en dos sentidos, a saber, mediante la configuración del espacio comunitario y del sujeto colectivo con título a constituirse. La resultante es un sujeto protagonista del cambio, que es un sujeto colectivo de individuos, que han compartido lengua y costumbres, comportamientos y respuestas, asunciones y expectativas, pero en el que se desvanece la individualidad misma, como proyecto. Una perspectiva en la que se elude que, a veces, la identificación con el grupo cultural puede tener una existencia efímera y muy fortuita y pueda darse un conflicto de lealtades entre la prioridad que se le da a la cultura, como referente, y al proyecto vital propio.

El punto de partida de esta tendencia constitucionalista consiste en que el derecho a la cultura propia es un primer derecho constituyente. Esto es, un derecho del individuo se contempla como derecho a ejercer su propia libertad en el seno de una colectividad autoconstituida. Pero nada cambiaría, para ellos, respecto al papel de la constitución, pues, el

<sup>13</sup> Para que haya una Constitución multicultural, según Van Cott, se tienen que dar los siguientes elementos: reconocimiento formal de la naturaleza multicultural de las sociedades y la existencia de colectividades subestatales distintas y de culturas diversas. reconocimiento de la ley consuetudinaria como oficial o como derecho público (pluralismo jurídico). Reconocimiento de los derechos de propiedad de los territorios ocupados por los grupos étnicos y restricciones a la alienación y división de esas tierras comunales (propiedad colectiva del territorio). Reconocimiento del estatus oficial de las lenguas existentes con tradiciones. Reconocimiento del derecho de crear espacios territoriales autónomos (naciones).



derecho constitucional seguiría articulándose sobre un doble postulado: por el reconocimiento en favor del individuo de una serie de derechos, ejercitables desde el Estado que representarían ámbitos de libertad exentos a la intervención estatal y por las garantías de igualdad de trato de todos los individuos. Así se da, presuntamente, la preservación de la *libertad individual* y la *igualdad jurídica* ante la ley dentro de un gobierno, que se pretende sería representativo y cuyos poderes estarían establecidos y limitados en los artículos de un documento escrito, de acuerdo con la inspiración liberal de los textos constituyentes. Pero, la cuestión no es tan simple. Las limitaciones a la libertad individual pueden provenir del sesgo culturalista, pues, hay una libertad que, en la práctica queda vedada, la de elegir con que nos identificamos y cómo nos identificamos y cuando.

#### 4. El derecho a la cultura, primer derecho constituyente

Pero, hay algunas divergencias en la interpretación del constitucionalismo multicultural, aunque el multiculturalismo ha tomado relevancia internacional y sus repercusiones en el derecho ha sido visto como un '*regreso a las culturas*' característico de este momento histórico, que ha dado lugar a nuevos fenómenos políticos e, incluso, a planteamientos económicos alternativos. Se pretende que se trata del retorno de un grado de *igualitarismo encubierto* que pretende reformular, tanto los derechos políticos, como los sociales, pero para otros, ese es un enfoque distorsionado, pues, el derecho a la propia cultura no sería un derecho más entre otros. Tampoco sería, según suele hoy decirse, un derecho de última generación

que se suma a otros existentes.<sup>14</sup> El derecho cultural aparece considerado como un derecho primordial. Es derecho al derecho, derecho subjetivo a derecho objetivo, derecho de libertad a derecho de institución, derecho del individuo al derecho de la comunidad, a la existencia de derecho de la colectividad definida por la cultura particular.

Precisamente por esto se entiende que es un derecho constituyente, o para decirlo de otra manera, es el derecho constituyente, por excelencia, desde el punto de vista comunitarista. Es aquel que determina la comunidad primaria titular de los derechos constituyentes. Esto es, derechos que prefiguren un determinado espacio constitucional por identificación de algo tan primario al propósito de atribuir derechos, como establecer quien ha de ser el titular, como un sujeto colectivo. Representa el ámbito colectivo primario donde se pretende encontrar sentido el individuo humano. Ha de constituir entonces el espacio primero del orden político que, por reconocer y respetar libertades, llamamos constitución.

Es un derecho que compromete la misma personalidad humana y la propia constitución de comunidades, sean estados, autonomías o alguna otra cosa más o menos intermedia.

¿Qué problema resuelve y qué otros deja abiertos? El problema fundamental que resuelve el *constitucionalismo multicultural* es la condición subalterna de las minorías culturales, históricamente definidas,

<sup>14</sup> No sería un aspecto ulterior reconocido que se sumaría al derecho a la educación, a la vivienda, etc. Sino que éstos, hallarían su cumplimiento óptimo en el derecho a la cultura. O, para decirlo de otro modo, el derecho humano a la propia cultura no es un derecho más, otro a sumar en sucesión de generaciones tras los civiles, los políticos, los económicos y los sociales.

en algunos estados plurinacionales como grupos subalternos. A la vez, que pone fin a la subalternidad de las minorías, transforma el escenario de confrontación entre mayorías y minorías o entre las propias minorías, pues sus procesos de confrontación, han trascendido la reivindicación étnico-nacional (o cultural) particular hacia objetivos más amplios y emancipadores, tales como reivindicaciones políticas (autonomía), económicas (recursos) y sociales (respeto, reconocimiento) fuertemente relacionadas con las condiciones de existencia.

Pero hay aspectos en la que subsisten problemas no del todo despejados, a saber, el papel del individuo, los límites a la vida que pretenden llevar, sus propias orientaciones y el campo de elección abierto a sus aspiraciones. En muchos sentidos el neo-constitucionalismo multicultural parece una ecuación cerrada. Ciertamente, el futuro no pertenece a Estados y Naciones, sino a pueblos y culturas. Pero, ¿dónde queda el individuo? ¿Los individuos qué papel juegan? Una argumentación justificativa del comunitarismo multicultural que se practica es que nuestra identidad como individuos tiene que ver con el desarrollo de la propia personalidad y, por tanto no depende de lo que uno elige, sino de la cultura que la conforma. Según esta concepción la identidad cultural precede al razonamiento y a nuestra posibilidad de elegir. La cuestión es que la cultura en la que uno nace y muere puede dejar una huella duradera en nuestras percepciones e, incluso, en nuestros sueños y deseos. Pero esto no significa que una persona sea incapaz de elegir por encima de su cultura y dilucidar las prioridades de su vida en el marco de una concepción de ciudadanía en la que sea el individuo y no la cultura el titular de los derechos.

## Conclusiones

Por otro lado, se pretende, además de reivindicaciones políticas y sociales, la autonomía, respeto y reconocimiento, el control de las políticas públicas tales como, participar en el control de los recursos y el ejercicio de una democracia inclusiva; pero si bien el caudal de reformas políticas en las últimas décadas ha mejorado el diseño institucional y se han instituido los procedimientos para ofrecer nuevas garantías a las minorías. Sin embargo, el neo-constitucionalismo multiculturalista parece ser únicamente fuente de actos simbólicos de reconocimiento de los derechos de las minorías. ¿En qué se basa esta afirmación? Véase lo siguiente.

Ciertamente, la disposición a establecer reconocimientos multiculturales ha implicado, en diversos grados, la intención de reivindicar las culturas y sus tradiciones, como parte del presente y no como mero pasado y a través de estas reivindicaciones se ha intentado transformar el estatus de las minorías respecto de la administración de los recursos y su empleo, con la finalidad, de poner término a los espacios de sobre-explotación funcionales. Sin embargo, la asunción del discurso y reconocimiento multicultural por parte de los estados no ha implicado el abandono de los proyectos de homogenización social, ya que estas reformas o cambios se hacen paralelos a la instauración de modelos económicos neoliberales, convertidos en la expresión de una cultura hegemónica, en lo que concierne a la estructura legal, económica y política de las sociedades. De hecho, esta es una monocultura organizativa que tiene un reflejo constitucional de primer orden, que desarticula estructuras de solidaridad de tipo familiar y comunal propia de otras culturas, aunque deja en pie aquellos aspectos

secundarios que no afectan a la estructura de economía.

Por un lado, se puede pensar que esta disposición al reconocimiento multicultural forma parte de una estrategia de integración política y social que sustituye a los procesos de integración que antes pasaban por la participación en las instituciones de gestión de bienes públicos que se articularon como parte de la incorporación de los derechos sociales, pero, una vez que estos derechos sociales empiezan a ser desconocidos y las instituciones tutelares a ser desmontadas por las reformas neoliberales, parece que el efecto emancipador del neo - consitucionalismo multicultural es bastante más limitado de lo que pretende y, en todo caso, limita el valor de la libertad en la vida individual, sin conseguir el de la justicia.

### Lista de referencias

- Bobbio, Norberto, (1995) *El futuro de la democracia*. México: FCE.
- Ehrlich, Eugen. (1986) *Fundamentos da sociología del Derecho*. Brasilia: UnB.
- Falcão, Joaquim A (Org.). (1984) *Conflicto de propiedad - Invasiones urbanas*. Río de Janeiro: Forense.
- Griffiths, John (1986) What is legal pluralism? En: *Journal of legal pluralism*. n. 24. : 1-55
- Guevara, Armando y Thome, Joseph. (1992) Notes of legal pluralism. En: *Beyond Law. Más allá del Derecho*. Bogotá: ILSA, Julio.
- Kymlicka, Will. (2009). *Las odiseas multiculturales: Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*. Barcelona: Paidós.
- Puig Salvador Martí I (2006) *Pueblos indígenas y Política en América Latina*. Bel-laterra: Cidob.
- Vanderlinden J., (1989) Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later. En: *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. <http://www.jlp.bham.ac.uk/volumes/28/vanderlinden-art.pdf>
- Wolkmer, Antonio Carlos. (2002) *Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico*. 4. ed. San Pablo: Saraiva.