

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Post Grado



“Una INTERPRETACIÓN MULTICULTURAL LIBERAL del ARTÍCULO 149° de la CONSTITUCIÓN”

Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en
Derecho Constitucional

Presentada por: **Ornella Vanessa Tassara Zevallos**

Asesor: **Félix F. Morales Luna**

Jurado: **Betzabé X. Marciani Burgos**
Roger R. Rodríguez Santander

Lima-Perú, marzo de 2013

*“Las personas son diferentes, al igual que sus culturas.
 Las personas viven de diferentes formas y por igual difieren las civilizaciones.
 Las personas se comunican en una variedad de lenguas.
 Las personas se rigen por diferentes religiones.
 Las personas llegan al mundo de diferentes colores y son muchas las tradiciones que matizan
 sus vidas con diversos tintes y tonalidades.
 Las personas se visten de maneras diferentes y se adaptan a su entorno de diversas formas.
 Las personas se expresan de manera diferente y asimismo su música, su literatura y su arte
 reflejan modos diferentes.*

*Pero a pesar de estas diferencias, todas las personas tienen un único atributo en común: todas
 ellas son seres humanos, nada menos, nada más. Y no importa cuán diferentes sean, todas
 las culturas comparten algunos principios:
 Ninguna cultura tolera la explotación de los seres humanos.
 Ninguna religión permite la matanza de inocentes.
 Ninguna civilización acepta la violencia o el terror.
 La tortura es aborrecible para la conciencia humana.
 La brutalidad y la crueldad son detestables en cualquier tradición.*

*Dicho más escuetamente, estos principios compartidos por todas las civilizaciones reflejan
 nuestros derechos humanos básicos. Estos derechos son atesorados y cuidados por todos, en
 todas partes.*

*Así, la relatividad cultural no se debería utilizar nunca como pretexto para violar los
 derechos humanos, puesto que estos derechos simbolizan los valores más fundamentales de las
 civilizaciones humanas. La Declaración Universal de Derechos Humanos es necesaria
 universalmente, es aplicable a Oriente tanto como a Occidente. Es compatible con cualquier fe
 y con cualquier religión. El no respetar nuestros derechos humanos pone en riesgo nuestra
 humanidad.*

*Evitemos destruir esta verdad esencial, pues si la destruimos, los débiles no tendrán lugar
 alguno al cual recurrir”.*

Shirin Ebadi

Ganadora del Premio Nobel de la Paz 2003

Índice

Introducción.....	6
Capítulo I: Fundamentos del Liberalismo.....	9
1. Liberalismo: significado y alcances.....	10
1.1 Constitucionalismo y liberalismo.....	12
1.2 Pluralismo y liberalismo.....	15
2. Libertad, dignidad y autonomía de la voluntad: Los tres valores que fundamentan al liberalismo.....	16
2.1 Los tres valores que fundamentan al liberalismo en el Imperativo Categórico de Immanuel Kant.....	16
2.2 El valor libertad.....	22
2.3 El valor dignidad.....	24
2.4 La autonomía de la voluntad.....	27
3. Igualdad y justicia: Dos valores más que sustentan al liberalismo.....	29
3.1 El aporte de John Rawls (a propósito del valor justicia).....	29
3.2 El valor igualdad.....	42
Capítulo II: Críticas al Liberalismo: La perspectiva Comunitaria.....	47
1. Yo “independiente” v. Yo “situado”.....	51
1.1 ¿A quién refiere el Yo “independiente”?.....	51
1.2 ¿Quién es el Yo “situado”?.....	55
2. Autonomía v. Autenticidad.....	57
2.1 ¿Qué significado tiene la “autonomía” para los liberales?.....	57

2.2	Charles Taylor y la defensa de la autenticidad.....	60
3.	Agregado social v. Comunidad.....	61
3.1	Agregado social denominado “atomismo” por los comunitarios.....	62
3.2	La relevancia moral de la comunidad en la configuración de la identidad de los individuos.....	64
4.	Estado “neutral” v. Estado “comprometido”.....	65
4.1	¿En qué se diferencia el Estado “neutral” liberal del Estado “comprometido” comunitario?.....	66
5.	¿Tienen solidez las críticas comunitarias?.....	67

Capítulo III: El Liberalismo como fundamento filosófico-político material de la Constitución de 1993 y el concepto de derechos fundamentales que ella adopta.....74

1.	¿Cuál es el fundamento filosófico-político material de la Constitución de 1993?.....	77
1.1	El fundamento filosófico-político material de la Constitución de 1993: Un liberalismo “incluyente”.....	79
1.2	La teoría de justicia acogida por la Constitución peruana.....	82
2.	¿Cuál es el concepto de derechos fundamentales que recoge la Constitución de 1993?.....	85
2.1	Sobre el fundamento de los derechos.....	88
2.2	Sobre el concepto de los derechos.....	89
2.3	Sobre la conexión fundamento-concepto para dotar de contenido a los “derechos fundamentales”.....	91
2.4	El concepto de derechos fundamentales que recoge la Constitución de 1993.....	96

Capítulo IV: Una interpretación multicultural liberal del artículo 149° de la Constitución.....101

1.	La finalidad constitucional que persigue el artículo 149°.....	106
1.1	Nuestra historia constitucional y la diversidad cultural (un breve repaso).....	106
1.2	La Constitución multicultural de 1993.....	110
1.3	La finalidad constitucional que persigue el artículo 149°.....	112
2.	¿Cuál es la moral sustantiva y procedimental que debe informar al artículo 149° de la Constitución?.....	116
2.1	La moral sustantiva que debe informar al artículo 149° de la Constitución (el “Sistema EGV” y el “multiculturalismo liberal de Will Kymlicka”).....	117
2.2	La moral procedimental que debe informar al artículo 149° de la Constitución (“Lon Fuller y la moral interna del Derecho”).....	129
3.	El multiculturalismo liberal como propuesta constitucionalmente idónea para interpretar el artículo 149° de la Constitución.....	134

Conclusiones.....140

Bibliografía.....144

Introducción

La diversidad es un sustantivo que hace alusión a la diferencia, pero también una característica que define a ese conglomerado llamado humanidad. Las personas como tales somos diferentes biológica, física, psicológica, religiosa, ideológica, política, filosófica, moral y culturalmente, por solo citar algunos aspectos de la vida. Sin embargo esa categoría llamada “diferencia”, que resulta tan importante para la configuración de nuestra propia identidad, actualmente no ostenta la relevancia que merece en muchas sociedades. El derecho a la diversidad todavía no es tomado lo suficientemente en serio.

Así, pues, se tiene que el siglo XX que pasó supuso, como piensa la mayoría, la real concretización de los derechos civiles y políticos, así como también de los derechos sociales. En tanto que el siglo XXI se encuentra forjando el camino para que el derecho a la diversidad cultural y, por tanto, a la identidad, se traduzcan en una concretización real y no solo supongan un reconocimiento nominal en las constituciones y declaraciones de derechos humanos.

La presente tesis es expresión de ello. Intenta ser un llamado académico sobre cómo debemos darle vida a ese bloque normativo que nuestra Constitución ha recogido (en el que resalta el artículo 149º) para expresar su compromiso de respetar, reafirmar, promover y defender el pluralismo cultural que caracteriza a la sociedad peruana. Pero para darle sentido a esas normas constitucionales es necesario asumir desde el principio una determinada postura filosófico-política, la misma que inevitablemente deberá estar acorde con el mínimo moral

universalmente aceptado por la humanidad, es decir, con la esencia de los derechos fundamentales.

Si hay algo de lo que estoy segura, incluso muchísimo antes de trabajar en esta tesis, es mi creencia en los valores de dignidad, de autonomía moral como expresión de libertad y de igualdad, así como de mi compromiso humanista con la sociedad. Y hago esta advertencia para justificar mi decisión de adoptar un enfoque liberal al tratar el fenómeno de la diversidad cultural. A mi juicio existen razones válidas y sólidas que justifican la legitimidad de la adopción de un tratamiento liberal de la diversidad cultural. En esta tesis buscaré demostrarlo.

Ahora bien, para entender el sustento de una interpretación multicultural liberal del artículo 149° de la Constitución, habrá que revisar primero cuál es ese núcleo moral que caracteriza al liberalismo. Por ello, el capítulo I estará orientado a describir los fundamentos que desde un plano *ontológico* y uno *ético-político* sustentan al liberalismo. Pero como para los comunitarios las premisas que deben fundamentar el desenvolvimiento moral y político de los individuos en una sociedad son otras, en el capítulo II se plantearán las razones críticas que los comunitarios aluden en contra de los fundamentos propuestos por el liberalismo. Y el contraste de estos dos primeros capítulos servirá para fundamentar por qué los argumentos que debemos adoptar a fin de dar una interpretación al artículo 149° de la Constitución deben ser de impronta liberal.

Se ha referido ya que en nuestra Constitución existe un bloque normativo que refleja la clara voluntad estatal de institucionalizar el derecho a la diversidad en nuestro país, tanto en su plano individual como en el social; y, en esa línea, se ha advertido que forma parte de dicho bloque normativo el artículo 149°, toda vez que su contenido también exige el reconocimiento de la diversidad cultural pero en el ámbito jurisdiccional.

Como se sabe, la literalidad de dicho precepto refiere que “las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

Ahora bien, esta permisón de la aplicación del derecho consuetudinario limitada por los derechos fundamentales refleja algunos problemas con los que debe enfrentarse el significado del artículo 149°. A nuestro juicio, básicamente, son dos los problemas a dilucidar: Uno primero, de naturaleza *semántica*, toda vez que no existe correspondencia entre la justicia comunal y los derechos fundamentales, es decir, hay una contradicción entre el significado de ambos conceptos al momento de su aplicación. Y un segundo problema, de orden *material*, en la medida que el texto del artículo 149° puede expresar una doble fundamentación filosófico-política. Tal

como está redactado puede presumirse que en su fundamentación hay rasgos comunitaristas, pero también de corte liberal.

No obstante, el artículo 149° también enfrenta un problema de *praxis legislativa* que se origina en su parte *in fine* cuando ordena la aprobación de una ley de desarrollo constitucional a fin de regular las formas de coordinación entre la jurisdicción comunal y la jurisdicción ordinaria. Han pasado casi veinte años desde la promulgación de nuestra Constitución y todavía no existe dicha ley. Esta omisión legislativa se traduce, por tanto, en una tarea pendiente, pero sobre todo, en una tarea urgente por completar. Sin embargo, este problema de *praxis legislativa* exige un análisis casuístico de enfoque interdisciplinario que escapa a los propósitos de esta tesis y que por su relevancia constitucional merece ser tratado de manera detenida en una investigación independiente.

Pero bien, como vengo señalando el principal objeto de nuestra tesis es demostrar por qué se encuentra justificada una interpretación multicultural liberal del artículo 149° de la Constitución y ello supone, en consecuencia, expresar cuáles son los argumentos teóricos que fundamentan dicha interpretación. Por ello será necesario, en primer lugar, despejar las controversias que rodean dicho precepto constitucional. Así, pues, el capítulo III estará dedicado a desentrañar cuál es la fundamentación filosófico-política material que subyace a la Constitución de 1993, así como el concepto de derechos fundamentales que ella adopta, es decir, me avocaré a resolver básicamente las controversias de naturaleza *material* y *semántica* que rodean al artículo 149°.

Resueltos dichos problemas, tocará en el último capítulo de la tesis sentar los argumentos o bases teóricas que sirvan de fundamento a la interpretación constitucional de las normas contenidas en el artículo 149° y justificar, en esa línea, por qué el multiculturalismo liberal resulta ser una propuesta *iusfilosófica* constitucionalmente idónea para sustentar tal interpretación.

Finalmente, no quiero concluir esta introducción sin dejar de mencionar que mi tesis ha sido inspirada en todos aquellos que, al igual que yo, piensan que la diversidad cultural debe ser tomada en serio, a fin de que nuestras diferencias nos hagan más iguales en el curso de la convivencia humana.

Capítulo I: Fundamentos del Liberalismo

1.- Liberalismo: significado y alcances. 1.1 Constitucionalismo y liberalismo. 1.2 Pluralismo y liberalismo. **2.- Libertad, dignidad y autonomía de la voluntad: Los tres valores que fundamentan al liberalismo.** 2.1 Los tres valores que fundamentan al liberalismo en el Imperativo Categórico de Immanuel Kant. 2.2 El valor libertad. 2.3 El valor dignidad. 2.4 La autonomía de la voluntad. **3.- Igualdad y justicia: Dos valores más que sustentan al liberalismo.** 3.1 El aporte de John Rawls (a propósito del valor justicia). 3.2 El valor igualdad.

No existe duda de que nuestra actual Constitución refleja una fuerte influencia liberal en el catálogo axiológico que presenta, así como en las distintas normas que forman parte de su contenido. Como ha tenido ocasión de precisar el Tribunal Constitucional, “el fundamento material del constitucionalismo moderno, presidido por los derechos fundamentales de la persona, y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la Constitución de 1993, hunde sus raíces en la ideología que, con sus respectivos matices, identificó a las revoluciones liberales norteamericana y francesa de fines del siglo XVIII”¹. De ahí que, si el objeto principal perseguido en el presente trabajo está orientado a sentar las bases teóricas que sirvan para arribar a la mejor interpretación constitucional del artículo 149°, existe una obligación metodológica de trabajar un capítulo destinado a abordar los fundamentos del liberalismo.

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0032-2010-PI, caso más de cinco mil ciudadanos, F.J. 16.

En tal sentido, desarrollaremos de manera descriptiva cuáles son, a nuestro juicio, los fundamentos que informan al liberalismo. Por tanto, partiremos definiendo, en primer lugar, cuál es el significado y los alcances de dicha doctrina, para luego precisar con mayor detalle algunas ideas explicativas en relación con los valores éticos defendidos por el liberalismo.

1. Liberalismo: significado y alcances

El empleo de mecanismos jurisdiccionales para limitar el poder y la garantía proferida a la libertad son dos rasgos esenciales del liberalismo clásico. Como afirma Bobbio, “la doctrina del estado liberal es la doctrina de los límites jurídicos del poder estatal”². No obstante, desde un plano ético-político, el liberalismo también defiende el libre desarrollo de la personalidad (*autonomía de la voluntad*), la *libertad* del individuo de las injerencias arbitrarias del Estado que buscan impedir estos cometidos y su *dignidad* como presupuesto ontológico.

Pero, ¿cuál es el contenido de la libertad que protege el liberalismo? Esta ideología, que suele considerarse inspirada en Constant (libertad de los modernos), defiende la libertad negativa, es decir, la prohibición de obstáculos que impidan realizar o no determinadas acciones. Como diría Peces-Barba, “esta es la libertad como no interferencia, que crea un ámbito de libertad para el individuo y en el que nadie puede entrar, ni siquiera con acuerdo del titular. Protege el núcleo que más directamente afecta a la capacidad de elección y de decisión, y a la búsqueda sosegada tranquila y sin interferencias de una formación relevante para la manifestación de la voluntad y la toma de decisiones”³.

Ahora bien, esta libertad en el modelo de Estado de Derecho se ha concretizado en el reconocimiento de los derechos civiles (o individuales) tales como la vida, la integridad física, las libertades de expresión y de conciencia, el honor, el debido proceso, la libertad de reunión, inviolabilidad de domicilio, entre otros; y tiene como fundamento filosófico la concepción individualista de la sociedad, es decir, la idea de que el individuo es el único agente moral que tiene prioridad sobre la comunidad⁴. En ese sentido, el individualismo al que se hace referencia es uno de naturaleza abstracta y de carácter universalista que configura al hombre, entendido en términos genéricos, como destinatario de derechos.

De igual forma, el liberalismo clásico así como defiende la libertad negativa, también hace lo propio con la igualdad, al entenderla como igual libertad o lo que se traduce en igualdad ante la ley (principio de no discriminación). Advierte en

² Bobbio, Norberto (1989) *Liberalismo y democracia*. Traducción de José F. Fernández Santillán. 12da. Reimp. de la 1ra. Ed. en español. México D. F., Fondo de Cultura Económica, p. 16.

³ Peces-Barba Martínez, Gregorio (2004) *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Dykinson, p. 141.

⁴ Al respecto cabe precisar, como lo hace Bobbio, que “ninguna concepción individualista de la sociedad prescinde del hecho de que el hombre es un ser social ni considera al individuo aislado. El individualismo no debe ser confundido con el anarquismo filosófico”, en: Bobbio, Norberto (1989) *Liberalismo y democracia...*, ob. cit., p. 51.

esta lógica que razones de origen, económicas, sociales, culturales o de cualquier otra índole no pueden ser motivo de discriminación en el orden práctico o normativo⁵.

No obstante lo dicho hasta aquí, cabe sostener que el liberalismo también defiende la libertad positiva en su faz política (libertad de los antiguos a decir de Constant), es decir, garantiza el derecho de los individuos a participar en la vida política de la comunidad, así como el derecho a elegir y ser elegido. Aunque sobre esto último habría que realizar unas precisiones, porque como se sabe ha sido a mediados del siglo XX cuando recién se termina de conquistar (en casi todos los países del mundo) el sufragio universal, toda vez que en sus inicios el voto fue clasista, admitiendo, por tanto, exclusiones⁶; y no solo eso, sino también poniendo en cuestionamiento los postulados mismos del liberalismo, ya que si como sostiene García Amado “lo que cuenta es el individuo y todo individuo cuenta por igual, dado que la pertenencia a uno u otro grupo (nacional, étnico, de género, de clase, etc.) nada añade a su condición básica, no hay razón de fondo ninguna (más allá de las razones puramente pragmáticas) para diferenciar entre los derechos de unos y otros individuos según al grupo a que pertenezcan”⁷.

En todo caso, lo importante es que el liberalismo ha sabido superar sus propias incoherencias y en esa tarea por lograr un escenario de mayor e igual participación, se ha ido posicionando en el terreno de actuación positiva del Estado creándole una nueva función al Derecho.

La educación, salud, trabajo, seguridad social, entre otros, que inicialmente fueron promovidos por el socialismo democrático han sido acogidos en la posición progresista del liberalismo que busca afrontar otro gran desafío: ampliar la igual libertad. Y, ello, por cuanto, en algunas personas el libre ejercicio de sus libertades se ve restringido por la insatisfacción de necesidades básicas que experimenta. Aquí es donde aparece el Estado, al cual se exige crear iguales condiciones de acceso a derechos tan esenciales para el desarrollo humano como son la educación, la salud, el trabajo, entre otros. Es decir, no basta ya la igualdad ante la ley, sino que también se requiere de la igualdad material.

Pero no solo este panorama descrito nos refiere el significado del liberalismo. La diversidad cultural también forma parte de la idea. Y consciente de ello, es que al igual que en las otras dos oportunidades (conquista de derechos civiles y políticos, y reconocimiento de derechos económicos, sociales y

⁵ A decir de Bobbio, “la única forma de igualdad que no sólo es compatible con la libertad tal como es entendida por la doctrina liberal, sino que incluso es exigida por ella, es la igualdad en la libertad: lo que significa que cada cual debe gozar de tanta libertad cuanto sea compatible con la libertad ajena y puede hacer todo aquello que no dañe la libertad de los demás. Prácticamente, desde el origen del Estado liberal esta forma de igualdad inspira dos principios fundamentales enunciados en normas constitucionales: a) la igualdad frente a la ley; b) la igualdad de derechos”, *ibídem*, pp. 41, 42.

⁶ Aquí se concentran las mujeres, extranjeros, la clase trabajadora, a pesar de ser merecedores también de esa libertad positiva que tiene cabida en el Estado de Derecho.

⁷ García Amado, Juan Antonio (2001) “Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas, quimeras”. En: Ansuátegui, Francisco Javier (editor) (2001) *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid, Dykinson – Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III, p. 185.

culturales), el liberalismo hoy pretende encontrar las respuestas que busca el fenómeno del multiculturalismo de tal forma que sus postulados sigan siendo aceptados⁸. Definitivamente esas respuestas partirán de los derechos fundamentales como en las veces anteriores, pero en particular, a partir del valor libertad.

Ahora bien, para una definición más rica sobre el significado y alcances del liberalismo –como dice Mauro Barberis– “es necesario partir de este significado – el núcleo del concepto de liberalismo– hacia otras dos áreas, que se amplían alrededor del núcleo como círculos concéntricos. La primera es un área institucional o jurídica –el constitucionalismo– en la que encontraremos también un constitucionalismo liberal o liberalismo en sentido lato; la segunda es un área política, pero también cultural y ética –el pluralismo– en la que se encuentra también un pluralismo liberal, o liberalismo en sentido muy lato”⁹. Iniciemos, pues, dicho recorrido.

1.1 Constitucionalismo y liberalismo

El término liberalismo es confundido de manera permanente con el constitucionalismo. Y ello se debe a que liberalismo y constitucionalismo propugnan el mismo fin: limitación del poder político a través de los derechos. Sin embargo, a partir del término constitucionalismo se pueden distinguir tres sentidos diferentes. Así pues, en un primer sentido, constitucionalismo puede significar *derecho constitucional* (disciplina). En uno segundo puede suponer la *doctrina del derecho constitucional* (dogmática). Y, en un tercer sentido, el término constitucionalismo aduce cualquier *doctrina jurídica, política o filosófica del gobierno de las leyes* (doctrina de la limitación del poder a través del Derecho)¹⁰. De estos tres sentidos, resulta obvio que es el tercero el que debe guardar distinción con el término liberalismo. Para dicho cometido habrá que revisar los tres tipos de constitucionalismo que se conoce.

i. Constitucionalismo pre liberal. Se encuentra identificado con a) la doctrina del gobierno de las leyes¹¹ y b) la doctrina de la limitación del poder político a través del Derecho, en las distintas caras que se ha revestido desde la antigüedad hasta que se produjeron las grandes revoluciones en Occidente, tales como: la doctrina griega de la *politeia* (constitución y a la vez democracia respetuosa de la ley), la doctrina romana de la *res publica* y de la libertad, y la

⁸ Al respecto puede revisarse Raz, Joseph (2001) *La ética en el ámbito de lo público*. Traducción de María Luz Melon. Barcelona, Editorial Gedisa S.A., en particular, el apartado 8 de la Primera Parte de la obra, denominado “Multiculturalismo: una concepción liberal”, p. 184 y ss.

⁹ Barberis, Mauro (2008) *Ética para juristas*. Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid, Trotta S.A., p. 101.

¹⁰ Cfr. Barberis, Mauro (2008) *Ética para juristas...*, ob. cit., pp. 101-103.

¹¹ Al respecto, cabe precisar que la expresión “gobierno de las leyes” puede ser asumida como una metáfora ya que todos los gobiernos, incluso el de las leyes, son gobiernos de hombres, sin embargo, ésta se diluye porque los hombres encargados de gobernar están a su vez dominados por las leyes y tienen el deber de respetarlas.

doctrina medieval de la *ley fundamental* (no es el rey quien hace el Derecho, sino el Derecho al rey).

El constitucionalismo pre liberal constituye, por tanto, un antepasado del liberalismo y exige la limitación del poder así como la libertad, pero libertad concebida solo como autonomía. Y esto se debe a que los constitucionalistas pre liberales igualan los términos “libertad” y “ley”, o mejor dicho, sostienen la idea de la imposibilidad de concretizarse un conflicto entre libertad y ley. “Si una libertad contrasta con la (verdadera) ley, entonces no es (verdadera) libertad, sino licencia; si una ley contrasta con la (verdadera) libertad, entonces no es (verdadera) ley, ni auténtico derecho, según la tradicional doctrina, compartida por el constitucionalismo preliberal, llamada normalmente iusnaturalismo. Dicho en otros términos, el constitucionalismo preliberal comparte la idea de que los valores últimos no pueden chocar entre sí, que el conflicto entre libertad y ley es sólo aparente, porque entre (verdadera) libertad y (verdadera) ley no podría darse conflicto”¹².

En consecuencia, será después de las revoluciones de Occidente que se acepte la idea de un posible conflicto entre libertad y ley, así como la idea de salvaguardar la libertad contra las leyes. Sin embargo, esta última se profundizará recién en el marco del Estado constitucional (siglo XX), antes solo la ley, el Estado legislativo y el Estado mínimo liberal, significarán garantías para la libertad.

ii. Constitucionalismo liberal. Se encargará de transformar la doctrina del “gobierno de las leyes”, propia del constitucionalismo pre liberal, en la doctrina del “gobierno de la Constitución”. La doctrina que defiende el constitucionalismo liberal garantizará, pues, las libertades y derechos de las personas frente a otras personas, frente a las leyes y frente al Estado mismo. Siendo las constituciones revolucionarias (entiéndase estadounidense y francesa) la mejor expresión de dicho constitucionalismo liberal.

Así pues, se tiene por ejemplo que la Constitución federal de los Estados Unidos de Norteamérica promulgada en 1787 comenzará desde muy pronto a ser utilizada y garantizada por la Corte Suprema de dicho país. En 1803, el juez John Marshall, en el famoso caso *Marbury v. Madison*, dejará sentado el principio de supremacía constitucional al referir que “está claro que todos aquellos que han dado vida a la Constitución escrita la han concebido como el Derecho fundamental y supremo de la nación. (...). Quienes niegan el principio de que los Tribunales deben considerar la Constitución como derecho superior, deben entonces admitir que los jueces deben cerrar sus ojos a la Constitución y regirse sólo por las leyes”¹³; y, en la misma línea, sentará también la doctrina de la *judicial review* (inaplicación por parte de los jueces de leyes inconstitucionales).

¹² Barberis, Mauro (2008) *Ética para juristas...*, ob. cit., pp. 105, 106.

¹³ Para una lectura completa de la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el Caso *Marbury v. Madison* puede revisarse Beltrán de Felipe, Miguel y Julio González García (2005) *Las sentencias básicas del*

Ahora bien, en lo que se refiere a la forma como se tutelan los derechos de las personas, es preciso distinguir dos épocas que marcan la diferencia entre el liberalismo y el constitucionalismo. Durante el Estado liberal del siglo XIX (o Estado legislativo) se concretiza la protección de los derechos de libertad con la no intervención estatal (libertad negativa) y, en lo que a derechos patrimoniales se refiere, la tutela se alcanza solo a través de la ley más no a través de la Constitución. En cambio, durante el siglo XX gracias a la labor de diferentes juristas se consolidarán dos mecanismos que buscarán efectivizar la protección de los derechos fundamentales. Nos estamos refiriendo al control de constitucionalidad y a la rigidez constitucional. Estas dos instituciones serán esenciales para establecer los rasgos que definen al modelo de Estado constitucional promovido por el constitucionalismo liberal, y para destacar también la forma como éste supera al liberalismo.

iii. Constitucionalismo pos liberal. Reconocido por algunos como “neoconstitucionalismo”, es la doctrina que genera el cambio de paradigma que supone el paso del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho. Como se sabe, este cambio se traduce en tres hechos esenciales. El primero es que la Constitución ya no es una mera norma política, sino también una norma jurídica¹⁴; el segundo hecho, supone que los derechos humanos constituyen el fundamento y la justificación última de todas las normas que conforman los ordenamientos jurídicos, y, el tercero, se funda en la tesis de que un Estado no puede ser reputado como democrático y constitucional de Derecho si en él no hay cabida para la justicia constitucional.

Hoy, la Constitución ya no solo es la norma organizadora y orientadora de los poderes públicos que se inspiraba en la necesidad de enterrar las conductas absolutistas como en el liberalismo clásico, sino que la Constitución es norma jurídica y su contenido vincula a todos los poderes y a toda la sociedad; y no solo eso, sino que al ser la norma suprema que preside todo el ordenamiento jurídico y lo fundamenta, determina la validez de los actos de los poderes públicos y de las actuaciones privadas, así como de las leyes. Así pues, el carácter supremo de la Constitución propiciará algunas consecuencias acordes con su propia naturaleza, tales como la existencia de un mecanismo especial o agravado que dista del procedimiento legislativo ordinario para su reforma (rigidez constitucional) y la presencia de garantías o mecanismos de control destinados a la preservación de su contenido material o esencial.

Tribunal Supremo de los Estados de América. Madrid, Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

¹⁴ Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional cuando ha señalado en su Sentencia recaída en el Expediente N° 5854-2005-PA, caso Pedro Andrés Lizana Puelles, F. J. 3, que “el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto”.

Por tanto, que la Constitución sea entendida como norma supone i) que ésta es fuente de Derecho; pero no cualquiera, sino la principal; ii) que, en esa medida, determina la producción y validez de las demás normas; iii) que es necesario un órgano que se encargue de interpretarla y resguardar su integridad; y, iv) que la tarea de vigilar la compatibilidad de las otras normas con la Constitución es una tarea que solo puede llevarse a cabo de manera efectiva a través de un control jurisdiccional.

El neoconstitucionalismo significará, por tanto, la superación del constitucionalismo liberal y del liberalismo en sentido estricto. Lo que no significa que se oponga a ellos sino que, por el contrario, busca incorporarlos.

1.2 Pluralismo y liberalismo

Al igual que los términos “liberalismo” y “constitucionalismo”, el de “pluralismo” también alberga muchos significados. En su acepción genérica, pluralismo es entendido como sinónimo de democracia. Y es que un Estado plural es justamente un Estado democrático donde las diferencias que cobijan las sociedades occidentales no suponen un riesgo para su existencia, sino que, por el contrario, forman parte de las características que definen su naturaleza.

Veamos, pues, tres sentidos a partir de los cuales se puede entender al pluralismo y marcar diferencia con el liberalismo.

i. Pluralismo social. Según esta primera forma de entender al pluralismo, el Estado se convierte en uno de los otros tantos grupos que conforman el “organismo social”. Es decir, en la relación Estado – individuo aparecen la familia, la iglesia, las comunidades locales, las corporaciones, entre otras, como cuerpos (o sociedades) intermedios. El pluralismo social, por tanto, estará ajeno a la diferencia establecida por el liberalismo entre sociedad y Estado.

Se trata, pues, de una doctrina con tendencias holísticas, globalizantes, que proyecta una visión de integración y, en consecuencia, se torna contraria a la doctrina individualista que persigue el liberalismo.

ii. Pluralismo institucional. De acuerdo a la doctrina que promueve este tipo de pluralismo, el Estado tiene el deber de reconocer e incorporar a los distintos grupos y asociaciones que se forman en la sociedad civil. En tal sentido, es válido sostener que detrás del pluralismo institucional se encuentra la igualdad formal y los derechos políticos de asociación y participación.

Será, por tanto, después de la segunda guerra mundial (época en la que se terminan de consolidar los derechos de participación política), que el pluralismo institucional se convertirá en característico del constitucionalismo pos liberal, pero solo en lo que a su versión democrática se refiere.

iii. Pluralismo político. Promueve, básicamente, el principio de neutralidad estatal en relación con las distintas creencias filosóficas, morales, religiosas, políticas, culturales y de cualquier otro tipo presentes en las sociedades actuales.

En ese sentido, el pluralismo político será símbolo de tolerancia toda vez que legitima las distintas concepciones que se cultivan en la esfera privada de las personas integrantes de una sociedad.

El pluralismo político, en consecuencia, estará muy cerca del liberalismo en la medida que guarda un respeto oportuno por las distintas libertades ideológicas ejercidas por las personas.

2. Libertad, dignidad y autonomía de la voluntad: Los tres valores que fundamentan al liberalismo

Como ya se refirió *supra*, desde un plano ético – político el liberalismo defiende i) el libre desarrollo de la personalidad (autonomía de la voluntad), ii) la libertad del individuo de las injerencias arbitrarias del Estado que buscan impedir estos cometidos y iii) su dignidad como presupuesto ontológico; y los asume como los tres valores que fundamentan su esencia. De ahí que resulte imperioso referirnos a ellos de manera más detenida. Para dicho efecto empezaremos analizando como premisa teórica el Imperativo Categórico de Immanuel Kant, y luego haremos una referencia independiente de cada valor.

2.1 Los tres valores que fundamentan al liberalismo en el Imperativo Categórico de Immanuel Kant

A fin de exponer cuál es, a nuestro juicio, el principal aporte de Kant para el liberalismo, tomaremos como referencia la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Esta obra, que fuera escrita por Kant en 1785, comprende un Prólogo y tres capítulos denominados, respectivamente, “Tránsito del conocimiento moral popular de la razón al conocimiento filosófico” (capítulo que contiene el *obrar por deber*), “Tránsito de la filosofía moral popular a la metafísica de las costumbres” (capítulo referido al *imperativo categórico*) y “Último paso de la metafísica de las costumbres a la crítica de la razón pura práctica” (capítulo que expresa la filosofía kantiana de la libertad). A nosotros nos interesa, en particular, las ideas que sustentan el segundo y tercer capítulo habida cuenta que materializan el contenido o significado de los tres valores que constituyen el fundamento esencial del liberalismo. Revisemos, pues, esas ideas.

i. El Imperativo Categórico. Kant aborda el tema de la acción y la ley moral en el primer capítulo de su obra y lo reconsidera en el segundo capítulo

que pretendemos analizar, pero esta vez desde un enfoque más abstracto y riguroso, es decir, al nivel superior de la ética pura o metafísica de las costumbres.

Así pues, Kant iniciará su análisis introduciendo la idea de *imperativo*. En ese sentido, advertirá en primer orden que los seres racionales, vale decir, las personas, no se restringen, como las cosas, a actuar motivadas por leyes de tipo causales, sino que actúan por leyes morales que además cumplen de manera consciente. Y a esta advertencia, agregará que la voluntad humana solo podrá cumplir la ley moral una vez que venza las tendencias espontáneas y pasionales propias de la naturaleza del hombre. Es decir, a partir del esquema planteado la ley moral habrá de presentarse como una forma de mandato o imperativo que la voluntad humana debe obedecer y cumplir¹⁵.

Ahora bien, para Kant los imperativos son *fórmulas de la determinación de la acción*¹⁶ que se expresan como fórmulas de *deber-ser* y tal como operan pueden clasificarse en dos grupos. Así se tiene que si la acción es buena solo como medio para alguna otra cosa, el imperativo es de tipo *hipotético* (este imperativo depende de una hipótesis o condición que limita su mandato). Pudiendo, a su vez, los imperativos hipotéticos ser *problemáticos* (expresan la necesidad de una acción para un propósito posible) o *asertóricos* (expresan la necesidad de una acción para un propósito *real*). Y, si de otro lado, la acción es representada como buena en sí, esto es, como necesaria en una voluntad conforme en sí con la razón, como un principio de tal voluntad, el imperativo es *categórico* (este imperativo se ejerce de forma incondicional o absoluta, es el que regula nuestro comportamiento moral).

ii. La formulación del imperativo categórico. Como ya se reseñó *supra* el imperativo categórico es incondicional y está exento de materia y supuesto condicional. Es la pura forma de la ley, vale decir, legalidad pura o universalidad de mandato. Y así lo expresa Kant: “(...) si pienso en un imperativo *categórico*, ya sé al punto lo que contiene. Pues como el imperativo, aparte de la ley, no contiene más que la necesidad de la máxima de conformarse con esa ley, y la ley, empero, no contiene ninguna condición a que esté limitada, no queda, pues, nada más que la universalidad de una ley en general, a la que ha de conformarse la máxima de la acción, y esa conformidad es lo único que el imperativo representa propiamente como necesario”¹⁷.

¹⁵ “Cada cosa, en la naturaleza, actúa según leyes. Sólo un ser racional posee la facultad de obrar por *la representación* de las leyes, esto es, por principios; posee una *voluntad*. Como para derivar las acciones de las leyes se exige *razón*, resulta que la voluntad no es otra cosa que razón práctica”. No obstante ello, hay que señalar que la voluntad no es determinada de manera exclusiva por la razón sino también por condiciones subjetivas. De ahí que se pueda concluir que la adecuación de la voluntad a la razón signifique un ejercicio de *constricción* ya que la voluntad por naturaleza no necesariamente es obediente a la razón. Por eso, afirma Kant que “la representación de un principio objetivo, en tanto que es constrictivo para una voluntad, [debe llamarse] mandato (de la razón), y la fórmula del mandato [debe llamarse] *imperativo*”. Kant, Immanuel (2005) *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Edición de Manuel Garrido y traducción de Manuel García Morente. Madrid, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), pp. 95, 96.

¹⁶ *Ibidem*, p. 98.

¹⁷ *Ibidem*, p. 106.

De ahí que, para cumplir con el imperativo categórico, debo buscar, sino lograr, que mi máxima, entiéndase mi principio o plan subjetivo de conducta, se ajuste de manera efectiva al principio objetivo de la misma, que es la ley en su pura generalidad o universalidad.

Va ser, pues, en esa línea que Kant señalará de manera concluyente, que “el imperativo categórico es único, y es como sigue: *obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal*”¹⁸.

Al respecto, podemos reseñar que la variable *ley universal* en la formulación de Kant, al propiciar la concreción de validez de una ley que alcance a todos los hombres racionales, asegura la eticidad en nuestra conducta porque nos conmina a seguir un comportamiento que no esté determinado por nuestros deseos.

Ahora bien, esta formulación del imperativo categórico como ley universal no se agota aquí. Kant añadirá dos formulaciones más.

Tenemos así que el fundamento a la segunda formulación kantiana encontrará sustento en la premisa de que la *naturaleza racional existe como fin en sí mismo*. Ello, por cuanto, para Kant “el hombre, y en general todo ser racional *existe como un fin en sí mismo, no sólo como medio* para uso cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre *al mismo tiempo como fin*”¹⁹.

Es decir, la segunda formulación kantiana constituye “la condición suprema limitativa de la libertad de las acciones de todo hombre”²⁰, ello, por cuanto, les prohíbe tratar a sus semejantes y a ellos mismos como puros medios y los conmina a considerarse exclusivamente como fines en sí mismos.

Finalmente, la tercera fórmula, a la que Kant considera consolidación y consecuencia de las dos anteriores, estará inspirada en la *autonomía de la voluntad*. Esta facultad de legislarse a sí mismo o autonomía de la voluntad es una idea kantiana inspirada en el pensamiento rousseauiano sobre el contrato social, según el cual un hombre es realmente libre cuando se emancipa de la esclavitud de sus pasiones y se libera de la servidumbre que propicia una ley impuesta por voluntad ajena. De ahí que Kant señale que “la *autonomía* es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”²¹.

En esta línea Kant hablará de un “tercer principio práctico de la voluntad”, al que reconoce como “principio de autonomía”, y lo expresará en la siguiente formulación: *obra como si tu voluntad, por su máxima, pudiera considerarse a sí misma al mismo tiempo como universalmente legisladora*.

¹⁸ Ibídem, p. 107.

¹⁹ Ibídem, p. 116.

²⁰ Ibídem, p. 120.

²¹ Ibídem, p. 126.

FÓRMULA DE LA LEY UNIVERSAL (o fórmula de la libertad)

“obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal”

FÓRMULA DEL FIN EN SÍ MISMO (o fórmula de la dignidad)

“obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca simplemente como un medio”

FÓRMULA DE AUTONOMÍA (o fórmula de la autonomía de la voluntad)

“obra como si tu voluntad, por su máxima, pudiera considerarse a sí misma al mismo tiempo como universalmente legisladora”

Las tres formulaciones con las que se busca representar el principio de la moralidad “son, en el fondo, otras tantas fórmulas de una y la misma ley, cada una de las cuales contiene en sí a las otras dos”²². Por ello, Kant precisará que: “es lo mejor, en el *juicio moral*, proceder siempre por el método más estricto y basarse en la fórmula universal del imperativo categórico: *obra según la máxima que pueda hacerse a sí misma al propio tiempo ley universal*”²³.

Finalmente cabe señalar que el concepto de *autonomía* que inspira la tercera formulación del imperativo categórico, nos encamina, según Kant, al encuentro de otro concepto ideal como es el *reino de los fines*.

Por *reino*, dice Kant, “entiendo el enlace sistemático de los distintos seres racionales por leyes comunes. Mas como las leyes determinan los fines, según su validez universal, resultará que, si prescindimos de las diferencias personales de los seres racionales y asimismo de todo contenido de sus fines privados, podrá pensarse un todo de todos los fines (tanto de los seres racionales como fines en sí, como también de los propios fines que cada cual puede proponerse) en enlace

²² *Ibíd.*, p. 126.

²³ *Ibíd.*, p. 127. Y es que como opina Nino, para Kant los principios morales deben ser *autónomos*, porque son principios que uno se da a sí mismo con independencia de toda autoridad humana o divina; deben ser *categoricos*, porque lo que ellos ordenan no está condicionado a intereses o deseos; pero, sobre todo, deben ser *universales*, ya que obligan a todos los seres racionales por igual”, Nino, Carlos Santiago (1993) “Justicia”. En: Garzón Valdés, Ernesto y Francisco Laporta (editores) (2000) *El derecho y la justicia*. 2da. Ed. Madrid, Editorial Trotta S.A. y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, p. 474.

sistemático; es decir, un reino de los fines, que es posible según los ya citados principios”²⁴.

Es decir, para Kant el *reino de los fines* constituye un ideal de sociedad donde impera la ley moral, la libertad y la igualdad. Una sociedad donde todos los hombres racionales son súbditos y legisladores de sí mismos. Y en la medida que este ideal, a su juicio, resulta posible, delinearé una variante de la tercera formulación en los siguientes términos: *Todo ser racional debe obrar como si fuera por sus máximas siempre un miembro legislador en el reino universal de los fines*²⁵.

iii. La filosofía kantiana de la libertad. El primer apartado del Tercer capítulo de la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* se titula “El concepto de libertad es la clave para explicar la autonomía de la voluntad” y, ello, se debe a que el término de libertad operará, a juicio de Kant, como el conector o enlace de los conceptos *voluntad* y *moralidad*.

La voluntad (o razón práctica) puede ser definida como un tipo de causalidad propia de los seres vivos racionales. Para que esta voluntad sea reputada como libre habría que afirmar que la voluntad puede ser actuada de manera causal sin que esta actuación sea originada por nada distinto de ella misma. Es decir, una voluntad libre actúa de acuerdo a leyes que ella misma se impone. Lo que se traduce en una identificación entre libertad y autonomía. Y dado que la autonomía es el principio de la moralidad, una voluntad libre será una libertad sujeta exclusivamente a leyes morales.

En ese orden de afirmaciones cabría decir, entonces, desde un punto de vista práctico, que si la moralidad va ser derivada de la libertad, todo ser racional tiene que dar por supuesto que su voluntad es libre. Y que la libertad constituye un supuesto necesario de toda acción. Un ser racional jamás puede concebir la acción causal de su voluntad como extraña al concepto de libertad. Por tanto, como ser racional tiene que actuar solamente bajo la presuposición de la libertad, de lo cual se siguen el principio de autonomía y el imperativo categórico²⁶.

iv. Libertad, dignidad y autonomía de la voluntad en el Imperativo Categórico de Immanuel Kant (a manera de síntesis). En el marco de la ilustración los seres humanos resultaron conminados a darle sentido a sus vidas desde ellos mismos, vale decir, los recursos externos como la religión, las costumbres o historia se convirtieron en alternativas negadas para ese cometido. Ello por cuanto se pensó y buscó demostrar que sí resultaba posible para cualquier ser racional alcanzar principios morales sustantivos apelando exclusivamente a la razón práctica.

²⁴ Ibídem, p. 123.

²⁵ Ibídem, p. 129.

²⁶ Paton, H. J. (1948) “Comentarios a la Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”. Traducción de Carmen García Trevijano. En: Kant, Immanuel (2005) *Fundamentación de la ...*, ob. cit. p. 251.

Es en este contexto que Kant proclamará a la *autonomía de la voluntad* como uno de los valores máximos y planteará la idea de que todo ser racional únicamente obedece su propia ley, más no otra que provenga de la naturaleza (toda vez que esto significaría su heteronomía)²⁷. Así pues, la ley moral propicia la concretización de la *libertad* en el fuero interno²⁸. Sin embargo, en el fuero externo la ley que existe e impera es la ley del Derecho. Para Kant el ámbito de aplicación del Derecho se restringe al fuero externo y solo toma en cuenta las acciones o conductas que pueden incidir negativamente en la libertad de los demás (el límite de mi libertad es el derecho del otro). En tanto que el fuero interno de los seres, esto es, sus convicciones, sentimientos o anhelos de buena vida, no pueden ser controlados, mucho menos restringidos.

Ahora bien, si se valida la indiferencia del Derecho frente al fundamento material de las acciones o conductas de los seres humanos, y que el Derecho solo toma en consideración la interacción de la libertad ejercida por distintos seres racionales, la única manera de saber cuándo una acción personal es compatible con el ejercicio de libertad por parte de otra tiene que ver con la posibilidad de admitirse su “universalización”: *Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne en ley universal*. Para que una acción personal puede ser atribuida como *ley universal*, es decir, para que sea válida y legítima debe ser buena y propiciar un ejercicio equitativo de libertad.

Aunado a los valores esenciales de *autonomía* y *libertad*, encontramos un tercer valor en el Imperativo Categórico de Kant y es el de *dignidad*. Este valor aparece como resultado de la autonomía, de la posibilidad que tiene el ser humano de ejercer su autodeterminación moral y adquirir una condición que supera su esencia física.

La dignidad será entendida por Kant como un valor no instrumental (solo fin, nunca medio) que propicia la obligación de respeto hacia el ser que la posee. Y, a su vez, como un valor que ostenta un carácter deontológico en la medida que obliga a los seres humanos a ejercer la razón y a actuar en autonomía. Pero no solo eso, su condición ontológica (posesión por el hecho de nacer y ser persona humana) opera como límite frente el actuar de otros y propicia una protección individual. Delimitándose, así, un espacio de respeto para cada ser y que servirá de fundamento a la idea de titularidad de derechos humanos inherentes.

²⁷ “*Nómos*” y “*béteros*” son dos palabras griegas que significan “*ley*” y “*otro*” respectivamente. Cuando un ser racional es sometido a una legislación como consecuencia de una acción externa, Kant habla de *heteronomía*. En contraste con esto, el proyecto ético kantiano busca convencer que un ser racional es su propio legislador, que no es heterónimo, sino autónomo (el término griego “*autos*” significa uno mismo, y, en consecuencia, el término “*autónomo*” refiere al que se legisla a sí mismo). Por tanto, la autonomía es para Kant la máxima expresión de libertad y el símbolo de nuestra dignidad.

²⁸ Como opina Bobbio, “Kant se preocupa sobre todo por la libertad moral de los individuos”, en: Bobbio, Norberto (1989) *Liberalismo y democracia...*, ob. cit, p. 24.

Autonomía, libertad y dignidad serán, pues, los tres valores esenciales mínimos que Kant defenderá. Valores innatos de la persona humana y necesarios para su actuación en la sociedad o en cualquier contexto donde se desenvuelva.

2.2 El valor libertad

No hay duda que para el liberalismo el valor fundamental es la “libertad”. Prueba de ello es que después de las tres más importantes revoluciones ocurridas en Occidente (inglesa, americana y francesa), muchas ideologías políticas se sustentaron en ella, si bien, le atribuyeron diferentes significados. Así, pues, se entendió a la libertad como *status*, como *autonomía* y como *acción*.

Antes de precisar los alcances de cada uno de esos sentidos atribuidos al valor libertad, es importante referir los dos conceptos (negativo y positivo) que alrededor de ella fueron promovidos en su momento por Isaiah Berlin y por Norberto Bobbio, ello, por cuanto, dichos conceptos forman parte del sentido de libertad acogido por el liberalismo.

En 1958, Isaiah Berlin publica su ensayo titulado *Dos conceptos de libertad y otros escritos* y a partir de este trabajo es recurrente en la doctrina la referencia a la libertad negativa y positiva. Así pues, se entiende por libertad *negativa* (o libertad *de*) la ausencia de interferencias en la acción individual por parte de otros, en tanto que la libertad *positiva* (o libertad *para*), es la capacidad que tiene el individuo para obrar. En opinión de Berlin se es libre, en sentido negativo, *de* impedimentos de terceros, en tanto que se es libre, en términos positivos, *para* obrar²⁹.

Por su parte, Bobbio –que por la misma época plantea una distinción similar– sostiene que por libertad *negativa* “se entiende, en el lenguaje político, la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos. (...) [Es decir,] la libertad negativa suele llamarse también «libertad como ausencia de impedimento» o «libertad como ausencia de constricción». (...) [Por tanto,] «libertad negativa», consiste en hacer (o no hacer) todo lo que las leyes, entendidas en sentido lato, y no sólo en sentido técnico-jurídico, permiten, o bien no prohíben (y que, en cuanto tales, permiten no hacer)”³⁰.

En tanto que por libertad positiva, a decir de Bobbio, “se entiende en el lenguaje político la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros. Esta forma de libertad se llama también «autodeterminación» o, de manera más apropiada, «autonomía”³¹.

²⁹ Berlin, Isaiah (1996) *Cuatro ensayos sobre la libertad*. 2da. Reimp. de la 1ra. Ed. Madrid, Alianza Editorial S. A., p. 191 y ss.

³⁰ Bobbio, Norberto (1993) *Igualdad y libertad*. Introducción de Gregorio Peces-Barba. Traducción de Pedro Aragón Rincón. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., pp. 97-99.

³¹ *Ibidem*, p. 100.

Es decir, la libertad negativa es aquella libertad que tiene toda persona para obrar sin encontrar obstáculos, y que es recogida por las declaraciones de derechos humanos y textos constitucionales como *cláusula de libertad*³². En tanto que la libertad positiva es una cualificación de la voluntad, es la libertad de querer, la libertad autodeterminada; de ahí que sea regulada en las constituciones como el *derecho al libre desarrollo de la personalidad*³³.

i. Libertad como *status*. En términos genéricos una persona libre es una no esclava, por tanto, la libertad como *status* ni es libertad negativa (exenta de intromisiones), ni es libertad positiva (autonomía, voluntad, querer), es solo el *status* de no esclavo que ostenta una persona. Es decir, en esta primera definición de libertad el término “libre” es concebido como sustantivo.

Solo después de la revolución francesa, el *status* de libertad del que gozaban unos cuantos privilegiados se hará extensivo a todas las personas.

ii. Libertad como *autonomía*. Significa libertad fundada en la autolegislación o autogobierno, en las leyes morales propias. Sin más, es la libertad positiva.

Para Berlin y Bobbio esta libertad es una de tipo democrática y, ello, porque solo se reputa obediencia de leyes en cuya producción se ha tenido participación, ya sea en grado directo o indirecto.

iii. Libertad como *acción*. Este tipo de libertad puede entenderse desde un sentido estrictamente liberal. Se trata, pues, de la libertad negativa en el lenguaje de Bobbio, de la libertad para obrar. La libertad como *acción* será, por tanto, la permisión que tiene toda persona para hacer lo que no está prohibido. No obstante, cabe recordar que el gran límite al libre obrar empieza en los derechos del otro.

³² Así, por ejemplo, el párrafo a. del inciso 24) del artículo 2º de nuestra Constitución establece que “Toda persona tiene derecho: A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Por su parte, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 establece que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. (...)” (artículo 1º); “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro; por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites solo pueden ser determinados por la ley” (artículo 4º); “La ley solo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene” (artículo 5º).

³³ La libertad positiva es recogida en nuestra Constitución como el derecho que tiene toda persona a su libre desarrollo (artículo 2º, inciso 1). Así pues el Tribunal Constitucional ha precisado que “el derecho al libre desarrollo de la personalidad, encuentra reconocimiento en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho “a su libre desarrollo”, pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos”, Sentencia recaída en el Expediente N.º 0032-2010-PI, caso más de cinco mil ciudadanos, F. J. 22.

2.3 El valor dignidad

Es harto conocido que el valor dignidad es invocado de manera frecuente en las distintas declaraciones de derechos (tanto de alcance universal como regional) y en los diferentes textos constitucionales. Así por ejemplo, tenemos que el artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*; por su parte, en el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se señala que *“Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”*; el artículo 11° de la Convención Americana de Derechos Humanos advierte que *“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”*. Y en lo que a textos constitucionales se refiere, se puede mencionar al artículo 1°, apartado 1, de la Ley Fundamental de Bonn que señala *“la dignidad del hombre es intangible”*; a la Constitución española que en su artículo 10° precisa *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*; y a nuestra actual Constitución que en su artículo primero reza, *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*, entre otros.

Pero no solo ello, en el lenguaje político común también se invoca permanentemente el término dignidad humana, claro está, para justificar distintas demandas sociales que lejos de ser relevantes moralmente, pueden ser entendidas como triviales (vgr. que el gremio de trabajadores de construcción civil sostenga que afecta su dignidad el hecho de contar con un escaso presupuesto que solo le permite comer arroz con menestras todos los días).

Por tanto, se ha producido –como señala el profesor Ernesto Garzón Valdés– *“una verdadera inflación de un término de fácil invocación pero de difícil precisión conceptual”*³⁴.

Ahora bien, sobre la complejidad y difícil precisión del término dignidad, Manuel Atienza considera que un uso genérico o adscriptivo de dicha expresión resulta perfectamente legítimo. Así pues, sostiene que *“aunque el análisis de ese concepto revista considerable complejidad, un buen punto de partida podría ser el considerarlo como un término de enlace (hasta cierto punto lo que Alf Ross llamaba conceptos *tú-tú*); o sea, el término dignidad (en sentido genérico o adscriptivo) lo usamos básicamente con dos funciones: para decir que alguien – ciertas entidades– poseen dignidad; y/o para adscribir determinadas consecuencias normativas o valorativas a las entidades que poseen esa propiedad. Vistas así las cosas, no habría porqué considerarlo como un término vacío y/o inevitablemente confuso. Referirse a la dignidad es una manera abreviada de decir que una entidad posee determinadas propiedades y/o que, por tanto, se la debe*

³⁴ Garzón Valdés, Ernesto (2011) *“¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana? En: Propuestas*, Madrid, Editorial Trotta S.A., p. 37.

tratar de una cierta manera”³⁵. Es decir, para efectuar un análisis completo del término dignidad se tendría que precisar cuáles son esas condiciones y consecuencias, tal como lo hace, por ejemplo, Garzón Valdés, para quien la condición es pertenecer a la especie humana y una de las consecuencias tener capacidad para exigir derechos: “El concepto de dignidad humana no designa una característica accidental sino una propiedad distintiva atribuida exclusivamente a todo ser humano viviente. (...) [Por lo que a] describirle dignidad al ser humano viviente es algo así como colocarle una etiqueta de valor no negociable, irrenunciable, ineliminable e inviolable, que veda todo intento de auto o heterodeshumanización. En este sentido, impone deberes y confiere derechos”³⁶.

Aunque todas estas consideraciones conceptuales puedan ser objeto de muchas discusiones, no cabe duda que suponen un buen punto de partida en ese intento de describir el valor dignidad. En el presente apartado no es nuestra intención hacer un desarrollo extensivo del significado y alcances del valor dignidad. Ello supondría emprender una tarea casi inacabable. Sí, por el contrario, pretendemos dejar en claro cuál es el concepto de dignidad que ha sido admitido por el liberalismo. Para ello creemos que resulta útil apelar a las afirmaciones sostenidas por Garzón Valdés en su trabajo titulado *¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?*, ello porque su respuesta se fundamenta en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano (fórmula del fin en sí mismo) que ha sido recogida seriamente por el liberalismo.

Dichas afirmaciones de Garzón Valdés sobre la dignidad han sido sistematizadas por Manuel Atienza³⁷ de manera muy coherente bajo el siguiente esquema: un *principio (P) básico* como punto de partida que propicia *reglas (R) de aplicación* y que se sustenta en una serie de *tesis (T) teóricas*. Ese esquema explicativo lo reproducimos a continuación.

Principio de la dignidad humana: “Todos y sólo los seres humanos vivos deben ser tratados por los demás y también por ellos como fines en sí mismos”.

R1: “Cada cual tiene la obligación de defender su dignidad y la de los otros (seres humanos vivos)”.

R2: “Lesiona su propia dignidad de manera voluntaria (incumple una obligación moral) quien:

- a) actúa de manera heterónoma;
- b) pierde (voluntariamente) la capacidad de autocontrol;
- c) incurre en comportamientos delictivos”

R3: “Lesiona la dignidad de otro (ser humano vivo) de manera voluntaria (incumple una obligación moral) quien:

³⁵ Atienza, Manuel (2010) *Bioética, Derecho y Argumentación*. 2da. Ed. Ampliada. Lima, Palestra Editores S.A.C., p. 173.

³⁶ Garzón Valdés, Ernesto (2011) “¿Cuál es la relevancia moral...”, ob cit., p. 65.

³⁷ Atienza, Manuel (2010) *Bioética, Derecho y ...*, ob. cit., p. 181 y ss.

- a) lo humilla;
- b) lo trata como un mero medio;
- c) lo degrada a la categoría de objeto o de animal”

R4: “El principio de dignidad humana exige que se respete el principio de individualismo ético o de autonomía: nadie puede imponer a otro obligaciones que éste no desee asumir, a no ser que esa sea la única forma de asegurar un derecho básico de otro individuo o de sí mismo”.

R5: “El principio de dignidad humana exige el respeto del principio de coto vedado: las cuestiones concernientes a la vigencia plena de los bienes primarios o básicos no pueden dejarse libradas a procedimientos de discusión en los que juegue algún papel la voluntad o los deseos de los integrantes de la comunidad”.

T1: “La adscripción de dignidad depende exclusivamente de la pertenencia a la especie humana”.

T1.1: “Los seres humanos vivos tienen dignidad con independencia de su edad o de su estado mental o psicológico”.

T1.2: “Los cadáveres no tienen dignidad”.

T2: “El valor de la dignidad es innegociable, irrenunciable, inalienable e inviolable”.

T3: “La dignidad no tiene grados. Todos los seres humanos vivos tienen la misma dignidad”.

T4: “La adscripción de dignidad es independiente de la conciencia de dignidad y de la expresión de dignidad (comportarse de una manera digna)”.

T4.1: “Tener conciencia de la propia dignidad significa tener conciencia de ser un agente moral”.

T4.2: “Quien se comporta de una manera indigna no pierde por ello su dignidad”.

T5: “Tener dignidad significa ser potencialmente capaz de exigir derechos”.

T6: “El principio de dignidad es absoluto: las razones basadas en la dignidad derrotan a todas las otras razones en todas las circunstancias, de manera que no es un principio que quepa *ponderar* con otros”.

Por tanto, se puede concluir, a partir de lo expuesto en las citas referidas, que para el liberalismo la dignidad es un valor no instrumental (solo fin, nunca medio) que propicia la obligación de respeto hacia el ser que la posee. Y, a su vez, un valor que ostenta un carácter deontológico en la medida que obliga a los seres humanos a ejercer la razón y a actuar en autonomía. Pero no solo eso, la condición ontológica que ostenta opera como límite frente el actuar de otros y propicia una protección individual. Delimitándose, así, un espacio de respeto para cada ser que servirá, a su vez, de fundamento a la idea de titularidad de derechos humanos inherentes.

2.4 La autonomía de la voluntad

La facultad de legislarse a sí mismo o autonomía de la voluntad es una idea kantiana inspirada en el pensamiento contractualista de Rousseau, según la cual un hombre es realmente libre cuando se emancipa de la esclavitud de sus pasiones y se libera de la servidumbre que propicia una ley impuesta por voluntad ajena³⁸. Para Kant “la *autonomía* es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”³⁹ y, a partir de ahí, reconoce un tercer principio práctico de la voluntad al que denomina *principio de autonomía* y lo expresa en la formulación “*obra como si tu voluntad, por su máxima, pudiera considerarse a sí misma al mismo tiempo como universalmente legisladora*” (formulación que es parte de su imperativo categórico).

Ahora bien, existe una clara identidad entre autonomía y libertad. Y, ello, dado que la voluntad está sujeta exclusivamente a leyes morales, termina, en consecuencia, revistiéndose inevitablemente de libertad. Como sostiene Paton, “el hombre no puede concebir nunca la acción causal de su propia voluntad como ajena a la Idea de libertad. De este modo, como ser racional, tiene que actuar solamente bajo la presuposición de la libertad, de lo cual se siguen, (...) el principio de autonomía y el imperativo categórico”⁴⁰.

Como ya se ha expresado, el fundamento material del liberalismo “está cifrado, ante todo, en la libertad del ser humano, sobre la cual tiene derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado”⁴¹. Es decir, el respeto por la libertad natural del ser humano debe ser la premisa principal que sustente todo sistema normativo y social, de manera tal que el Estado queda obligado a resguardar ese espacio esencial de autonomía moral, a menos que como consecuencia de su ejercicio se resulte afectando la libertad de otra persona.

A juicio del Tribunal Constitucional, existe un derecho subjetivo fundamental que cobija en su núcleo esencial esta libertad genérica o natural a la

³⁸ Como advierte Bobbio, para Rousseau “la libertad en el estado civil consiste en el hecho de que allí el hombre (...) es autónomo en el sentido preciso de la palabra, en el sentido de que se da la ley a sí mismo y no obedece otras leyes que aquellas que él se ha dado”, en: Bobbio, Norberto (1993) *Igualdad y libertad...*, ob. cit., p. 101.

³⁹ Kant, Immanuel (2005) *Fundamentación de la ...*, ob. cit., p. 126. Sin embargo, a nuestro juicio, esta afirmación de Kant ingresa en un contrasentido. La autonomía no podría ser el fundamento de la dignidad puesto que ésta constituye un límite a la autonomía. Nadie puede autogobernarse a tal punto que se trate así mismo como mero medio. No puedo, por ejemplo, en ejercicio de mi autonomía, celebrar un contrato de esclavitud porque el principio de dignidad me lo prohíbe. Por tanto, si la dignidad es un límite a la autonomía, ésta no puede ser su fundamento. Es conceptualmente imposible. Se trata de dos valores no mutuamente implicantes, *ergo*, uno no puede ser fundamento del otro.

⁴⁰ Paton, H. J. (1948) “Comentarios a la Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”. Traducción de Carmen García Trevijano. En: Kant, Immanuel (2005) *Fundamentación de la ...*, ob. cit. p. 251.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 0032-2010-PI, caso más de cinco mil ciudadanos, F. J. 17.

que aludimos. Tal derecho es el de libre desarrollo de la personalidad⁴². Para el Tribunal, este derecho “garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (...). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra”⁴³.

Por tanto, el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad sirve para inmunizar a la libertad natural del ser humano de las pretensiones estatales de limitar la autonomía moral de acción y de elección.

Y, en esa línea, se puede concluir también que una regla que subyace del reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es aquella que predica la imposibilidad de que el Estado imponga medidas paternalistas. Sin embargo, como se sabe, en un Estado constitucional y democrático de Derecho ninguna regla es absoluta, solo *prima facie*. De ahí que Francisco Laporta refiera con razón que “existen supuestos en la que la intervención paternalista es intuitivamente necesaria”⁴⁴, o como dice Carlos Santiago Nino, “algunas medidas e instituciones paternalistas parecen ampliamente justificadas”⁴⁵. Es en este orden de ideas, por tanto, que el Tribunal sostiene que “una medida paternalista se encuentra justificada en el Estado Constitucional, [más aún si] se trata de casos en los que el grado de incidencia de la medida sobre la libertad es mínimo en comparación con el grado de protección que genera con relación a ciertos derechos fundamentales o en los que es objetivamente dudoso que la voluntad de la persona tenga un origen plenamente consciente, autónomo y libre, y, adicionalmente, se evita de modo plausible la generación de un serio e irreversible daño a los derechos fundamentales de la propia persona. Es evidente, no obstante, que se trata de medidas excepcionales, de modo que la regla general continúa siendo el respeto por el máximo grado de autonomía moral posible del ser humano”⁴⁶.

Expuestas así las cosas, solo cabe finalizar precisando que existe un compromiso moral del liberalismo con la autonomía. No obstante, el liberalismo

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 0032-2010-PI, caso más de cinco mil ciudadanos, F. J. 21.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 2868-2004-AA, caso José Antonio Álvarez Rojas, F. J. 14.

⁴⁴ Laporta, Francisco Javier (2007) *Entre el Derecho y la moral*. 3ra. Reimp. de la 1ra. Ed. México D.F., Distribuciones Fontamara S.A., p. 54.

⁴⁵ Nino, Carlos Santiago (2006) *Ética y derechos humanos*. 2da. Ed. Buenos Aires, Editorial Astrea S.A., p. 414.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 0032-2010-PI, caso más de cinco mil ciudadanos, F. J. 60.

–como sostiene Tubino⁴⁷– no puede autoasignarse el derecho a imponer el valor de la autonomía allí donde no se encuentra. Es decir, en estricto, no puede imponer a alguien actuar autónomamente cuando no lo desea. Eso es conceptualmente contradictorio y éticamente insostenible. A lo más, el liberalismo puede intentar convencer de la conveniencia de la *praxis* de la autonomía. Su compromiso con este valor empieza por asumir la tarea de construir las condiciones que lo hagan posible. Por tanto, en una sociedad libre podemos admitir como un ejercicio de autonomía válido el hecho de que el individuo suspenda el ejercicio de su autonomía cuando así lo desee (siempre y cuando esto no se entienda como una renuncia a la autonomía, porque eso sí no está permitido).

3. Igualdad y justicia: Dos valores más que sustentan al liberalismo

El esquema libertario, como ya hemos referido, tiene sustento axiológico, básicamente, a nuestro juicio, en la libertad, autonomía y dignidad. No obstante, existen otros valores relacionales que también fundamentan la doctrina liberal. Nos referimos, en particular, a la igualdad y a la justicia. En esa línea, revisaremos, pues, algunos aspectos de la teoría de justicia descrita por John Rawls como premisa teórica que informa al liberalismo, para luego precisar algunos alcances sobre el valor igualdad.

3.1 El aporte de John Rawls (a propósito del valor justicia)

La *Teoría de la Justicia* constituye la concretización del pensamiento de John Rawls, el mismo que ya venía siendo delineado en un conjunto de artículos publicados de manera previa⁴⁸. En efecto, en estas publicaciones el profesor de Harvard fue determinando aquellos elementos que serían esenciales en su obra principal. Ahora bien, para comprender el trabajo de Rawls es preciso tomar en cuenta cinco claves que, a nuestro juicio, ayudan a clarificar la tesis que el autor quiso sostener en su *Teoría de la Justicia*. La primera de ellas está fundada en su profunda inspiración kantiana⁴⁹. La segunda clave está referida a su preferencia

⁴⁷ Cfr. Tubino, Fidel (2007) “En defensa de la universalidad dialógica”. En: Giusti, Miguel y Fidel Tubino (editores) (2010) *Debates de la ética contemporánea*. 1ra. Reimp. de la 1ra. Ed. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Colección Intertextos N° 1, pp. 85, 86.

⁴⁸ Se puede mencionar “Justicia como equidad”, “El sentido de la justicia” y “Justicia distributiva”, que en su versión castellana fueron publicados en Rawls, John (1999) *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*. Traducción de M. Rodilla. 2da. Edición. Madrid, Editorial Tecnos, Colección Filosofía y Ensayo, capítulos 2, 3 y 4, respectivamente.

⁴⁹ En el marco de la ilustración los seres humanos resultaron conminados a darle sentido a sus vidas desde ellos mismos, vale decir, los recursos externos como la religión, las costumbres o historia se convirtieron en alternativas negadas para ese cometido. Ello, por cuanto, se pensó –como hizo Kant– y buscó demostrar que sí resultaba posible para cualquier ser racional alcanzar principios morales sustantivos apelando exclusivamente a la razón práctica. La *Teoría de la Justicia* de Rawls constituye un intento por revalidar esa tesis kantiana y superar el supuesto fracaso fundado en la acción de extraer, a partir de premisas estrictamente formales, conclusiones de tipo sustantivas.

liberal⁵⁰. La tercera hace alusión a la defensa de una moral deontológica⁵¹. En cuarto lugar está la influencia de la teoría contractualista⁵². Y, finalmente, hay que considerar la intención de Rawls de otorgar una nueva visión a la filosofía política y moral que se encontraba pasando por una situación de crisis gracias a la influencia del utilitarismo e intuicionismo⁵³.

En las próximas líneas analizaremos, pues, aunque de manera breve y centrándonos solamente en algunos aspectos esenciales, la teoría de Rawls, resaltando los alcances de su concepción de justicia, y también haremos hincapié en el valor igualdad contenido en ella.

i. El contractualismo rawlsiano. En la tradición filosófica y política liberal (entiéndase aquella tradición que considera relevante el valor de la autonomía moral), la tesis contractualista⁵⁴ constituye un fundamento importante y ocupa un lugar significativo. *Ergo*, en la teoría de Rawls el contractualismo está presente.

⁵⁰ La impronta liberal de la *Teoría de la Justicia* se evidencia, a nuestro juicio, básicamente cuando Rawls enuncia los dos principios de la justicia: “*Primero*: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. *Segundo*: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos”. De aquí se desprende que Rawls reconoce dos de los valores esenciales propugnados por el liberalismo. A saber, libertad e igualdad. Rawls, John (1995) *Teoría de la justicia*. 6ta. Reimp. de la 2da. Ed. México D. F., Fondo de Cultura Económica, pp. 67, 68.

⁵¹ Un sistema moral deontológico es aquel donde el valor justicia prima entre los ideales políticos y morales, vale decir, donde lo justo está por encima de lo bueno. Y, para Rawls “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas”, *ibídem*, p. 17.

⁵² El propio Rawls reconoce su tesis de justicia como imparcialidad como un ejemplo de teoría contractualista, *ibídem*, p. 28.

⁵³ A este respecto cabe mencionar las afirmaciones de Nino, quien sostiene que Rawls “recurre al contractualismo inherente a las concepciones de Rousseau y Kant para oponerse fundamentalmente al utilitarismo y al intuicionismo. Al primero lo acusa de no tomarse seriamente la separación e independencia de las personas –idea expresada en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano–, proyectando a la sociedad el enfoque maximizador del placer o de la satisfacción de intereses antes que el procedimiento de decisión aplicable a un solo individuo. Al segundo le objeta la falta de criterios constructivos para jerarquizar diferentes principios morales, recurriendo a la intuición en cada caso particular”. Nino, Carlos Santiago (1993) “Justicia”. En: Garzón Valdés, Ernesto y Francisco Laporta (editores) (2000) *El derecho ...*, ob. cit., p. 474.

⁵⁴ La idea de *contrato social*, siguiendo a Hobbes, Locke y Rousseau, supone “un acuerdo entre ciudadanos potenciales (o entre éstos y un potencial gobernante o gobernantes) sobre los términos en los que van a entrar en relaciones sea sociales o políticas (o ambas). La teoría del contrato social propone una situación –llamada «estado de naturaleza»– en la que las personas, que no tienen derechos y obligaciones políticas (y tal vez tampoco sociales), llegan (generalmente de manera anónima) a un acuerdo sobre las bases para establecer un sistema social y/o político en el que se les reconozcan derechos y obligaciones, incluidas las obligaciones de cumplir el acuerdo alcanzado, respetar los derechos de los ciudadanos y obedecer al gobernante o gobernantes nombrados. El contrato social es usado tanto para explicar la obligación general de los ciudadanos de obedecer la ley (y los posibles límites de esa obligación), como para proporcionar un modo de determinar el contenido adecuado de los derechos y obligaciones que vinculan a los miembros de una sociedad civil y política. El contrato sirve, por lo tanto, tanto para establecer las bases de la obligación social, política y jurídica, como para justificar un conjunto particular de normas positivas, sociales y políticas”, en: Campbell, Tom (2002) *La justicia. Los principales debates contemporáneos*. Traducción de Silvina Álvarez. 1ra. Reimp. de la 1ra. Ed. Barcelona, Editorial Gedisa S.A., pp. 101, 102.

Ahora bien, la especial importancia del contractualismo se debe, como dice Gargarella, “a que nos ayuda a responder de un modo interesante dos preguntas básicas de toda teoría moral: a) ¿qué nos demanda la moral?, y b) ¿por qué debemos obedecer ciertas reglas? A la primera pregunta, el contractualismo responde: la moral nos exige que cumplamos aquellas obligaciones que nos hemos comprometido a cumplir. Y, frente a la segunda pregunta, el contractualismo sostiene que la razón por la cual debemos obedecer ciertas reglas es la de que nos hemos comprometido a ello”⁵⁵.

Antes de la ilustración, interrogantes como las formuladas solo encontraban respuesta en la religión. De ahí que desde los inicios del iluminismo la propuesta teórica que ofrece el contractualismo se haya vendido como la más atractiva para reemplazar las justificaciones religiosas sobre el origen del poder. Hoy en día la autoridad es concebida como una entidad que encuentra origen en la creación racional y que no puede justificarse en razones divinas.

Asumiendo, entonces, la importancia que tiene la tesis contractualista para los liberales, habría que preguntarse ¿cuál es el tipo de contrato que defiende Rawls?⁵⁶

En la *Teoría de la Justicia*, Rawls nos hablará de un *contrato hipotético*. Expresará, en ese sentido, que su “objetivo es presentar una concepción de la justicia que generalice y lleve a un superior nivel de abstracción la conocida teoría del contrato social tal como se encuentra, digamos, en Locke, Rousseau y Kant. Para lograrlo no debemos pensar en el contrato original como aquel que es necesario para ingresar en una sociedad particular o para establecer una forma particular de gobierno. Más bien, la idea directriz es que los principios de la justicia para la estructura básica de la sociedad son el objeto del acuerdo original. Son los principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación. Estos principios han de regular todos los acuerdos posteriores; especifican los tipos de cooperación social que se pueden llevar a cabo y las formas de gobierno que pueden establecerse. A este modo de considerar lo llamaré justicia como imparcialidad (...) [Por tanto] en la justicia como imparcialidad, la posición original de igualdad

⁵⁵ Gargarella, Roberto (1999) *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., p. 31.

⁵⁶ En relación a la naturaleza del contrato social, existen dos tipos de interpretaciones: “La primera concede una importancia considerable a la historicidad del fenómeno, de modo que se asume que hubo personas en un estado de naturaleza que llegaron a acuerdos reales. Esta afirmación es de clara importancia si se dice que la obligación política deriva directamente del contrato social, ya que entonces sólo los acuerdos reales son obligatorios. (...) El segundo enfoque, más radical, consiste en abandonar enteramente la idea de un contrato histórico o real y reinterpretar el concepto en términos hipotéticos, de manera que el contrato se transforma en el acuerdo al que *habrían* llegado las personas de un cierto tipo en una cierta clase de situaciones. La razón que sustenta esta segunda e hipotética interpretación del contrato social es más epistemológica que de justificación. Imaginar y pensar en las consecuencias de un estado de naturaleza hipotético es un modo de lograr conocer el contenido de las normas sociales y políticas, y el sistema de gobierno que debería crearse y defenderse aquí y ahora. Los acuerdos a los que podrían llegar los individuos libres e iguales en un hipotético estado de naturaleza son los que deben ser adoptados como las normas básicas de la vida social”, en: Campbell, Tom (2002) *La justicia...*, ob. cit., p. 103.

corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social. Por supuesto que la posición original no está pensada como un estado de cosas históricamente real, y mucho menos como una situación primitiva de la cultura. Se considera como una situación puramente hipotética caracterizada de tal modo que conduce a cierta concepción de la justicia”⁵⁷.

Se puede concluir, entonces, que la razón por la cual Rawls planteará su propia tesis contractual bajo la figura de un acuerdo hipotético está fundada en la intención de resaltar algunas instituciones morales. Es decir, para Rawls el contrato tiene sentido porque permite evidenciar nuestra igual condición moral, vale decir, la idea de que todos ostentamos una igual importancia y ninguna persona se encuentra subordinada a otra. A diferencia de lo que podría propiciar la teoría contractual delineada por Hobbes, el contrato de Rawls refleja nuestra condición de igualdad en el momento de la negociación, ello, por cuanto, la igualdad que promueve Rawls no está referida a la igualdad física sino a la igual condición moral que nos conlleva a un escenario donde se promueve la imparcialidad (en la medida que se consideran imparcialmente los intereses de los participantes)⁵⁸.

ii. Los principales rasgos de la Teoría de la Justicia. Empezaremos señalando que el objetivo perseguido por el contrato hipotético de Rawls es el establecimiento de los principios de justicia para la estructura básica de la sociedad⁵⁹. Como él mismo lo precisa, “para nosotros, el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social”⁶⁰.

En segundo término, resulta oportuno señalar que los principios⁶¹ que emergen del contrato hipotético serán aplicados a sociedades bien ordenadas en donde destaca el contexto de justicia. Una sociedad bien ordenada, es para Rawls, aquella donde “1) cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia, y 2) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen”⁶². Es decir, una sociedad donde las personas que la conforman son iguales entre sí, y su

⁵⁷ Rawls, John (1995) *Teoría de la ...*, ob. cit., pp. 24, 25.

⁵⁸ El efecto que busca un acuerdo hipotético “es hacer más plausible la afirmación de que el resultado de tal acuerdo es justo, ya que parece inteligible –y tal vez atractivo– decir que aquello que acuerden las personas que son libres e iguales en este sentido ideal tiene derecho a ser considerado como aceptable. Mientras que el contrato histórico puede ser visto como un acuerdo entre personas desesperadas con poco poder de negociación, en el contrato hipotético la situación en la que se realiza el acuerdo puede diseñarse de modo que aparezca mucho más equitativa”, en: Campbell, Tom (2002) *La justicia...*, ob. cit., p. 104.

⁵⁹ Rawls, John (1995) *Teoría de la ...*, ob. cit., p. 24.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 20.

⁶¹ Los principios producto del acuerdo necesariamente, dice Rawls, deberán cumplir con algunas condiciones formales, tales como generalidad, universalidad, publicidad, ordenación y carácter definitivo, *ibidem*, p. 130 y ss.

⁶² *Ibidem*, p. 18.

eficaz regulación que está fundada en la concepción pública de justicia permite promover el bien de sus miembros.

Ahora bien, habría que preguntarse entonces ¿en qué momento surgen esos principios que emergen del contrato hipotético?, y bajo ¿qué circunstancias aparecen? Advierte Rawls que “la posición original es el *statu quo* inicial apropiado que asegura que los acuerdos fundamentales [entiéndase principios] alcanzados en él sean imparciales”⁶³, ello, por cuanto, “en la posición original los grupos son iguales, esto es, tienen los mismos derechos en el procedimiento para escoger principios”⁶⁴.

La posición original será, pues, aquella circunstancia donde los hombres en forma racional, imparcial y obligados por algunas condiciones pactarán principios de justicia que habrán de organizar la sociedad. No obstante, hay que precisar que estos hombres se sitúan en una circunstancia particular, se sitúan detrás de un *velo de ignorancia* que les prohíbe conocer “su lugar en la sociedad, su posición o clase social; tampoco sabe[r] cuál será su suerte en la distribución de talentos y capacidades naturales, su inteligencia y su fuerza, etc. Igualmente nadie [podrá] conoce[r] su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología, tales como su aversión al riesgo, o su tendencia al pesimismo o al optimismo. Más todavía, (...) las partes no conoce[r]án las circunstancias particulares de su propia sociedad. Esto es, no conoce[r]án su situación política o económica, ni el nivel de cultura y civilización que han sido capaces de alcanzar. Las personas en la posición original no tienen ninguna información respecto a qué generación pertenecen”⁶⁵.

Pero todos estos supuestos condicionales que subyacen al velo de ignorancia se tornan insuficientes para los cometidos de Rawls. A fin de que la elección de los seres racionales constituya una decisión con sentido, se requiere que estos sujetos cuenten con información adicional. En esa línea, se requerirá, entonces, determinar cuáles son las motivaciones de esos seres ideales y, en segundo orden, precisar cuál será el criterio de racionalidad a emplearse en situaciones de incertidumbre (v.gr. cuando se tenga duda sobre cuál concepción de justicia preferir).

Con relación a las razones básicas que motivarían a los seres ideales, Rawls presume que dichos seres estarían motivados por obtener algunos bienes en particular, bienes que él denominará como *primarios* ya que constituyen “las cosas que se supone que un hombre racional quiere tener, además de todas las demás que pudiera querer”⁶⁶, es decir, bienes mínimos e indispensables para satisfacer cualquier plan de vida. Pudiendo ser estos bienes primarios de dos tipos⁶⁷: de orden *social*, es decir aquellos que se obtienen directamente de las instituciones

⁶³ *Ibidem*, p. 29.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 31.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 135, 136.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 95.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 69.

sociales (v.gr. riqueza, oportunidades, derechos) y, de orden *natural*, es decir aquellos que no son distribuidos directamente por las instituciones sociales (v.gr. inteligencia, talento, salud, etc.).

En lo que al criterio de racionalidad a ser empleado por los seres ideales de la posición original en situaciones de incertidumbre se refiere, Rawls propone la *regla maximin* como una alternativa frente a dichas situaciones de elección. De acuerdo a esta regla, en circunstancias de incertidumbre se debe jerarquizar las diferentes alternativas de acuerdo a sus peores resultados posibles y optar por aquella cuyo peor resultado sea superior al peor de los resultados de las otras alternativas. Ahora bien, si los participantes se decantan por esta regla es porque se encuentran en una circunstancia peculiar y no saben cuál es la probabilidad que tienen a su alcance, ni tienen un particular interés en beneficios mayores que el mínimo, ni quieren alternativas que supongan riesgos muy graves⁶⁸.

Finalmente, habrá que cuestionarse sobre ¿cuáles son los principios de justicia respecto a los que habría acuerdo en la posición original? Según Rawls en la posición original los sujetos ideales terminarían comprometiéndose con la enunciación de los siguientes principios:

“*Primero*: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

“*Segundo*: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos”⁶⁹.

Estos dos principios se aplican como se ha referido en algún momento a la estructura básica de la sociedad y determinan el reconocimiento de derechos y deberes, regulando, a su vez, la distribución de ventajas económicas y sociales.

En cuanto al primero de ellos, cabe señalar que está estrechamente asociado con la idea de libertad, con la idea de reconocer derechos básicos, tales como “la libertad política (el derecho a votar y a ser elegible para ocupar puestos públicos) y la libertad de expresión y de reunión; la libertad de conciencia y de pensamiento; la libertad de la persona que incluye la libertad frente a la opresión psicológica, la agresión física y el desmembramiento (integridad de la persona); el

⁶⁸ Cfr. Gargarella, Roberto (1999) *Las teorías de la justicia ...*, ob. cit., p. 38. Al respecto, Rawls también hace referencia a un criterio que denomina *equilibrio reflexivo* y que resulta, a su juicio, la forma más adecuada de reflexionar en el campo de la filosofía moral. Este criterio busca un equilibrio entre los principios generales y las intuiciones particulares. Para ello, propone empezar con la identificación de nuestros juicios morales, luego identificar aquellos principios que puedan explicar nuestros juicios; seguidamente, revisar nuestros juicios iniciales y así sucesivamente hasta que encontremos el equilibrio deseado. “Es un equilibrio porque finalmente nuestros principios y juicios coinciden; y es reflexivo puesto que sabemos a qué principios se ajustan nuestros juicios reflexivos y conocemos las premisas de su derivación”, Rawls, John (1995) *Teoría de la ...*, ob. cit., p. 32.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 67, 68.

derecho a la propiedad personal y la libertad respecto al arresto y detención arbitrarios”⁷⁰.

El segundo principio guarda relación con la distribución del ingreso y la riqueza, la misma que debe ser ventajosa por igual para todos. Pero, al mismo tiempo, también tiene que procurar hacer accesibles para todos los puestos de autoridad y mando de modo tal que todos resulten beneficiados.

Estos principios, finalmente, “habrán de ser dispuestos en un orden serial dando prioridad al primer principio sobre el segundo. Esta ordenación significa que las violaciones a las libertades básicas iguales protegidas por el primer principio no pueden ser justificadas ni compensadas mediante mayores ventajas sociales y económicas. (...) [Y,] en relación con el segundo principio, la distribución de la riqueza y el ingreso y la accesibilidad a los puestos de autoridad y responsabilidad, habrán de ser consistentes, tanto con las libertades de igual ciudadanía como con la igualdad de oportunidades”⁷¹.

iii. El compromiso rawlsiano con la igualdad. Al referir que los seres ideales de la posición original se sitúan detrás de un velo de ignorancia que les prohíbe conocer cuál es su lugar en la sociedad y cuáles son sus capacidades, Rawls deja entrever la razón de ser de su teoría de la justicia. Teoría que no podría ser reputada como tal si es que admite la posibilidad de que algunas personas resulten beneficiadas o perjudicadas por razones que escapen a su voluntad, es decir, a su autoelección.

La filosofía igualitaria se refiere a estas razones cuando distingue entre hechos arbitrarios desde un punto de vista moral y hechos de los cuales uno es autónomamente responsable. Esto con la intención de expresar que uno de los principales objetivos de toda sociedad debe ser aquel que busque propiciar las mayores situaciones de igualdad para todas las personas de modo tal que los diferentes sucesos de su vida sean de su entera responsabilidad.

Con la intención de graficar lo referido, podemos decir que un hecho moralmente arbitrario es que una persona posea una inteligencia superior al promedio y muchos talentos y otra tenga solo una inteligencia promedio; o que una persona nazca en el seno de una familia rica y otra en una familia pobre. Estos hechos son moralmente arbitrarios porque los beneficiados y desfavorecidos no hicieron nada para merecer tal suerte o desgracia. En el lenguaje de Rawls estos hechos se deben a la *lotería natural*, al azar del destino. Sin embargo, si una persona que se encuentra en igualdad de circunstancias que las demás opta por el ocio en lugar del trabajo y como consecuencia de ello tiene un nivel de vida inferior al promedio, esta situación no puede ser reprochada desde un punto de vista moral porque se debe a su propia elección.

⁷⁰ Ibídem, p. 68.

⁷¹ Ibídem, pp. 68, 69.

El ideal liberal se decanta porque las personas sean responsables de sus acciones y no solo víctimas de su suerte. La lógica es que cada una asuma el costo de sus propias elecciones. Sin embargo, el Estado –según los igualitarios– siempre debería apoyar a los menos favorecidos.

No obstante, para Rawls las arbitrariedades morales no podrían ser reputadas como justas o injustas, ello, por cuanto, resultaría ilógico recriminarle a la lotería natural por qué favoreció a unos y a otros no. En cambio, es de la opinión que sí resulta válido objetar la justicia o injusticia con la que responde el sistema institucional a estos hechos de la naturaleza. Aquí se funda, pues, la afirmación de Rawls de que “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales”. Para Rawls la justicia será una herramienta que le permita evaluar las condiciones de igualdad en las que se desenvuelven los individuos.

En consecuencia, podemos precisar que el igualitarismo de Rawls se puede resumir en los siguientes términos: 1) las instituciones de una sociedad son reputadas como justas cuando permiten que la elección autónoma e individual identifique la vida de las personas, y no sea el azar del destino la que la determine, 2) con el objeto de lograr lo antes dicho, las instituciones deberán enfocarse en generar condiciones de igualdad para todos, es decir, en dotar a cada uno de los seres con la misma cantidad de bienes primarios, y, 3) la igualdad a la que se hace referencia no puede ser entendida como absoluta y rígida. El ideal defendido por Rawls será, pues, el de que todas las personas puedan vivir de manera autónoma, vale decir, puedan optar y llevar adelante el plan de vida que a su juicio resulte el mejor⁷².

No obstante, el importante aporte de Rawls a la filosofía política plasmado en su *Teoría de la Justicia* no estuvo exento de críticas. De ahí que Rawls se viera obligado, partiendo de una posición receptiva frente a las objeciones, a reexaminar con profundidad y reformular su teoría a fin de otorgar una respuesta a las críticas vertidas en su contra⁷³. Así, pues, se tendrá que su nueva obra

⁷² El profesor Nino, refiriéndose a este ideal, ha sostenido que “siendo valiosas la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”, en: Nino, Carlos Santiago (1989) *El constructivismo ético*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 204.

⁷³ Reseña Gargarella que “desde el momento de su publicación, la ‘teoría de la justicia’ ha recibido (...) numerosas críticas, a las cuales Rawls ha tratado de responder en una diversidad de escritos. Dos trabajos fundamentales en este paulatino proceso de cambio han sido ‘Justice as Fairness: Political not Metaphysical’ y ‘The Domain of the Political and Overlapping Consensus’. En ellos, Rawls ha comenzado a desarrollar una radical reformulación de la ‘teoría de la justicia’, recortando las pretensiones ‘universalistas’ y los rasgos ‘metafísicos’ de aquella, hasta el punto de convertirla en una ‘mera’ doctrina política. (...) Aunque no hay dudas de que los cambios fundamentales que se han producido sobre la ‘teoría de la justicia’ tienen que ver con las cuestiones recién apuntadas, es preciso decir que Rawls ha sido muy receptivo respecto a las objeciones que, desde frentes muy diferentes, se han ido haciendo sobre su labor. Así, por ejemplo, ha repensado sus escritos originarios (...) a la luz de las críticas que le formulara la teoría feminista; ha ido refinando el igualitarismo distintivo de su propuesta; ha procurado defender una concepción más robusta de la democracia –a partir de muchas de las objeciones que recibiera desde el campo del republicanismo, especialmente–; ha tomado en cuenta el modo en que las sociedades modernas han ido cambiando hasta convertirse en sociedades multiculturales (...); y ha vuelto a reflexionar sobre las implicancias internacionales

llamada *Liberalismo Político* y que fuera publicada en 1993 será expresión de la concretización de ese proceso de autoreformulación teórica.

Ahora bien, en el *Liberalismo Político*, básicamente, a nuestro juicio, son tres los temas que expresan un cambio respecto a la teoría original de justicia propuesta por Rawls. Esos temas son el *pluralismo razonable*, el *consenso traslapado* y el concepto de *razón pública*. Por ello, en las siguientes líneas analizaremos de manera sucinta, como la vez anterior, la esencialidad de los temas mencionados con la intención de traslucir con claridad en qué radican los cambios que trae el *Liberalismo Político*.

i. El pluralismo razonable. Uno de los primeros temas que Rawls se propone reevaluar guarda relación con el concepto de “sociedad bien ordenada” y de “pluralismo” que se adopta en la *Teoría de la Justicia*. Como se ha tenido oportunidad de referir, en dicho texto se deja establecido que una sociedad bien ordenada es aquella donde “1) cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia, y 2) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen”⁷⁴; es decir, una sociedad donde las personas que la conforman son iguales entre sí y su eficaz regulación que está fundada en la concepción pública de justicia permite promover el bien de sus miembros.

Luego de apreciar con mayor detenimiento la pluralidad moral que caracteriza a las modernas sociedades occidentales, Rawls asumirá conscientemente que su teoría inicial alberga un serio problema ya que ese concepto de sociedad bien ordenada que hemos referido es uno muy idealizado.

Así, pues, una característica esencial de una sociedad bien ordenada, aquella que podamos relacionar con la justicia como imparcialidad, referirá Rawls, “es que todos sus ciudadanos respaldan este concepto basándose en lo que ahora llamamos una doctrina comprensiva filosófica. Todos los ciudadanos aceptan, como enraizados en esta doctrina, sus dos principios de justicia. De manera semejante, en la sociedad bien ordenada que se ve asociada al utilitarismo los ciudadanos suscriben, generalmente, ese punto de vista como una doctrina comprensiva filosófica; de ahí que acepten el principio de utilidad. Aunque no se analiza en mi *Teoría de la justicia* la distinción entre una concepción política de la justicia y una doctrina comprensiva filosófica, una vez que se ha planteado esta cuestión queda claro, a mi parecer, que el texto considera tanto a la justicia como imparcialidad y al utilitarismo como doctrinas comprensivas, o parcialmente comprensivas”⁷⁵. Es decir, en la “sociedad bien ordenada” de la tesis original el

de su ‘teoría de la justicia’, reconociendo la necesidad de prestar atención a la extraordinaria diversidad cultural que existe en las distintas regiones del planeta”, en: Gargarella, Roberto (1999) *Las teorías de la justicia* ..., ob. cit., pp. 191, 192.

⁷⁴ Rawls, John (1995) *Teoría de la ...*, ob. cit., p. 24.

⁷⁵ Rawls, John (1995) *El liberalismo político*. 4ta. Reimp. de la 1ra. Ed. México D. F., Fondo de Cultura Económica, p. 11.

principio de justicia como imparcialidad es adoptado como una doctrina comprensiva filosófica única que excluye la posibilidad de su objeción.

Y esta situación, a juicio del nuevo Rawls, resulta obviamente irreal porque la cultura política de una sociedad democrática se caracteriza básicamente por tres hechos:

Primero, “que la diversidad de doctrinas comprensivas razonables, religiosas, filosóficas y morales, que encontramos en las sociedades democráticas modernas, no constituyen una mera situación histórica que pronto podrá terminar; es una característica permanente de la cultura pública de la democracia”⁷⁶.

Las sociedades democráticas modernas no solo se distinguen por albergar una pluralidad de doctrinas comprensivas *razonables*⁷⁷, sino también porque ese conjunto de doctrinas comprensivas son expresión de un pluralismo de doctrinas que pueden resultar incompatibles entre sí. Y, además, porque ninguna de estas doctrinas contará con el consenso generalizado de la ciudadanía. Por tanto, no se puede suponer que en un futuro predecible una de las doctrinas razonables termine siendo suscrita por todos o casi todos los miembros de una sociedad. Aquí se encontrará, pues, el mayor fundamento para sostener que la justicia como imparcialidad, tal como es definida en la *Teoría de la justicia*, resulta un ideal.

Segundo, “que mantener la profesión continua y compartida de una sola doctrina comprensiva, religiosa, filosófica o moral, sólo es posible mediante el uso opresivo del poder del Estado”⁷⁸.

Si se pretende concebir una sociedad política como una comunidad cuyo punto de integración y vinculación está fundado en la adopción de una sola doctrina comprensiva, necesariamente se tendrá que validar el rol opresivo del Estado. Tal como lo grafica Rawls, “en la sociedad de la Edad Media, que más o menos se hallaba unida al profesar la fe católica, la Inquisición no fue un accidente; su tarea de suprimir la herejía se necesitaba para preservar esa creencia generalmente compartida”⁷⁹. Por tanto, una sociedad unida por la sujeción a alguna doctrina comprensiva en particular tendrá que hacer uso del poder estatal de opresión para asegurar su vigencia.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 57.

⁷⁷ Para Rawls la definición de una *doctrina comprensiva razonable* obedece a tres características principales: “la primera es que una doctrina razonable es un ejercicio de la razón teórica; abarca los más importantes aspectos religiosos, filosóficos y morales de la vida humana de manera más o menos consistente y coherente. Organiza y caracteriza valores reconocidos, de modo que sean compatibles unos con otros y expresen una concepción inteligible del mundo. Cada doctrina hace esto en formas que la distinguen de otras doctrinas; por ejemplo, atribuyendo a ciertos valores una primacía particular y cierto peso específico. Al señalar qué valores cuentan como de especial importancia y cómo equilibrarlos cuando entren en conflicto, una doctrina comprensiva razonable también es un ejercicio de la razón práctica. Tanto la razón teórica como la práctica (incluido, como apropiado, la racional) se utilizan al mismo tiempo en su formulación. Por último, una tercera característica es que, aunque una concepción comprensiva razonable no es necesariamente algo fijo e inmutable, normalmente pertenece a una tradición de pensamiento y de doctrina, o deriva de esta tradición. Y aunque permanece estable a través del tiempo, y no está sujeta a cambios súbitos e inexplicados, tiende a evolucionar lentamente a la luz de lo que, desde su punto de vista, se consideran buenas y suficientes razones”, *ibidem*, pp. 75, 76.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 58.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 58.

Tercero, “que un régimen democrático seguro y durable, que no esté dividido por credos doctrinarios y claves sociales hostiles entre sí, debe tener el sostén libre y voluntario de por lo menos una mayoría sustancial de sus ciudadanos políticamente activos”⁸⁰.

Esto se traduce en el hecho de que una concepción política de justicia con la aspiración de constituirse en la base pública de justificación para un régimen constitucional, es aquella capaz de ser adoptada por quienes profesan muy diversas y opuestas, aunque razonables, doctrinas comprensivas.

Por tanto, si tal como se ha tratado de demostrar brevemente con los tres hechos mencionados que en ninguna sociedad puede existir una sola doctrina comprensiva razonable que sea adoptada por la generalidad, ¿cuál deberá ser, entonces, la concepción de justicia que fundamente un régimen constitucional tal que quienes lo reconocen y los que podrían llegar a hacerlo también puedan suscribir dicha concepción, siempre que no propicie un conflicto álgido con los puntos de vistas divergentes?

Según Rawls la respuesta a la pregunta formulada nos lleva obligatoriamente “a la idea de una concepción de la justicia tenida como punto de vista independiente, nacida de las ideas fundamentales de una sociedad democrática, que no presupone ninguna doctrina particular de mayor alcance”⁸¹.

ii. La idea de un consenso traslapado. Si tal como puede concluirse de lo referido *supra*, una sola doctrina comprensiva razonable no puede garantizar la unidad social en una comunidad democrática bien ordenada caracterizada por un pluralismo razonable; habrá que introducir, entonces, la idea de un *consenso traslapado* de doctrinas comprensivas razonables a fin de dotar de unidad y estabilidad a esa sociedad bien ordenada.

Así, pues, el consenso traslapado estará destinado a que las diferentes doctrinas comprensivas razonables y opuestas entre sí que confluyen en una sociedad, coincidan en ciertos acuerdos básicos. Es decir, el consenso traslapado aparecerá como la fórmula que permitirá en un contexto plural, donde cada individuo posee una propia doctrina comprensiva razonable, se adopte una concepción pública de justicia.

Ahora bien, en contra de esta idea de la unidad social fundada en la fórmula de un consenso traslapado basado en una concepción política de la justicia existen, tal como sostiene Rawls, por lo menos cuatro posibles objeciones.

El primer cuestionamiento se basa en que el consenso traslapado es un mero *modus vivendi*. Ante tal afirmación crítica, Rawls sostendrá que un consenso traslapado es muy diferente de un *modus vivendi* si se toma en cuenta que:

⁸⁰ *Ibidem*, p. 58.

⁸¹ *Ibidem*, p. 60.

“primero, el objeto del consenso, la concepción política de la justicia, es en sí mismo una concepción moral. Segundo: se afirma sobre fundamentos morales; es decir, se incluyen concepciones de la sociedad y de los ciudadanos como personas, así como principios de justicia, y una explicación que toma en cuenta las virtudes políticas en las que esos principios están encarnados en el carácter humano y se expresan en la vida pública. Por tanto, un consenso traslapado no es meramente un consenso para aceptar ciertas autoridades, ni para cumplir con ciertos convenios institucionales, fundado en la convergencia de intereses particulares o exclusivos de algún grupo”⁸². Y en tercer lugar, a la estabilidad que tiende el consenso, es decir, “que quienes se adhieren a los diversos puntos de vista que sostienen la concepción política no le quitarán su apoyo si la fuerza relativa de su punto de vista, en la sociedad, va en aumento y se vuelve dominante con el tiempo”.

Una segunda crítica aduce que el consenso traslapado supone una perspectiva escéptica frente a la posibilidad de que una concepción de la justicia se presente como cierta⁸³. Esta objeción pierde fuerza por la razón lógica de que una visión escéptica como la que se menciona supondría negar la posibilidad de que distintas doctrinas comprensivas razonables coexistan y, como consecuencia de ello, que la existencia de la idea de un consenso se torne obligatoriamente en inviable.

La tercera objeción advierte que la idea del consenso traslapado debería mostrarse como una concepción política general y comprensiva para que sea válida⁸⁴. Frente esta objeción es preciso recordar que el consenso traslapado en la idea rawlsiana solo busca resolver aquellas cuestiones más fundamentales y urgentes que se presentan en torno a la justicia política. Es decir, se exhibe como un contexto de deliberación que permite que se arriben a acuerdos sobre las cuestiones constitucionales básicas y sobre las preguntas más relevantes en torno a la justicia.

Finalmente la cuarta crítica se funda en la idea de que el consenso traslapado resulta ser una fórmula utópica. Al respecto sostiene Rawls que no es cierto que “no existen suficientes fuerzas políticas, sociales o psicológicas para lograr un consenso traslapado (cuando este consenso no existe), ni para hacer que el consenso sea estable (en caso de que exista)”⁸⁵. Existe, a su juicio, un método o proceso que supone el desarrollo de dos etapas antes de alcanzar el consenso y asegurar la estabilidad de la sociedad. “La primera termina cuando se ha logrado un consenso constitucional; la segunda finaliza al lograrse el consenso traslapado”⁸⁶.

⁸² *Ibidem*, p. 149.

⁸³ *Ibidem*, p. 151.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 155.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 158.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 158.

En ese orden, entonces, ¿cómo se alcanzaría un consenso constitucional? “En la primera etapa del consenso constitucional, –dice Rawls–, los principios liberales de la justicia, inicialmente aceptados con renuencia como un *modus vivendi* y adoptados en la Constitución, tienden a cambiar las doctrinas comprensivas de los ciudadanos, de manera que puedan aceptar, al menos, los principios de una Constitución liberal. Estos principios garantizan ciertos derechos y libertades políticas básicas, y establecen procedimientos democráticos para moderar a los rivales políticos, así como para determinar las cuestiones de la política social. En esta medida, las doctrinas comprensivas de los ciudadanos son razonables, si es que no lo eran antes: el simple pluralismo se transforma en un pluralismo razonable, y así se logra el consenso constitucional”⁸⁷. Es decir, el consenso constitucional se logrará cuando todos los integrantes de una sociedad se ponen de acuerdo en los principios básicos que regirán su convivencia y en la adopción de derechos que garantizarán su libertad.

Ahora bien, como sostiene Gargarella, “gradualmente, y en la medida en que el éxito del consenso [constitucional] establecido permanece, los ciudadanos van tomando confianza unos con otros. Se llega, así, a una última etapa, en la cual el consenso se muestra como: a) más profundo, al basarse en ciertas ideas particulares acerca de las personas y la sociedad; b) más amplio, hasta abarcar principios relativos a toda la estructura básica de la sociedad –incluyendo, así, ciertos derechos sustantivos como los de una equitativa igualdad de oportunidades y principios relativos a la satisfacción de las necesidades básicas de cada uno–; y c) más específico, concentrándose en una peculiar concepción de justicia”⁸⁸.

Es decir, atendiendo otras libertades y necesidades básicas que dota de los presupuestos para tomar participación en la vida política y social del “Estado”, “comunidad” o como quiera llamársele, los individuos buscarán movilizar a todos aquellos que no comulgan plenamente con sus ideas y se obligarán, como consecuencia de esto, a desarrollar una concepción política más amplia y abarcativa de justicia. Siendo, por tanto, el consenso al que arriben más amplio y profundo que los acuerdos inicialmente tomados. Y se alcanzará, en consecuencia, el consenso traslapado.

iii. La idea de la razón pública. El consenso superpuesto defendido por Rawls constituye una expresión de lo que él denomina la *razón pública* compartida por el conjunto de la sociedad. De ahí que la idea de razón pública ostente particular relevancia en el nuevo enfoque rawlsiano, toda vez que busca justificar cómo una Constitución puede ser justa y estable dentro de una sociedad pluralista.

En tal sentido, habrá que preguntarse entonces ¿qué entiende Rawls por la idea de razón pública? La razón pública aparecerá como la razón de los ciudadanos democráticos, y será *pública* de tres maneras según Rawls: “como la

⁸⁷ *Ibidem*, p. 163.

⁸⁸ Gargarella, Roberto (1999) *Las teorías de la justicia ...*, ob. cit., pp. 200, 201.

razón de los ciudadanos como tales, es la razón de lo público; su sujeto es el bien del público y sus asuntos son los de la justicia fundamental, y su naturaleza y contenido son públicos, dados por los principios e ideales que expresa la concepción de la sociedad acerca de la justicia política, y conducidos a la vista de todos sobre esta base”⁸⁹.

Es decir, la *razón pública* constituye aquellos acuerdos (entiéndase principios, derechos y garantías básicas en un Estado Constitucional como expresión del consenso) que los ciudadanos libre y democráticamente han suscrito por constituir mínimos morales que son compartidos y naturalmente aceptados por todos los individuos. De ahí que en esa línea esta idea de razón pública sugiera básicamente dos hechos: a) constituye un referente que orienta cuál es el tipo de razones a las que podemos apelar cuando se pretende aprobar una ley o interpretar la Constitución y, b) constituye un parámetro argumentativo al momento de discutir y deliberar cuestiones constitucionales fundamentales y cuestiones esenciales de justicia.

Por tanto, existirá un deber moral de apelar a la razón pública en aquellos momentos fundamentales donde debe tomarse una decisión política de trascendencia y cuando se discute el contenido esencial de una Constitución. Ello, por cuanto, como ya se refirió, la razón pública será expresión del consenso de las distintas ideas y convicciones que pueden albergarse en una sociedad plural.

Resumiendo, entonces, el *Liberalismo Político*, tal como lo describe Bhikhu Parekh, “es la nueva respuesta de Rawls al hecho del pluralismo. Se limita al ámbito de lo político entendido de forma general para que pueda abarcar la estructura social básica. Es independiente en el sentido de que no presupone ninguna doctrina global, y es defendible al margen de cualquiera de ellas, incluido el liberalismo omnicompreensivo. Es autónomo en el sentido de que todas las categorías y principios relevantes a los que recurre se derivan de él mismo. No se habla de seres humanos sino de ciudadanos, no de razón humana sino de razón pública o razón de ciudadanía, no de la persona sino de la concepción política de la persona, no de poderes humanos sino de poder ciudadano. Cuida de la autonomía personal, pero limita su ejercicio al ámbito de lo político. Su índice de bienes primarios también deriva de la concepción política de la justicia misma. Los ciudadanos llevan sus asuntos comunes de acuerdo con la razón pública. Puesto que, en tanto que ciudadanos, están obligados a justificar sus acciones y propuestas ante los demás, sólo apelan a los ideales y principios encarnados en la concepción política de la justicia o en los valores políticos relevantes. Aceptan la necesidad de someterse a juicio y reconocen que los demás pueden llegar a conclusiones diferentes a partir de la misma evidencia y los mismos argumentos, y mostrarse sinceramente en desacuerdo en temas importantes”⁹⁰.

⁸⁹ Rawls, John (1995) *El liberalismo ...*, ob. cit., p. 204.

⁹⁰ Parekh, Bhikhu (2005) *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*. Traducción de Sandra Chaparro. Madrid, Ediciones Istmo S.A., p. 134.

3.2 El valor igualdad

A diferencia del valor libertad, existe dificultad al momento de establecer un significado descriptivo de la igualdad debido a su grado de indeterminación. Así, pues, mientras la libertad es una cualidad personal cuyo significado está supeditado a la acción o querer de la persona, la igualdad “es –como refiere Bobbio– pura y simplemente un tipo de relación formal, que se puede colmar de los más diversos contenidos. Tanto es así que, mientras «X es libre» es una proposición dotada de sentido, «X es igual» es una proposición sin sentido, antes bien remite, para adquirir sentido, a la respuesta a la pregunta «¿Igual a quién?»⁹¹.

Por tanto, debe presuponerse, a fin de encontrar un significado atribuible a la igualdad, que ésta propicia un cierto tipo de relación entre los individuos que conforman el colectivo social (humanidad). De ahí que, Pérez Luño afirme con acierto que, “la dimensión plural, relacional y comparativa de la igualdad se traduce, por tanto, en la concreción de aquel o aquellos aspectos en los que dos o más entes coinciden, así como en el discernimiento de aquellos otros en los que no se produce tal coincidencia. El razonamiento de igualdad opera, por tanto, a partir de procesos relacionales y comparativos de los que se infieren las equivalencias, pero también, paradójicamente, de las diferencias que se dan entre los entes de los que se predica la igualdad”⁹².

A lo largo de la historia de las ideas políticas la proclamación de igualdad acogida universalmente, en particular por el liberalismo, ha sido la igualdad formal. Igualdad identificada con esa exigencia jurídico-política que se concretiza en el principio de igualdad ante la ley, es decir, igualdad de trato en la ley y en la aplicación del Derecho⁹³. Así pues, con el término clásico “isonomía” se hacía alusión al principio de igualdad formal en el pensamiento político griego. En la época moderna, la lucha contra el absolutismo se vio reflejada en el reconocimiento de la igualdad de todos los seres humanos en las diferentes

⁹¹ Bobbio, Norberto (1993) *Igualdad y ...*, ob. cit., p. 54. En el mismo sentido refiere Gregorio Peces-Barba, “(...) la dificultad para la igualdad está en su indeterminación, es decir, que no significa nada sin identificar los titulares y las cosas respecto a las que son iguales. La libertad es una cualificación de la persona, mientras que la igualdad es un tipo de relación”, Peces-Barba, Gregorio (1993) “La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio”. En: Bobbio, Norberto (1993) *Igualdad y ...*, ob. cit., pp. 45, 46.

⁹² Pérez Luño, Antonio-Enrique (2005) “Igualdad”. En: Tamayo, Juan José (2005) *10 palabras claves sobre derechos humanos*. Navarra, Editorial Verbo Divino, p. 123.

⁹³ Refiriéndose a la igualdad formal, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el principio-derecho de igualdad, a su vez, distingue dos manifestaciones relevantes: la igualdad *en la ley* y la igualdad *en la aplicación de la ley*. La primera manifestación (igualdad en la ley) constituye un límite para el Legislador, en tanto la actividad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose vedado establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. (...) Respecto de la segunda manifestación: la igualdad en la aplicación de la ley, (...), cabe mencionar, de modo referencial, que se configura como límite al actuar de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos. Exige que estos órganos, al momento de aplicar la ley, no deban atribuir una consecuencia jurídica a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley”, Sentencia recaída en el Expediente N° 0004-2006-PI, caso Fiscal de la Nación, FF.JJ. 123, 124.

declaraciones y cartas constitucionales⁹⁴. Y en el constitucionalismo liberal, la invocación de la igualdad formal ha sido una constante.

En las líneas que siguen haremos referencia a las dos exigencias que, principalmente, se derivan del principio de igualdad formal⁹⁵:

i. Igualdad ante la ley como exigencia de generalidad. Supone el reconocimiento de que la ley es igual para todos, de la inexistencia de un grupo de personas exonerado de su cumplimiento o sujeto a una potestad normativa diferente de la del resto de personas.

Cuando el principio de igualdad ante la ley se identifica con los criterios de generalidad y abstracción propios de las normas, debe entenderse que la tipificación que se desprende de la ley está definida por la impersonalidad y universalidad de los supuestos de hecho que sirven para la atribución de determinadas consecuencias jurídicas. De ahí que, por ejemplo, el artículo 103° de nuestra Constitución advierta que “pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas”. Esto excluye, por tanto, la posibilidad de privilegios y situaciones de inmunidad como consecuencias jurídicas.

Y así lo ha referido también el Tribunal Constitucional cuando precisa que “El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista, (...) [es decir, una conducta dirigida a] “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole”⁹⁶.

ii. Igualdad ante la ley como exigencia de regularidad del procedimiento. Como ya se advirtió, el principio de igualdad ante la ley supone

⁹⁴ La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776 proclamó que “*todos los hombres son creados iguales*”; la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 estableció en su artículo 6°: “*La ley expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por medio de sus representantes a la formación de aquélla. La ley ... deberá ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga*”; en tanto que la Declaración de 1793 reconoció a “*la igualdad, la libertad y la seguridad*” como derechos fundamentales del hombre. Y en lo que a textos constitucionales se refiere, cabe mencionar, además de las Constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795, a la Constitución de los Estados Unidos de América que a través de su enmienda XIV (enmienda que data 1868), aseguró a todos los ciudadanos americanos “*la igual protección de las leyes*”.

⁹⁵ No obstante ello, la igualdad formal no puede ser concebida en todos los casos como una absoluta identidad de trato. En algunas ocasiones la igualdad ante la ley supone un tratamiento diferenciado. Así lo ha entendido el Tribunal cuando señala que “no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscriben todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables”, Sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI, caso José Miguel Morales Dasso en representación de más de cinco mil ciudadanos, F.J. 61.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-0003-2003-AI (acumulados), caso Colegio de Notarios, FF.JJ. 11, 12.

igualdad de trato *en la ley* y también *en la aplicación* del Derecho. Por ello, Pérez Luño afirma que “la igualdad ante la ley entraña también la garantía *funcional* de regularidad en los procedimientos de aplicación de las normas. Dicha garantía implica, a su vez, que los ciudadanos se hallarán sujetos a unos mismos procedimientos, que su posición en el desarrollo de los procedimientos será la misma y que los órganos jurisdiccionales aplicarán las normas según pautas de coherencia o regularidad”⁹⁷.

En esa misma línea, nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido que “El derecho de igualdad, en efecto, no sólo se proyecta prohibiendo tratamientos diferenciados, sin base objetiva y razonable, en el contenido normativo de una fuente formal del derecho, sino también en el momento de su aplicación. Ella se ha de aplicar por igual a cuantos se encuentren en una misma situación, quedando proscritas, por tanto, diferenciaciones basadas en condiciones personales o sociales de sus destinatarios, salvo que estas se encuentren estipuladas en la misma norma. Impone, pues, una obligación a todos los órganos públicos de no aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares. Esta dimensión del derecho a la igualdad vincula, esencialmente, a los órganos administrativos y jurisdiccionales, los que son los llamados a aplicar las normas jurídicas”⁹⁸.

Ahora bien, la igualdad en la aplicación de la ley o igualdad jurídica, como también se le puede llamar, es una igualdad que no puede ser calificada como natural o moral, ello, por cuanto, no deriva de un presupuesto natural como aquel que refiere “todos los seres humanos *son* iguales”, ni tiene como fin la realización de un valor (todos los seres humanos *deben ser tratados* como iguales), sino que se sustenta en el principio de imparcialidad que exige dejar de lado toda distinción, excepto las que pueden ser consideradas razonables en un determinado sistema⁹⁹. El procedimiento donde ha de aplicarse la ley obedece únicamente a sus propias reglas y, por tanto, puede ser calificado como neutro. De ahí que pierda sentido, en el marco del procedimiento, aducir que los seres humanos son iguales o desiguales por tales o cuales razones. Sencillamente, todas las personas son iguales ante el procedimiento.

No obstante todo lo dicho, queremos precisar que una concepción de igualdad como la delineada *supra* resulta insuficiente para una sociedad democrática y plural propia de los tiempos actuales. Si asumimos el valor igualdad desde una faz estrictamente liberal (igualdad formal o igualdad ante la ley) estaremos reduciendo su promoción y protección a un contenido meramente formal.

⁹⁷ Pérez Luño, Antonio-Enrique (2005) “Igualdad”..., ob. cit., p. 138.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1279-2002-AA, caso Instituto Superior Tecnológico No Estatal Peruano de Sistemas, F.J. 2. También puede verse las Sentencias recaídas en los Expedientes N°s. 0048-2004-AI y 0004-2006-PI.

⁹⁹ Pérez Luño, Antonio-Enrique (2005) “Igualdad”..., ob. cit., pp. 139, 140.

Hoy en día es deber de los Estados, en particular, y de las sociedades, en general, dotar de contenido al principio de igualdad recogido en los diferentes textos constitucionales. De ahí que resulte imperioso reconocer también –tal como lo ha exigido el propio Tribunal– “una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales. Así las cosas, cuando el artículo 103° de la Constitución prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales “en razón de las diferencias de las personas”, abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2) de su artículo 2°, según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales; pero en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”, ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos”¹⁰⁰.

Por tanto, el concepto que asumimos de igualdad es aquel que considera sus dos dimensiones: *formal* (prohibición legislativa de realizar diferencias injustificadas y exigencia de aplicación igualitaria de la ley) y *material* (acciones tendentes a equiparar las desigualdades sociales).

Conclusiones:

De todo lo descrito hasta aquí sobre los fundamentos del liberalismo, podemos esbozar de manera general unas primeras conclusiones. Así, pues, desde un plano *ontológico*, consideramos que el liberalismo defiende la idea de un hombre libre, igual, racional, desvinculado de un contexto particular, y, a partir de aquí, concibe un agregado social donde la pluralidad de proyectos individuales no terminan truncados por razones convivenciales.

Desde un plano *ético-político*, el liberalismo promueve un modelo de sociedad donde lo privado y lo público no forman parte de un solo ámbito. Por un lado, el liberalismo promueve la autonomía moral de los individuos, ya que ésta supone la máxima concretización de la libertad y el símbolo de nuestra dignidad. Pero, por otro lado, es decir en el ámbito público, busca principios imparciales de justicia promoviendo una presencia neutral del Estado que asegure las mejores e iguales condiciones para todos, a fin de que estos puedan alcanzar sus proyectos individuales trazados.

Es en el meollo de estas conclusiones donde, a nuestro juicio, están o a partir de las cuales se han generado las principales críticas al liberalismo. Por ello, en el siguiente capítulo nos dedicaremos a describir los cuestionamientos más relevantes, que tras la etiqueta de “comunitarismo”, se han formulado contra los fundamentos teóricos del liberalismo.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-0003-2003-AI (acumulados), caso Colegio de Notarios, FF.JJ. 11, 12.

Capítulo II: Críticas al Liberalismo: La perspectiva Comunitaria

1.- Yo “independiente” v. Yo “situado”. 1.1 ¿A quién refiere el Yo “independiente”? 1.2 ¿Quién es el Yo “situado”? **2.- Autonomía v. Autenticidad.** 2.1 ¿Qué significado tiene la “autonomía” para los liberales? 2.2 Charles Taylor y la defensa de la autenticidad. **3.- Agregado social v. Comunidad.** 3.1 Agregado social denominado “atomismo” por los comunitarios. 3.2 La relevancia moral de la comunidad en la configuración de la identidad de los individuos. **4.- Estado “neutral” v. Estado “comprometido”.** 4.1 ¿En qué se diferencia el Estado “neutral” liberal del Estado “comprometido” comunitario? **5.- ¿Tienen solidez las críticas comunitarias?**

Si bien es verdad que el liberalismo puede ser referido como la corriente de pensamiento más influyente del mundo occidental, este hecho no supone que se encuentre exento de críticas. Como afirma Carlos S. Nino, “luego que el liberalismo mantuvo el cuasi-monopolio del campo filosófico-político durante décadas —el que sólo se veía perturbado por controversias internas— él debe enfrentar nuevamente posturas que ahora se suelen llamar ‘comunitarias’. El espectro de Hegel desafía una vez más al espíritu de Kant”¹⁰¹.

¹⁰¹ Nino, Carlos Santiago (1989) *El constructivismo ético*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 137. En esa misma línea, refiere Gargarella que “el comunitarismo puede ser caracterizado, en principio, como una corriente de pensamiento que apareció en la década de los ochenta, y que ha crecido en permanente polémica

Así pues, en la búsqueda por explicar cuál es la forma en que los seres humanos deben orientarse moralmente, los comunitarios han puesto en discusión los fundamentos del discurso liberal¹⁰². Ahora, es probable que la tarea propuesta por los comunitarios en su crítica al liberalismo no haya sido concretada de manera exitosa¹⁰³; no obstante, alcanza relevancia toda vez que al exponer con una visión crítica los fundamentos del liberalismo, permite su revaluación desde una nueva perspectiva preocupada también por lo colectivo, y, propicia, a su vez, una mirada al sistema republicano tan arraigado en sociedades multiculturales, así como la presencia de autores que sin abandonar el valor de la autonomía moral buscan la preservación de los distintos contextos culturales (comunitarismo liberal¹⁰⁴)¹⁰⁵.

Como ya se refirió en el capítulo I, los fundamentos del liberalismo, a nuestro juicio, pueden expresarse, desde una plano *ontológico*, en la idea de que el hombre es un ser libre, igual, racional, desvinculado de un contexto particular,

con el liberalismo en general, y con el liberalismo igualitario en particular. Esta disputa entre comunitaristas y liberales puede ser vista como un nuevo capítulo de un enfrentamiento filosófico de larga data, como el que enfrentaba a las posiciones «kantianas» y «hegelianas». En efecto, y en buena medida, el comunitarismo retoma las críticas que hacía Hegel a Kant: mientras Kant aludía a la existencia de ciertas obligaciones universales que debían prevalecer sobre aquellas más contingentes derivadas de nuestra pertenencia a una comunidad particular, Hegel invertía aquella formulación para otorgar prioridad a nuestros lazos comunitarios. Así, en lugar de valorar –junto a Kant– el ideal de un sujeto «autónomo», Hegel sostenía que la plena realización del ser humano derivaba de la más completa integración de los individuos en su comunidad”, en: Gargarella, Roberto (1999) *Las teorías de la justicia ...*, ob. cit., p. 125.

¹⁰² “Tras la etiqueta de ‘comunitarismo’ ha habido varios intentos de crítica a los postulados teóricos del liberalismo. En los años sesenta, los críticos estaban inspirados en Marx, y en los años ochenta, en las ideas de Aristóteles y Hegel. En 1982, Michael Sandel publica su libro *Liberalism and the Limits of Justice*, iniciando el debate actual sobre la cuestión, a partir de la crítica a *Theory of Justice* de Rawls. Si bien MacIntyre, un año antes, había publicado *After virtue*, Sandel acuña la etiqueta de ‘comunitarista’ para su posición e inicia la campaña a favor de la corriente. Junto con Michael Walzer, Charles Taylor y algunos otros han formado lo que se ha venido en denominar comunitarismo filosófico, que ha generado un gran debate académico en su crítica al liberalismo”, Pérez de la Fuente, Óscar (2005) *La polémica liberal comunitarista. Paisajes después de la batalla*. Madrid, Dykinson, Cuadernos “Bartolomé de las Casas” N° 35, pp. 12, 13.

¹⁰³ Como parece advertir Daniel Bonilla cuando refiriéndose a Taylor, Kymlicka y Tully sostiene que “(...) aun cuando la perspectiva de estos tres autores son algunas de las más sensibles a las exigencias de la comunidad y la cultura, no consiguen superar las objeciones fundamentales que ellos mismos presentan a las perspectivas liberales tradicionales”, en: Bonilla Maldonado, Daniel (2006) *La Constitución multicultural*. Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Instituto Pensar de la Universidad Javeriana y Siglo del Hombre Editores, p. 52. Y, en la misma línea, sostiene Miguel Giusti que “la posición comunitarista (...) posee una debilidad conceptual inmanente y esencial, que consiste en no poder satisfacer adecuadamente la complejidad de los problemas que intenta resolver”, en: Giusti, Miguel (1996) “Paradojas recurrentes de la argumentación comunitarista”. En: *Archivos de la Sociedad Peruana de Filosofía*, Lima, 1996, N° VII, p. 67.

¹⁰⁴ Podemos afirmar con certeza que uno de los principales exponentes de la visión liberal del multiculturalismo es el profesor canadiense Will Kymlicka. Para contrastar lo dicho, puede revisarse Kymlicka, Will (1996) *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Traducción de Carme Castells Auleda. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A.

¹⁰⁵ A este respecto precisa Giusti que “con frecuencia suele advertirse que el término ‘comunitarismo’ es una etiqueta simplificadora e incluso equívoca que no logra dar cuenta del complejo movimiento de las ciencias sociales norteamericanas de la actualidad, y se advierte asimismo que deberíamos cuidarnos de establecer conexiones apresuradas con viejos debates de las ciencias sociales europeas en los que sólo aparentemente se emplearía una terminología similar. Ambas advertencias tienen, sin embargo, sólo una validez relativa. Pese a la complejidad del movimiento que le da origen, la noción de ‘comunitarismo’ ha llegado a representar, en la discusión filosófica contemporánea, a aquella concepción que recurre justamente al ‘paradigma de la comunidad’ para afrontar los problemas centrales de la filosofía moral y la filosofía política, y que, en ese empeño, se entiende a sí misma como una concepción teórica alternativa frente al liberalismo o frente al proyecto ilustrado del universalismo”, en: Giusti, Miguel (1996) “Paradojas recurrentes de la argumentación comunitarista”. En: *Archivos de la ...*, ob. cit., pp. 67, 68.

concibiéndose, a partir de aquí, un agregado social donde la pluralidad de proyectos individuales no deben terminar truncados por razones convivenciales. En tanto que desde un plano *ético-político*, el liberalismo promueve un modelo de sociedad donde lo privado y lo público no deben formar parte de un solo ámbito¹⁰⁶. Por un lado, el liberalismo promueve la autonomía moral de los individuos, ya que ésta supone la máxima concretización de la libertad y el símbolo de nuestra dignidad. Pero, por otro lado, es decir en el ámbito público, busca principios imparciales de justicia que aseguren las mejores e iguales condiciones para todos, a fin de que estos puedan alcanzar sus proyectos individuales trazados¹⁰⁷.

Para los comunitarios, sin embargo, son otras las premisas que sustentan el desenvolvimiento moral de los individuos en la sociedad. A juicio de Nino son básicamente cuatro las premisas que fundamentan la postura comunitaria: “En primer lugar, la derivación de los principios de justicia y corrección moral de una cierta concepción de lo bueno. En segundo término, una concepción de lo bueno en que el elemento social es central e incluso prevalente. En tercer término, una relativización de los derechos y obligaciones de los individuos a las particularidades de sus relaciones con otros individuos, a su posición en la sociedad y a las peculiaridades de ésta. Finalmente, una dependencia de la *crítica* moral respecto de la *práctica* moral de cada sociedad, tal como aquella se manifiesta en tradiciones, convenciones e instituciones sociales”¹⁰⁸.

Como se puede apreciar, los fundamentos del liberalismo y los planteamientos comunitarios presentan un panorama divergente. De ahí que requiramos apelar a un esquema dicotómico que exprese en términos generales los puntos cruciales de la diferencia¹⁰⁹. Para tal efecto, y partiendo de la interesante

¹⁰⁶ Como se sabe, John Rawls planteará en su *Teoría de la Justicia* y, posteriormente, en el *Liberalismo político*, la disociación entre la esfera pública, que se rige según los principios de justicia, y la esfera privada, donde cada individuo puede seguir sus propias concepciones del bien.

¹⁰⁷ Sobre los fundamentos del liberalismo o rasgos que lo definen, llama nuestra atención las cinco consideraciones delineadas al respecto por el comunitarista Alasdair MacIntyre. Así pues, señala este autor que, en primer lugar, define al liberalismo, “la idea de que la moral está compuesta fundamentalmente por reglas que serían aceptadas por cualquier individuo racional en circunstancias ideales; en segundo término, el requisito de que esas reglas sean neutrales respecto de los intereses de los individuos; en tercer lugar, la exigencia de que las pautas morales sean también neutrales en relación a las concepciones de lo bueno que los individuos pueden sustentar; en cuarto término, la idea de que los agentes morales destinatarios de tales reglas son los individuos humanos y no, por ende, entes colectivos; y, finalmente, la exigencia de que las reglas morales sean aplicadas del mismo modo a todos los individuos humanos, cualquiera sea su contexto social”, citado por Nino, Carlos Santiago (1988) “Liberalismo “versus” comunitarismo”. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, setiembre-diciembre 1988, N° 1, p. 364.

¹⁰⁸ Nino, Carlos Santiago (1989) *El constructivismo...*, ob. cit., p. 141. Por su parte, Alfonso Ruíz Miguel, señala que los rasgos básicos del comunitarismo son dos: “el primero, relativo –por así decirlo– a las actitudes, el principio aristotélico de la prioridad del todo sobre las partes, esto es, de la ciudad sobre sus habitantes, del que Hegel hizo aplicación en el sometimiento del individuo al Estado frente a la subordinación mecánica del Estado a los derechos e intereses de los individuos propia del iusnaturalismo racionalista; y, el segundo, relativo a las creencias, la presuposición de que las comunidades humanas son diversas y están sometidas a pautas culturales específicas y, por tanto, a criterios morales particulares que obligan sólo dentro de su seno”, Ruíz Miguel, Alfonso (1992) “Derechos humanos y comunitarismo. Aproximaciones a un debate”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1992, N° 12, p. 97.

¹⁰⁹ En el intento por describir las contraposiciones liberales y comunitarias, distintos autores apelan a esquemas dicotómicos que parten de diversas categorías o instituciones. Así por ejemplo, Laporta refiere que “la dicotomía entre comunitarios y liberales, o entre comunitaristas e individualistas, que hoy nos ocupa tanto

propuesta metodológica trabajada por Óscar Pérez de la Fuente¹¹⁰, presentamos el siguiente esquema que constituye una sumilla de las afirmaciones que desarrollaremos en el presente capítulo:

- i. Yo “independiente” v. Yo “situado”,* está referido a la noción de sujeto. El liberalismo promueve a un individuo capaz de elegir sus propios fines sin tomar en cuenta el contexto social; sin embargo, para el comunitarismo, son los elementos sociales los que dotan de identidad al individuo y le permiten orientar su concepción moral, motivo por el cual tales elementos priman sobre sus eventuales divergentes concepciones acerca del bien.
- ii. Autonomía v. Autenticidad,* vinculado a qué idea debe ser prevalente en la moralidad del individuo. Para el liberalismo no hay mejor juez de sus intereses que el propio individuo, y la búsqueda de su autorrealización lo convierte en el origen de las normas morales. Sin embargo, en la lógica comunitaria se asume que el proyecto de vida del individuo trasciende su voluntad y que por el contrario se funda en valores que inspiran a la comunidad.
- iii. Agregado social v. Comunidad,* estudia la noción de lo colectivo. Según el liberalismo, la unión social es una empresa cooperativa de individuos autónomos que tienen el sentido de justicia y la noción de reciprocidad. Por su parte, la visión comunitaria afirma la relevancia moral de la comunidad y la considera como el elemento constitutivo de la identidad de los individuos.
- iv. Estado “neutral” v. Estado “comprometido”,* tiene que ver con el papel del Estado. En la línea liberal, el Estado asume una postura neutral respecto de las concepciones del bien de los individuos. En la perspectiva comunitaria, por el contrario, el Estado promueve una política del bien común basada en la concepción general que comparten todos los miembros que conforman la comunidad.

A continuación se analizarán, desde una perspectiva general, las divergencias más resaltantes que se suscitan entre los fundamentos del liberalismo y las premisas defendidas por el comunitarismo. Y, ello, por cuanto, si el principal objeto perseguido en esta tesis es sentar las bases teóricas que sirvan para arribar a la mejor interpretación del artículo 149° de la Constitución, es preciso ocuparse,

en la teoría moral, puede que no sea sino un nuevo reflujo de contraposiciones muy hondas que parecen convivir en la historia del pensamiento y de la cultura y hacen su aparición periódicamente en los distintos ámbitos de la reflexión social, política y científica. Creo que será útil recordar algunas de esas dicotomías y tratar de situar nuestro tema en su marco para ir, poco a poco, definiendo las coordenadas en que se inscriben los distintos rasgos del comunitarismo. Quizás así podríamos también intentar una presentación general de la naturaleza de esta «nueva» teoría moral. La primera de esas grandes dicotomías podría ser la dicotomía entre *naturaleza* y *cultura*. (...) [La segunda dicotomía es aquella] entre *razón* e *historia*. (...) [Y, finalmente,] la tercera gran dicotomía cultural, (...) es la dicotomía entre *individuo* y *sociedad*”. Véase Laporta, Francisco Javier (1995) “Comunitarismo y nacionalismo”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1995, N° 17-18, pp. 53, 54.

¹¹⁰ Pérez de la Fuente, Óscar (2005) *La polémica liberal ...*, ob. cit., pp. 32, 33.

aunque de modo general, de las críticas más resaltantes formuladas en contra de los fundamentos liberales, sobre todo si éstos constituyen nuestra premisa teórica más importante.

1. Yo “independiente” v. Yo “situado”¹¹¹

Como ya se reseñó, esta dicotomía hace alusión a la *noción de sujeto*.

Una de las principales críticas que hace el comunitarismo a la ideología liberal se centra en la idea de individuo que ésta promueve. Ello, por cuanto, para el liberalismo, los seres humanos en ejercicio de su autonomía eligen sus propios fines sin tomar en consideración el contexto social en que se desenvuelven. Sin embargo, para los comunitarios, son los elementos sociales que definen la comunidad los que dotan de identidad a los seres humanos y le permiten orientar su concepción moral.

Tal como precisa Pérez de la Fuente, “la noción de sujeto para la teoría liberal es objeto de la crítica comunitarista, ya que considera que, en su abstracción, no describe adecuadamente cómo funcionan realmente los individuos. Para una posición liberal, especialmente de base kantiana, la posibilidad de generar enunciados morales neutrales y universales se basa en una determinada concepción del sujeto moral caracterizado por la ausencia de circunstancias contingentes. Es lo que se ha denominado yo desvinculado”¹¹² (o yo “independiente”, como nosotros lo llamamos).

1.1 ¿A quién refiere el Yo “independiente”?

En el marco de la ilustración los seres humanos le dieron sentido a sus vidas desde ellos mismos, es decir, recursos externos como las costumbres, historia y contexto se convirtieron en alternativas negadas para ese fin. Ello, por cuanto, se pensó que sí resultaba posible para cualquier ser racional alcanzar principios morales sustantivos apelando exclusivamente a la razón.

¹¹¹ Una de las primeras críticas que, según Gargarella, el comunitarismo formula en contra del liberalismo, es aquella sobre “la «concepción de la persona» propia del liberalismo igualitario, y que Rawls sintetiza en la idea según la cual «el yo antecede a sus fines». Esta afirmación, que puede resultar a primera vista tan abstracta y compleja, quiere decir simplemente que, más allá de su pertenencia a cualquier grupo, categoría, entidad, o comunidad –ya sea de tipo religiosa, económica, social, o sexual–, los individuos tienen (y es valioso que tengan) la capacidad de cuestionar tales relaciones, hasta el punto, aun, de separarse de ellas si es que así lo prefieren. Para el liberalismo no debe asumirse que, por ejemplo, y por el hecho de haber nacido dentro de una determinada comunidad, yo no pueda o no deba cuestionar dicha pertenencia, para optar por fines o metas distintos de los que podrían distinguir a los miembros de mi comunidad. Para el comunitarismo, en cambio, nuestra identidad como personas, al menos en parte, se encuentra profundamente marcada por nuestra pertenencia a ciertos grupos: nacemos insertos en ciertas comunidades y prácticas sin las cuales dejaríamos de ser quienes somos. Dichos vínculos aparecen así como vínculos valiosos, en cuanto esenciales en la definición de nuestra identidad. De allí que para los comunitaristas, la pregunta vital para cada persona no sea la de quién quiero ser, qué quiero hacer de mi vida –sino la de quién soy, de dónde provengo”, en: Gargarella, Roberto (1999) *Las teorías de la justicia ...*, ob. cit., pp. 126, 127.

¹¹² Pérez de la Fuente, Óscar (2005) *La polémica liberal ...*, ob. cit., p. 35.

A partir de esta postura, los comunitarios han afirmado de manera concluyente que en la tradición racionalista individualista (promovida, fundamentalmente, por Kant) la ciencia empírica constituye el arquetipo de conocimiento, y responde a una ontología mecánica y a un esquema racionalista de verdad universal y objetiva¹¹³. Tal como lo entiende Michael Sandel, el liberalismo kantiano asume una imagen de los agentes morales como constantes a través del tiempo, independientes de sus propios deseos e intereses, libres del flujo causal que incide en tales deseos e intereses, separados entre sí y del contexto social¹¹⁴. Es decir, el liberalismo kantiano –según la lógica comunitaria– promueve un yo “independiente” que al integrar un mundo formal se convierte en un yo inmaterial, ahistórico, descontextualizado. Propiciando con este hecho una caracterización atomista de los individuos, es decir, autosuficientes e independizados del contexto social.

No hay duda en la academia de que John Rawls con su *Teoría de la Justicia*¹¹⁵, y, posteriormente con su *Liberalismo Político*¹¹⁶, es uno de los principales exponentes de la doctrina liberal. Y este hecho, obviamente, hace del pensamiento rawlsiano un centro de críticas. Siendo los cuestionamientos provenientes del comunitarismo, como ya sabemos, los más recurrentes. Así, pues, para los comunitarios un ejemplo del yo “independiente” es la idea de persona en la posición original de la *Teoría de la Justicia* de Rawls. Idea que definitivamente no comparten y cuestionan.

La *posición original* es aquella circunstancia donde los hombres en forma racional e imparcial pactan principios de justicia que habrán de organizar la sociedad. No obstante, es de precisar que estos hombres se sitúan en una circunstancia particular, se sitúan detrás de un *velo de ignorancia* que les prohíbe conocer “su lugar en la sociedad, su posición o clase social; tampoco sabe[r] cuál será su suerte en la distribución de talentos y capacidades naturales, su inteligencia y su fuerza, etc. Igualmente nadie [podrá] conoce[r] su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología, tales como su aversión al riesgo, o su tendencia al pesimismo o al optimismo. Más todavía, (...) las partes no conoce[r]án las circunstancias particulares de su propia sociedad. Esto es, no conoce[r]án su situación política o económica, ni el nivel de cultura y civilización que han sido capaces de alcanzar. Las personas en la posición original no tienen

¹¹³ Así no los confirma Nino cuando expresa que “a fines de los años setenta y en los del ochenta se desarrolló todo un movimiento que enfrenta el enfoque constructivista kantiano, y a menudo sus implicaciones liberales, con las habituales acusaciones de pervertir la ética por la formulación de reglas universales legalísticas que sustraen a los hombres de sus vínculos y circunstancias locales, concibiéndose como egos descontextualizados, cuya historia, deseos y proyectos son irrelevantes y que existen independientemente los unos de los otros y de la comunidad en la que están insertos”, en: Nino, Carlos Santiago (2006) *Ética y ...*, ob. cit., p. 127.

¹¹⁴ Cfr. Nino, Carlos Santiago (1989) *El constructivismo...*, ob. cit., pp. 138, 139.

¹¹⁵ Rawls, John (1995) *Teoría de la justicia*. 6ta. Reimp. de la 2da. Ed. México D.F., Fondo de Cultura Económica.

¹¹⁶ Rawls, John (1995) *El liberalismo político*. 4ta. Reimp. de la 1ra. Ed. México D. F., Fondo de Cultura Económica.

ninguna información respecto a qué generación pertenecen”¹¹⁷. Es decir, Rawls concibe una noción de sujeto independiente de circunstancias contingentes situado detrás de un velo de ignorancia, a fin de asegurar la concretización de imparcialidad en la elección de los principios de justicia¹¹⁸.

Al respecto, Sandel considera que el “yo” de Rawls es un “sujeto anticipadamente individualizado, que permanece siempre a cierta distancia de los intereses que posee”¹¹⁹, y, a su juicio, esta concepción resulta inaceptable, toda vez que en su opinión “ningún compromiso hará mella como para que no pueda comprenderme a mí mismo en su ausencia. Ningún cambio de los propósitos y planes de vida puede ser tan perturbador que altere los controles de mi identidad. Ningún proyecto puede ser tan esencial que el abandonarlo amenace a la persona que soy yo”¹²⁰.

Para los comunitarios como Sandel, el grado de neutralidad que presupone las premisas rawlsianas de “posición original” y “velo de ignorancia” socava la identidad y personalidad que caracteriza a la naturaleza humana. Una concepción del “yo” tan independiente como la de Rawls “elimina la posibilidad de una vida pública en la cual, para bien o para mal, estén en juego tanto la identidad como los intereses de sus participantes. Y excluye la posibilidad de que los propósitos y fines comunes puedan inspirar una comprensión de sí más o menos expansiva, definiendo así una comunidad en el sentido constitutivo, una comunidad que describe al sujeto y no simplemente a los objetos de las aspiraciones compartidas”¹²¹.

Los comunitarios perseguirán, pues, una visión de un yo que se constituye socialmente, dejando atrás el perfil individualista y abstracto promovido por el liberalismo¹²².

Otro ejemplo del yo “independiente” criticado por el movimiento comunitarista es el ser *noumenal* que promueve la moralidad kantiana.

Un sujeto será incapaz de conocer todo lo que es posible saber de sí mismo si apela exclusivamente a la observación o introspección. Y, ello, porque a través

¹¹⁷ Rawls, John (1995) *Teoría de la ...*, ob. cit., pp. 135, 136.

¹¹⁸ Como describe Sandel, “el objetivo de esta restricción –refiriéndose al velo de la ignorancia– es impedir que la elección de principios se vea influida por la contingencia de circunstancias naturales y sociales, y abstraerla de todas las consideraciones que se juzgan como irrelevantes desde un punto de vista moral. Es el velo de la ignorancia lo que asegura que los principios de justicia serán elegidos bajo condiciones de igualdad y equidad”, en: Sandel, Michael (2000) *El liberalismo y los límites de la justicia*. Traducción de María Luz Melon. Barcelona, Editorial Gedisa S.A., pp. 42, 43.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 86.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 86.

¹²¹ *Ibidem*, p. 86.

¹²² Afirma Carlos Thiebaut que “una parte significativa del pensamiento liberal siempre tendió a ser monológica, a entender a los individuos sumidos en un cierto aislamiento, desconociendo o apreciando menos su constitución social, Robinsones que necesitaban sólo instrumentalmente de Viernes. El pensamiento comunitario, con raíces neoaristotélicas y neohegelianas, ha forzado la ruptura de ese monologismo y ese aislamiento”, en: Thiebaut, Carlos (1998) *Vindicación del ciudadano: Un sujeto reflexivo en una sociedad compleja*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., p. 70.

de dicha introspección solo es posible conocer los aportes que nos otorgan los sentidos. Como sostiene Kant “no le es lícito al hombre pretender conocerse a sí mismo, tal como es en sí, por el conocimiento que de sí tiene mediante la sensación interna”¹²³. Se requiere presuponer algo más. El sujeto, según Kant, “tiene que admitir sobre esa constitución de su propio sujeto, compuesta de meros fenómenos, alguna otra cosa que esté a su base, esto es, suya tal como sea en sí”¹²⁴. Es decir, ese algo más que empíricamente no podemos conocer sino que debemos presuponer será, pues, el sujeto mismo. Y el sujeto mismo es “ese algo «subyacente», que antecede a cualquier experiencia particular, que unifica nuestras diversas percepciones y las coloca reunidas en una conciencia singular. Proporciona el principio de unidad sin el cual las percepciones de sí que tiene el sujeto serían nada más que un flujo de representaciones desconectadas y siempre cambiantes, las percepciones de nadie”¹²⁵.

Por consiguiente, si la pretensión está orientada a lograr una completa auto comprensión de sí mismos, es necesario, como sostiene Kant, que el sujeto se considere desde dos puntos de vista: “el *primero*, en cuanto que pertenece al mundo sensible, bajo leyes naturales (heteronomía), y el *segundo*, como perteneciente al mundo inteligible, bajo leyes que, independientes de la naturaleza, no son empíricas, sino que se fundan solamente en la razón”¹²⁶. Ello, por cuanto, si el sujeto es un ser exclusivamente empírico será incapaz de tener libertad, ya que todo ejercicio de la voluntad resultará condicionado por el deseo de algún objeto. En la medida que el sujeto se considera libre no puede concebirse como un ser completamente empírico. Así pues, la noción de un sujeto, previa a la experiencia pero también independiente de ésta, como la que plantea Kant, no solo constituye una posibilidad sino que resulta indispensable para lograr ese autoconocimiento y ejercicio de libertad. En consecuencia, cabe afirmar que la moralidad kantiana se sustentará en la concepción de un sujeto dado antes que sus fines¹²⁷.

A este respecto, Sandel opina que el proyecto rawlsiano guarda una estrecha semejanza con la propuesta racional individualista promovida por Kant. Sin

¹²³ Kant, Immanuel (2005) *Fundamentación de la metafísica ...*, ob. cit., p. 146.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 146.

¹²⁵ Sandel, Michael (2000) *El liberalismo y ...*, ob. cit., p. 22.

¹²⁶ Kant, Immanuel (2005) *Fundamentación de la metafísica ...*, ob. cit., p. 148. Sandel interpreta los dos puntos de vista de Kant en los siguientes términos: “En tanto *objeto* de experiencia, pertenezco al mundo sensible; mis acciones, al igual que los movimientos de todos los otros objetos, se determinan por las leyes de la naturaleza y por las regularidades de causa y efecto. En tanto *sujeto* de experiencia, por el contrario, habito un mundo inteligible o suprasensible; en éste, independiente de las leyes de la naturaleza, soy capaz de tener autonomía, capaz de actuar de acuerdo con una ley que me doy a mí mismo”, en: Sandel, Michael (2000) *El liberalismo y ...*, ob. cit., p. 23.

¹²⁷ Tal como afirma Nino, “la ley moral se basa en el sujeto de la razón práctica, un sujeto capaz de voluntad autónoma, o sea capaz de elegir los fines. El hecho de que esta capacidad sea previa a la adopción de cualquier fin es lo que fundamenta la prioridad de la justicia respecto de los valores que presuponen ciertos fines. Esto supone un sujeto que es previo a sus objetos de experiencias. La prioridad del sujeto se funda en el hecho de que las experiencias requieren un sujeto independiente de ellas y que les da unidad. Esta concepción del sujeto como independiente de sus experiencias es lo que permite verlo como un agente autónomo libre, porque, de no ser así, sería parte del flujo causal al que pertenecen las experiencias”, en: Nino, Carlos Santiago (2006) *Ética y ...*, ob. cit., p. 132.

embargo, en lo que a la concepción del “yo” se refiere, Sandel considera que Rawls se aparta de la fórmula kantiana, en la medida que prefiere evitar recurrir a un sujeto trascendente y a la formulación de un dominio inteligible o noumenal como presupuesto necesario de nuestra capacidad para actuar libremente y para acceder al autoconocimiento. Así, pues, Sandel expresará que Rawls rechaza la metafísica kantiana para situar al sujeto en un esquema de elección caracterizado por tomar en cuenta circunstancias empíricas (rol desempeñado por la *posición original*)¹²⁸.

Pero también, sobre la noción kantiana de sujeto, Sandel considera que se trata de una imagen parcial de nosotros mismos. Para el profesor de Harvard, si pretendemos que la justicia sea un valor primario, “debemos ser criaturas de un cierto tipo, relacionadas con la circunstancia humana de una cierta manera. En particular, debemos asumir nuestra circunstancia siempre desde una cierta distancia, seguramente condicionados, pero parte de nosotros siempre antecederá a cualquier condición. Solamente de esta manera podemos considerarnos como sujetos y también como objetos de experiencia, como agentes y no sólo como instrumentos de los propósitos que perseguimos”¹²⁹. Según Sandel, “el liberalismo deontológico supone que podemos, e incluso que debemos, comprendernos como independientes en este sentido”¹³⁰. Sin embargo, considera que “esto no es posible (...), y que es en la parcialidad de esta imagen de nosotros mismos donde se pueden encontrar los límites de la justicia”¹³¹.

A manera de recapitulación sobre lo expresado en este apartado cabe señalar que para los comunitarios, como refiere Nino¹³², solo una concepción empobrecida y ficticia de la persona moral –entiéndase sujeto en *posición original* y sujeto *noumenal*–, es la que permite al liberalismo mantener su tesis distintiva de la independencia de lo justo y los derechos individuales de una concepción de lo que es bueno en la vida. La neutralidad liberal respecto de ideales de excelencia humana –según los comunitarios– se logra solo a costa de una concepción de los agentes morales como entes noumenales, que no solo carecen de un *telos* distintivo, sino que su identidad es independiente aún de sus deseos e intereses subjetivos y de sus relaciones con otros individuos y con el medio social.

1.2 ¿Quién es el Yo “situado”?

Tal como se ha afirmado en el apartado anterior, el liberalismo kantiano –según los comunitarios– concibe un yo “independiente” que al integrar un mundo formal se convierte en un yo inmaterial, ahistórico, descontextualizado. Propiciando, como consecuencia de esta concepción, una caracterización

¹²⁸ Sandel, Michael (2000) *El liberalismo y ...*, ob. cit., pp. 41, 42.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 25.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 25.

¹³¹ *Ibidem*, p. 25.

¹³² Cfr. Nino, Carlos Santiago (1989) *El constructivismo...*, ob. cit., p. 139.

atomista de los individuos, es decir, seres autosuficientes e independizados del contexto social.

En ese sentido, para los comunitarios no será posible validar un yo “independiente” que sea capaz de elegir de manera imparcial principios de justicia. A su juicio, esta radiografía del individuo estaría vaciada de contenido. Afectaría la percepción que se tiene de éste como un ser vinculado siempre a un contexto y a prácticas que se despliegan en comunidad. Para los comunitarios, el “yo” no puede ser previo a sus fines¹³³. Siempre se constituye en función de determinadas condiciones que parten de la comunidad a la que pertenece y se encuentra inobjetablemente arraigado. Por tanto, el yo que defienden es el yo “situado”¹³⁴.

Estas afirmaciones comunitarias encuentran sustento en el pensamiento clásico aristotélico, en la filosofía de Hegel, en las diferentes tesis sobre la naturaleza social del hombre.

Como se sabe, las dos ideas que sustentan las tesis sobre la naturaleza social del hombre, son aquellas que argumentan básicamente que (i) el hombre no puede vivir aislado y que (ii) el desarrollo de sus capacidades se concretiza en la sociedad¹³⁵. De ahí que el agente moral solo alcance plenitud en la medida en que pueda desenvolverse en un entorno social¹³⁶. Como dice Alasdair MacIntyre con arreglo a la tradición clásica: “ser un hombre es desempeñar una serie de papeles, cada uno de los cuales tienen entidad y propósitos propios: miembro de una

¹³³ “La idea según la cual «el yo antecede a sus fines» –conforme a Sandel– lleva implícito que, por más intensa que sea mi identificación con un determinado fin (digamos, un fin habitualmente perseguido por los miembros de la comunidad a la que pertenezco), el mismo nunca será visto como algo constitutivo de mi persona. En este sentido, la visión de Rawls parece ser incapaz de explicar ciertas experiencias humanas básicas. Por ejemplo, excluye la posibilidad de que existan ciertos propósitos compartidos con mi comunidad que puedan ser vistos como formando una parte integral de mi propio ser. Dicha visión parece excluir, también, la posibilidad de que atribuyamos obligaciones o responsabilidades a una determinada comunidad, en su condición de tal”, Gargarella, Roberto (1999) *Las teorías de la justicia ...*, ob. cit., pp. 127, 128.

¹³⁴ Frente a la pregunta ¿cuál debe ser el punto de partida de la filosofía moral?, Giusti refiere que para los comunitarios se debe partir “del sujeto *situado*, lo que equivale a sostener: no del individuo, sino de una instancia comunitaria que hace las veces de marco valorativo para la socialización y la autocomprensión de los individuos”. Todos los autores comunitarios, según Giusti, “comparten, al menos en principio, este punto de vista: el suelo firme de la caverna de Walzer son los “shared understandings”; Sandel adopta como instancia referencial el “yo enraizado” en una comunidad; Taylor se remite, fenomenológicamente, a las “ideas de bien” existentes; y MacIntyre presupone a su modo la validez de una determinada tradición”, en: Giusti, Miguel (1996) “Paradojas recurrentes de la argumentación comunitarista”. En: *Archivos de...*, ob. cit., p. 71.

¹³⁵ Así lo afirma Charles Taylor, al referir que “lo que se ha argumentado en las diferentes teorías sobre la naturaleza social del hombre no es simplemente que el hombre aislado no puede sobrevivir, sino que los hombres desarrollan sus capacidades específicamente humanas en sociedad”, en: Taylor, Charles (1985) “El atomismo”. Traducción de Silvia Mendlewicz y Albert Calsamiglia. En: Betegón, Jerónimo y Juan Ramón de Páramo (coordinadores) (1990) *Derecho y moral. Ensayos analíticos*. Barcelona, Editorial Ariel S.A., p. 110.

¹³⁶ En esa línea Taylor señala, aludiendo la propuesta reivindicadora comunitaria, que ésta “sostiene que vivir en sociedad es una condición necesaria del desarrollo de la racionalidad, en algún sentido de esta facultad, ya sea de llegar a ser un agente moral en el sentido pleno del término o un individuo plenamente responsable y autónomo. Estas variaciones representan algunas formas para fundamentar la tesis del hombre como animal social. Este punto de vista sostiene que fuera de cierta organización social nuestras capacidades específicamente humanas no podrían desarrollarse. Si aceptamos esta tesis, entonces carece de importancia conocer si el hombre puede sobrevivir en estado salvaje: lo que importa es que este organismo no podría desarrollar su potencial específicamente humano”, *ibidem*, p. 110.

familia, ciudadano, soldado, filósofo, servidor de Dios. Sólo cuando el hombre se piensa como individuo previo y separado de todo papel, «hombre» deja de ser un concepto funcional”¹³⁷.

Ahora bien, el yo “situado” guarda una estrecha relación con la noción de identidad. Ello, por cuanto, es el contexto social el que da contenido y configura la identidad del sujeto. Por ello, Charles Taylor refiere que “la definición que hago de mí mismo se comprende como respuesta a la pregunta: «¿Quién soy yo?». Y esta pregunta encuentra su sentido original en el intercambio entre hablantes. Yo defino quién soy al definir el sitio desde donde hablo, sea en el árbol genealógico, en el espacio social, en la geografía de los estatus y las funciones sociales, en mis relaciones íntimas con aquellos a quienes amo, y también, esencialmente, en el espacio de la orientación moral y espiritual dentro de la cual existen mis relaciones definidoras más importantes”¹³⁸. Por tanto, para los comunitarios, la pregunta que permite definir la identidad del individuo no será ¿qué tipo de vida desearía tener?, sino más bien, ¿quién soy?

En síntesis, para los comunitarios el individuo es un ser intrínsecamente social y este rasgo que lo caracteriza es el que define su identidad. Tal como afirma Sandel, “la comunidad describe no sólo lo que *tienen* como conciudadanos, sino también lo que *son*; no una relación que eligen (como en la asociación voluntaria) sino un lazo que descubren; no meramente un atributo sino un componente de su identidad”¹³⁹.

2. Autonomía v. Autenticidad

Esta dicotomía, como hemos anunciado, está vinculada a *qué idea debe ser prevalente en la moralidad del individuo*.

Para el liberalismo no hay mejor juez de sus intereses que el propio individuo. Por ello, la búsqueda de su autorrealización lo convierte en el origen de las normas morales. Sin embargo, en la lógica comunitaria se asume que el proyecto de vida del individuo trasciende su voluntad y, que, por el contrario, se funda en valores que inspiran a la comunidad.

2.1 ¿Qué significado tiene la “autonomía” para los liberales?

Como quedó expuesto en el capítulo I, los individuos son entes autónomos que toman sus decisiones libremente a fin de lograr los proyectos de vida que persiguen. Según el significado de autonomía, el individuo constituye, pues, el

¹³⁷ MacIntyre, Alasdair (2009) *Tras la virtud*. Traducción de Amelia Valcárcel. 5ta. Ed. Barcelona, Editorial Crítica S. L., p. 83.

¹³⁸ Taylor, Charles (2006) *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*. Traducción de Ana Lizón. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., p. 63.

¹³⁹ Sandel, Michael (2000) *El liberalismo y ...*, ob. cit., p. 182.

principio y el fin de la moralidad. Por tanto, el sujeto creador de las normas morales y el objeto de éstas es el individuo mismo.

Las formulaciones sobre autonomía individual planteadas por Immanuel Kant y John Stuart Mill constituyen un clásico no solo del pensamiento liberal, sino también en la historia de las ideas. Veamos a continuación algunas referencias al respecto.

i. La autonomía en el Imperativo Categórico de Kant. La tercera fórmula del Imperativo Categórico está basada en la *autonomía de la voluntad*. Esta facultad de legislarse a sí mismo es una idea kantiana inspirada en el pensamiento rousseauiano sobre el contrato social, según el cual un hombre es realmente libre cuando se emancipa de la esclavitud de sus pasiones y se libera de la servidumbre que propicia una ley impuesta por voluntad ajena. De ahí que Kant señale que “la *autonomía* es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”¹⁴⁰.

En esa línea, Kant hablará, pues, de un “tercer principio práctico de la voluntad” al que reconoce como “principio de autonomía”, y lo expresará en la siguiente formulación: *obra como si tu voluntad, por su máxima, pudiera considerarse a sí misma al mismo tiempo como universalmente legisladora*.

Es decir, Kant proclamará a la *autonomía de la voluntad* como uno de los valores máximos y planteará la idea de que todo ser racional únicamente obedece su propia ley, más no otra que provenga de la naturaleza (toda vez que esto significaría su heteronomía)¹⁴¹. Así pues, la ley moral propicia la concretización de la *libertad* en el fuero interno. Sin embargo, en el fuero externo la ley que existe e impera es la ley del derecho. Para Kant el ámbito de aplicación del derecho se restringe al fuero externo y solo toma en cuenta las acciones o conductas que pueden incidir negativamente en la libertad de los demás (el límite de mi libertad es el derecho del otro). En tanto que el fuero interno de los seres, esto es, sus convicciones, sentimientos o anhelos de buena vida, no pueden ser controlados, mucho menos restringidos.

¹⁴⁰ Kant, Immanuel (2005) *Fundamentación de la metafísica ...*, ob. cit., p. 126. Sin embargo, a nuestro juicio, esta afirmación de Kant ingresa en un contrasentido. La autonomía no podría ser el fundamento de la dignidad puesto que ésta constituye un límite a la autonomía. Nadie puede autogobernarse a tal punto que se trate así mismo como mero medio. No puedo, por ejemplo, en ejercicio de mi autonomía, celebrar un contrato de esclavitud porque el principio de dignidad me lo prohíbe. Por tanto, si la dignidad es un límite a la autonomía, ésta no puede ser su fundamento. Es conceptualmente imposible. Se trata de dos valores no mutuamente implicantes, *ergo*, uno no puede ser fundamento del otro.

¹⁴¹ “*Nómos*” y “*béteros*” son dos palabras griegas que significan “*ley*” y “*otro*” respectivamente. Cuando un ser racional es sometido a una legislación como consecuencia de una acción externa, Kant habla de *heteronomía*. En contraste con esto, el proyecto ético kantiano busca convencer que un ser racional es su propio legislador, que no es heterónimo, sino autónomo (el término griego “*autos*” significa uno mismo, y, en consecuencia, el término “*autónomo*” refiere al que se legisla a sí mismo). Por tanto, la autonomía es para Kant la máxima expresión de libertad y el símbolo de nuestra dignidad.

Ahora bien, este concepto de *autonomía* nos encamina, a juicio de Kant, al encuentro de otro concepto ideal como es el *reino de los fines*. Por *reino*, dice Kant, “entiendo el enlace sistemático de los distintos seres racionales por leyes comunes. Mas como las leyes determinan los fines, según su validez universal, resultará que, si prescindimos de las diferencias personales de los seres racionales y asimismo de todo contenido de sus fines privados, podrá pensarse un todo de todos los fines (tanto de los seres racionales como fines en sí, como también de los propios fines que cada cual puede proponerse) en enlace sistemático; es decir, un reino de los fines, que es posible según los ya citados principios”¹⁴².

Es decir, para Kant el *reino de los fines* constituye un ideal de sociedad donde impera la ley moral, la libertad y la igualdad. Una sociedad donde todos los hombres racionales son súbditos y legisladores de sí mismos. Y en la medida que este ideal, a su juicio, resulta posible, delinearé una variante de la tercera formulación en los siguientes términos: *Todo ser racional debe obrar como si fuera por sus máximas siempre un miembro legislador en el reino universal de los fines*¹⁴³.

ii. La autonomía individual según John Stuart Mill¹⁴⁴. Para el discípulo de Bentham existe una estrecha relación entre autonomía y libertad. Más aún, se puede afirmar con razón que su noción de autonomía está fundada en el significado y alcances del valor “libertad” que tanto promueve.

Así, pues, para Mill la razón propia de la libertad humana “comprende, primero, el dominio interno de la conciencia; exigiendo la libertad de conciencia en el más comprensivo de sus sentidos; la libertad de pensar y sentir; (...) la libertad de expresar y publicar las opiniones (...). En segundo lugar, la libertad humana exige libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada. En tercer lugar, de esta libertad de cada individuo se desprende la libertad, dentro de los mismos límites, de asociación entre individuos: libertad de reunirse para todos los fines que no sean perjudicar a los demás (...). No es libre ninguna sociedad, cualquiera que sea su forma de gobierno, en la cual estas libertades no estén respetadas en su totalidad”¹⁴⁵.

Como se ve, según lo referido por Mill, es en esa faceta de libertad que ejercemos todos los seres humanos para elegir nuestros proyectos de vida, y la que nos permite, en consecuencia, obrar como queramos, en donde se encuentra nuestra autonomía de voluntad.

¹⁴² *Ibidem*, p. 123.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 129.

¹⁴⁴ Para mayor análisis, puede consultarse Mill, John Stuart (1970) *Sobre la libertad*. Prólogo de Isaiah Berlin y traducción de Pablo de Azcárate. Madrid, Alianza Editorial S.A.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 68, 69.

Asimismo, Mill deja establecido cuáles son los límites de intervención del Estado y de los demás individuos cuando de autonomía se trata. En esa línea señala que “el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás”¹⁴⁶. Es decir, para Mill, las restricciones estatales en el ejercicio de la autonomía individual solo serán legítimas en tanto dicho ejercicio suponga una invasión en la esfera de libertades de otro ser humano.

En consecuencia, frente a la pregunta ¿qué significado tiene la “autonomía” para los liberales?, de lo expuesto en este apartado se puede sostener que existe un compromiso moral del liberalismo con la autonomía. No obstante, el liberalismo –como sostiene Tubino¹⁴⁷– no puede autoasignarse el derecho a imponer el valor de la autonomía allí donde no se encuentra. Es decir, en estricto, no puede imponer a alguien actuar autónomamente cuando no lo desea. Eso es conceptualmente contradictorio y éticamente insostenible. A lo más, el liberalismo puede intentar convencer de la conveniencia de la *praxis* de la autonomía. Su compromiso con este valor empieza por asumir la tarea de construir las condiciones que lo hagan posible. De ahí que, en una sociedad libre podamos admitir como un ejercicio de autonomía válido el hecho de que el individuo suspenda el ejercicio de su autonomía cuando así lo desee (siempre y cuando esto no se entienda como una renuncia a la autonomía, porque eso sí no está permitido).

2.2 Charles Taylor y la defensa de la autenticidad

La “«prioridad» del sujeto sobre sus fines ha sido –como lo hace notar Carlos Thiebaut– el punto de arranque de las críticas antiliberales. Los comunitaristas –y, en concreto, Taylor en quien centramos nuestro análisis– argumentarán que, por el contrario, son esos fines, los predicados morales y los criterios valorativos que los enmarcan y determinan, los que definen no sólo la acción sino al sujeto mismo”¹⁴⁸. Es decir, para los comunitarios, la relación se produce a la inversa: la “prioridad” la tienen los fines sobre el sujeto.

A juicio de Taylor, la tarea para encontrar una mejor explicación sobre el comportamiento moral de los individuos no puede partir, como hacen los liberales, de la noción de “autonomía”; es en la idea de “autenticidad” donde está la clave¹⁴⁹.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 65.

¹⁴⁷ Cfr. Tubino, Fidel (2007) “En defensa de la universalidad dialógica”. En: Giusti, Miguel y Fidel Tubino (editores) (2010) *Debates de la ética ...*, ob. cit., pp. 85, 86.

¹⁴⁸ Thiebaut, Carlos (1998) *Vindicación del ciudadano...*, ob. cit., p. 99.

¹⁴⁹ A este respecto señala Thiebaut que “a diferencia de la autonomía –que conlleva, como vimos, la atribución formal, en tercera persona, y que determina la distancia reflexiva del sujeto con respecto a los fines de su acción–, la idea de autenticidad define, en actitud de primera persona, una *relación de reconocimiento* por

En ese sentido, propone, en primer lugar, desplazar el acento moral de la idea de autenticidad. Ello, por cuanto, la voz interior (entiéndase conciencia) resulta relevante porque nos señala qué cosa es lo correcto a la hora de actuar. Sin embargo, no contribuye en la tarea de alcanzar dicha autenticidad. De ahí que el segundo paso necesario para lograr esta meta, sea entrar en contacto con la fuente que reside en lo profundo de nosotros mismos¹⁵⁰.

Según esta propuesta tayloriana, a quien Thiebaut describe como *realismo apelativo*, “el sujeto ha de pensarse, para entenderse cabalmente con una mejor explicación que la que suministra la autoatribución de autonomía del pensamiento liberal kantiano, como aspirando a bienes que le trascienden y a los que apela para dotarse de significado moral último”¹⁵¹. La configuración valorativa del sujeto como consecuencia de los fines de su acción, a juicio de Taylor, sólo podrá concretizarse desde su propia interioridad. Es decir, reconociéndose a sí mismo, reconociendo que es un sujeto de fines que le trascienden y que son anteriores a él, el sujeto podrá lograr su identidad moral.

Ahora bien, el reconocer cuál es nuestra forma original de ser humano, el vivir nuestra vida acorde a dicha forma original, nos conmina a desplegar una auto fidelidad. “Ser fiel a uno mismo significa ser fiel a la propia originalidad, y eso es algo que sólo yo puedo enunciar y descubrir. Al enunciarlo, me estoy definiendo a mí mismo. Estoy realizando un potencial que es en verdad el mío propio. En ello reside la comprensión del trasfondo del ideal moderno de autenticidad, y de las metas de autorrealización y desarrollo de uno mismo en las que habitualmente nos encarnamos. Es el trasfondo que otorga fuerza moral a la cultura de la autenticidad, aún en sus formas más degradadas, absurdas o trivializadas. Es lo que da sentido a la idea de «hacer lo propio de cada uno» o «encontrar la forma de realizarse»”¹⁵².

Por tanto, para Taylor, el camino de la autorrealización encuentra inicio en nuestro reconocimiento desde la interioridad, y es esa consecuente exigibilidad de fidelidad con nuestra propia originalidad, la que no solo nos hace auténticos, sino que nos identifica como los sujetos morales que somos.

3. Agregado social v. Comunidad

parte del sujeto de fines que le trascienden y que son anteriores a él. El comportamiento moral, y la mejor explicación que de él podremos hacer, es en los planteamientos de Taylor aquel que *reconoce* la prioridad de esos fines, anteriores al sujeto y que le trascienden”, *ibidem*, pp. 101, 102.

¹⁵⁰ Cfr. Taylor, Charles (1994) *La ética de la autenticidad*. Introducción de Carlos Thiebaut y traducción de Pablo Carbajosa Pérez. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., p. 62.

¹⁵¹ Thiebaut, Carlos (1998) *Vindicación del ciudadano...*, *ob. cit.*, p. 101.

¹⁵² Taylor, Charles (1994) *La ética de la ...*, *ob. cit.*, p. 65. Al respecto advierte Giusti que “el ideal de autenticidad no es la única forma de subjetivización que experimenta la cultura en la modernidad; a su lado, y en paralelo, se produce, (...) el reemplazo de la cultura medieval del ‘honor’, sobre la cual se levanta una sociedad jerárquica, por la cultura de la ‘dignidad’, que sirve de fundamento a una sociedad igualitaria y que está, naturalmente, asociada a la noción de autonomía y a la filosofía de Kant”, en: Giusti, Miguel (2011) *El soñado bien, el mal presente. Rumores de la ética*. 1ra. Reimp. de la 1ra. Ed. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 185.

Esta tercera dicotomía estudia la noción de lo *colectivo*.

Para el liberalismo, el agregado social es expresión de una empresa cooperativa de individuos autónomos que tienen el sentido de justicia y la noción de reciprocidad. La visión comunitaria, por su parte, afirma la relevancia moral de la comunidad y la considera como el elemento constitutivo de la identidad de los individuos.

3.1 Agregado social denominado “atomismo” por los comunitarios¹⁵³

De todo lo expuesto hasta aquí se puede inferir sin duda alguna que el liberalismo defiende una posición ontológica particular y claramente diferente a la propugnada por el comunitarismo. Posición que ha sido denominada como atomista por los comunitarios. “El término *atomismo* en sentido amplio –refiere Charles Taylor– se utiliza para caracterizar las doctrinas contractualistas que surgieron en el siglo XVII y también doctrinas posteriores que tal vez no han utilizado la noción de contrato social pero que heredaron una visión de la sociedad como un agregado de individuos al servicio de objetivos individuales”¹⁵⁴. El atomismo se fundará, pues, en el reconocimiento de la prioridad del individuo y en el papel relevante que juegan los derechos para justificar la estructura y acción políticas de una sociedad¹⁵⁵.

¹⁵³ A este respecto, Pérez de la Fuente describe con precisión que “la prioridad característica del individuo y los derechos en el discurso liberal conlleva una fácil crítica en el sentido de que descuida los aspectos sociales y colectivos. Una versión de esta crítica propia del comunitarismo, denominada *atomismo*, retrataría a los sujetos racionales y autointeresados atrincherados en sus derechos que valoran su participación en cuestiones colectivas en términos meramente instrumentales. La premisa sobre la que se basa esta visión es la autosuficiencia de los sujetos fuera de la sociedad, posición radicalmente en contra de la tesis social que sustenta el comunitarismo. Es una visión que tiene sus antecedentes en la formulación del contrato social de Locke y Hobbes y actualmente sostenida por el liberalismo conservador de Nozick. Los individuos, en función de su autonomía, ejercen sus derechos, y las cuestiones colectivas han de ser contabilizadas según una agregación de intereses individuales. Los individuos maximizan su utilidad en forma de las decisiones que adoptan a nivel individual y colectivo. Las imposiciones colectivas que restrinjan los derechos individuales son sospechosas, así se devalúa el valor de las obligaciones o del principio de pertenencia. Es una expresión que ha tenido cierto éxito, la *república de los egoístas*. Lo individual es prioritario y lo colectivo tiene un interés instrumental para los individuos”, en: Pérez de la Fuente, Óscar (2005) *La polémica liberal ...*, ob. cit., pp. 85, 86.

¹⁵⁴ Taylor, Charles (1985) “El atomismo”. Traducción de Silvia Mendlewicz y Albert Calsamiglia. En: Betegón, Jerónimo y Juan Ramón de Páramo (coordinadores) (1990) *Derecho y ...*, ob. cit., p. 107.

¹⁵⁵ “Las teorías que aseveran la primacía de los derechos consideran que la adjudicación de ciertos derechos a los individuos es un principio básico. Niegan ese mismo estatus a cualquier principio de pertenencia u obligación social, es decir, cualquier principio que afirme que nuestra principal obligación como seres humanos es pertenecer a la sociedad o sostenerla o bien obedecer a la autoridad. Dicho de otro modo, las teorías que defienden la primacía de los derechos, aceptan el principio que adjudica unos derechos a los hombres que les obligan de modo incondicional, es decir, vinculantes para los hombres como tales. Pero no aceptan con la misma incondicionalidad el principio de pertenencia o de obligación social. Consideran nuestra obligación de pertenecer a una sociedad o de sostenerla, o bien de obedecer a sus autoridades como algo derivativo, ya que esta obligación nos ha sido impuesta de modo condicional, a través de nuestro sentimiento, o debido a que era ventajosa. La obligación de cooperación social deriva en determinadas condiciones del principio más fundamental que asigna derechos”, ibídem, pp. 107, 108.

Para los comunitarios, la defensa de una posición atomista supone desconocer un hecho tan evidente como que los individuos solo pueden autorrealizarse y desarrollarse al interior de un determinado contexto¹⁵⁶. Los comunitarios no solo comparten la idea, sino que están convencidos, de que los individuos no son autosuficientes y que requieren, por tanto, de la ayuda y cooperación del entorno. Están convencidos de que los individuos requieren de un ambiente social y cultural para vivir.

De ahí que para Taylor el punto de partida de los atomistas “denota falta de visión, un engaño de la autosuficiencia que les impide ver que el individuo libre, que detenta los derechos, sólo puede asumir esta identidad gracias a su relación con una civilización liberal desarrollada; que es un absurdo situar a este individuo en el estado de naturaleza, en el cual nunca podría alcanzar la identidad y por tanto nunca podría crear por contrato una sociedad que lo respete. Más bien, el individuo libre que se afirma como tal ya tiene una obligación de completar, de restaurar o de mantener la sociedad dentro de la cual es posible alcanzar una identidad”¹⁵⁷. Es decir, el interés no debe centrarse exclusivamente en las elecciones que individual y autónomamente realicen las personas, sino que principalmente debe cuidarse el marco dentro del cual esas elecciones individuales se concretizan.

Así pues, con el ánimo de contrarrestar la “tesis atomista” defendida por el liberalismo, Taylor propondrá la “tesis social”, la misma que afirma que “el hombre es un animal social y político en el sentido aristotélico, porque no es autosuficiente individualmente y, en gran medida, no es autosuficiente fuera de la polis”¹⁵⁸. Sin la existencia de un determinado contexto social, advierte Taylor, “los hombres no pueden desarrollar completamente su autonomía moral, es decir, su capacidad para formar convicciones morales independientes”¹⁵⁹.

En consecuencia, para los comunitarios, la defensa prioritaria de los derechos obligatoriamente tendrá que ceder frente a la exigencia de un entorno social necesario para el desarrollo de las potencialidades específicamente humanas. Cuando se acepta la idea de que el hombre necesita de la sociedad para desarrollar sus capacidades específicamente humanas, se reconoce que existe la necesidad de asegurar las condiciones que hagan posible el desarrollo de dichas capacidades. Por su propia naturaleza, el hombre obligatoriamente forma parte de una sociedad y, en ese sentido, queda obligado a reconocer la relevancia que ella tiene en su vida. De ahí que ésta constituya una buena razón, en opinión de los comunitarios, para dejar de lado la defensa obstinada que hacen los liberales de la primacía de los derechos.

¹⁵⁶ Al respecto queremos precisar, como lo hace Bobbio, que “ninguna concepción individualista de la sociedad prescinde del hecho de que el hombre es un ser social ni considera al individuo aislado. El individualismo no debe ser confundido con el anarquismo filosófico”, en: Bobbio, Norberto (1989) *Liberalismo y democracia...*, ob. cit., p. 51.

¹⁵⁷ Taylor, Charles (1985) “El atomismo”. Traducción de Silvia Mendlewicz y Albert Calsamiglia. En: Betegón, Jerónimo y Juan Ramón de Páramo (coordinadores) (1990) *Derecho y ...*, ob. cit., p. 124.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 109.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 115.

Como concluye Taylor, “si defendemos el derecho a las propias convicciones morales, no podemos entonces sostener la primacía de los derechos, es decir, pretender que no estamos obligados *por naturaleza* a pertenecer a una sociedad o a sostenerla”¹⁶⁰.

3.2 La relevancia moral de la comunidad en la configuración de la identidad de los individuos

Como se sabe, en el modelo propugnado por el comunitarismo el individuo es definido por un marco teleológico determinado (comunidad), al que se le da prioridad frente a las voluntades individuales. “En sentido estricto, los individuos no optan por una u otra comunidad de valores, sino que ésta última les es prioritaria, pues ella predetermina en cierto modo la naturaleza de los fines en los que ellos se socializan y con los que se identifican. No hay modo pues de definir a los individuos sin incorporarlos a un contexto teleológico específico”¹⁶¹.

Es decir, en la definición de comunidad, la idea central radica en que la identidad de los individuos se interpreta desde una perspectiva colectiva ya que es ésta la que otorga sentido y significado a aquélla.

Tal como afirma Pérez de la Fuente, “lo característico de la perspectiva comunitarista de la comunidad es concebirla como constitutiva, definitoria o identificatoria de los individuos que la conforman. La identidad individual se define sobre la base de una referencia a la comunidad que provee de los horizontes de significación y comprensiones comunes en las que basar y juzgar la moralidad de los sujetos”¹⁶².

Por tanto, la identificación de los sujetos con la comunidad no será circunstancial, por el contrario, resulta fundamental a fin de poder establecer los ejes que les servirán de guía en las cuestiones morales más relevantes. El yo “situado” en una comunidad encuentra en ese “nosotros” los argumentos que le permitirán alcanzar una adecuada autodefinición para situarse en el mundo moral. Para los comunitarios, la relación que se produce entre individuo y comunidad no solo es fáctica, sino también y sobre todo esencialmente moral. En consecuencia, la comunidad es un prerrequisito para la moralidad.

Ahora bien, ¿por qué tendríamos que validar esa afirmación comunitaria de que los liberales no toman en cuenta a la comunidad al momento de definir la

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 115.

¹⁶¹ Giusti, Miguel (1996) “Paradojas recurrentes de la argumentación comunitarista”. En: *Archivos de la ...*, ob. cit., p. 74. Tal como sostiene Sandel, “para ellos, la comunidad describe no sólo lo que *tienen* como conciudadanos, sino también lo que *son*; no una relación que eligen (como en la asociación voluntaria) sino un lazo que descubren; no meramente un atributo sino un componente de su identidad”, en: Sandel, Michael (2000) *El liberalismo y ...*, ob. cit., p. 189.

¹⁶² Pérez de la Fuente, Óscar (2005) *La polémica liberal ...*, ob. cit., pp. 96, 97.

identidad de los sujetos? Creemos que existen al menos dos razones para considerar errada dicha afirmación. En primer lugar, la calidad moral de su comunidad no podría ser irrelevante ni para un liberal ni para nadie (vgr. una sociedad carente de valores como la tolerancia, la igualdad, la justicia no sería aceptada, mucho menos respetada, por un liberal ético). Y, en segundo lugar, para la moralidad liberal la noción de comunidad resulta relevante desde un plano ético y político porque, sea la manera que sea, será esa comunidad la que establezca las formas y criterios que regularán las conductas de los individuos.

Definitivamente la idea de comunidad sostenida por John Rawls (“unión social”) o Ronald Dworkin (“comunidad liberal”) no necesariamente coincide con las concepciones defendidas por Charles Taylor o Alasdair MacIntyre. Sin embargo, puede sostenerse que los liberales sí manejan una definición de comunidad, propia y particular por cierto, pero que también ostenta relevancia desde un punto de vista moral. Carlos Thiebaut advierte por ello que “la comunidad de los liberales es una comunidad diferente, al menos, en los siguientes rasgos:

- no es una comunidad homogénea en sus supuestos culturales y éticos, sino una comunidad plural en sus valores, en sus estructuras y sus funciones y que puede mantenerse como común unidad política precisamente articulando esas diferencias en su seno;
- no es tanto el punto de partida de las propuestas normativas de la teoría política o moral (aunque pueda serlo como problema) cuanto uno de sus puntos de llegada; es decir, la idea de comunidad podrá aparecer al final de una reconstrucción o de un proceso constructivo normativo que parte de la idea de los sujetos morales autónomos, libres e iguales;
- no es una comunidad definida básicamente por sus rasgos culturales, históricos o lingüísticos, sino, ante todo, por sus estructuras políticas, a partir de las cuales podrán considerarse la importancia y lo problemático de aquellos rasgos”¹⁶³.

4. Estado “neutral” v. Estado “comprometido”

Esta última dicotomía está relacionada al *papel que desempeña el Estado*.

En la línea liberal, el Estado asume una postura neutral respecto de las concepciones del bien de los individuos. En la perspectiva comunitaria, por el contrario, el Estado promueve una política del bien común basada en la concepción general que comparten todos los miembros que conforman la comunidad.

¹⁶³ Thiebaut, Carlos (1998) *Vindicación del ciudadano...*, ob. cit., p. 213.

4.1 ¿En qué se diferencia el Estado “neutral” liberal del Estado “comprometido” comunitario?

Cuando los comunitarios promueven al interior de una comunidad la adopción de políticas de reconocimiento para que éstas doten de un marco a las elecciones individuales, o cuando sostienen que no todos los planes de vida son igualmente valiosos, lo que están buscando es mostrar su abierto rechazo al ideal liberal sobre la neutralidad estatal.

Como se sabe, el liberalismo, en boca de Rawls, sostiene que el Estado debe ser *neutral* ante las distintas concepciones del bien que puedan convivir en una comunidad, y debe permitir, en consecuencia, que la vida pública se configure espontáneamente a partir de los libres acuerdos celebrados por los particulares¹⁶⁴. Sin embargo, para los comunitarios el Estado obligatoriamente debe asumir un rol activista, comprometido con ciertos planes de vida así como con una determinada organización de la vida pública.

Así, pues, dicho compromiso estatal puede suponer, por ejemplo, la protección de algunas prácticas o tradiciones particulares que definen a la comunidad; la promoción de un clima de apertura y recepción de múltiples opciones, mejorando, en consecuencia, el margen de elección de los individuos; el suministro de información de interés público, entre otras acciones.

Pero de igual forma, ese compromiso estatal también debería extenderse, según los comunitarios, a la esfera de la vida privada. Por ejemplo, para Michael Sandel, como nos refiere Gargarella, “si alguien quiere ser coherente con la defensa del ideal del «autogobierno compartido» (un ideal que, podría pensarse, no debería ser ajeno tampoco a la tradición liberal), luego, no puede tomar una postura indiferente ante aquella esfera de lo «personal» o lo «privado»”¹⁶⁵.

En efecto, si se reconoce la relevancia de la participación activa de los individuos en la vida política de su comunidad, será necesario que se dote de ciertas condiciones institucionales a esos individuos a fin de que puedan reforzar sus cualidades y desplieguen una actuación acertada en la vida política de la comunidad. En esa línea, por tanto, al Estado le debe importar si los individuos tienen compromisos políticos y, ello, por cuanto, una ciudadanía no comprometida políticamente dificulta el camino del autogobierno. De ahí que el

¹⁶⁴ El *consenso traslapado* que promueve Rawls en su *Liberalismo político* con la intención de salvaguardar la existencia de las diferentes ideas que una sociedad pueda albergar, se fundamenta en el valor de pluralismo. Como refiere Gargarella, con la intención de dotar de estabilidad a su teoría de justicia, “Rawls apela ahora a un «consenso superpuesto» (*overlapping consensus*) destinado a hacer posible que concepciones abarcativas razonables y opuestas confluyan en ciertos acuerdos básicos”. Para Rawls, “el consenso superpuesto hace referencia a un acuerdo entre personas razonables, que sólo aceptan doctrinas abarcativas razonables. En este sentido, el consenso superpuesto aparece como la única forma de permitir que, en un contexto «pluralista», cada individuo se llegue a adherir a la concepción pública de la justicia”, en: Gargarella, Roberto (1999) *Las teorías de la justicia* ..., ob. cit., p. 197.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 128.

Estado deba realizar acciones tendientes a que los individuos encuentren identidad con ciertas formas de vida comunes, toda vez que cuando no se produce esa identificación los individuos terminan por enfrentarse entre ellos, restándole, en consecuencia, legitimidad al Estado.

Sin embargo, el hecho de que los liberales no asuman estas preocupaciones se debe, según los comunitarios, a su negativa de reconocer que existen vínculos o lazos muy fuertes que unen entre sí a los individuos que conforman una comunidad; así como a su negativa de reconocer la existencia de vínculos que atan a los individuos con su comunidad.

El liberalismo, como se ha referido, parece concebir a los individuos como seres independientes, separados unos de otros, y de su comunidad. Siendo ese rasgo atomista el que los conlleva, generalmente, a establecer una división radical entre la esfera *pública* y la esfera *privada*, entre lo *político* y lo *personal*. Será, pues, esta concepción la que obliga a los individuos y a los agentes estatales a que en una discusión pública con repercusiones en la comunidad, dejen de lado sus concepciones individuales del bien¹⁶⁶.

Y “lo que explica esta actitud propia del liberalismo –como sostiene Gargarella– es que dicha postura no sólo reconoce, sino que además *valora y defiende* aquella independencia entre los individuos y los reclamos provenientes de su comunidad. Ello, como un modo de asegurar la posibilidad de que cada sujeto pueda escoger libremente sus propios fines, su propia concepción del bien. La defensa liberal de ciertos derechos inviolables puede entenderse de ese modo: como una forma de impedir que los reclamos comunitaristas (por más que se trate de reclamos sostenidos por la enorme mayoría de la comunidad) tengan éxito frente a ciertos intereses fundamentales que deben asegurarse incondicional y universalmente a todos los individuos. En este sentido, y para mencionar sólo un ejemplo, la comunidad deberá respetar el derecho inviolable de cada uno a expresar sus ideas libremente, por más que aquellas ideas contribuyan a socavar valores que el resto de la comunidad considera como prioritarios”¹⁶⁷.

5. ¿Tienen solidez las críticas comunitarias?

En su trabajo *Paradojas recurrentes de la argumentación comunitarista*, Miguel Giusti afirmará con razón que “la posición comunitarista –al margen de cuán válidas puedan ser algunas de sus críticas o de sus intuiciones morales– posee una debilidad conceptual inmanente y esencial, que consiste en no poder satisfacer adecuadamente la complejidad de los problemas que intenta resolver”¹⁶⁸. Para

¹⁶⁶ Nada más ausente de moral para los liberales que el Estado haga uso de su poder coercitivo en nombre o para imponer una determinada concepción del bien.

¹⁶⁷ Gargarella, Roberto (1999) *Las teorías de la justicia ...*, ob. cit., p. 129.

¹⁶⁸ Giusti, Miguel (1996) “Paradojas recurrentes de la argumentación comunitarista”. En: *Archivos de la ...*, ob. cit., p. 67.

explicar dicha afirmación recurre a tres tópicos del modelo de argumentación comunitarista: “1) el problema del punto de partida de la filosofía moral; 2) la definición de la “comunidad”; y 3) el concepto de “tradición”¹⁶⁹.

Siendo nuestro objetivo en el presente apartado absolver la interrogante sobre el carácter de solidez que puedan ostentar las críticas comunitarias, seguiremos esa interesante propuesta de trabajo planteada por Giusti a fin de absolver dicha pregunta. Ello por cuanto los tópicos que guían su análisis, aunque no sintetizan todos los temas relevantes de la concepción comunitaria, sí guardan relación con la esencia de dos postulados comunitarios de corte crítico al liberalismo que nosotros hemos expresado en las dicotomías *Yo “independiente” v. Yo “situado”* y *Agregado social v. Comunidad*. Veamos pues esas inconsistencias comunitarias.

i. El problema del punto de partida de la filosofía moral. Este tópico guarda una estrecha relación con la *noción de sujeto*.

Los comunitaristas establecen el punto de partida de su filosofía moral en *oposición* a la concepción liberal de la moral. Así pues, Michael Walzer¹⁷⁰ propone la noción de un sujeto que se queda en la caverna, en la ciudad, en el suelo; Charles Taylor¹⁷¹ busca romper con la idea de “individuo atomizado” y promueve las “ideas de bien”, y Michael Sandel¹⁷², por su parte, cuestiona esa concepción de ser “desarraigado” y presenta en contraposición a un “yo enraizado”. Es decir, los comunitarios ponen en tela de juicio la definición de individuo libre, racional, autónomo pero sobre todo desvinculado de un contexto particular, defendida por el liberalismo.

En ese sentido, cabe preguntarse entonces, ¿de dónde se debe partir?, ¿cuál debe ser la posición contraria?

La lógica nos dirá que el punto de partida “es el sujeto *situado*, lo que equivale a sostener: no del individuo, sino (...) una instancia comunitaria que hace las veces de marco valorativo para la socialización y la autocomprensión de los individuos”¹⁷³. Tal como acabamos de exponer, todos los autores aludidos, con sus distintas expresiones, coinciden en este punto (en el yo “situado”). Sin embargo, el consenso entre ellos no hace de sus posturas formulaciones más convincentes. Y, esto, por cuanto, en la pretensión de establecer el marco teleológico de la praxis de una colectividad como el nuevo punto de partida de la ética, los comunitarios se enfrentarán con el consecuente problema de cómo

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 67.

¹⁷⁰ Cfr. Walzer, Michael (1993) *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. Traducción de Heriberto Rubio. México D.F., Fondo de Cultura Económica S.A.

¹⁷¹ Cfr. Taylor, Charles (2006) *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*. Traducción de Ana Lizón. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, S.A.

¹⁷² Cfr. Sandel, Michael (2000) *El liberalismo y los límites de la justicia*. Traducción de María Luz Melon. Barcelona, Editorial Gedisa S.A.

¹⁷³ Giusti, Miguel (1996) “Paradojas recurrentes de la argumentación comunitarista”. En: *Archivos de la ...*, ob. cit., p. 71.

definir esa instancia comunitaria elemental, así como con la dificultad para establecer claros límites entre ella y las demás¹⁷⁴.

Resulta obvio, pues, que el enfrentamiento de estas dificultades influye en la estrategia de fundamentación del comunitarismo, particularmente en lo que al establecimiento de la definición de *comunidad* se refiere. Nos ocupamos de ello en el siguiente punto.

ii. La definición de “comunidad”. El presente tópico está referido a la *relevancia moral que ostenta la noción de comunidad*.

Como se refirió *supra*, en el modelo propugnado por el comunitarismo el individuo es definido por un marco teleológico determinado, al que se le da prioridad frente a las voluntades individuales. “En sentido estricto, los individuos no optan por una u otra comunidad de valores, sino que ésta última les es prioritaria, pues ella predetermina en cierto modo la naturaleza de los fines en los que ellos se socializan y con los que se identifican. No hay modo pues de definir a los individuos sin incorporarlos a un contexto teleológico específico”¹⁷⁵. Es decir, en la definición de comunidad, la idea central radica en que la identidad de los individuos se interpreta desde una perspectiva colectiva ya que es ésta la que otorga sentido y significado a aquella.

Ahora bien, es cierto que no todos los comunitarios emplean la noción de comunidad en el mismo sentido, no obstante, todos acuden al mismo esquema metodológico a fin de explicar la función identificatoria que la comunidad ejerce sobre el individuo. Es decir, todos inciden en la relevancia moral que adquiere la comunidad al momento de definir la identidad de los sujetos. Pero solo ello.

La propuesta comunitaria se plantea solo en términos alternativos a la idea de “agregado social” promovida por el liberalismo. No se preocupa por concretizar las consecuencias prácticas que se derivan de la noción de comunidad. Mucho menos aún se preocupa por adoptar el peculiar significado del concepto “community” de la tradición norteamericana que incluye la dimensión participatoria propia de la democracia. Si los comunitarios concibieran sus postulados atendiendo esto último, su desacuerdo con el liberalismo no tendría razón de llegar tan lejos.

Y es que como advierte Giusti, los elementos conceptuales empleados por el comunitarismo para definir la comunidad “no son suficientes para considerar que ésta deba entenderse necesariamente como una forma democrática de convivencia social. [Ello por cuanto,] si el paradigma metodológico consiste en establecer el primado de los contextos teleológicos, entonces es perfectamente

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 73.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 74. Tal como sostiene Sandel, “para ellos, la comunidad describe no sólo lo que *tienen* como ciudadanos, sino también lo que *son*; no una relación que eligen (como en la asociación voluntaria) sino un lazo que descubren; no meramente un atributo sino un componente de su identidad”, en: Sandel, Michael (2000) *El liberalismo y ...*, ob. cit., p. 189.

coherente considerarlo aplicable a muchas formas de interacción social que no se caracterizan por ser precisamente democráticas. (...) La especificación democrática, o mejor aún: la cualificación democrática de las formas de comunidad, solo puede obtenerse haciendo uso de un criterio de demarcación [que los comunitarios no utilizan]¹⁷⁶. Para que una comunidad sea reconocida como democrática, no bastará, pues, con apelar a ejercicios de inferencia deductiva, mucho menos a presuposiciones. No es válido aducir, como hacen los comunitarios, que de la propia tradición se desprende un criterio de demarcación de acuerdo al cual la comunidad ha de entenderse como democrática.

No obstante lo dicho, es decir, si pasamos por alto la manera cómo los comunitarios emplean su premisa metodológica para definir a la comunidad y su suposición de que dicha definición es una forma de realización del ideal democrático; no queda claro todavía ¿cómo tendría que entenderse una comunidad *democrática* que renuncia a la idea de la autonomía?

“Como los miembros de esta comunidad –refiere Giusti– no gozan en sentido estricto de libertad individual para diseñar sus propias vidas, habría que imaginarse entonces que la comunidad es como una república cerrada formada por ciudadanos virtuosos que actúan únicamente en función del bien común¹⁷⁷. Nosotros creemos que esta respuesta de los comunitarios encierra una incoherencia en sus premisas. Ello porque una colectividad habitada solo por seres virtuosos constituye un ideal alejado de la realidad, pero, sobre todo, un modelo tan abstracto como el pretendido modelo liberal de autonomía ante el cual el comunitarismo busca presentarse como alternativa.

En consecuencia, tal como se refirió en el apartado anterior, en la pretensión de establecer al marco teleológico de la praxis de una colectividad como nuevo punto de partida de la ética, los comunitarios se enfrentan con el problema de cómo definir la instancia comunitaria elemental, así como con la dificultad para establecer claros límites entre ella y las demás.

Lo expresado hasta aquí grafica, pues, la ausencia de solidez que revisten dos de los principales postulados comunitarios de corte crítico al liberalismo. No obstante ello, existe también un tópico no mencionado que guarda particular vinculación con la segunda dicotomía desarrollada en el presente capítulo, toda vez que pone en discusión las afirmaciones sostenidas por el enfoque comunitario sobre el valor de la autonomía. Por ello, a continuación haremos algunas precisiones en el tópico que denominaremos “autonomía y reconocimiento” y que está fundado en la vieja controversia entre los postulados kantianos y hegelianos.

iii. Autonomía y reconocimiento: ¿categorías irreconciliables? El fenómeno del multiculturalismo entendido como la demanda de reconocimiento

¹⁷⁶ Giusti, Miguel (1996) “Paradojas recurrentes de la argumentación comunitarista”. En: *Archivos de la ...*, ob. cit., p. 75.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 75.

de los grupos minoritarios o diferentes será el fundamento de la obra de Charles Taylor conocida como *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*¹⁷⁸. En ella, Taylor, inspirado aparentemente en Hegel como su principal referente, intentará plantear una contraposición de alcances genéricos entre la *política del universalismo*, que se funda en la concepción igualitaria sobre la dignidad del ser humano y en la idea de autonomía; y, la *política de la diferencia*, que tiene como referente el ideal de autenticidad que se traduce en la noción de reconocimiento, con la intención de promover a esa política de la diferencia como la herramienta necesaria para corregir las divergencias propias de una sociedad liberal individualista y homogeneizadora. Es decir, la propuesta de Taylor radicará en utilizar al *reconocimiento* como el elemento integrador en una comunidad liberal, dejando con ello, obviamente de lado, a la idea de autonomía.

Si bien es cierto, Taylor es un buen conocedor de la obra de Hegel y precisa que el tema del reconocimiento adopta especial relevancia, particularmente, desde la *Fenomenología del espíritu* del filósofo alemán; parece ser, como sostiene Giusti, que no le interesa mucho la interpretación hegeliana del concepto y que sus fuentes principales son más bien Rousseau y Herder¹⁷⁹. Ello porque desde una perspectiva comunitaria busca tratar al *reconocimiento* y a la *autonomía* como dos paradigmas irreconciliables que deben separarse, a pesar que “en la conceptualización hegeliana del problema no es preciso, y ni siquiera posible, renunciar a la noción de la autonomía del sujeto”¹⁸⁰. Por tanto, si en el pensamiento de Hegel la noción de reconocimiento no se contradice, sino que se complementa, con la idea de autoconciencia¹⁸¹, no cabe duda entonces que Taylor o se dejó influenciar defectuosamente de Hegel o simplemente no consideró de manera seria su pensamiento.

A fin de exponer entonces cómo la crítica proveniente del comunitarismo en contra del valor liberal de la autonomía carece de solidez, vamos a tomar como referencia una de las tesis planteadas por el profesor Giusti en su trabajo *Autonomía y reconocimiento. Entre Kant y Hegel* dada su configuración coherente, lógica y simplemente razonable.

En ese orden, sostiene Giusti que “en esencia, la concepción hegeliana del reconocimiento es un intento de ofrecer una *mediación ética* –*sittliche Vermittlung*– de la noción kantiana de autonomía. Es mediación, no anulación. Y es además el único modo de hacer posible, y de hacer cabal, la conciencia de la propia

¹⁷⁸ Taylor, Charles (2009) *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Introducción de Amy Gutmann; comentarios de Susan Wolf, Steven C. Rockefeller y Michael Walzer; ensayos de K. Anthony Appiah y Jürgen Habermas; y, traducción de Mónica Utrilla de Neira, Liliana Andrade Llanas y Gerard Vilar Roca. 2da. Ed. México D.F., Fondo de Cultura Económica, p. 53 y ss.

¹⁷⁹ Según el análisis de Giusti “en ellos, específicamente en la idea rousseauiana de una voz interior de la naturaleza que anida en cada individuo, y en la concepción expresivista herderiana de la originalidad del sujeto, cree encontrar Taylor una clara tendencia moderna de subjetivización, que él caracteriza globalmente como «el ideal de la autenticidad»”, en: Giusti, Miguel (2011) *El soñado bien, el mal...*, ob. cit., p. 184.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 185.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 193.

identidad. Por la mediación, el sujeto *puede* afirmarse en su diferencia y *debe* reconocer la diferencia del otro”¹⁸².

En la *Filosofía del Derecho* de Hegel, nos explica Giusti, la autonomía está representada por el momento de la *universalidad*, o con mayor precisión, por la relación establecida entre la *universalidad* y la *particularidad*¹⁸³. Ello por cuanto si se piensa en abstracto en el valor de la autonomía, nos colocamos frente a un concepto indeterminado, amplio, vaciado de contenido que requiere de concretización para adoptar significación. Y tal proceso de concretización se materializa cuando la autonomía se particulariza y se auto reconoce en la consecuencia de su particularización, es decir, se redescubre en el esquema moral que permanentemente termina actualizado por la propia autonomía de la voluntad.

Ahora bien, con lo acabado de describir no se quiere sostener, como dice Giusti, “que Hegel no haya criticado la concepción kantiana de la moral, incluyendo la noción misma de autonomía; muy por el contrario, sabemos que llega al extremo de desacreditarla en bloque como inadecuada para expresar ‘el punto de vista de la eticidad’. Pero ello no lleva a Hegel a abandonar el concepto o la perspectiva de la autonomía kantiana, sino a reinterpretarla a la luz de la lógica de la acción. Es posible, (...), [por tanto], sugerir la hipótesis de que Hegel reformula el concepto moderno de voluntad en clave teleológica, es decir, con el dinamismo de un proceso práctico que pone en obra un *telos* social en el que el sujeto pueda reconocerse”¹⁸⁴.

Así se tendrá, pues, que la reinterpretación de la autonomía hecha por Hegel estará guiada por las *determinaciones de la voluntad*, las mismas que son expresión de libertad y de autonomía, y que a su vez, en la medida que se van manifestando, van determinando la identidad que define a un individuo, así como también a su libertad.

Expuesta entonces la idea de autonomía que sugiere Hegel, cabe manifestar reservas frente al uso que Taylor le otorga al concepto de reconocimiento. Así, pues, cuando el profesor canadiense plantea, equivocadamente, una contraposición de alcances genéricos entre la *política del universalismo* y la *política de la diferencia*, es decir, entre la autonomía y el reconocimiento, deja de lado el esfuerzo hegeliano por ofrecer una *mediación ética* de la noción kantiana de autonomía, es decir, desconoce el rol fundamental que ejerce dicha autonomía en

¹⁸² *Ibidem*, pp. 193, 194. En relación a esta tesis, aclara el propio Giusti, que “no es ciertamente muy original. En un sentido general, es sostenida por muchos; en un sentido restringido, es la tesis de Andreas Wildt en su conocido libro sobre el tema, que lleva, dicho sea de paso, como se ha indicado, el mismo título que nuestra reflexión: ‘Autonomía y reconocimiento’. Pero Wildt se interesa principalmente por la dimensión subjetiva emocional que el individuo necesitaría poseer o haber cultivado para hallarse en condiciones de experimentar su autonomía. Lo que yo quisiera destacar, en cambio, –precisa Giusti–, es el modo en que Hegel retoma la noción de autonomía en su concepción de la voluntad libre, pues es por esa vía que aparece más claramente el nexo con Kant y el sentido de la mediación”, *ibidem*, p. 194.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 194.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pp. 194, 195.

la configuración de la identidad del individuo, así como también desconoce el rol que juega en la configuración del tan ansiado reconocimiento de las identidades. *Autonomía y reconocimiento*, por tanto, no pueden ser categorías contrapuestas, mucho menos excluyentes. Cada una, en sus justos medios, se retroalimentan. De ahí que podamos afirmar con razón que la objeción comunitaria vertida contra el valor de la autonomía tampoco tenga solidez crítica.

Conclusiones:

Desde un plano *ontológico* los comunitarios objetan al liberalismo la promoción de un yo “independiente” que al integrar un mundo formal se convierte en un yo “inmaterial”, “ahistórico” y “descontextualizado”, propiciando con ello una caracterización “atomista” de los individuos, es decir, una configuración como seres autosuficientes e independientes del contexto social. Y con el mismo énfasis, los comunitarios cuestionan también, la determinación que ostenta el valor de “autonomía” en el comportamiento moral de los sujetos. En ese sentido, advierten que el camino de la autorrealización encuentra verdadero fundamento en la idea de “autenticidad” vinculada a la noción de “reconocimiento”.

En tanto que desde un plano *ético-político* los comunitarios, a diferencia de los liberales, destacan la relevancia moral que tiene la comunidad en la configuración de la identidad de los individuos. Y, en esa línea, expresan el rol que el Estado debe asumir: activista, comprometido con ciertos planes de vida así como con una determinada organización de la vida pública.

En síntesis, las críticas al liberalismo, desde una perspectiva comunitaria, se pueden graficar en dos puntos neurálgicos: la presencia de un individualismo excesivo y la necesidad de incorporar en una sociedad actual la noción de lo colectivo.

Expuestos, pues, los fundamentos del liberalismo y las divergencias más resaltantes suscitadas entre estos y las premisas defendidas por el comunitarismo, en los dos capítulos que siguen pasaremos a esbozar una interpretación multicultural liberada del artículo 149° de la Constitución y, en esa línea, a demostrar por qué dicha interpretación podría ser la más idónea.

Capítulo III:

El Liberalismo como fundamento filosófico político material de la Constitución de 1993 y el concepto de derechos fundamentales que ella adopta

1.- ¿Cuál es el fundamento filosófico-político material de la Constitución de 1993? 1.1 El fundamento filosófico-político material de la Constitución de 1993: Un liberalismo “incluyente”. 1.2 La teoría de justicia acogida por la Constitución peruana. **2.- ¿Cuál es el concepto de derechos fundamentales que recoge la Constitución de 1993?** 2.1 Sobre el fundamento de los derechos. 2.2 Sobre el concepto de los derechos. 2.3 Sobre la conexión fundamento-concepto para dotar de contenido a los “derechos fundamentales”. 2.4 El concepto de derechos fundamentales que recoge la Constitución de 1993.

En el Perú, el derecho a la “identidad étnica y cultural”¹⁸⁵ ha sido recogido primigeniamente en la Constitución de 1993 (artículo 2º, inciso 19). Este hecho

¹⁸⁵ A juicio del Tribunal Constitucional el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0006-2008-PI, caso Presidente de la República, F.J. 19). Y, en ese sentido, ha señalado que el derecho a la identidad étnica “consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el *derecho de la etnia a existir*, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3343-2007-PA, caso Jaime Hans Bustamante Johnson, F.J. 29. Asimismo, el Tribunal en la sentencia que acabamos de referir, ha tomado en cuenta la Resolución

constitucional supone el reconocimiento de nuestro país como una sociedad pluriétnica y pluricultural¹⁸⁶; lo que se traduce en la obligación estatal de respetar, reafirmar, promover y defender el pluralismo cultural¹⁸⁷.

A su vez, dicha voluntad constitucional está reforzada por el artículo 89° cuando en su parte *in fine* establece que “el Estado respeta la identidad cultural de la Comunidades Campesinas y Nativas”. Es decir, existe una clara voluntad estatal de institucionalizar el derecho a la diversidad en nuestro país, tanto en su plano individual como en el social.

No obstante, el bloque normativo a nivel constitucional se completa con el artículo 17° cuando señala que el Estado “... fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona”; y con lo establecido por el artículo 48°, que a la letra dice “son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes según la ley”.

Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH que define el derecho a la identidad étnica como “el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa”; y que a su vez comprende: “a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. e. El derecho a no ser discriminados por razones de índole étnico-cultural. f. El derecho a expresarse en su propia lengua. g. El respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico. h. El respeto a sus estilos de vida. i. El respeto a sus costumbres y tradiciones, y cosmovisión. El derecho al reconocimiento, revaloración y respeto de sus conocimientos tradicionales y prácticas ancestrales. j. El respeto a sus bienes, trabajo y ambiente en que viven. k. El derecho a que se reconozcan y valoren las actividades económicas que son relevantes para el mantenimiento de su cultura. l. El respeto a las tierras que comparten en comunidad. m. El respeto a sus formas tradicionales de resolución de conflictos, siempre que no vulneren los derechos humanos enunciados por los instrumentos jurídicos internacionales. n. El derecho a que se respete su condición de aislamiento voluntario, en los casos en que así proceda”.

¹⁸⁶ En la misma línea de razonamiento afirma el Tribunal Constitucional que “cuando nuestra Ley Fundamental consagra, en primer lugar, el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, y, en segundo lugar, cuando impone al Estado la obligación de reconocer y proteger dicha identidad y pluralismo, está reconociendo que el Estado peruano se caracteriza, precisamente, tanto por su pluralidad étnica, así como por su diversidad cultural”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0042-2004-AI, caso Luis Alejandro Lobatón Donayre en representación de más de cinco mil ciudadanos, F.J. 1.

¹⁸⁷ De igual forma el Tribunal refiere que el reconocimiento del derecho a la identidad étnica y cultural “supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0022-2009-PI, caso Gonzalo Tuanama Tuanama en representación de más de cinco mil ciudadanos, F.J. 5. Por su parte, Gorki Gonzales refiere que “el efecto del reconocimiento jurídico de la pluralidad cultural y étnica supone el reconocimiento de lo diverso; es decir, trae consigo en forma implícita el efecto emancipante de la liberación de las racionalidades locales. No se trata de garantizar simplemente el reconocimiento de los valores propios y el derecho a la autenticidad. El efecto va más allá, porque implica el auto-reconocimiento como individuo o grupo en la pluralidad, de modo tal que con la liberación de las racionalidades, las diversidades toman la palabra y se hacen reconocer. En otras palabras, el ejercer un sistema de valores aceptando la pluralidad cultural como realidad, -tal como se reconoce el derecho a la identidad en el Convenio 169 de la OIT y de alguna manera también resulta de la nueva Constitución-, tendrá como efecto jurídico y proyección necesaria el surgimiento de una conciencia de la historicidad, contingencia, y limitación de los demás sistemas comenzando por el propio”, Gonzales Mantilla, Gorki (1996) “Identidad cultural y paradigma constitucional”. En: *Derecho y Sociedad*, Lima, Año VII, enero – junio 1996, N° 11, p. 250.

Cabe señalar, entonces, que la Constitución de 1993, al ser consciente de que el Perú, como lo describe Matos Mar, es una sociedad todavía débilmente organizada, heterogénea, precaria, donde confluyen desde pobladores indígenas serranos y selváticos, afrodescendientes y otras minorías, hasta sectores medios venidos a menos o en trance de emergencia, profesores, universitarios, empleados públicos, intelectuales, artistas, religiosos y numerosas agrupaciones, asociaciones gremiales y de trabajadores, confederaciones, sindicatos y otros de todos los rincones del país, todos reclamando ciudadanía plena, participación, institucionalidad, integración, justicia, desarrollo e identidad¹⁸⁸; decidió abrir con sus distintas normas un camino jurídico que reconoce al pluralismo fundado en valores de tolerancia, igualdad y diferencia, como el vehículo a través del cual se debe movilizar a toda la sociedad peruana en su conjunto¹⁸⁹.

Es en esta lógica, entonces, que se ha reconocido también la diversidad cultural en el ámbito jurisdiccional. El artículo 149° de nuestra Constitución confiere a las comunidades campesinas y nativas el ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo al derecho consuetudinario, pero sin que dicho ejercicio suponga una violación de los derechos fundamentales de las personas.

Ahora bien, esta permisividad de la aplicación del derecho consuetudinario limitada por los derechos fundamentales refleja algunos problemas con los que debe enfrentarse el significado del artículo 149°¹⁹⁰. A nuestro juicio, básicamente, son dos los problemas a dilucidar: Uno primero, de naturaleza *semántica*, toda vez que no existe correspondencia entre la justicia comunal y los derechos fundamentales, es decir, hay una contradicción entre el significado de ambos conceptos al momento de su aplicación. Y un segundo problema, de orden *material*, en la medida que el texto del artículo 149° puede expresar una doble fundamentación filosófico-política. Tal como está redactado puede presumirse que en su fundamentación hay rasgos comunitaristas, pero también de impronta liberal.

¹⁸⁸ Cfr. Matos Mar, José (2004) *Desborde popular y crisis del Estado. Veinte años después*. 1ra. Reimp. de la 1ra. Ed. Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, pp. 128, 129.

¹⁸⁹ Para el Tribunal Constitucional “del artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Esto es, reconocer a la unidad dentro de la diversidad y a la igualdad como un derecho a la diferencia”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3343-2007-PA, caso Jaime Hans Bustamante Johnson, F.J. 27.

¹⁹⁰ En opinión de Antonio Peña, del artículo 149° de la Constitución “brotan varios puntos a analizar. Uno de ellos es el referido al concepto de Comunidad Campesina y Comunidad Nativa. ¿Qué son y por quiénes se integran estas organizaciones comunitarias? Otro es el referido al ámbito de las Rondas Campesinas. Un tercero es definir ‘función jurisdiccional’. Un cuarto punto está relacionado con la definición del ámbito territorial de este ‘tipo de justicia’. Un quinto es definir lo que entendemos por ‘derecho consuetudinario’. Un sexto está referido a entender las posibilidades de coordinación con los órganos del Poder Judicial. Un punto séptimo se orientaría a definir la expresión ‘siempre que no se violen Derechos Fundamentales’, en: Peña Jumpa, Antonio (2009) “Derechos fundamentales y justicia comunal. La aplicación del artículo 149 y el artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú”. En: *Ius La Revista*, Lima, diciembre 2009, N° 39, p. 278.

No obstante, el artículo 149° también enfrenta un problema de *praxis legislativa* que se origina en su parte *in fine* cuando ordena la aprobación de una ley de desarrollo constitucional a fin de regular las formas de coordinación entre la jurisdicción comunal y la jurisdicción ordinaria. Han pasado casi veinte años desde la promulgación de nuestra Constitución y todavía no existe dicha ley. Esta omisión legislativa se traduce, por tanto, en una tarea pendiente, pero sobre todo, en una tarea urgente por completar¹⁹¹. Sin embargo, este problema de *praxis legislativa* exige un análisis casuístico de enfoque interdisciplinario que escapa a los propósitos de esta tesis y que por su relevancia constitucional merece ser tratado de manera detenida e independiente.

Como se ha advertido desde el inicio del trabajo, el objeto principal que perseguimos está orientado a sentar las bases teóricas que sirvan para arribar a la mejor interpretación constitucional del artículo 149°. Para ello será necesario, en primer lugar, despejar las controversias que rodean dicho precepto. Así, pues, en el presente capítulo nos dedicaremos a desentrañar cuál es la fundamentación filosófico-política material que subyace a la Constitución de 1993, así como el concepto de derechos fundamentales que ella adopta, es decir, nos dedicaremos a resolver básicamente las controversias de naturaleza *material* y *semántica* que rodean al artículo 149°.

1. ¿Cuál es el fundamento filosófico-político material de la Constitución de 1993?

La historia constitucional del Perú nos demuestra, como dice Manuel Vicente Villarán, que hemos vivido “haciendo y deshaciendo constituciones” y este fenómeno, en buena parte, puede atribuirse a nuestra poca experiencia con la forma republicana de gobierno, a nuestra débil cultura democrática o a nuestra manía incontrolable por expedir leyes. No obstante, este fenómeno ha permitido incorporar a lo largo del tiempo diferentes instituciones para el mejor desenvolvimiento del Estado (vgr. Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo, entre otras), pero también, no podemos dejar de mencionarlo, en algunas ocasiones ha servido para legitimar conductas antidemocráticas (caso de la propia Constitución de 1993)¹⁹².

¹⁹¹ Refiriéndose a las omisiones legislativas ha dicho el Tribunal Constitucional que “el carácter normativo que la Constitución ostenta no sólo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas (que no se atente contra lo *constitucionalmente prohibido*), sino que aquellas *obligaciones* que ella señala, entre las que puede encontrarse la de desarrollar normativamente determinado precepto constitucional, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado (que se cumpla con lo *constitucionalmente ordenado*), (...) [ya que sólo de esta manera puede garantizarse la plena y completa realización del proyecto constitucional que una comunidad política ha abrigado a través de su Norma Fundamental”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 5427-2009-PC, caso Asociación Interétnica de Desarrollo de la selva (AIDSESP), F.J. 12.

¹⁹² Tal como lo ha descrito el Tribunal Constitucional “a lo largo de toda nuestra historia republicana se han sucedido diversas constituciones. Como expresara Manuel Vicente Villarán [“La Constitución de 1828”, en *Páginas Escogidas*, P.L. Villanueva, Liman 1962, Pág. 45], hemos vivido ‘haciendo y deshaciendo

Lo cierto es que las doce constituciones que hemos tenido (incluyendo a la vigente) permiten a los estudiosos del Derecho analizar la evolución de instituciones propias del constitucionalismo, pero sobre todo analizar cuál ha sido el fundamento filosófico-político que ha inspirado a nuestros textos constitucionales.

En la introducción del presente capítulo acabamos de advertir que uno de los problemas que afronta el significado del artículo 149° de la Constitución es de naturaleza *material*, toda vez que su contenido puede ser expresión de una fundamentación comunitarista (*“las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario...”*), pero también de una influencia liberal (*“... siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona”*).

Sin embargo, tal como se ha afirmado en el capítulo I, no existe duda de que la Constitución de 1993 refleja una fuerte influencia liberal en el catálogo axiológico que presenta, así como en las distintas normas que forman parte de su contenido. El propio Tribunal Constitucional así lo ha expresado cuando ha tenido ocasión de precisar que “el fundamento material del constitucionalismo moderno, presidido por los derechos fundamentales de la persona, y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la Constitución de 1993, hunde sus raíces en la ideología que, con sus respectivos matices, identificó a las revoluciones liberales norteamericana y francesa de fines del siglo XVIII”¹⁹³.

Expuestas así las cosas vamos a dedicarnos en las siguientes líneas a demostrar que el fundamento filosófico-político material de la Constitución de 1993 es liberal y, con ello, descartaremos esa aparente fundamentación comunitarista que podría expresar el artículo 149°. Veamos, pues, como encuentran sustento estas afirmaciones.

constituciones⁷. En efecto, en 181 años, la República se ha regido formalmente por 12 constituciones, una por cada 15 años, en promedio. Detrás de esa práctica, subyace implícita una idea errada: que la Constitución, antes de ser una norma que contiene los principios y valores cívicos, políticos y éticos más importantes de nuestra sociedad, cuyo cumplimiento se aspira a alcanzar, es en realidad un plan de gobierno. Los estragos de ese modo de ver las cosas, no son menos dramáticos, pues una vez finalizado el régimen en cuyo interregno se dio la nueva Constitución, ésta sucumbía con aquél. Y cuando ello no ha sido así, el acto de darnos una nueva Constitución ha sido consecuencia de su falta de legitimidad, pues a su amparo se pretendieron legitimar golpistas y gobernantes de facto, que no dudaron en supeditar la Norma Fundamental a los espurios decretos leyes que en ese contexto se expedían y que sostenían con la fuerza de las armas [Domingo García Belaunde, "Bases para la historia constitucional del Perú", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 98, México 2000, Pág. 547 y ss. Idem, *Las constituciones del Perú*, Ministerio de Justicia, Lima 1993, Pág. 9]. La situación precedente a la dación de la Constitución de 1993 no dejó de observar cierta similitud con el pasado. Así, la Constitución de 1993 se dictó con el objeto de legitimar un golpe de Estado y ‘revestir’ de legalidad al gobernante de facto, a través de un referéndum de muy dudosa legitimidad. Ella se expidió no tanto por deseos del dictador, sino como consecuencia de la presión de la opinión pública y de los organismos internacionales”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00014-2002-AI, caso Colegio de Abogados del Cusco, FF.JJ. 38 - 40.

¹⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0032-2010-PI, caso más de cinco mil ciudadanos, F.J. 16.

1.1 El fundamento filosófico-político material de la Constitución de 1993: Un liberalismo “incluyente”

Para Gregorio Peces-Barba “resulta muy difícil sostener que el moderno constitucionalismo, (...), sea un producto del pensamiento liberal. Al menos tres grandes conquistas del constitucionalismo se producirán a pesar del pensamiento liberal (...). Me refiero al derecho de asociación, al sufragio universal y a los derechos económicos, sociales y culturales. Hoy también cabría añadir a esta lista la lucha por los derechos de solidaridad, los nuevos derechos fundamentales, al medio ambiente (a la no contaminación, al aire limpio, al agua limpia), los derechos de los consumidores, etc., que no se impulsan por la lucha de los liberales, sino en muchos casos con su oposición. No parece, pues, posible con esos datos atribuir al concepto del Derecho que se desprende genéricamente de las Constituciones del siglo XX como normas supremas del ordenamiento jurídico, una calificación liberal excluyente, como tampoco hay elementos serios que permitan sostener que existe una teoría alternativa del Derecho y el Estado desde el socialismo, o más concretamente desde el marxismo”¹⁹⁴.

Creemos que la apreciación sostenida por el profesor español encuentra razón en parte. Sí existen, a nuestro juicio, buenas razones para afirmar que la principal influencia filosófico-política subyacente a muchas constituciones latinoamericanas del siglo XX, y, en particular, a la Constitución peruana de 1993, no es la de un liberalismo clásico como él advierte correctamente, pero sí la de un liberalismo de sesgo “incluyente”.

Como se sabe, el empleo de mecanismos jurisdiccionales para limitar el poder y la garantía proferida a la libertad son dos rasgos esenciales del liberalismo clásico. Tal como afirma Bobbio, “la doctrina del estado liberal es la doctrina de los límites jurídicos del poder estatal”¹⁹⁵. No obstante, desde un plano ético-político, el liberalismo clásico también defiende el libre desarrollo de la personalidad (*autonomía de la voluntad*), la *libertad* del individuo de las injerencias arbitrarias del Estado que buscan impedir estos cometidos y su *dignidad* como presupuesto ontológico.

Sin embargo, esta definición clásica ha sido transformada a través del tiempo. No se puede discutir que el propio liberalismo ha sabido superar sus incoherencias o inconsistencias cuando impulsado por lograr un escenario de mayor e igual participación para todos los individuos, ha empezado a respaldar las acciones positivas promovidas por el Estado. Derechos sociales como educación, salud, trabajo, seguridad social, entre otros, que inicialmente fueron promovidos por el socialismo democrático, también son acogidos por la posición progresista del liberalismo que busca ampliar la igual libertad. Y no solo este panorama descrito nos puede referir el significado moderno del liberalismo. La diversidad cultural también forma parte de dicha versión actual. Al igual que en

¹⁹⁴ Peces-Barba Martínez, Gregorio (2006) *La Constitución y los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 39, pp. 29, 30.

¹⁹⁵ Bobbio, Norberto (1989) *Liberalismo y democracia...*, ob. cit., p. 16.

las otras dos oportunidades (conquista de derechos civiles y políticos, y reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales), el liberalismo actual pretende dotar de respuestas a las preguntas formuladas hoy por el fenómeno multicultural.

Por tanto, hoy en día cuando nos referimos al liberalismo no aludimos a su definición clásica sino más bien nos referimos a su versión “incluyente”, tal como la hemos descrito *supra* y que el mismo liberalismo defiende y promueve.

En esta perspectiva, entonces, *¿se puede afirmar que el fundamento filosófico-político subyacente a la Constitución de 1993 es liberal?*

Si dejamos de lado la definición clásica del liberalismo y optamos por esa concepción moderna e *incluyente* que tiene la capacidad para convivir con el componente social y el principio de solidaridad, y que promueve la creación de escenarios de participación en condiciones de igualdad y libertad reales para todos los miembros del Estado, tomando en consideración todos los elementos que conforman a la Constitución peruana, sí podremos responder afirmativamente a la pregunta formulada.

Así pues, los elementos (o normas constitucionales) que nos permiten sostener que el principal fundamento filosófico-político que subyace a la Constitución de 1993 es el de un liberalismo “incluyente” serán los siguientes:

- *El valor de autonomía de la voluntad como concretización de la libertad:* La autonomía de la voluntad ha sido recogida en el artículo 2° inciso 1 como el derecho que toda persona tiene “a su libre desarrollo y bienestar”.
- *La defensa de la libertad del individuo de las injerencias arbitrarias del Estado:* En el artículo 2° inciso 24 parágrafo a. nuestra Constitución ha establecido la *cláusula de libertad*, según la cual “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Y asimismo, en el Título V denominado “De las Garantías Constitucionales”, ha regulado un conjunto de mecanismos procesales o garantías para la defensa de las libertades y derechos de las personas de las injerencias arbitrarias del Estado.
- *La dignidad como presupuesto ontológico:* El fundamento material de la Constitución encuentra asiento en su artículo 1° cuando establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.
- *El reconocimiento y promoción de la participación ciudadana en los asuntos de interés público:* Se encuentra concretizado, principalmente, en los artículos 2° inciso 17 (derechos de participación política), 31° (mecanismos de democracia directa), 32° (referéndum), 35° (funcionamiento de organizaciones políticas), 107° (derecho de iniciativa en la formulación de las leyes de los ciudadanos), 139° inciso 17 (elección y revocación popular de magistrados), 139° inciso

20 (derecho a formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales), 148° (acción contenciosa contra los actos administrativos), 191° (autonomía de los gobiernos regionales) y 194° de la Constitución (autonomía de los gobiernos locales).

- *El principio de separación de poderes como símbolo de control y limitación jurídica al poder estatal:* El texto constitucional es claro y tajante cuando señala en el artículo 43° *in fine* que el gobierno del Estado peruano “se organiza según el principio de la separación de poderes”.
- *La función promocional del Estado:* Lo que implica el despliegue de acciones positivas estatales. Así, podemos encontrar esa función promocional, principalmente, en los artículos 2° inciso 8 (propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión), 2° inciso 17 (impulsa la participación ciudadana en los asuntos públicos del país), 2° inciso 19 (reconoce y promueve la pluralidad étnica y cultural de la nación, así como el uso del propio idioma), 9° (promueve el acceso equitativo a los servicios de salud), 10° (reconoce y promueve el derecho universal y progresivo a la seguridad social), 14° (promueve el desarrollo científico y tecnológico del país), 16° (impulsa una política estatal de atención prioritaria a la educación), 17° (promueve la integración nacional y, en esa línea, fomenta la educación bilingüe e intercultural), 23° (promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo), 44° (promueve el bienestar general), 58° (promueve un rol estatal orientador del desarrollo del país), 59° (brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad) y 68° de la Constitución (promueve la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas).
- *La adscripción a un régimen económico de naturaleza social:* Como ha referido el Tribunal Constitucional, “el Estado peruano definido por la Constitución de 1993 (...) se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado”¹⁹⁶. Y a partir de ahí ha remarcado que dicha economía social de mercado “debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia”¹⁹⁷. Señalando, en esa línea, que se encuentra “caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

¹⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI, caso Roberto Nesta Brero en representación de más de cinco mil ciudadanos, F.J. 10.

¹⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI, caso Roberto Nesta Brero en representación de más de cinco mil ciudadanos, F.J. 13.

- a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
- b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.
- c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales”¹⁹⁸.

1.2 La teoría de justicia acogida por la Constitución peruana

Basta con hacer una lectura sistemática de los artículos 1°¹⁹⁹, 43°²⁰⁰ y 44°²⁰¹ de nuestra Constitución para llegar a la conclusión de que el Estado peruano presenta las características básicas de un Estado social y democrático de Derecho. De ahí que se pueda afirmar con razón que dicho Estado está fundado en principios de dignidad, libertad, igualdad, seguridad, propiedad privada, separación de poderes y reconocimiento de derechos fundamentales; y que tiene la obligación de promover el bienestar general para todos los ciudadanos.

Pero ahora bien, si estos principios constituyen el principal fundamento axiológico del Estado constitucional peruano, *¿cuál será entonces la teoría de justicia acogida por la Constitución de 1993?*

A lo largo de la historia el concepto de justicia ha atravesado muchos caminos a fin de alcanzar una definición acabada²⁰². Primero, encontré

¹⁹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI, caso Roberto Nesta Brero en representación de más de cinco mil ciudadanos, F.J. 13.

¹⁹⁹ Artículo 1°.- “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

²⁰⁰ Artículo 43°.- “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

²⁰¹ Artículo 44° (primer párrafo).- “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

²⁰² Dice Kelsen, refiriéndose a *¿qué es la justicia?*, que “ninguna otra pregunta ha sido planteada más apasionadamente que ésta, por ninguna otra se ha derramado tanta sangre preciosa ni tantas lágrimas amargas como por ésta, sobre ninguna otra pregunta han meditado más profundamente los espíritus más ilustres – desde Platón a Kant. Y sin embargo, ahora como entonces, carece de respuesta. Quizá sea porque es una de esas preguntas para las cuales vale el resignado saber que no se puede encontrar jamás una respuesta definitiva sino tan sólo procurar preguntar mejor”, en: Kelsen, Hans (2009) *¿Qué es la justicia?* Traducción de Ernesto Garzón Valdés. 22da. Reimp. México D.F., Distribuciones Fontamara S.A., p. 8. En la misma línea, expresa Nino que “pocas ideas despiertan tantas pasiones, consumen tantas energías, provocan tantas controversias, y tienen tanto impacto en todo lo que los seres humanos valoran como la idea de justicia. Sócrates a través de Platón sostenía que la justicia es una cosa más preciosa que el oro y Aristóteles, citando a Eurípides, afirmaba que ni la estrella vespertina ni la matutina son tan maravillosas como la justicia. ¿Qué es la justicia? ¿Una

fundamento en el origen divino del Derecho natural, y luego, tras el desarrollo filosófico del concepto razón práctica, esa idea de justicia trasladó su sustento a la naturaleza humana (iusnaturalismo racionalista)²⁰³. Aparecieron también distintas concepciones de justicia expresadas en fórmulas tales como “dar a cada uno lo suyo”²⁰⁴, “bien por bien, mal por mal”²⁰⁵, “no hagas a los demás lo que tú no quieras que a ti te hagan”²⁰⁶, o el imperativo categórico kantiano una de cuyas manifestaciones ordena que debe obrarse “sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal”²⁰⁷. Pero con ello no se logró el objetivo. Ningún intento solucionó el problema de alcanzar la objetividad necesaria que determine el contenido de justicia.

De ahí que Hans Kelsen sea incisivo en su crítica y afirme que “ninguna de las numerosas teorías sobre el derecho natural ha logrado definir con éxito el contenido de ese orden justo en una forma que siquiera se aproxime a la exactitud y objetividad con la cual la ciencia natural puede determinar el contenido de las leyes, o la jurídica el contenido de un ordenamiento positivo. Lo que ha sido presentado como derecho natural o, lo que equivale a lo mismo, como justicia, consiste en su mayor parte en fórmulas vacías, como *suum cuique*, ‘a cada quien lo suyo’, o tautologías desprovistas de significado, como el imperativo categórico, esto es, la doctrina kantiana de que uno debe hallarse determinado solamente por principios que pueda querer que sean obligatorios para todos los hombres. Pero la fórmula ‘a cada quien lo suyo’, no contesta la pregunta sobre qué es lo suyo de cada quien, y el imperativo categórico no dice cuáles son los principios que uno debiera querer se transformasen en obligatorios para todos. Algunos autores definen la justicia por medio de la fórmula ‘debes hacer el bien y evitar el mal’. Pero ¿qué es el bien y qué el mal? Esta es la cuestión decisiva, y tal cuestión permanece sin respuesta. Casi todas las famosas definiciones de la justicia suponen de antemano que la respuesta esperada es evidente por sí misma. Pero tal respuesta en modo alguno tiene ese carácter”²⁰⁸.

virtud de las personas? ¿La primera de las cualidades de las instituciones políticas y sociales? ¿El medio entre dos extremos? ¿La ley de la clase dominante? ¿El resultado de un procedimiento equitativo? ¿Lo que surge de un proceso histórico en el que no se violan derechos fundamentales? ¿Un ideal irracional? Éstas y muchas otras respuestas extremadamente divergentes entre sí fueron dadas por filósofos serios a lo largo de una extensa historia del pensamiento dedicado a desvelar esta incógnita”, en: Nino, Carlos Santiago (1993) “Justicia”. En: Garzón Valdés, Ernesto y Francisco Laporta (editores) (2000) *El derecho ...*, ob. cit., p. 467.

²⁰³ A este respecto, Kelsen advierte que “si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto, es, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta es un ideal irracional”, en: Kelsen, Hans (2009) *¿Qué es la justicia?...*, ob. cit., p. 75.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 45.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 47.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 56.

²⁰⁷ Kant, Immanuel (2005) *Fundamentación de la metafísica ...*, ob. cit., p. 107.

²⁰⁸ Kelsen, Hans (1995) *Teoría general del Derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo García Máynez. 5ta. Reimp. de la 2da. Ed. México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, p. 11.

No obstante las críticas que se hayan podido expresar en contra de las fórmulas conceptuales que intentan definir el valor justicia, la actual Filosofía del Derecho²⁰⁹ conviene en sostener que el contenido material de la justicia se traduce en la concretización de los valores de libertad e igualdad, por ser éstos los que identifican el cariz axiológico del mundo moderno y obedecen a un referente histórico suficiente que diluye toda duda o desacuerdo, aunque no asegure definitivamente la eliminación absoluta de futuras controversias. Por tanto, los valores de libertad e igualdad resultan suficientes para establecer ese marco axiológico y de principios que debe fundamentar y orientar a los textos constitucionales y, en particular, a los ordenamientos jurídicos.

El Título I de la Constitución de 1993, denominado “De la persona y de la sociedad”, recoge en su primer capítulo un catálogo enunciativo de derechos fundamentales (derechos de libertad), en tanto que en el segundo, regula a los derechos sociales y económicos (derechos de igualdad) y, en el tercer capítulo, establece cuáles son los derechos políticos (derechos de libertad).

Los denominados *derechos de libertad* expresan ese ámbito de autonomía que avala el desarrollo individual de las personas sin interferencias del Estado y de los otros individuos que conforman la sociedad. Asimismo, los *derechos de libertad* también expresan ese ámbito de participación en los asuntos de interés público.

Por tanto, forman parte del grupo *derechos de libertad* el derecho a la vida (artículo 2° inciso 1); a la libertad de conciencia y de religión (artículo 2° inciso 3); a la libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (artículo 2° inciso 4); al honor, buena reputación, intimidad personal y familiar, voz e imagen (artículo 2° inciso 7); a la libertad y propiedad intelectual, artística, técnica y científica (artículo 2° inciso 8); a la libertad de residencia y de tránsito (artículo 2° inciso 11); el derecho de reunión (artículo 2° inciso 12); el derecho de asociación (artículo 2° inciso 13); el derecho a contratar (artículo 2° inciso 14); a la libertad de trabajar (artículo 2° inciso 15); el derecho a la participación política

²⁰⁹ Por ejemplo John Rawls (*Teoría de la justicia*. 6ta. Reimp. de la 2da. Ed. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995; *El liberalismo político*. 4ta. Reimp. de la 1ra. Ed. México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1995) y Ronald Dworkin (*Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. 2da. Reimp. de la 1ra. Ed. Barcelona, Ariel S.A., 1995; *El imperio de la justicia*. Traducción de Claudia Ferrari. 2da. Ed. Barcelona, Editorial Gedisa S.A., 1992) han trabajado teorías sólidas que le otorgan un papel central al concepto de derechos dentro de la teoría de justicia. Como describe Campbell, “lo esencial de la teoría de la justicia de Rawls reside en su descripción de la posición original y en los principios de justicia resultantes, incluido el ahora famoso principio de «diferencia». Con vistas a lograr la equidad, las personas en la posición original deben ser libres e iguales. Por «libres» Rawls entiende no sólo que las partes en la posición original no están presionadas ni sometidas a ninguna obligación o limitación anterior, sino que son independientes y autónomas para reivindicar los beneficios de la cooperación social”. En tanto que “la «igualdad» en la posición original se aplica en primer lugar a la igual libertad (...), incluida la igualdad en los derechos procedimentales para el debate en la posición original, y la igualdad como fuente igualmente importante de pretensiones válidas respecto de los recursos sociales, en relación con las instituciones sociales básicas. Todas las partes tienen «igual valor», tienen las mismas características y están situadas de manera igual en la posición original”, en: Campbell, Tom (2002) *La justicia...*, ob. cit., pp. 109, 110. Y refiriéndose a Dworkin señala que su teoría de justicia guarda un compromiso tan fuerte con los derechos fundamentales que llega a anular toda otra consideración. De ahí su famosa frase “los derechos son triunfos”. En ese sentido, advierte Campbell que “Dworkin pone énfasis decisivo en la igualdad antes que en la libertad y su principio moral básico es el de «igual consideración y respeto»”, *ibidem*, p. 79.

(artículo 2° inciso 17); el derecho a la reserva de convicciones (artículo 2° inciso 18); el derecho de petición (artículo 2° inciso 20); a la libertad y seguridad personales (artículo 2° inciso 24); a la libertad de enseñanza (artículo 13°); a la libertad de cátedra (artículo 18°); los derechos políticos (artículo 31°) y el derecho a la jurisdicción y a las garantías procesales (artículo 139°).

Los llamados *derechos de igualdad*, por su parte, buscan concretizar la real igualdad entre todos los seres humanos reduciendo las diferencias en las relaciones sociales a través de acciones positivas impulsadas por el Estado y de las prestaciones sociales y culturales que éste otorga a la colectividad.

Entre los *derechos de igualdad* destacan el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación (artículo 2° inciso 2); el derecho a la identidad étnica y cultural (artículo 2° inciso 19); el derecho a usar el propio idioma (artículo 2° inciso 19 segundo párrafo); el derecho a la salud (artículo 7°); el derecho a la educación (artículo 13°); el derecho al trabajo (artículo 22°); y los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga (artículo 28°).

También están recogidos en el Título I, así como en los Títulos II y III de la Constitución, los principios que inspiran la política social y económica delineada por el Estado. Si bien es verdad estos principios no constituyen en estricto derechos subjetivos, sí suponen una especificación y concretización de los derechos de libertad y de igualdad y, en tal sentido, suponen también normas de organización que bien pueden ser vistas como un paso más adelante que la enunciación genérica de valores.

Destacan entre estos principios el acceso a la cultura así como el fomento de su desarrollo y difusión que impulsa el Estado (artículo 2° inciso 8); la protección del niño, adolescente, madre, anciano en situación de abandono y a la familia (artículo 4°); la seguridad social (artículo 10°); la protección del patrimonio cultural de la Nación (artículo 21°); la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44°); la protección del medio ambiente (artículos 66° al 69°) y la asignación equitativa de los recursos públicos (artículo 77°).

En consecuencia, y a fin de responder la pregunta formulada *supra*, la teoría de justicia acogida por la Constitución peruana, tal como se ha demostrado, es una teoría de justicia de impronta liberal que básicamente defiende los valores de libertad y de igualdad. Libertad que se traduce en *pluralismo* e igualdad como expresión de *justicia*.

2. ¿Cuál es el concepto de derechos fundamentales²¹⁰ que recoge la Constitución de 1993?

²¹⁰ Peces-Barba advierte que “si atendemos a la praxis lingüística, nos encontramos con que existen distintas palabras que expresan el concepto de «derechos humanos», como derechos naturales, derechos públicos

El concepto de derechos fundamentales, tal como sostiene Luis Prieto Sanchís, “parece adolecer de una vaguedad congénita, que acaso resulte insuperable si no es por la vía de alguna definición estipulativa”²¹¹. Así pues, cuando se hace referencia al concepto de derechos fundamentales, se oyen opiniones tales como: “*son exigencias y pretensiones morales que corresponden a todos los seres humanos por el hecho de ser personas*”, “*son exigencias y pretensiones éticas que garantizan la libertad e igualdad de todas las personas*” o “*son el conjunto de exigencias y pretensiones morales que determinan la validez de todo acto público proveniente del poder estatal*”. No obstante, ninguna de estas definiciones satisface completamente a la pregunta ¿cuál es el concepto de derechos fundamentales? Y ello porque no contemplan qué significa los términos “seres humanos” o “personas”; el mecanismo o la razón por la cual se atribuyen esos derechos a las personas por el solo hecho de serlo; el catálogo de derechos que comprende; el papel del Estado en relación con los derechos; etc. Por tanto, la definición de derechos fundamentales a la que se pretenda arribar deberá estar delimitada por las respuestas que se entreguen a estas cuestiones que acabamos de mencionar, las mismas que desde un plano teórico refieren a lo que llamamos *fundamento y concepto* de los derechos fundamentales.

En efecto, tal como dice Rafael de Asís²¹², “plantearse el fundamento de los derechos es preguntarse por las razones o los motivos con los que se pretende afianzarlos y asegurarlos. Básicamente consiste en responder a la pregunta sobre el por qué de los derechos. El problema del concepto se refiere precisamente a la descripción de los derechos. Consiste, en nuestro caso, en responder a la pregunta ¿qué son los derechos?”²¹³. Se trata, pues, de dos cuestiones estrechamente relacionadas y ello porque todo concepto de derechos supone una posición respecto de su fundamentación y toda justificación se funda en la adopción previa de un concepto de derechos.

subjetivos, libertades públicas, derechos morales o derechos fundamentales, derechos individuales, derechos del ciudadano etc.”. No obstante, a su juicio, “será la expresión ‘derechos fundamentales’ la más adecuada y conveniente para identificar al fenómeno de los derechos”. Y ello porque considera que la expresión ‘derechos fundamentales’ es precisa y, por tanto, carece de ambigüedad; expresa tanto una moralidad básica como una juridicidad básica; es más adecuada que los términos ‘derechos naturales’ o ‘derechos morales’ que mutilan a los derechos de su faceta jurídica; y, más idónea que los términos ‘derechos públicos subjetivos’ o ‘libertades públicas’ que pueden perder de vista la dimensión moral y ceñir la estipulación del sentido a la faceta de la pertenencia al ordenamiento jurídico”, en: Peces-Barba Martínez, Gregorio (2004) *Lecciones de derechos...*, ob. cit., pp. 20, 28. Nosotros suscribimos la opinión del profesor español en su totalidad, de ahí que en el presente trabajo, en particular a lo que este capítulo refiere, usaremos la expresión ‘derechos fundamentales’ para aludir a la idea de derechos humanos.

²¹¹ Prieto Sanchís, Luis (2000) “Derechos fundamentales”. En: Garzón Valdés, Ernesto y Francisco Laporta (editores) (2000) *El derecho...*, ob. cit., p. 501.

²¹² Al parecer siguiendo a Peces-Barba, para quien “el fundamento responde al «por qué» de los derechos fundamentales y se sitúa principalmente en el primer rasgo señalado, la pretensión moral justificada, y el concepto, en una visión dinámica y no solamente estática, aunque la presuponga, responde al «para qué» de los derechos fundamentales, y se sitúa principalmente en el segundo rasgo señalado, la recepción de esa pretensión moral en el Derecho positivo. La comprensión se produce con una respuesta adecuada al por qué y al para qué de los derechos”, en: Peces-Barba Martínez, Gregorio (2004) *Lecciones de derechos...*, ob. cit., pp. 29, 30.

²¹³ De Asís Roig, Rafael (2005) “Concepto y fundamento de los derechos humanos”. En: Tamayo, Juan José (2005) *10 palabras claves sobre derechos humanos*. Navarra, Editorial Verbo Divino, p. 16.

No obstante, muchas veces aquellas cuestiones que debe resolver la definición de derechos fundamentales han sido absueltas desde una posición funcional, es decir, desde el “para qué”. Por tanto, generalmente se justifica y concibe los derechos fundamentales por la función moral que deben desempeñar y por la naturaleza normativa particular que los caracteriza dada su posición jerárquica en el ordenamiento jurídico²¹⁴.

En cualquier caso, a fin de poder distinguir entre el fundamento y el concepto de derechos fundamentales será necesario adoptar una determinada postura sobre éstos, la misma que incidirá en la propia configuración de su concepción.

Así se tiene pues que la postura “dualista” reconoce a los derechos una doble dimensión: moral y jurídica. Tal como afirma Peces-Barba, “cuando hablamos de derechos fundamentales estamos refiriéndonos, al mismo tiempo a una pretensión moral justificada y a su recepción en el Derecho positivo”²¹⁵. Es decir, “la fundamentación está en el nivel moral y el concepto especialmente en el jurídico. Ninguna de las dos construcciones se puede considerar aisladamente, ni se agota en sí misma. Su inseparable conexión se produce porque los derechos tienen una raíz moral que se indaga a través de la fundamentación, pero no son tales sin pertenecer al Ordenamiento y poder así ser eficaces en la vida social, realizando la función que los justifica. Moralidad y juridicidad o moralidad legalizada forman el ámbito de estudio necesario para la comprensión de los derechos fundamentales”²¹⁶. Pero también existen otras posturas que podrían ser llamadas “monistas” y ello porque buscan justificar los derechos apelando exclusivamente a razones éticas o porque encuentran su sustento solo en el mundo jurídico.

En suma, hay diversas posturas que intentan absolver los problemas que sustentan la fundamentación (el “por qué” de los derechos) y el concepto (“qué son”) de los derechos fundamentales. Es decir, no hay un único concepto o un

²¹⁴ Vgr. el objetivo perseguido por Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales* es aclarar el concepto, naturaleza y estructura de los derechos fundamentales. En ese sentido, la idea central que desarrolla se basa en que los derechos fundamentales deben ser entendidos como un conjunto de normas y posiciones adscritas a una disposición de derecho fundamental. Siendo las *disposiciones de derecho fundamental* las proposiciones de la Constitución que establecen los derechos fundamentales; las *normas*, proposiciones prescriptivas adscritas por vía interpretación a esas disposiciones; y, las *posiciones de derecho fundamental*, las relaciones triádicas conferidas por las normas de derecho fundamental que tienen la forma de “derechos a algo”, “libertades” y “competencias”, y que regulan las relaciones entre el individuo y el Estado y los particulares. Alexy, Robert (2007) *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. 2da. Ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

²¹⁵ Peces-Barba Martínez, Gregorio (2004) *Lecciones de derechos...*, ob. cit., p. 29. Javier de Lucas considera que la “tesis dualista” tal como la propone Peces-Barba constituye “un criterio metodológico, detrás del cual pueden aparecer muy diferentes respuestas conceptuales al problema de los derechos y no menos diferentes propuestas de respuesta a la interrogante relativa a la justificación o fundamentación de los mismos, pero lo que constituye el núcleo de esa posición es su rechazo tanto de las concepciones que ofrecen una respuesta monista a los dos problemas de concepto y fundamentación como a las que descartan ocuparse de ello por considerarlo una tarea estéril”, De Lucas, Javier (1991) “Una nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos (A propósito de la polémica sobre los derechos morales)”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1991, N° 10, p. 309.

²¹⁶ Peces-Barba Martínez, Gregorio (2004) *Lecciones de derechos...*, ob. cit., p. 31.

solo fundamento de los derechos. Se trata de una polémica que no puede considerarse como acabada.

Para los propósitos que perseguimos a nosotros solo nos interesa descifrar cuál es el concepto de derechos fundamentales asumido por la Constitución de 1993. Y ello porque como se dijo en la introducción de este capítulo, uno de los problemas que afronta el artículo 149° de la Constitución es de naturaleza *semántica* toda vez que no existe correspondencia entre la justicia comunal y los derechos fundamentales, es decir, hay una contradicción entre el significado y el contenido que expresan ambos conceptos al momento de su aplicación. Por tanto, en las siguientes líneas nos dedicaremos a desentrañar el concepto de derechos fundamentales adoptado por nuestra Constitución a fin de conciliar la contradicción aludida.

2.1 Sobre el fundamento de los derechos

En primer lugar debemos señalar que el *fundamento* de los derechos debe enfrentar, cuando menos, tres grandes problemas. “El primero es la dificultad de lograr una fundamentación íntegramente racional; el segundo, la de lograr una fundamentación concluyente, y el tercero, muy relacionado con el anterior, se traduce en la dificultad de lograr una fundamentación universal”²¹⁷.

No obstante lo dicho, existen diferentes planteamientos sobre la fundamentación de los derechos a partir de los cuales se conciben diversas teorías. En el cuadro que se ofrece a continuación presentamos de manera esquemática los rasgos característicos de las principales líneas de fundamentación de los derechos que, a nuestro juicio, existen en la doctrina:

	Líneas de Fundamentación	Alcances
1	Abstracta	Se atribuyen derechos humanos inspirados en valores de dignidad, libertad e igualdad a los individuos, sin importar el espacio y tiempo.
	Histórica	Este planteamiento, al igual que el abstracto, relaciona los derechos con los mismos valores, sin embargo, toma en cuenta las circunstancias históricas y espaciales que rodean al individuo.
2	Obedece a un orden objetivo de valores	La justificación de los derechos se funda en la existencia de valores válidos universalmente en todo espacio y tiempo. Dicha existencia de valores es independiente de los individuos. Por tanto, los derechos se deducen de ese catálogo axiológico.
	Obedece a un orden intersubjetivo	Los derechos se fundamentan en un conjunto de valores que son

²¹⁷ De Asís Roig, Rafael (2005) “Concepto y fundamento de los derechos humanos”..., ob. cit., pp. 19, 20.

		expresión del consenso entre los individuos.
3	Individualista	El referente al momento de justificar los derechos es la idea de un ser humano que ostenta autonomía y es independiente.
	Comunitarista	Para esta postura es la comunidad quien tiene la relevancia moral. De ahí que no se pueda plantear una idea de derechos si no se parte de un individuo contextualizado.
4	Universalista	Los derechos constituyen pretensiones éticas que se fundan en valores universales y en la idea de un ser humano universal.
	Particularista	Defiende una idea de derechos fundada en valores propios de un contexto social e histórico particular.
5	Liberal – republicana	Esta comparación tiene como criterio orientador el <i>papel que se otorga al poder político</i> . En ese sentido, para los liberales los derechos son expresión de límite al poder. En tanto que en el planteamiento republicano se destaca el papel que desempeña el poder al momento de satisfacer ciertos derechos (en particular, los de tipo social).
	Liberal – igualitaria	Aquí el criterio orientador es <i>la diferente jerarquización que se le da a los referentes éticos que sustentan los derechos</i> . Así pues, para los liberales el valor por excelencia es la autonomía moral, la misma que solo encuentra límite en la autonomía del otro. En tanto que para la corriente igualitaria su centro de atención está en la existencia de impedimentos reales y concretos que dificultan el ejercicio de dicha autonomía. Es decir, el valor por excelencia resulta ser la igualdad, toda vez que lo que se busca es la implementación de mecanismos que hagan posible la erradicación de esos impedimentos que no permiten el libre ejercicio de autonomía.
	Liberal – democrática – social	El criterio orientador para establecer la diferencia entre estas tres grandes corrientes de fundamentación es eminentemente histórico. Así se tiene que el empleo de mecanismos jurisdiccionales (derechos y garantías) para limitar el poder y la garantía proferida a la libertad son los dos rasgos esenciales del liberalismo. La postura democrática se define por la promoción de la libertad como participación, a partir de la cual se justifica los derechos que le permiten al individuo formar parte de la vida política del Estado. En tanto que la corriente social defiende la libertad real o promocional, a partir de la cual se justifican los derechos (de naturaleza económica, social y cultural) que buscan extender el disfrute de la igual libertad.

2.2 Sobre el concepto de los derechos

Las diferentes concepciones que existen de los derechos fundamentales pueden ser sistematizadas apelando a varios criterios. Uno de ellos es el de naturaleza metodológica, el mismo que propone analizar las tesis conceptuales atendiendo la importancia que éstas entregan a los aspectos éticos y jurídicos de

los derechos. Bajo ese criterio de trabajo será posible, pues, distinguir básicamente dos líneas de planteamiento: la *monista* y la *dualista*. Veamos en el siguiente cuadro los principales rasgos característicos de cada una de ellas:

	Líneas de Planteamiento Conceptual	Alcances
1	Monista	<p>Las tesis <i>monistas</i> conciben a los derechos como instrumentos de carácter <i>moral</i> o de carácter <i>jurídico</i>. A las primeras, es decir, aquellas que resaltan la naturaleza moral de los derechos, se les conoce como tesis <i>iusnaturalistas</i>. En tanto que las tesis que defienden la naturaleza jurídica de los derechos son denominadas <i>positivistas</i>.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El planteamiento de tipo IUSNATURALISTA defiende una tesis ética y una tesis jurídica. La primera, valida la defensa de una serie de principios morales. La segunda, postula la idea de que el Derecho y las normas deben ser concebidos de conformidad con dichos principios morales. 2. El planteamiento de tipo POSITIVISTA defiende la tesis de que solo es Derecho el derecho positivo. Es decir, para hablar de derechos humanos éstos necesariamente deberán estar incorporados en el ordenamiento jurídico, siendo ésta, en consecuencia, su única exigencia.
2	Dualista	<p>Para las tesis <i>dualistas</i> los derechos humanos constituyen instrumentos jurídicos que tienen justificación moral. Es decir, los derechos humanos tienen una doble dimensión: jurídica y ética.</p>

Ahora bien, ambas líneas de planteamiento conceptual de los derechos fundamentales presentan problemas.

Así se tiene que en el marco del esquema *monista* el planteamiento de tipo ‘iusnaturalista’ no logra una definición integral de los derechos porque no considera el rol que juega el Derecho en su configuración, y el planteamiento de tipo ‘positivista’ también incurre en dilemas porque plantea una separación tajante entre Derecho y moral. En tanto que en el esquema *dualista* se presenta más de un problema. El primero a saber es aquel relacionado con quién tiene la prevalencia, o si la dimensión ética o si la dimensión jurídica de los derechos²¹⁸; y el segundo problema radica en el deber de conservar las conclusiones que derivan de la dimensión ética de los derechos al momento de concretizar su dimensión jurídica.

²¹⁸ A este respecto Rafael de Asís señala que “el problema puede no tener sentido en relación con asuntos menores, pero sí lo tiene en cuestiones controvertidas. Un defensor de la aproximación dualista mantendrá que no basta con la justificación ética, sino que es necesaria la incorporación de la pretensión al derecho. Al mismo tiempo señalará que no basta con la mera incorporación al derecho, sino que es necesario que la pretensión posea una justificación ética. Esto significa que: a) sin justificación moral no hay derecho fundamental y b) sin incorporación al derecho no hay derecho fundamental. Así, por ejemplo, deberá afirmar que allí donde el derecho no reconoce derechos fundamentales los ciudadanos no los poseen. E igualmente deberá reconocer la relevancia de la moral en la determinación del significado y del sentido de los derechos y, por lo tanto, afirmar que aquellos derechos que el ordenamiento jurídico considera como fundamentales, y que no tiene una justificación moral, no deben ser así denominados”, *ibídem*, p. 29.

2.3 Sobre la conexión fundamento-concepto para dotar de contenido a los “derechos fundamentales”

Tal como ya se advirtió *supra*, los derechos fundamentales refieren al mismo tiempo a una pretensión moral justificada y a su recepción en el Derecho positivo²¹⁹. Por ello, la mejor forma de enfrentarse a la determinación del fundamento y concepto de esos derechos es adoptando una postura *dualista*, ya que como sabemos, ésta defiende la idea de que los derechos fundamentales tienen una doble dimensión: jurídica y ética.

No obstante, la postura dualista también está revestida de otras dos características. A saber, la ‘racional’ y la ‘histórica’²²⁰.

Así se tiene que desde una perspectiva *racional*, el principio de dignidad humana y el modelo de Estado democrático y social de Derecho constituyen dos ideas claves para poder entender los derechos.

En tanto que desde una perspectiva *histórica*, serán las ideas de origen y proceso histórico las que ayudarán a comprender cómo han ido evolucionando los derechos a lo largo del tiempo. En ese sentido, no podemos olvidar que los derechos, tal como se entienden en la actualidad, se forjaron en el tránsito a la modernidad y en el marco de tres nortes de pensamiento como es la idea de límite al poder, el principio de tolerancia en el ámbito religioso²²¹ y la necesidad de humanizar el derecho penal. No obstante lo afirmado, se refiere en la doctrina que la evolución histórica de los derechos humanos supone, básicamente, cuatro líneas de comprensión: la positivación, la generalización, la internacionalización y la especificación²²².

²¹⁹ Peces-Barba Martínez, Gregorio (2004) *Lecciones de derechos...*, ob. cit., p. 29.

²²⁰ La ‘racionalidad’ y la ‘historicidad’ constituyen para Peces-Barba “dos dimensiones necesarias para entender el «por qué» de los derechos, es decir, su fundamentación y la positividad como respuesta a la función de los derechos, es decir, su «para qué». (...) La aplicación de criterios racionales para construir el modelo de fundamentación de los derechos, es decir, para entender la moralidad de los derechos fundamentales, o a éstos en su dimensión de pretensiones morales justificadas, se hace sobre una base histórica y no abstracta, desde una razón histórica, o situada en la historia”, *ibidem*, p. 33.

²²¹ Refieren Prieto y Betegón que la tolerancia religiosa “comenzará a ser el lema de una Europa desgarrada por las guerras de la religión y por la represión interna de los disidentes. Al principio una pequeña minoría cultivada en el espíritu del humanismo y más tarde un vasto movimiento político defenderán la tolerancia como una necesidad de supervivencia del hombre europeo en el contexto de unos Estados absolutos y rigidamente confesionales; y también como una necesidad de la expansión económica y cultural constreñida por prejuicios religiosos y amenazada por la guerra. Este habrá de ser uno de los orígenes principales, no ya de la libertad religiosa, sino de los derechos fundamentales en general y del propio Estado constitucional”, en: Prieto Sanchís, Luis y Jerónimo Betegón Carrillo (1999) “Estudio Preliminar”. En: Locke, Jhon (1999) *Escritos sobre la tolerancia*. Edición y Estudio Preliminar de Luis Prieto Sanchís y Jerónimo Betegón Carrillo. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. XV.

²²² La evolución histórica de los derechos fundamentales hasta la actualidad sigue para Peces-Barba cuatro líneas de comprensión: “la *positivación* deriva de los propios planteamientos del iusnaturalismo racionalista, al centrar el paso del Estado de naturaleza al de sociedad en el contrato social, así como por la justificación, a través suyo, del Poder, cuya primera función soberana era crear el Derecho. La *generalización* es consecuencia de la dimensión igualitaria con la que lingüísticamente se formulan en la última fase del modelo americano y sobre todo en la Declaración francesa, al afirmar el artículo primero que todos los hombres nacen y

Se explica así la importancia metodológica de considerar la dimensión racional e histórica al momento de determinar el fundamento y concepto de los derechos.

i. La pretensión moral de los derechos: el ‘fundamento’²²³. El *fundamento* de los derechos, como ya se refirió, hace alusión a las razones o justificación axiológica que permite responder a la pregunta sobre el ¿por qué de los derechos? Es decir, hace alusión a ese marco valorativo que sirve de contexto a los sujetos morales para que a través del ejercicio de sus derechos conciben y concreten su proyecto de vida.

A juicio de Peces-Barba es la libertad el principal referente valorativo que fundamenta los derechos de los sujetos morales. Por ello advierte que cualquier reflexión racional conduce a la determinación de que “la libertad es una condición imprescindible para la acción, que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga y que son la expresión de la dignidad humana, de su consideración como fin en sí, como algo valioso”²²⁴.

En tal sentido, cabe sostener entonces que los sujetos morales no solo constituyen un elemento principal del actual discurso moral, sino que también y, sobre todo, son individuos racionales que poseen capacidad de elección (libertad de elección) y que dirigen su existencia a la consecución de determinados planes de vida (libertad moral), siempre y cuando el ejercicio dinámico de sus libertades no afecte las de otros.

Ahora bien, este ejercicio dinámico de libertad parte del principio de dignidad como presupuesto ontológico que propicia la obligación de respeto hacia el ser que la posee, y como valor que ostenta un carácter deontológico en la

permanecen libres e iguales en derechos. Supone la lucha por superar la contradicción entre esa afirmación y la realidad de algunos derechos no reconocidos, o disfrutados sólo por una minoría. El proceso de *internacionalización*, que hoy vivimos, y que está en una fase aún muy embrionaria, parece deducirse también de las formulaciones de los derechos como generales y abstractos que se adecúa poco a reconocimientos jurídicos vinculados al Ordenamiento estatal, limitado por su validez espacial. Existen otras razones actuales que, como veremos, lo explican, pero ya desde esos paradigmas iniciales parece que unos derechos naturales justificados por su propia racionalidad deben alcanzar una validez jurídica universal, por encima de las fronteras y que abarca a toda la Comunidad Internacional. (...) [En tanto que el proceso de *especificación*] supone una ruptura con el modelo racional y abstracto, y una cierta aproximación al modelo pragmático inglés, al completar la idea de los destinatarios genéricos, los hombres y los ciudadanos, con la de personas situadas como mujeres, niños, administrados, consumidores, usuarios de servicios públicos, etc. y al matizar también los contenidos con la aparición de nuevos derechos, vinculados al medio ambiente, a la paz, al desarrollo, etc. Encuadramos también en este proceso de especificación un particular fenómeno que afecta al núcleo aglutinador de los titulares de los derechos o, dicho de otra manera, a la razón por la cual se justifican los derechos, que en el modelo inicial era un consenso sobre la limitación del poder y una justificación de ese poder a través de la participación de los ciudadanos en la formación de su voluntad y de un consenso democrático apoyado en el principio de las mayorías. Frente a ese consenso se empieza a proteger el disenso, que no acepta alguna de esas premisas, o, dicho de otra manera, un nuevo elemento del consenso va a ser la posibilidad de rechazarlo desde su propia raíz” (cursivas nuestras), en: Peces-Barba Martínez, Gregorio (1995) *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid – BOE, pp. 154, 155.

²²³ Al respecto puede revisarse el interesante planteamiento de Luigi Ferrajoli en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. 3ra. Ed. Madrid, Editorial Trotta, 2007, pp. 287-381.

²²⁴ Peces-Barba Martínez, Gregorio (2004) *Lecciones de derechos...*, ob. cit., p. 135.

medida que obliga a los seres humanos a ejercer la razón y a actuar en autonomía. Es decir, entre la idea de dignidad y la libertad de elección del sujeto moral existe un estrecho vínculo. De ahí que la facultad de elegir exija el reconocimiento de la existencia del sujeto moral y de su personalidad, pero sobre todo el reconocimiento de su integridad física. En consecuencia, una precondition de todo discurso moral es el respeto de dicha integridad física por lo que cualquier ejercicio de libertad de elección que la trasgreda resultará inválido. De igual forma, la libertad de elección también supone la valoración de su uso (autonomía) y de su posibilidad (independencia), lo que se traduce en la exigencia de reconocimiento y respeto de la integridad moral del sujeto.

Los componentes mencionados, libertad, dignidad, integridad física e integridad moral, se proyectan de igual forma en todos los sujetos morales. Es decir, configuran un marco moral en el que se fundamenta el discurso de los derechos y donde el valor igualdad juega un rol crucial. Por tanto, la configuración de los derechos tiene origen en ese dinamismo de libertad que hemos referido y se complementa con la idea de igualdad que supone la misma consideración para con todos los seres humanos.

A decir de Rafael de Asís, “existe un núcleo básico de los derechos, en cuanto figuras con relevancia ética, en el que éstos se insertan, que constituye el marco de lo moral y que está compuesto por cinco ideas: libertad de elección, autonomía individual, independencia, satisfacción de necesidades básicas y consecución de planes de vida”²²⁵.

A pesar de que es válido sostener que los derechos se justifican por el papel que han jugado en el progreso moral de la humanidad²²⁶, el mismo que se traduce en la consagración del disfrute de una vida humana digna por todos los seres, existe un contenido mínimo delimitador. El discurso de los derechos se desenvuelve desde el reconocimiento de los seres humanos como sujetos con capacidad para elegir y diseñar su plan de vida, limitados exclusivamente por su interferencia en la libertad de elección de otros. Un discurso que se aparta de este escenario no puede ser vinculado con los derechos. De ahí que toda referencia que se haga de ellos, sea en el plano doctrinal, legislativo, judicial o cultural, debe respetar ese núcleo básico o mínimo para que el discurso sea válido.

En la línea descrita, entonces, la pretensión moral de los derechos o marco moral supone la defensa de un individuo concebido como sujeto moral que posee capacidad de elección (libertad de elección) y que dirige su existencia a la consecución de determinados planes de vida (libertad moral), únicamente limitado por el respeto a la integridad física y moral de los otros sujetos.

ii. La recepción jurídica de los derechos: el ‘concepto’. Los derechos fundamentales, como ya se advirtió, comprenden tanto una moralidad

²²⁵ De Asís Roig, Rafael (2005) “Concepto y fundamento de los derechos humanos”..., ob. cit., pp. 36, 37.

²²⁶ Bobbio, Norberto (1991) *El tiempo de los derechos*. Madrid, Editorial Sistema, p. 111.

básica como una juridicidad básica. De ahí que el fundamento coloque a los derechos al interior de un marco moral atribuyéndole la importante función de permitir una vida digna para sus titulares. En tanto que el *concepto* revista de juridicidad a los derechos y les otorgue garantía para su plena eficacia.

Ahora bien, la configuración jurídica de los derechos guardará identidad con una determinada estructura política y jurídica. En ese sentido, supondrá la exigencia de cumplimiento de algunas características vinculadas a i) la manera como se entiende la relación Estado – Derecho, y, ii) al rol que juegan los derechos en el Derecho.

Respecto a la forma particular de entender la relación Estado – Derecho, Rafael de Asís sostiene que “la necesaria incorporación de los derechos al derecho, defendida por el modelo dualista, obliga a tener en cuenta al poder, dada la relación entre derecho y poder. Pero, además, la misma idea de los derechos parece aludir a un determinado tipo de poder. En efecto, desde el modelo dualista se afirma que todo poder político es poder jurídico. Entre el Estado y el derecho hay una circularidad. En este sentido, la posición dualista (...) a la hora de adoptar un modelo de relación entre derecho y poder, asume en principio lo que puede ser denominado modelo de conexión, que significa defender dos planteamientos: la consideración del poder como fundamento de validez del derecho y la de éste como elemento racionalizador del poder. A lo primero se le puede denominar *conexión externa*, y a lo segundo, *conexión interna*”²²⁷.

En ese sentido, cabe entender entonces que cuando De Asís sostiene, refiriéndose a la *conexión externa*, que el poder se presenta como fundamento de validez del Derecho, alude a una noción de poder en sentido amplio donde se considera, además de las instituciones estatales y tres poderes clásicos, a los operadores, funcionarios y ciudadanos que participan en el ejercicio de poder y en el funcionamiento de la estructura organizativa estatal en sus diferentes niveles. En tanto que cuando se refiere a la *conexión interna*, hace alusión al Derecho como actor que racionaliza el poder, es decir, al conjunto de normas y principios (jerarquía, legalidad, prohibición de la arbitrariedad, etc.) que encuadra y limita al poder.

Ahora bien, ese marco moral que caracteriza al discurso de los derechos y que hemos descrito *supra* (vid. i. La pretensión moral de los derechos: ‘el fundamento’) transformará al modelo de conexión con la intención de hacerlo receptor de los presupuestos valorativos que defiende. En ese sentido, el modelo de conexión quedará revestido de un contenido axiológico mínimo que se configurará como límite al poder y propiciará la aparición del Estado de Derecho. Por tanto, la fórmula política que supone el Estado de Derecho se identificará con la defensa de principios, de derechos individuales y sociales, con la protección del pluralismo y la participación de todos los individuos.

²²⁷ De Asís Roig, Rafael (2005) “Concepto y fundamento de los derechos humanos”..., ob. cit., pp. 41, 42.

Sobre este último, el elemento participativo, cabe señalar que se encuentra plenamente reflejado en el principio democrático que se proyecta en un Estado de Derecho. Dicho principio, basado en la igualdad, propicia un espacio público para el debate moral donde aparecen los derechos. De ahí que la democracia como principio gire en torno a tres ejes básicos: diálogo, pluralismo y consenso.

No obstante, para hablar de un Estado democrático de Derecho se tiene que partir de concebir a los derechos como una precondition material de la democracia; se debe reconocer la idea de que la autonomía individual, libertad e igualdad operan como guía y límites al poder; y se tiene que asegurar que las normas que conforman el ordenamiento jurídico estatal son el resultado de un proceso deliberativo. En suma, el poder democrático será expresión de soberanía popular dentro de un marco de libertad e igualdad, en el que necesariamente se reconoce un catálogo axiológico y pretensiones básicas de los seres humanos, así como el principio de pluralismo, la tolerancia y la participación política y social de todos los individuos. En esa línea, entonces, será el fin más importante del Estado democrático proteger y promocionar la libertad e igualdad.

Ahora bien, sobre rol que juegan los derechos en el Derecho se puede precisar que los derechos ejercen una función objetiva y subjetiva.

Nos dice Rafael de Asís, refiriéndose a la función subjetiva de los derechos, que “el acercamiento de los derechos humanos a los derechos subjetivos implica, de alguna manera, establecer algunas limitaciones a las exigencias y pretensiones con vocación de ser consideradas como tales. Toda pretensión con vocación de ser convertida en derecho fundamental debe ser susceptible de ser integrada en el derecho, es decir, poder ser formulada y garantizada como derecho (perfecta o imperfectamente). En todo caso, desde esta consideración, aunque sea mediante un manejo amplio de la concepción de los derechos subjetivos, los derechos se constituyen en límites a la actuación tanto de los poderes públicos como del resto de los individuos”²²⁸.

En tanto que la función objetiva supone la constitución de los derechos “en normas básicas materiales, esto es, en criterios de validez normativa en lo referente al contenido. Desde esta nota los derechos se caracterizan por presidir todo el proceso de elaboración de normas, pero también la actividad interpretativa. Los derechos se constituyen así en límite y guía de la producción normativa y de la interpretación jurídica”²²⁹.

²²⁸ *Ibidem*, p. 51. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que “en su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3330-2004-AA, caso Ludesminio Loja Mori, F.J. 9.

²²⁹ De Asís Roig, Rafael (2005) “Concepto y fundamento de los derechos humanos”..., *ob. cit.*, p. 51. El carácter objetivo de los derechos fundamentales para el Tribunal Constitucional radica “en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el

2.4 El concepto de derechos fundamentales que recoge la Constitución de 1993

Refiere César Landa que en el Perú “los derechos fundamentales se incorporaron por vez primera en la Constitución de 1979, habida cuenta que la vieja doctrina los concebía como garantías –individuales y sociales– hasta la Constitución de 1933. [Y que ese] *nomen iuris* no es irrelevante por cuanto, en tanto derechos fundamentales son esferas de derechos y libertades de todo ser humano, con los cuales nace y vive toda persona; al punto que el Estado se constituye en base a ello y la Constitución del Estado sólo los reconoce no los crea. Por ello, la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana y el respeto de su dignidad se constituyen en la finalidad del Estado pero también de la sociedad”²³⁰.

En todo Estado constitucional, la dignidad es un valor no instrumental (solo fin, nunca medio) que propicia la obligación de respeto hacia el ser que la posee. Y, a su vez, un valor que ostenta un carácter deontológico en la medida que obliga a los seres humanos a ejercer la razón y a actuar en autonomía. Pero no solo eso, la condición ontológica que ostenta la dignidad opera también como límite frente el actuar de otros y propicia una protección individual. Delimitándose, así, un espacio de respeto para cada ser que servirá, a su vez, de fundamento a la idea de titularidad de derechos fundamentales inherentes. En ese sentido, es, pues, la dignidad humana el fundamento y límite del goce y ejercicio de los derechos fundamentales, pero también el instituto que otorga a esos derechos la fuerza vinculante y la mayor garantía frente al Estado y los particulares.

Esta idea de dignidad y sus alcances será pues la que inspire al doble carácter de los derechos fundamentales. Como dice el Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales “son, por un lado, derechos subjetivos; pero, por otro lado, también instituciones objetivas valorativas, lo cual merece toda la salvaguarda posible. En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, éste debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional”²³¹.

Estado constitucional”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3330-2004-AA, caso Ludesminio Loja Mori, F.J. 9.

²³⁰ Landa Arroyo, César (2010) *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 1ra. Reimp. de la 1ra. Ed. Lima, Palestra Editores S.A.C., pp. 17, 18.

²³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3330-2004-AA, caso Ludesminio Loja Mori, F.J. 9.

Y tanto ese carácter subjetivo como el objetivo ayudan a superar, a juicio de Landa, “la concepción individualista o utilitarista de los derechos fundamentales que hacen prevalecer excluyentemente el interés público sobre el interés particular, en la medida que los derechos fundamentales cuando entran en colisión entre sí o con el interés público, no serán entendidos de manera excluyente del otro derecho o bien constitucional a preservar –dimensión subjetiva–, sino que la tarea se dirige a integrar la satisfacción razonable de los derechos o bienes en conflicto; dicho en otras palabras a la ponderación de los mismos –dimensión objetiva–, lo que evita anular el contenido esencial de uno u otro derecho o bien constitucional”²³².

De ahí que en cualquier contexto social el respeto por los derechos fundamentales garantice la armonía del conjunto y el disfrute de una vida digna.

Pero, en estricto, ¿cuál es el concepto de derechos fundamentales que recoge la Constitución de 1993?

Ha dicho el Tribunal Constitucional, siguiendo a Peces Barba, que el concepto de derechos fundamentales comprende “tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. [Es decir,] los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica”²³³.

A partir de este concepto asumido por el Tribunal podemos interpretar, entonces, que nuestra actual Constitución se ha adherido a la tesis *dualista* para la determinación del fundamento y concepto de los derechos fundamentales. En consecuencia, así como “el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución)”²³⁴.

Por tanto, los derechos fundamentales para la Constitución de 1993 son una pretensión moral positivizada. Es decir, los derechos fundamentales tienen una doble dimensión: moral y jurídica.

²³² Landa Arroyo, César (2010) *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., pp. 12, 13.

²³³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1417-2005-AA, caso Manuel Anicama Hernández, F.J. 2.

²³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1417-2005-AA, caso Manuel Anicama Hernández, F.J. 2.

En esa línea entonces, y atendiendo lo prescrito por el artículo 1° de la Constitución, como ya se afirmó, será el principio de dignidad humana el principal fundamento axiológico de todos los derechos fundamentales. No obstante ello, el valor de libertad, de autonomía moral, la igualdad, el principio democrático y de pluralismo también constituyen fundamento axiológico de los derechos. De ahí, como afirma el Tribunal, la importancia y “la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales”²³⁵.

En tanto que cuando se sostiene que los derechos fundamentales profesan también una dimensión jurídica, se entiende que el Estado debe procurar establecer todos los mecanismos normativos que permitan su protección efectiva, no solo en el ámbito de las relaciones individuo – Estado, sino también en la relación horizontal que se puede producir entre individuos²³⁶. Es decir, el Estado deberá procurar que los derechos fundamentales gocen de una aplicación directa, sean complementados a través de normas de desarrollo constitucional y normas internacionales, su reforma obedezca a mecanismos rígidos, sean interpretados correctamente por los órganos especializados y sean garantizados por mecanismos procesales particulares.

De ahí entonces que los derechos aparezcan como límite al poder y como presupuesto de validez del complejo normativo²³⁷; pero también impongan exigencias a todo sistema político-jurídico, como por ejemplo, el respeto a un espacio de libertad donde no quepa interferencia alguna, la creación y promoción de espacios de participación, así como la elaboración de políticas públicas

²³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI, caso Roberto Nesta Brero en representación de más de cinco mil ciudadanos, F.J. 5.

²³⁶ En esa línea ha afirmado el Tribunal que “(...) en su versión moderna, el Estado ha sido instituido al servicio de los derechos fundamentales. El Estado, en efecto, tiene, en relación con los derechos fundamentales, un ‘deber especial de protección’. (...) [Tal] ‘deber especial de protección’ al cual se encuentran obligados todos los órganos del Estado, sin excepción, se halla constitucionalizado en nuestro ordenamiento jurídico desde su primer artículo, a tenor del cual ‘la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’; y, en forma por demás significativa, en el artículo 44 de la Norma Suprema, según el cual ‘son deberes primordiales del Estado: [...] garantizar la plena vigencia de los derechos humanos’. En ese sentido, la constitucionalización del ‘deber especial de protección’ comporta una exigencia sobre todos los órganos del Estado de seguir un comportamiento dirigido a proteger, por diversas vías, los derechos fundamentales, ya sea cuando estos hayan sido puestos en peligro por actos de particulares, o bien cuando su lesión se derive de [el propio Estado]”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 858-2003-AA, caso Eyler Torres del Águila, FF.JJ. 6, 7.

²³⁷ Las normas materiales de la Constitución, indistintamente denominadas como valores, principios o derechos, poseen un idéntico sentido a juicio de Luis Prieto, que es “decirle al poder no sólo cómo ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir”, Prieto Sanchis, Luis (2007) “El constitucionalismo de los derechos”. En: Carbonell, Miguel (editor) (2007) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid, Editorial Trotta S.A., pp. 213, 214. En esa misma línea de pensamiento nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido que los derechos fundamentales, en cuanto valores materiales del ordenamiento, tienen una pretensión de validez, de modo que tienen la propiedad de “irradiarse” y expandirse por todo el ordenamiento jurídico. Por ello, en el ordenamiento constitucional peruano todas las leyes, reglamentos y sus actos de aplicación, deben interpretarse y aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales. Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 858-2003-AA, caso Eyler Torres del Águila, F.J. 6.

dirigidas a una igualitaria distribución y disfrute de los bienes propiciando las mismas libertades para todos.

Conclusiones:

Como se ha advertido desde el inicio del trabajo, el objeto principal que perseguimos está orientado a sentar las bases teóricas que sirvan para arribar a la mejor interpretación constitucional del artículo 149°. Para ello es necesario, en primer lugar, despejar las controversias que rodean dicho precepto. Por tanto, en el presente capítulo nos hemos dedicado a desentrañar cuál es la fundamentación filosófico-política material que subyace a la Constitución de 1993, así como el concepto de derechos fundamentales que ella adopta, es decir, nos hemos dedicado a resolver básicamente las controversias de naturaleza *material* y *semántica* que rodean al artículo 149°.

Y, en esa línea, hemos podido sostener que si dejamos de lado la definición clásica del liberalismo y optamos por esa concepción moderna e *incluyente* que tiene la capacidad para convivir con el componente social y el principio de solidaridad, y que promueve la creación de escenarios de participación en condiciones de igualdad y libertad reales para todos los miembros del Estado; y tomamos en consideración todos los elementos materiales que conforman a la Constitución peruana; estamos en la capacidad de afirmar que dichos elementos constituyen buenas razones para sostener que la principal influencia filosófico-política material que subyace a la Constitución de 1993 no es la de un liberalismo clásico, pero sí la de un liberalismo de sesgo *incluyente*.

Así pues, los elementos (o normas constitucionales) que nos permiten fundamentar tal afirmación serán los siguientes: El valor de autonomía de la voluntad como concretización de la libertad (artículo 2° inciso 1); la defensa de la libertad del individuo de las injerencias arbitrarias del Estado (artículo 2° inciso 24 parágrafo a.); la dignidad como presupuesto ontológico (artículo 1°); el reconocimiento y promoción de la participación ciudadana en los asuntos de interés público (artículos 2° inciso 17, 31°, 32°, 35°, 107°, 139° inciso 17, 139° inciso 20, 148°, 191° y 194°); el principio de separación de poderes como símbolo de control y limitación jurídica al poder estatal (artículo 43° *in fine*); la función promocional del Estado, lo que implica el despliegue de acciones positivas estatales (artículos 2° incisos 8, 17, 19; 9°, 10°, 14°, 16°, 17°, 23°, 44°, 59° y 68°); y, la adscripción a un régimen económico de naturaleza social.

De otro lado, también hemos podido afirmar que la Constitución de 1993 acoge la idea de que los derechos fundamentales comprenden una moralidad básica así como una juridicidad básica. Y que, por tanto, resultará imprescindible el desarrollo y reconocimiento de un marco moral mínimo fundado en los valores de dignidad, autonomía moral como expresión de libertad, igualdad y de pluralismo, i) que haga las veces de un referente ético orientador de las conductas; ii) que garantice al interior de un sistema (entiéndase Estado, sociedad,

comunidad, como se le quiera llamar) la realización de los derechos y el disfrute de una vida digna; pero, sobre todo, para los efectos de afrontar el problema de naturaleza *semántica* que rodea al artículo 149°, iii) que ayude a conciliar esa contradicción que puede producirse entre la aplicación del derecho consuetudinario y el respeto de los derechos fundamentales como su límite.

En consecuencia, uno de los puntos a desarrollar en el siguiente y último capítulo estará dedicado a establecer ese mínimo moral, tanto de orden sustantivo como procedimental, que a nuestro juicio, debe sustentar el contenido del artículo 149° de la Constitución, a fin de poder enlazar dicho marco moral con lo referido dogmáticamente en el presente capítulo.

Capítulo IV: Una interpretación multicultural liberal del artículo 149° de la Constitución

1.- La finalidad constitucional que persigue el artículo 149°. 1.1 Nuestra historia constitucional y la diversidad cultural (un breve repaso). 1.2 La Constitución multicultural de 1993. 1.3 La finalidad constitucional que persigue el artículo 149°. **2.- ¿Cuál es la moral sustantiva y procedimental que debe informar al artículo 149° de la Constitución?** 2.1 La moral sustantiva que debe informar al artículo 149° de la Constitución (el “Sistema EGV” y el “multiculturalismo liberal de Will Kymlicka”). 2.2 La moral procedimental que debe informar al artículo 149° de la Constitución (“Lon Fuller y la moral interna del Derecho”). **3.- El multiculturalismo liberal como propuesta constitucionalmente idónea para interpretar el artículo 149° de la Constitución.**

Se ha referido a lo largo del presente trabajo que nuestro principal objetivo está orientado a sentar las bases teóricas que sirvan para arribar a la mejor interpretación constitucional del artículo 149°. Y, en ese sentido, hemos creído conveniente despejar, en primer lugar, las controversias de naturaleza material y semántica que rodean a dicho precepto constitucional. De ahí que en el capítulo III nos hayamos dedicado a desentrañar cuál es la fundamentación filosófico-política material que subyace a la Constitución de 1993, así como a expresar cuál es el concepto de derechos fundamentales que ella adopta. Toca ahora, entonces,

desarrollar una interpretación constitucional del artículo 149° y justificar por qué el multiculturalismo liberal resulta ser una propuesta constitucionalmente idónea para sustentar dicha interpretación.

No obstante, con fines metodológicos y con el objeto de lograr una mayor precisión en la realización de nuestro trabajo, antes de iniciar el desarrollo *in stricto* del presente capítulo, corresponderá realizar un ejercicio orientado a revelar cuál es el alcance de cada uno de los términos que comúnmente se emplea con la intención de describir el fenómeno que nos plantea la diversidad cultural.

Tanto desde la sociología, como desde la política y la ética, se han ensayado diferentes denominaciones para aludir a la cuestión cultural. Generalmente se apela de manera indistinta a los términos *pluralismo*, *multiculturalismo* e *interculturalidad*. No obstante, “los tres escenifican un contexto que, históricamente, ha ido pasando de una situación de clara prevalencia de una cultura –monocultural– a otra en la que se avistaba una pluralidad de visiones –policultural–, que nos pone en el camino de entender dicha pluralidad de visiones –primero en el interior de la propia cultura occidental, y después, por relación con *otras* culturas– bajo el común denominador de una situación multicultural, entendida como organización de las distintas culturas en un mismo marco sociocultural –casi siempre occidental– de referencia. Es el paso obligado para poder hablar de multiculturalismo”²³⁸. Sin embargo, “esta línea de continuidad entre los términos de *pluralismo cultural* y de *multiculturalismo* –a juicio de González R. Arnaiz– queda rota por el propio significado del término *interculturalidad*”²³⁹. Ello por cuanto el término interculturalidad “supone un salto cualitativo en la consideración de la exigencia de una visión –ética– y de una gestión –política– del intercambio entre las culturas”²⁴⁰.

Antes de ingresar en el análisis particular que merecen estos tres términos, queremos presentar algunos tipos propuestos por la Teoría Social para comprender al componente “social” impregnado de la diversidad cultural.

En ese sentido, se presenta así en primer lugar una sociedad *monocultural*, la misma que promueve una homogeneidad cultural y, por tanto, un efecto de irradiación colonizador. Se caracteriza por su ausencia de tolerancia frente a las culturas minoritarias u otras culturas. En consecuencia, este modelo de sociedad promueve el fenómeno de asimilación en su objetivo de homologación cultural.

El segundo tipo está referido a la sociedad *pluricultural*, la misma que profesa un escenario de mayor apertura ya que reconoce y respeta a las minorías, siempre y cuando, éstas compartan con la cultura que las acoge (mayoritaria) un núcleo

²³⁸ González R. Arnaiz, Graciano (2008) *Interculturalidad y convivencia. El “giro intercultural” de la filosofía*. Madrid, Editorial Biblioteca Nueva S. L., p. 50.

²³⁹ *Ibidem*, pp. 50, 51. Para Giovanni Sartori el multiculturalismo no es una extensión y continuación de pluralismo sino, por el contrario, su negación. Puede verse su propuesta en Sartori, Giovanni (2001) *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Traducción de Miguel Ángel Ruíz de Azúa. Madrid, Grupo Santillana de Ediciones S.A.

²⁴⁰ González R. Arnaiz, Graciano (2008) *Interculturalidad y ...*, ob. cit., p. 51.

valorativo mínimo e irrenunciable. En esa línea, entonces, será la tolerancia y el respeto recíproco los que permitan la expresión de la diferencia.

Finalmente, la sociedad *multicultural* partirá de la lógica pluricultural pero avanzará un paso más en la medida que asumirá la coexistencia de culturas diferentes en el mismo espacio socio-histórico-cultural. Por ello, el principal referente de acción será el “reconocimiento” ya que éste posibilita la reivindicación política del derecho a la diversidad cultural y a la vez promueve una relación simétrica entre las distintas culturas.

Descrita esta cuestión previa, quedamos llanos para analizar cómo los términos *pluralismo*, *multiculturalismo* e *interculturalidad*, de manera diacrónica, han ido configurando los diferentes momentos de la diversidad e intercambio cultural hasta nuestra realidad actual.

i. Pluralismo. El término pluralismo puede ser abordado desde diferentes perspectivas, no obstante, para fines del presente capítulo haremos una lectura social y sociológica de sus alcances. Social, porque recoge una situación fáctica innegable como es el hecho de la existencia de una variedad de cosmovisiones, y sociológica por el desarrollo que la Teoría Social ha realizado sobre la misma. A partir de este enfoque se presentarán, pues, tres clases de pluralismo a saber: axiológico, social y cultural.

El pluralismo *axiológico* supone una situación social en la que coexisten distintos sistemas valorativos que obedecen a cosmovisiones diferentes. En esa línea, entonces, será símbolo de pluralismo axiológico la existencia de diversos códigos, de distintos valores que los fundamentan y de razones (amparadas en dichos valores) que los legitiman. Sin embargo, este tipo de pluralismo afronta el problema de ¿cómo determinar al valor de los valores?, ¿de cómo dirimir las diferencias entre los sistemas valorativos que coexisten?

Por su parte, el pluralismo *social* es una variante del pluralismo axiológico, en el sentido de que parte del reconocimiento de una realidad plural, donde coexisten diferentes modelos de vida y proyectos institucionales. En esa línea, entonces, el criterio orientador que prima para este tipo de pluralismo será el reconocimiento de las diferencias y la intención de preservar un orden social a pesar de la pluralidad.

Finalmente, el pluralismo *cultural* alude al reconocimiento de varias culturas que coexisten en el mismo espacio sociológico e histórico. Este tipo de pluralismo se caracteriza por la tolerancia, entendida como reconocimiento y respeto de otras culturas que conviven en un igual espacio físico.

ii. Multiculturalismo. Como ya se refirió *supra*, el multiculturalismo parte del pluralismo sociológicamente descrito, pero además manifiesta una clara vocación

política en relación con el factor cultura. Por ello, su principal referente de acción será el “reconocimiento”, ya que éste posibilita la reivindicación política del derecho a la diversidad cultural y, a la vez, promueve una relación simétrica entre las distintas culturas²⁴¹. De ahí que, tal como opina Graciano González, el multiculturalismo “opera ya con una clara concepción de la cultura como clave de la identidad personal y colectiva. Dicho en positivo, el multiculturalismo opera con la idea de que la cultura es el horizonte total de la existencia humana”²⁴². En consecuencia, en un contexto cultural occidental, que es donde históricamente aparece el planteamiento del multiculturalismo, éste puede ser entendido como la organización política de la diversidad cultural al interior de un determinado territorio²⁴³.

No obstante lo descrito, siguiendo a Amartya Sen, podemos señalar que “existen dos enfoques básicamente diferenciados del multiculturalismo: uno de ellos se concentra en la promoción de la diversidad como valor en sí mismo; el otro hace hincapié en la libertad de razonamiento y de toma de decisiones, y celebra la diversidad cultural en la medida en que es elegida con tanta libertad como sea posible por las personas involucradas”²⁴⁴. Enfoques que se traducen en lo que se conoce como multiculturalismo “comunitarista” y multiculturalismo “liberal”, respectivamente.

En esa línea, interpretando a Amartya Sen, el profesor Fidel Tubino ha precisado que “el multiculturalismo comunitarista hace de la diversidad cultural un valor en sí y de su respeto un fin último[, y que e]l relativismo cultural es epistemológicamente el sustento de este tipo de multiculturalismo. [En tanto que] (...) el multiculturalismo liberal hace del reconocimiento a la diversidad cultural un medio y de la libertad cultural un fin”²⁴⁵.

Pero ¿qué entendemos por “libertad cultural”? “La libertad cultural presupone, en primer lugar, que la identidad de un individuo no es única sino que es

²⁴¹ A juicio del Tribunal Constitucional “el multiculturalismo puede ser comprendido de dos maneras: como la descripción u observación de determinada realidad social, y también como una política de Estado que en base al reconocimiento de tal realidad, pretende reconocer derechos especiales a minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1126-2011-HC, caso Juana Griselda Payaba Cachique, F.J. 13.

²⁴² González R. Arnaiz, Graciano (2008) *Interculturalidad y ...*, ob. cit., pp. 59, 60.

²⁴³ En opinión de Will Kymlicka “un Estado genuinamente multicultural reconoce que los ciudadanos no sólo son diferentes en su idioma y su cultura, sino que también son diferentes de diversas maneras, y que entonces se relacionarán con el Estado de maneras diferentes, y con distintas formas de pertenencia multicultural al Estado. Para algunos, el multiculturalismo involucrará la reducción de las barreras hacia la integración en la sociedad de las mayorías (*mainstream*), para así poder relacionarse directamente con el Estado; para otros, involucrará fortalecer los poderes del autogobierno, para así relacionarse al Estado de una manera federativa o de ‘cosociedad’, mediada por su participación en el gobierno autónomo de su propio grupo. Un ‘Estado multicultural’ es el que se reforma a sí mismo para hacer posible varias formas de pertenencia multicultural”, en: Kymlicka, Will (2003) “Estados multiculturales y ciudadanos interculturales”. En: *Actas del V Congreso Latinoamericano de Educación Intercultural Bilingüe “Realidad multilingüe y desafío intercultural. Ciudadanía, cultura y educación”*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú y Cooperación Alemana al Desarrollo (GTZ), 2003, p. 53.

²⁴⁴ Sen, Amartya (2007) *Identidad y violencia. La ilusión del destino*. Traducción de Verónica Inés Weinstabl y Servanda María de Hagen. Buenos Aires, Katz Editores, pp. 201, 202.

²⁴⁵ Tubino, Fidel (2009) “Los desafíos de las políticas y las culturas: ¿interculturalismo o multiculturalismo? En: *Memoria. Revista sobre cultura, democracia y derechos humanos*, Lima, 2009, N° 6, p. 24.

múltiple y que dicha multiplicidad depende de la diversidad de contextos de pertenencia de este²⁴⁶. En segundo lugar, que nadie está determinado de manera a priori a permanecer en el marco de su cultura de pertenencia u origen porque la cultura no es destino. Las personas tenemos el derecho a ‘cuestionar la aprobación automática de las tradiciones pasadas, cuando las personas encuentran una razón para cambiar de forma de vida’. En otras palabras, que nuestra pertenencia cultural sea nuestro punto de partida no significa que debe ser necesariamente nuestro punto de llegada. Pero para que la elección cultural sea verdaderamente libre deben generarse las condiciones que la hagan posible. Así, por ejemplo, es muy común tener que escoger entre una lengua que posee funciones públicas solo a nivel local y otra que tiene funciones públicas a nivel local y a nivel nacional. En este caso, no existen las condiciones para ejercer la «libertad cultural»²⁴⁷.

En consecuencia, el multiculturalismo es consciente de que para alcanzar esa libertad cultural en un contexto de diversidad es necesario apelar a la implementación de políticas de reconocimiento y de protección externa para las culturas (sin que esta protección signifique legitimar restricciones a la autonomía por razones culturales).

iii. Interculturalidad. Para clarificar los alcances de este término es necesario distinguir en primer lugar entre la interculturalidad como concepto descriptivo y la interculturalidad como propuesta ético-política.

Como concepto descriptivo, hace referencia a las distintas formas de relación entre las culturas que encontramos en la vida social. En tanto que como propuesta ético-política, la interculturalidad ha sido promovida principalmente en América Latina²⁴⁸ como consecuencia de la existencia de una población indígena significativa, y busca básicamente otorgar solución a los problemas que generan la discriminación positiva y la acción afirmativa que no son resueltos por el multiculturalismo. Si como se dijo, el multiculturalismo dio un paso más que el pluralismo. En el caso del interculturalismo, éste avanzó más que el

²⁴⁶ Como señala Sen, “existe una gran variedad de categorías a las que pertenecemos simultáneamente. Puedo ser, al mismo tiempo, asiático, ciudadano indio, bengalí con antepasados bangladesíes, residente estadounidense o británico, economista, filósofo diletante, escritor, especialista en sánscrito, fuerte creyente en el laicismo y la democracia, hombre, feminista, heterosexual, defensor de los derechos de los gays y las lesbianas, con un estilo de vida no religioso, de origen hindú, no ser brahmán y no creer en la vida después de la muerte (y tampoco, en caso de que se haga la pregunta, creer en una “vida anterior”). Éste es sólo un pequeño ejemplo de las diversas categorías a las que puedo pertenecer simultáneamente. Por supuesto, existen también muchas otras categorías de pertenencia que, según las circunstancias, pueden movilizarme y comprometerme”, en: Sen, Amartya (2007) *Identidad y violencia...*, ob. cit., pp. 43, 44.

²⁴⁷ Tubino, Fidel (2009) “Los desafíos de las políticas y las culturas...”, ob. cit., p. 24.

²⁴⁸ Precisa Tubino que “la interculturalidad como propuesta ético-política ha sido elaborada preferentemente en América Latina y en algunos países europeos. En el caso latinoamericano surge dentro de la problemática y de los últimos planteamientos de la educación bilingüe de los pueblos indígenas. En Europa los planteamientos interculturales se han empezado a esbozar a partir de la problemática cultural y social que se origina con el acrecentamiento de los flujos migratorios del hemisferio sur al hemisferio norte”, Tubino, Fidel (2002) “Entre el multiculturalismo y la interculturalidad: más allá de la discriminación positiva”. En: Fuller, Norma (2002) (editora) *Interculturalidad y política: desafíos y posibilidades*. Lima, Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, p. 73.

multiculturalismo y, ello, porque no solo busca el reconocimiento, sino también la transformación estructural. De ahí que se pueda afirmar con razón que la interculturalidad como propuesta ético-política es esencialmente transformativa.

No obstante lo dicho, cabe precisar que la interculturalidad ha adquirido a través del tiempo diferentes sentidos. Así se tiene que cuando los sociólogos la estudian inciden en describir y explicar las distintas formas en que las culturas se relacionan. Denominándosele, por tanto, “interculturalidad de hecho”. Por su parte, los filósofos y educadores analizan y plantean la interculturalidad como un ideal de deber ser que se basa en el diálogo y en el reconocimiento de la diversidad. A esta interculturalidad se le llama “normativa”. En tanto que cuando la interculturalidad es aludida por los líderes indígenas, hacen referencia a la revalorización intracultural de las identidades étnicas²⁴⁹.

Finalmente, creemos que es necesario señalar que el interculturalismo se diferencia del multiculturalismo básicamente por dos razones: “primero, porque apunta no solo a incluir las diferencias en los espacios públicos sino a interculturalizar estos espacios. Es decir, a redefinir no solo los procedimientos y las reglas de juego que los norman, sino a cambiar la cultura común que está en la base de la comunicación entre diferentes. Segundo, porque el interculturalismo latinoamericano es consciente de que la injusticia cultural es la otra cara de la injusticia distributiva. Por ello apuesta por soluciones que articulen políticas de reconocimiento con políticas de redistribución y de participación ciudadana”²⁵⁰.

1. La finalidad constitucional que persigue el artículo 149°

Para sentar las bases teóricas de una interpretación multicultural liberal del artículo 149° de la Constitución, necesariamente debe identificarse la finalidad constitucional que persigue dicho artículo. En las próximas líneas nos dedicaremos a esa tarea.

1.1 Nuestra historia constitucional y la diversidad cultural (un breve repaso)

Antes de la promulgación de la Constitución de 1993, refiere Gorki Gonzales, “no existe antecedente constitucional en el Perú que nos remita al tratamiento del derecho a la identidad cultural y étnica. La tradición constitucional se ha mantenido de espaldas al reconocimiento de esta realidad. (...) [Y ello se debe en buena parte a que] todas las constituciones de las que da cuenta nuestra historia republicana han coincidido pertinazmente en la idea de equiparar la unidad política, es decir la noción de Estado, a la unidad cultural, entendida ésta como nación. (...) [P]ara la utopía republicana –afirma Gonzales–,

²⁴⁹ Cfr. Tubino, Fidel (2009) “Los desafíos de las políticas y las culturas...”, ob. cit., p. 27.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 22.

el Estado peruano se funda en la nación. Ambos conceptos se entrelazan e identifican a partir de una visión, en la cual la comunidad humana que realiza la gesta libertadora y que crea el Estado y la república en el siglo XIX, es una comunidad nacional. (...) Desde la Constitución de 1823, en la cual se afirma que, ‘todas las provincias del Perú, reunidas en un sólo cuerpo forman la Nación peruana’ (artículo 1º), hasta la Constitución de 1920, la identificación explícita entre Nación y Estado ha sido una constante, llegando en algunos casos a tener matices aún más radicales, como en las Constituciones de 1828, 1839, 1860 y 1920, en las cuales se llegó a sostener que ‘la nación peruana es la asociación política de todos los peruanos’²⁵¹. Es decir, desde los orígenes de la república, por voluntad de sus propios legisladores, el Estado peruano ha sido concebido como una única comunidad cultural²⁵².

No obstante, a partir de la Constitución de 1920 se empezará a internalizar la idea de que el Perú es una sociedad caracterizada por lo diverso, vale decir, una sociedad donde coexiste más de una etnia y más de una cultura. De ahí que este texto constitucional establezca la obligación estatal de proteger a la raza indígena y reconozca la necesidad de expedir leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades.

Así, pues, el artículo 58º de la Constitución de 1920²⁵³ establecerá que:

“El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades.

La nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan”.

La Constitución de 1933, por su parte, ratificará esa voluntad de reconocimiento de lo plural expresada por el constituyente de 1920. Así se tiene que en el Título XI, denominado “Comunidades de Indígenas”, el texto de 1933 reconocerá la existencia legal y personería jurídica de las comunidades (art. 207º); garantizará la integridad de la propiedad comunal (art. 208º); así como la imprescriptibilidad, inajenabilidad e inembargabilidad de dicha propiedad, no obstante admitirá la expropiación por causa de utilidad pública (art. 209º); otorgará facultad a las comunidades para la recaudación y administración de sus rentas y bienes (art. 210º); y, reconocerá la posibilidad de dictar legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa que las condiciones peculiares de los indígenas exijan (art. 212º).

²⁵¹ Gonzales Mantilla, Gorki (1996) “Identidad cultural y paradigma constitucional...”, ob. cit., p. 246.

²⁵² Según afirma el Tribunal Constitucional “el proceso de conquista y de creación y expansión del Estado peruano (...) decidió obviar toda diferenciación cultural a fin de iniciar la construcción de una sola identidad nacional”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1126-2011-HC, caso Juana Griselda Payaba Cachique, F.J. 19.

²⁵³ Para consultar el texto completo de todas las Constituciones que ha tenido el Perú puede revisarse García Belaunde, Domingo (2006) *Las Constituciones del Perú*. Lima, Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Tomos I y II.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, la idea de que el Perú es una sociedad caracterizada por lo diverso será interpretada por los legisladores y gobernantes con un enfoque diferente al que razonablemente se podría desprender de los textos constitucionales reseñados.

No estaba en la mente de los gobernantes concebir el reconocimiento de la cultura indígena como un elemento constitutivo de la identidad de la nación. Un significativo ejemplo de esta afirmación fueron las palabras del ex Presidente Augusto B. Leguía pronunciadas en su discurso del 3 de julio de 1924: “Las dos terceras partes de nuestra población están constituidas por los indios. Y el indio es apenas una gran víctima a la que abaten las servidumbres acumuladas del pasado y los abusos incalificables del presente. (...) El indio es (...) agricultor que cultiva las tierras con rara maestría; productor de casi todas nuestras riquezas; trabajador infatigable en las mortíferas labores mineras y, por último, es casi el único soldado del ejército nacional. (...) Urge, pues, reintegrar al indio a la vida nacional, protegiendo eficazmente su vida, su salud; instruyéndole y amparando sus derechos, entre los cuales el principal es el de la propiedad. Yo prometo solemnemente rehabilitar al indio a la vida del derecho y la cultura porque ya es tiempo de acabar con su esclavitud que es una afrenta para la República y un crimen intolerable para la Justicia”²⁵⁴ (subrayado nuestro).

Y es que en efecto, como sostiene Gorki Gonzales, el reconocimiento de la condición de deterioro en la que se encontraba inmersa la población indígena no significaba aceptar la vigencia de su cultura en el Perú. Las palabras del ex Presidente Leguía, en forma implícita, daban cuenta de su visión etnocéntrica y homogeneizadora: la vida nacional es una sola y el indio se encuentra al margen de ella. El Derecho y la cultura (occidentales) serán el único instrumento para la integración del indio a la vida nacional y al progreso, el cual se percibe entonces como una promesa que alberga al interior de sí un propósito contradictorio: en él se combinan la promesa de liberación y la exigencia del sometimiento²⁵⁵.

Cabe recordar también que antes de la Constitución de 1979 no existe antecedente de reconocimiento a las comunidades indígenas de recibir instrucción en su lengua de origen²⁵⁶. Si bien es cierto en el marco de lo

²⁵⁴ Basadre, Jorge (1968) *Historia de la República del Perú 1822-1933*. 6ta. Ed. aumentada y corregida. Lima, Editorial Universitaria, Tomo XIII, pp. 308, 309.

²⁵⁵ Gonzales Mantilla, Gorki (1996) “Identidad cultural y paradigma constitucional...”, ob. cit., p. 247.

²⁵⁶ En el Informe sobre Desarrollo Humano 2004, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) advierte de la importancia para los pueblos de preservar su lengua originaria a fin de conservar su identidad. En esa línea refiere que “el uso de la lengua nativa suele ser el tema más impugnado en los estados multiculturales. Algunos países han tratado de eliminar las lenguas de los pueblos, calificando su uso de subversivo. (...) La elección de la lengua oficial –aquella utilizada en la escolarización, en los debates legislativos y la participación cívica, y en el comercio– establece los obstáculos y ventajas que enfrentarán los individuos en la vida política, social, económica y cultural. (...) Reconocer una lengua implica más que su mera utilización. Simboliza el respeto por las personas que la hablan, su cultura y su inclusión total en la sociedad. El Estado puede mostrarse ciego ante la religión, pero no puede quedarse mudo ante la lengua. Para experimentar una sensación de pertenencia, los ciudadanos necesitan comunicarse y la elección de una lengua oficial simboliza la identidad nacional”, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2004) *Informe sobre Desarrollo Humano 2004. La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*. Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, pp.

establecido por el artículo 212^o²⁵⁷ de la Constitución de 1933, el 1 de abril de 1941 se promulgó la Ley N° 9359, Ley Orgánica de Educación Pública²⁵⁸, la misma que señala como uno de los fines capitales para las escuelas rurales de los lugares en que predomina el uso de las lenguas indígenas “el aprendizaje del castellano” (art. 122°); y, asimismo establece que “las lenguas indígenas podrán usarse como medio de iniciación en la cultura” (art. 123°) y que “en las escuelas elementales en que la mayoría del alumnado sólo posea el idioma nativo, la enseñanza será dada en éste, procediéndose por medios pedagógicos a la más pronta castellanización del aborígen” (art. 124°); el espíritu de dicha ley, como puede apreciarse, es homogeneizador, habida cuenta que expresa una tendencia clara a la castellanización de los indígenas, por tanto, supone una negación de la realidad cultural nativa.

Finalmente, a fin de cerrar este breve repaso por nuestra historia constitucional y la diversidad cultural, debemos referir que la Constitución de 1979, a pesar de que representa un paradigma normativo por su compromiso con la protección de los derechos fundamentales y la introducción de la justicia constitucional en nuestro sistema jurídico, si bien es verdad no fue insensible a la realidad cultural de nuestro país, al igual que todas las otras constituciones tampoco consideró a la identidad cultural en su catálogo de derechos fundamentales, asumiendo con esta decisión un compromiso débil con el pluralismo cultural.

No obstante ello, en su artículo 34° establece que “el Estado preserva y estimula las manifestaciones de las culturas nativas”, sin embargo, en el artículo 161° precisa que el Estado “propicia la superación cultural de los integrantes” de las comunidades campesinas y nativas; será, pues, esta contradicción la que deja entrever que el objetivo estatal, según la Constitución de 1979, es la asimilación de las culturas nativas por parte de la cultura mayoritaria, y no una verdadera promoción y respeto por la diversidad cultural²⁵⁹.

8, 9. El texto completo del Informe también puede consultarse en línea: <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2004/>.

²⁵⁷ Artículo 212°.- “El Estado dictará la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exigen”.

²⁵⁸ El archivo oficial de la Ley N° 9359 puede ser consultado en línea: http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyNume_1p.asp.

²⁵⁹ Recientemente el Tribunal Constitucional ha advertido que “el reconocimiento de otras culturas o identidades no debe ser confundido con políticas de asimilación. [Y ello porque] el concepto de asimilación está construido sobre percepciones que observan que otras culturas minoritarias son ‘menos avanzadas’, y como consecuencia de ello estarían irremediabilmente destinadas a perder su identidad en un proceso de ‘superación cultural’, al ser absorbidas por la sociedad dominante. Por el contrario, una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanías diferenciadas, es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas. [En tal sentido,] la premisa de la que se [debe] part[ir] es que deben dejarse atrás perspectivas que situaban a los pueblos indígenas como culturas de menor desarrollo y valía y pasar a reconocerlas como iguales, con el mismo valor y legitimidad que la llamada cultura dominante”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1126-2011-HC, caso Juana Griselda Payaba Cachique, F.J. 15.

1.2 La Constitución multicultural de 1993

En el Perú, el derecho a la “identidad étnica y cultural” ha sido recogido primigeniamente en la Constitución de 1993 (artículo 2º, inciso 19). Este hecho constitucional supone el reconocimiento de nuestro país como una sociedad pluriétnica y pluricultural²⁶⁰; lo que se traduce en la obligación estatal de respetar, reafirmar, promover y defender el pluralismo cultural. De ahí que la voluntad constitucional expresada en el referido artículo 2º inciso 19 sea reforzada por el artículo 89º cuando en su parte *in fine* establece que “el Estado respeta la identidad cultural de la Comunidades Campesinas y Nativas”.

No obstante ese reconocimiento de nuestra realidad pluricultural expresado en los preceptos que acabamos de mencionar, existe un bloque normativo con el cual la propia Constitución pretende garantizar el derecho a la diferencia, de autonomía y de participación de los grupos culturales minoritarios (comunidades campesinas y nativas en particular)²⁶¹.

Así se tiene que la Constitución ofrece una especial protección al patrimonio cultural de la Nación (artículo 21º²⁶²); reconoce la oficialidad del idioma quechua, aimara y demás lenguas aborígenes en los territorios donde predominen (artículo 48º²⁶³); fomenta la educación bilingüe e intercultural (artículo 17º²⁶⁴); y, en general, preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país (artículo 17º).

Asimismo, la Constitución reconoce existencia legal y considera personas jurídicas a las Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 89º²⁶⁵). Les confiere

²⁶⁰ El Tribunal Constitucional ha afirmado que con el reconocimiento del artículo 2º inciso 19, “el Constituyente ha proyectado en la Constitución formal un elemento esencial de la Constitución material de la Nación peruana: su multiculturalismo y pluriétnicidad”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0020-0021-2005-PI (acumulados), caso Presidente de la República, F.J. 99.

²⁶¹ Sin embargo, debe precisarse que la Constitución multicultural de 1993 no se agota con las disposiciones que sobre la promoción y respeto a la diversidad cultural pueda albergar. En efecto, conforme señala la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, en consecuencia, todos los tratados internacionales ratificados por el Perú que promuevan el reconocimiento y la defensa de la diversidad cultural serán normas directamente aplicables en nuestro ordenamiento jurídico. Así se tiene, por ejemplo, que el artículo 2º inciso 19) se robustece en su contenido (definición y alcances) con lo establecido por el artículo 27º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que “en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”; así como con las normas que recoge el Convenio N° 169 de la OIT.

²⁶² Artículo 21º.- “Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado”.

²⁶³ Artículo 48º.- “Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes según la ley”.

²⁶⁴ Artículo 17º.- “El Estado (...) fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país”.

²⁶⁵ Artículo 89º.- “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así

facultad jurisdiccional para resolver sus controversias de acuerdo al derecho consuetudinario (artículo 149^{o266}). Reconoce su autonomía en el ámbito económico y administrativo, así como en lo que a su organización y disposición de las tierras se refiere (artículo 89^o); y, garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal, así como su imprescriptibilidad (artículo 88^{o267} y 89^o).

Finalmente, la Constitución también promueve la participación política de las comunidades campesinas y nativas (artículo 191^{o268} *in fine*).

Estas disposiciones constitucionales, como advierte el Tribunal Constitucional, aunadas a “la dignidad humana –como premisa antropológica–, constituye la dimensión principal del contenido [multi]cultural de nuestra Constitución, es decir, el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social; el cual abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias”²⁶⁹.

En esa línea, entonces, los supuestos contemplados en los artículos 2^o inciso 19 (derecho fundamental a la identidad étnica y cultural), 17^o (educación bilingüe e intercultural), 48^o (oficialidad del quechua y aimara), 89^o (identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas), 149^o (facultad jurisdiccional para aplicar el derecho consuetudinario) y 191^o (representación política de las comunidades campesinas y nativas) aluden al patrimonio cultural *inmaterial*²⁷⁰, en tanto que el supuesto recogido por los artículos 21^o y 88^o de la Constitución configuran el patrimonio cultural *material* de la nación peruana.

como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior”.

²⁶⁶ Artículo 149^o.- “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona”.

²⁶⁷ Artículo 88^o.- “El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta”.

²⁶⁸ Artículo 191^o.- “(...) La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Consejos Municipales”.

²⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0042-2004-AI, caso Luis Alejandro Lobatón Donayre en representación de más de cinco mil ciudadanos, F.J. 1.

²⁷⁰ De acuerdo a la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (París, 17 de octubre de 2003), se entiende por patrimonio cultural inmaterial a “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana” (artículo 2^o). Asimismo, señala dicha Convención que el patrimonio cultural inmaterial se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes: “a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; y, e) técnicas artesanales tradicionales” (artículo 2^o).

Será pues ese patrimonio cultural *inmaterial* el que permita afirmar que la Constitución multicultural de 1993 no sólo es *ratio*, sino también *emotio*. Es decir, si bien es cierto las constituciones se fundamentan en la racionalidad de las personas como capacidad para hacer conjugar sus intereses individuales con los de los demás, no pueden negar esa dimensión emocional inherente a todo ser humano. De ahí que sea justamente en atención a esa dimensión emocional que nuestra Constitución reconozca lo que hemos venido a denominar nuestro patrimonio cultural *inmaterial*²⁷¹.

No obstante todo lo dicho en las líneas que preceden, sí es necesario precisar que el hecho de que la Constitución haya reconocido al Estado peruano como una sociedad pluriétnica y pluricultural, y, en ese sentido, se haya asumido que existe una obligación estatal de respetar, reafirmar, promover y defender el pluralismo cultural; ello no supone que las distintas costumbres y manifestaciones culturales como expresión del pluralismo cultural se realicen en contravención del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución recoge, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1º), la autonomía de la voluntad como concretización de la libertad (artículo 2º inciso 1), la igualdad (artículo 2º inciso 2) y la forma democrática de gobierno (artículo 43º). Más aún, si como dice el Tribunal Constitucional, “en una sociedad tan heterogénea y plural como la nuestra – integrada por una cultura autóctona y originaria, y por una cultura mestiza o criolla–, es necesario que se reconozcan determinados valores democráticos y culturales que deben ser compartidos por todos, sin que ello implique un desconocimiento de la idiosincrasia de cada comunidad. Se requiere, pues, establecer la unidad dentro de la diversidad y el pluralismo”²⁷².

1.3 La finalidad constitucional que persigue el artículo 149º

No hay duda de que cuando nuestra Constitución confiere, a través de su artículo 149º, a las comunidades campesinas y nativas el ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo al derecho consuetudinario, se ratifica en su compromiso de respetar, reafirmar, promover y defender el pluralismo cultural.

Con la regulación del fuero especial de las Comunidades Campesinas y Nativas se reconocerá, pues, su autonomía jurisdiccional y se hará del respeto de ella la finalidad que persigue el artículo 149º de la Constitución. Como consecuencia de ello, las comunidades, en el marco de su competencia jurisdiccional autonómica, tendrán facultad para designar a sus propias autoridades judiciales, establecer los procedimientos de juzgamiento, así como la

²⁷¹ Para Häberle la Constitución “no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos”, Häberle, Peter (2000) *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción e introducción de Emilio Mikunda. Madrid, Editorial Tecnos S.A., p. 34.

²⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0042-2004-AI, caso Luis Alejandro Lobatón Donayre en representación de más de cinco mil ciudadanos, F.J. 3.

facultad para determinar los tipos de sanciones que se pueden aplicar a los diferentes casos.

De ahí que formará parte del contenido esencial del derecho a la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas el derecho que tienen para resolver sus conflictos intersubjetivos de acuerdo a las normas que conforman su Derecho y a las tradiciones que los identifican; siempre y cuando la aplicación de dicho Derecho y de dicha tradición no supongan una violación a los derechos fundamentales de las personas.

De lo expuesto brevemente se desprenden, entonces, algunos puntos importantes a tratar: i) autonomía jurisdiccional; ii) tipos de procedimientos a emplear; y, iii) tipo de sanciones a aplicar. Veamos, pues, cada uno de ellos con mayor precisión.

i. Autonomía jurisdiccional de la Comunidades Campesinas y Nativas. Atendiendo la importancia que tiene el valor de la diversidad cultural, así como el principio de pluralismo para nuestra Constitución, no resultará válido que cualquier norma, incluso constitucional, pretenda limitar la autonomía jurisdiccional de las Comunidades Campesinas y Nativas.

La única manera de que se produzca una interpretación coherente entre la limitación impuesta por el artículo 149° (ejercicio de la función jurisdiccional de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no se violen los derechos fundamentales de la persona) y la garantía de la diversidad cultural y el principio de pluralismo, será aceptando que solo aquellas normas fundadas en valores superiores al de diversidad cultural están legitimadas para imponerse a la autonomía jurisdiccional de las Comunidades Campesinas y Nativas. Si se acepta cualquier limitación normativa a dicha autonomía jurisdiccional “el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”²⁷³.

²⁷³ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° T-349/96, punto 2.3. A este respecto, resulta pertinente revisar en su totalidad el razonamiento de la Corte Constitucional de Colombia expuesto en el fundamento jurídico 48 de su Sentencia N° SU-510/98: “La Corte ha entendido que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, (...), se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones. Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (C.P., artículo 2°), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (C.P., artículos 1° y 2°) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (C.P., artículos 13 y 70). (...) En consecuencia, la Corporación ha considerado que, frente a la disyuntiva antes anotada, la Carta Política colombiana ha preferido una posición intermedia, toda vez que no opta por un universalismo extremo, pero tampoco se inclina por un relativismo cultural incondicional. Según la Corte, ‘sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural’, afirmación que traduce el hecho de que la diversidad étnica y cultural (C.P., artículo 7°), como principio general, sólo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir (C.P., artículos 246 y

Ahora bien, esta autonomía jurisdiccional puede propiciar algunas controversias. Así, pues, básicamente se pueden suscitar problemas en la articulación producida entre la jurisdicción comunal y el sistema jurisdiccional nacional; así como en relación a la competencia que tiene dicha jurisdicción comunal para establecer procedimientos y definir sanciones. Sobre estas competencias nos referiremos de manera independiente.

En lo que a la articulación de la jurisdicción comunal con el sistema jurisdiccional nacional se refiere, las controversias que fundamentalmente se pueden presentar están vinculadas al “fuero comunal”, es decir, a la delimitación de la competencia.

La declaración constitucional de la jurisdicción especial de las Comunidades Campesinas y Nativas supone el reconocimiento del derecho que tienen los miembros de dichas comunidades a ser juzgados por sus propias autoridades y de acuerdo a las normas y procedimientos de la comunidad a la que pertenecen, “en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo”²⁷⁴.

En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha referido que “en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”²⁷⁵. En consecuencia, el fuero comunal tiene que ser protegido en aquellos casos donde confluyen de manera simultánea el elemento personal y el geográfico.

No obstante, pueden producirse algunos supuestos excepcionales en los cuales no es tan fácil determinar la competencia. Aquí resulta muy útil considerar el razonamiento empleado por la Corte Constitucional de Colombia:

“(…) la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primero caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el

330). En efecto, el respeto por el carácter normativo de la Constitución (C.P., artículo 4º) y la naturaleza principal de la diversidad étnica y cultural, implican que no cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre esta última, como quiera que sólo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a éste. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, aunque el texto superior se refiere en términos genéricos a la Constitución y a la ley como límites a la jurisdicción indígena, ‘resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía’.”

²⁷⁴ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° T-496/96, punto 2.2.

²⁷⁵ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° T-496/96, punto 2.2.

segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo:

a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos²⁷⁶.

ii. Tipos de procedimientos que pueden emplear las Comunidades Campesinas y Nativas. Si bien es cierto del contenido del artículo 149° se desprende que su finalidad es conceder a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas autonomía jurisdiccional para establecer los procedimientos de juzgamiento a los que deberán ser sometidos sus miembros cuando incurran en una conducta prohibitiva, esta autonomía no las legitima para obviar el cumplimiento de una regla básica en todo sistema jurídico: la institución del “debido proceso”.

Ello supondrá, por tanto, que los procedimientos, a fin de que sean constitucionalmente válidos, al momento de su aplicación deben estar previamente regulados o establecidos, deben ser conocidos por todos los miembros de la comunidad y deben dejar en claro cuál es la sanción a imponerse después de su prosecución.

²⁷⁶ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° T-496/96, punto 2.2.

No obstante, cabe señalar que si bien es cierto la Constitución busca que se cumplan las garantías mínimas del debido proceso aludidas, no desatiende la exigencia de que la verificación del cumplimiento de dichas garantías se haga en clave cultural, vale decir, tomando en consideración los usos y costumbres de las comunidades.

iii. Tipos de sanciones que pueden aplicar las Comunidades Campesinas y Nativas. La autonomía jurisdiccional de las Comunidades Campesinas y Nativas también se encuentra limitada por el tipo de sanciones que se pueden imponer. Tal como prescribe el artículo 149° de la Constitución, el gran límite a la aplicación del derecho consuetudinario lo constituye el respeto por los derechos fundamentales.

Planteadas así esta premisa pareciera ser que se quiere imponer la perspectiva liberal (o mejor dicho la universalidad de los tan proclamados derechos fundamentales). Sin embargo, no hay duda de que existen algunos derechos y valores que constituyen un mínimo en todo contexto y sobre los cuales no hay parámetro de negociación alguno, toda vez que su afectación supone un atentado contra los bienes más preciados del hombre.

De ahí que como sostiene Kymlicka la intervención de la cultura mayoritaria en las decisiones jurisdiccionales (sancionadoras) de las culturas minoritarias “estará justificada si se trata de una violación flagrante y sistemática de los derechos humanos, como la esclavitud, el genocidio, la tortura y las expulsiones masivas, que también justifican la intervención en [culturas liberales]”²⁷⁷. Es decir, no estarán permitidas aquellas sanciones que supongan una afectación a la vida, a la integridad y a la dignidad de las personas²⁷⁸.

En esa línea, entonces, la tortura y la esclavitud, concebidas como sanciones, no podrán ser impuestas en ningún escenario social. Ello por cuanto suponen una afectación a ese mínimo moral que se exige en toda comunidad de personas.

2. ¿Cuál es la moral sustantiva y procedimental que debe informar al artículo 149° de la Constitución?

Cuando hemos intentado dar una definición a los derechos fundamentales en el capítulo anterior, hemos llegado a la conclusión que para dicho propósito es necesario acudir a una tesis *dualista*. Y ello por cuanto no hay duda de que los

²⁷⁷ Kymlicka, Will (1996) *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Traducción de Carme Castells Auleda. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., p. 233.

²⁷⁸ A juicio de la Corte Constitucional colombiana existe un núcleo de derechos cuya afectación resulta intolerable toda vez que supone un atentado contra los bienes más preciados del hombre. En esa línea, la Corte ha señalado que dicho núcleo intangible incluiría “el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura”, Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° T-349/96, punto 2.3.

derechos fundamentales comprenden tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.

En esa línea, resulta vital el desarrollo y reconocimiento de un marco moral mínimo fundado en los valores de dignidad, autonomía moral como expresión de libertad, igualdad y de pluralismo, i) que haga las veces de un referente ético orientador de las conductas; ii) que garantice al interior de un sistema (entiéndase Estado, sociedad, comunidad, como se le quiera llamar) la realización de los derechos y el disfrute de una vida digna; pero, sobre todo, para los efectos de afrontar el problema de naturaleza *semántica* que rodea al artículo 149° referido en el capítulo tercero, iii) que ayude a conciliar esa contradicción que puede producirse entre la aplicación del derecho consuetudinario y el respeto de los derechos fundamentales como su límite.

Por ello, en las siguientes líneas nos dedicaremos a establecer ese mínimo moral, tanto de orden sustantivo como procedimental, que a nuestro juicio, debe sustentar el contenido del artículo 149° de la Constitución.

2.1 La moral sustantiva que debe informar al artículo 149° de la Constitución (el “Sistema EGV” y el “multiculturalismo liberal de Will Kymlicka”)

Para descifrar cuál es la moral *sustantiva* que debe informar al artículo 149° de la Constitución nos vamos a remitir a la filosofía ética defendida por Ernesto Garzón Valdés, así como a la filosofía moral cultural de Will Kymlicka. Ello, por cuanto, la filosofía de ambos autores nos puede ayudar a configurar ese marco moral sustantivo mínimo que la autonomía jurisdiccional de las Comunidades Campesinas y Nativas tiene el compromiso de respetar a fin de no desvirtuar el rol de finalidad constitucional que le ha asignado el propio artículo 149°.

i. La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés. En el estudio introductorio que hace Manuel Atienza a la obra *Derecho, ética y política* de Ernesto Garzón Valdés, nos presenta su concepción de la filosofía moral “como un sistema de 10 principios, 26 reglas y 28 tesis. Los principios y las reglas constituyen, si se quiere, el elemento de ética normativa. Y las tesis, que contienen una serie de distinciones conceptuales y definiciones de uso, el elemento metaético. En su conjunto, [todos ellos] vienen a configurar –dice Atienza– una respuesta práctica y una justificación racional a 10 preguntas fundamentales de la ética que formula [Ernesto Gastón]”²⁷⁹. Nosotros vamos a tomar al “Sistema EGV”, denominado así por Atienza, como principal referente moral sustantivo que debe informar al artículo 149° de la Constitución porque

²⁷⁹ Atienza, Manuel (1993) “La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés”. En: Garzón Valdés, Ernesto (1993) *Derecho, ética y política*. Introducción de Manuel Atienza. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 22.

creemos que enmarca el cuadro valorativo mínimo que debe fundamentar a todo sistema social de interrelación. Revisemos, pues, cada uno de esos 10 principios:

P1. Principio de los deberes positivos generales: “Todo individuo está moralmente obligado a realizar un sacrificio trivial para evitar un daño o contribuir a superarlo, sin que para ello sea relevante la existencia de una relación contractual previa o la identidad de los destinatarios de la obligación”²⁸⁰.

Uno de los problemas morales al que debemos enfrentarnos está referido a “¿Cuáles son nuestros deberes morales hacia los demás? ¿Tenemos sólo el deber general de abstenernos de causarles daño o, por el contrario, tenemos también un deber general de asistencia cuya existencia no depende –por eso es *general*– de la identidad del obligado ni de la del destinatario, ni es tampoco resultado de algún tipo de relación contractual previa?”²⁸¹. Garzón Valdés nos responde con el *principio de los deberes positivos generales*.

P2. Principio de la tolerancia: “Nadie tiene derecho a prohibir acciones de los demás por la simple razón de que vayan en contra de alguna de las normas de su sistema normativo básico”²⁸².

Un segundo problema moral puede ser planteado así: “¿Hasta qué punto está justificado que impongamos nuestras propias normas de vida a los demás? ¿Cuáles son los actos de los otros que atentan contra esas normas y que, sin embargo, debemos tolerar, esto es, no prohibir?”²⁸³. La respuesta obviamente es dada por el *principio de tolerancia*.

Ahora bien, de este principio derivan algunas reglas para su aplicación. Básicamente son dos las que deben tomarse en cuenta: i) toda persona tiene la obligación de ser tolerante frente a una acción si su sistema normativo básico no sufre un grave daño y/o existe una razón de un sistema normativo justificante que debe prevalecer; y, ii) nadie tiene la obligación de ser tolerante frente a acciones moralmente prohibidas²⁸⁴.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 23.

²⁸¹ *Ibidem*, pp. 22, 23.

²⁸² *Ibidem*, p. 24.

²⁸³ *Ibidem*, p. 24.

²⁸⁴ Sobre este respecto ha precisado Garzón Valdés que “el concepto de tolerancia está doblemente referido a sistemas normativos. Por una parte, solo puede hablarse de tolerancia cuando quien tolera está dispuesto a permitir la realización de una actividad o un acto prohibido en el sistema que los regula, al que podemos llamar «sistema normativo básico». A menos que este sistema normativo sea contradictorio, es decir, deónticamente patológico, por prohibir y permitir un acto o actividad en las mismas circunstancias, la suspensión de la prohibición solo puede lograrse mediante otro sistema normativo al que propuse llamar «sistema normativo justificante». Este es el que proporciona las razones para la suspensión de la prohibición. El fundamento de la tolerancia no es, pues, nunca *intra* sino *intersistémico*. Dicho con otras palabras: solo puede hablarse de tolerancia cuando existe discrepancia deóntica entre el sistema normativo básico y el sistema normativo justificante. La discrepancia es resuelta mediante la inclusión de la correspondiente permisión en el sistema normativo básico”, Valdés Garzón, Ernesto (2006) “El sentido actual de la tolerancia”. En: *Tolerancia, dignidad y democracia*. Lima, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Serie Obras Escogidas / Filosofía, 2006, pp. 197, 198.

P3. Principio del paternalismo jurídico justificado: “Los órganos estatales deben tomar medidas que se impongan en contra de la voluntad de sus destinatarios, si éstos están en una situación de incompetencia básica y las medidas están dirigidas objetivamente a evitarles un daño”²⁸⁵.

El principio de paternalismo jurídico justificado contiene la respuesta a las siguientes preguntas: “¿Cuáles son los límites de la coacción estatal y hasta dónde se extiende la autonomía de cada persona? ¿Sólo está justificada la intervención coactiva en el comportamiento de una persona para evitar un daño a los demás o puede hacerse también para evitar que se dañe a sí misma? Y, si se acepta esta segunda opción, ¿cuándo está justificada una acción paternalista?”²⁸⁶.

P4. Principio del coto vedado: “Las cuestiones concernientes a la vigencia plena de los bienes primarios o básicos²⁸⁷ no pueden dejarse libradas a procedimientos de discusión en los que juegue algún papel la voluntad o los deseos de los integrantes de la comunidad”²⁸⁸.

Otro problema fundamental de la ética es expresado en los siguientes términos: “¿Es el consenso –fáctico o racional– el criterio último de justificación moral? ¿Cabe apelar a algún criterio de corrección moral que no sea puramente procedimental? ¿Cuál es el alcance ético de la regla de la mayoría? Al principio que otorga solución a este problema, Garzón Valdés lo ha denominado *coto vedado*.

Y en relación a la aplicación de este principio existe más de una regla a tomar en consideración: i) la decisión que se tome sobre alguna cuestión

²⁸⁵ Atienza, Manuel (1993) “La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés”. En: Garzón Valdés, Ernesto (1993) *Derecho, ética...*, ob. cit., p. 25.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 25. Sobre el paternalismo jurídico el Tribunal Constitucional ha señalado que “[e]n el Estado Constitucional, en principio,] está proscrita toda forma de paternalismo jurídico, en tanto afecta la autonomía moral y la libertad de elección del ser humano. (...) [Sin embargo,] una medida paternalista se enc[ontrará] justificada en el Estado Constitucional (...) [cuando] se trata de casos en los que el grado de incidencia de la medida sobre la libertad es mínimo en comparación con el grado de protección que genera con relación a ciertos derechos fundamentales o en los que es objetivamente dudoso que la voluntad de la persona tenga un origen plenamente consciente, autónomo y libre, y, adicionalmente, se evita de modo plausible la generación de un serio e irreversible daño a los derechos fundamentales de la propia persona. Es evidente, no obstante, que se trata de medidas excepcionales, de modo que la regla general continúa siendo el respeto por el máximo grado de autonomía moral posible del ser humano”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0032-2010-PI, caso más de cinco mil ciudadanos, FF.JJ. 44, 60.

²⁸⁷ Se entiende como bienes primarios o básicos (o necesidades básicas o intereses universalizables) a aquellos bienes necesarios para la concretización de todo plan de vida. Estos bienes pueden cambiar atendiendo el tiempo y la sociedad. En tanto que son bienes secundarios, aquellos que no son primarios. Para Ernesto Garzón los bienes primarios “son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida. Estos bienes básicos pueden ser llamados también «necesidades básicas», en su doble versión de naturales o derivadas. Un ejemplo de necesidad básica natural es el comer o el contar con vivienda y vestido para protegerse de las inclemencias del clima. Una necesidad básica derivada es, en nuestras sociedades, el saber leer y escribir y estar vestido con un mínimo de decencia. Mientras las necesidades básicas naturales son las mismas en todas las sociedades, las derivadas cambian según los tiempos y las sociedades”, Garzón Valdés, Ernesto (1989) “Algo más acerca del «coto vedado»”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1989, N° 6, p. 209.

²⁸⁸ Atienza, Manuel (1993) “La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés”. En: Garzón Valdés, Ernesto (1993) *Derecho, ética...*, ob. cit., p. 26.

relacionada a bienes primarios no puede estar sujeta a la regla de la mayoría; ii) la regla de la mayoría será aplicada para resolver problemas relativos a bienes secundarios; y, iii) aquel que pretenda sostener la existencia de un conflicto basándose en la imposibilidad de satisfacción simultánea de dos o más bienes primarios o en que se carece de recursos para satisfacer uno de esos bienes, asume la carga de la prueba²⁸⁹.

P5. Principio de legitimidad: “Debe procurarse que todos los seres humanos vivan en un sistema político que posea legitimidad”²⁹⁰.

Este principio obedece a las preguntas “¿Cómo debe estar diseñado un sistema político? ¿Cuándo puede decirse que un sistema político es legítimo? ¿Cuál es el sistema político por el que se debe luchar?”²⁹¹.

A este respecto cabe señalar que un sistema político posee legitimidad cuando un gran número de personas internaliza una regla de reconocimiento y con ello logra el poder necesario para imponer dicha regla en la colectividad. Ahora bien, al concepto de legitimidad viene aunado el de estabilidad. Y un sistema político es estable “si y sólo si en los casos vinculados con el ejercicio institucionalizado del poder, sean éstos ‘normales’ o ‘límites’, tiene la tendencia a reaccionar de forma tal que sus cambios son una explicación eficaz de su ‘regla de reconocimiento’ y esta tendencia se mantiene durante un lapso significativo desde el punto de vista de su contexto histórico y regional”²⁹².

En esa línea, cabrá señalar que un sistema político adquiere legitimidad si garantiza una homogeneidad social básica, es decir, si propicia las condiciones para que todos puedan igualitariamente acceder a los bienes primarios, y también puedan satisfacer intereses secundarios.

P6. Principio de desobediencia civil: “Nadie tiene la obligación moral de obedecer normas jurídicas que pugnan contra su conciencia, cualquiera que sea el origen de esas normas”²⁹³.

El principio en mención refiere a otro de los problemas fundamentales de la ética: “¿Existe una obligación moral de obedecer el Derecho? ¿Está justificada la

²⁸⁹ Para Garzón Valdés “la exclusión de algunos temas básicos de la negociación parlamentaria o del ámbito del mercado parece estar éticamente impuesta”, por ello, opina que “deben ser excluidos de la negociación y el compromiso parlamentarios todos aquellos bienes que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida”; sosteniendo, asimismo, que “por lo que respecta a la vigencia efectiva de los derechos en el «coto vedado» de los bienes básicos, es indiferente la voluntad o deseos de los integrantes de la comunidad”, Garzón Valdés, Ernesto (1989) “Representación y democracia”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1989, N° 6, pp. 156, 157.

²⁹⁰ Atienza, Manuel (1993) “La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés”. En: Garzón Valdés, Ernesto (1993) *Derecho, ética...*, ob. cit., p. 27.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 27.

²⁹² *Ibidem*, p. 28.

²⁹³ *Ibidem*, p. 28.

desobediencia civil incluso de normas dictadas de acuerdo con procedimientos democráticos?”²⁹⁴.

No obstante, conviene aquí hacer una precisión. Y es que si bien los actos de desobediencia están permitidos, éstos no pueden infringir los límites contenidos en los principios señalados *supra*. Con todo, hay que precisar también que la justificación moral de la desobediencia no puede obedecer a un carácter universal y absoluto, tan solo a uno individual y relativo.

P7. Principio de inviolabilidad de la ética: “Nadie está eximido de cumplir con sus obligaciones éticas”²⁹⁵.

El problema de relevancia moral que está detrás del *principio de inviolabilidad de la ética* puede expresarse así: “¿Cuáles son los límites de exigibilidad de la ética? ¿Admiten excepciones los principios morales? ¿Puede existir alguna razón válida para dejar de cumplir una obligación ética? ¿Dónde radica la diferencia entre el comportamiento exigible y el supererogatorio?”²⁹⁶.

Al respecto solo cabe señalar que nadie está eximido de cumplir su obligación moral una vez que ha tomado conocimiento y consideración de todas las circunstancias que rodean al caso. Por tanto, no resultaría justificado cumplir de manera parcial las obligaciones éticas.

P8. Principio del individualismo ético: “Nadie puede imponer a otro obligaciones que éste no desee asumir, a no ser que esa sea la única forma de asegurar un derecho básico de otro individuo o de sí mismo”²⁹⁷.

Otro problema moral que se debe enfrentar es aquel vinculado a “¿Quién es el sujeto de los derechos y de las obligaciones éticas? ¿Lo son sólo los individuos o también entidades o grupos como pueblos, naciones, comunidades, etc.? ¿Se puede sacrificar el derecho de un individuo en beneficio de otros o para el beneficio de la sociedad como un todo?”²⁹⁸. Obviamente la respuesta la trae consigo el *principio del individualismo ético*.

Solo cabe referir que este principio implica la proscripción del comunitarismo y del particularismo ético.

P9. Principio de inderogabilidad de la moral: “Nadie puede derogar los anteriores principios”²⁹⁹.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 28.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 29.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 29.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 30.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 30.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 31.

Este principio guarda relación con el carácter universal o no de la moral. Y puede traducirse en las siguientes preguntas: “¿Hay una moral específica para cada una de las esferas de la vida práctica (política, economía, Derecho, etc.)? ¿Existe algo así como una moral pública y una moral privada? ¿Hay algún campo de la vida social en donde no rijan los principios generales de la moral?”³⁰⁰.

P10. Principio del carácter supremo de la moral: “No puede haber razones que se impongan a la moral”³⁰¹.

Finalmente, el décimo principio alude a la identidad misma de la ética. En tal sentido, es preciso preguntar “¿Qué es lo que distingue a las razones morales de los otros tipos de razones? ¿Cómo podemos identificar una razón moral?”³⁰².

A propósito de este último principio, únicamente se puede advertir que negar el principio del carácter supremo de la moral supone negar la moral misma.

Ahora bien, esta filosofía moral de Garzón Valdés se verá reforzada de manera específica con la filosofía moral que deriva del multiculturalismo liberal promovido por Will Kymlicka. Veamos cómo.

ii. El multiculturalismo liberal de Will Kymlicka. En su libro *Ciudadanía Multicultural* el profesor canadiense intentará desarrollar un enfoque liberal de los derechos de las culturas minoritarias. Para ello replanteará la doctrina liberal tradicional, y partiendo de los principios básicos de libertad individual y de autonomía moral, tratará de demostrar que los derechos de las culturas minoritarias “no sólo son consistentes con la libertad individual, sino que en realidad pueden fomentarla”³⁰³.

En las siguientes líneas nos dedicaremos a desentrañar **¿cuál es la moral sustantiva que subyace al multiculturalismo liberal de Will Kymlicka?**

Siguiendo el esquema metodológico empleado por Manuel Atienza para graficar la filosofía ética de Ernesto Garzón, vamos a señalar a continuación los principios que sustentan, según nuestro análisis, la filosofía moral cultural de Kymlicka:

P1. Principio de la tolerancia: “En una sociedad democrática liberal el principio de la tolerancia guarda un fuerte compromiso moral con la autonomía. No obstante, el valor de la autonomía no puede constituirse en el límite de lo tolerable”.

La tolerancia y la autonomía son dos valores morales indisolubles y complementarios para la concepción liberal. La tolerancia “es el respeto a la

³⁰⁰ *Ibidem*, pp. 30, 31.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 31.

³⁰² *Ibidem*, p. 31.

³⁰³ Kymlicka, Will (1996) *Ciudadanía multicultural...*, ob. cit., p. 112.

autonomía hecho praxis. Sin tolerancia, es decir, sin respeto a la diversidad cultural y a la pluralidad política, la vida pública es una quimera”³⁰⁴. Sin embargo, cabe preguntarse ¿si es el valor de la autonomía el límite ético de lo culturalmente tolerable?

Para los liberales, refiere Kymlicka, “la autonomía y la tolerancia han sido las dos caras de la misma moneda. Lo que distingue a la tolerancia *liberal* es precisamente su compromiso con la autonomía; es decir, la idea de que los individuos deberían tener libertad para valorar y, potencialmente, revisar sus fines actuales³⁰⁵”³⁰⁶. Pero no solo para ello, sino también para elegir sus hábitos y formas de expresión que le permitan delinear su propia identidad. De ahí que desde la perspectiva liberal pareciera que lo lógico es no renunciar al valor de la autonomía como principio mínimo y valor fundante de la convivencia.

Sin embargo, el liberalismo –como sostiene Tubino– no puede autoasignarse el derecho a imponer el valor de la autonomía allí donde no se encuentra. Es decir, en estricto, no puede imponer a alguien actuar autónomamente cuando no lo desea. Eso es conceptualmente contradictorio y éticamente insostenible. A lo más, el liberalismo puede intentar convencer de la conveniencia de la *praxis* de la autonomía. Su compromiso con este valor empieza por asumir la tarea de construir las condiciones que lo hagan posible. Por tanto, en una sociedad libre podemos admitir como un ejercicio de autonomía válido el hecho de que el individuo suspenda el ejercicio de su autonomía cuando así lo desee (siempre y cuando esto no se entienda como una renuncia a la autonomía, porque eso si no está permitido³⁰⁷)³⁰⁸.

Tolerar sobrepasa la acción de *soportar*. Es tener la capacidad para no situar a nuestros valores y creencias como la condición absoluta para la convivencia con

³⁰⁴ Tubino, Fidel (2007) “En defensa de la universalidad dialógica”. En: Giusti, Miguel y Fidel Tubino (editores) (2010) *Debates de la ética ...*, ob. cit., p. 85.

³⁰⁵ A esa revisión racional de los fines actuales que tiene derecho cada persona según Kymlicka, es lo que Zagrebelsky denomina la ética de la duda, y señala refiriéndose a ella que “la duda contiene (...) un elogio a la verdad, pero de una verdad que debe ser siempre re-examinada y re-descubierta. Así pues, la ética de la duda no es contraria a la verdad, sino contraria a la verdad dogmática que es aquella que quiere fijar las cosas de una vez por todas e impedir o descalificar aquella crucial pregunta: «¿Será realmente verdad?». Precisamente en la formulación de estas palabras está –me parece– la expresión de la más primordial y, por tanto, más natural, de las facultades humanas. Impedirla es el acto más innatural, incluso aunque sea realizado en nombre de la «justicia natural» o de la «ley natural», afirmadas en un determinado momento y sustraídas a cualquier tipo de duda. La «naturaleza de las cosas», cuando es usada como arma contra la duda, se contradice a sí misma, dirigiéndose contra la «naturaleza del ser humano», en: Zagrebelsky, Gustavo (2010) *Contra la ética de la verdad*. Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid, Editorial Trotta S.A., pp. 9, 10.

³⁰⁶ Kymlicka, Will (1996) *Ciudadanía multicultural...*, ob. cit., p. 218.

³⁰⁷ Tal como advierte el Tribunal Constitucional, “no es posible que en ejercicio de su autonomía el ser humano renuncie o anule dicha autonomía. En otras palabras, no cabe que en ejercicio de su libertad el ser humano desconozca su condición de fin en sí mismo, para obligarse a ser exclusivo objeto o medio para la consecución de fines ajenos. En una frase, no cabe negar la dignidad del ser humano en ejercicio de la libertad”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0032-2010-PI, caso más de cinco mil ciudadanos, F.J. 51.

³⁰⁸ Cfr. Tubino, Fidel (2007) “En defensa de la universalidad dialógica”. En: Giusti, Miguel y Fidel Tubino (editores) (2010) *Debates de la ética ...*, ob. cit., pp. 85, 86.

los otros. Tolerar, por tanto, es aceptar y respetar al diferente como un interlocutor válido en el diálogo público³⁰⁹.

De ahí que ser liberal, es decir, creer en la autonomía como un valor esencial y mínimo, y ser a la vez intolerante frente a la autonomía del otro es una contradicción moral que no tiene justificación y, por lo tanto, deviene en insostenible. En nombre de la libertad no se puede dejar de aceptar a los iliberales como interlocutores válidos. En consecuencia, el valor de la autonomía no puede constituirse en el límite de lo tolerable.

P2. Principio de adopción restrictiva de las formas de diversidad cultural: “En una sociedad democrática liberal se pueden cobijar y adoptar muchas formas de diversidad cultural, pero no todas”.

Las culturas minoritarias tienen el derecho a preservarse como comunidades culturalmente diferentes, pero solo en la medida que se autogobiernen respetando los principios liberales mínimos³¹⁰. Tal como ha sostenido Kymlicka, “cualquier teoría que no conceda sustanciales derechos civiles a los miembros de las culturas minoritarias presenta graves deficiencias desde un punto de vista liberal”³¹¹. Sin embargo, “¿qué sucede cuando el deseo de algunas minorías es, precisamente, tener la posibilidad de rechazar el liberalismo, y organizar su sociedad siguiendo unas directrices tradicionales y no liberales? ¿No es esto parte de lo que las hace culturalmente distintas?”³¹².

Una sociedad liberal que pretende defender los derechos de las culturas minoritarias es aquella que se fundamenta en el valor de la autonomía. No obstante, proscribire cualquier forma de derechos diferenciados en función del grupo que restrinja las libertades civiles de los miembros del grupo porque ello supone una incoherencia con los principios liberales de libertad e igualdad³¹³. Es decir, la doctrina liberal nos dice que los individuos tienen determinados derechos mínimos que deben ser respetados en todo escenario, sin embargo, una cosa es haber identificado esos derechos mínimos, y otra cuestión es imponer el liberalismo en contextos donde no se comparten sus principios.

Entonces, “¿cómo debería tratar un Estado liberal a las minorías no liberales?”³¹⁴.

Comenta Kymlicka que “la actitud de los liberales con respecto a la imposición del liberalismo ha cambiado en el transcurso de los años. En el contexto internacional, los liberales han sido cada vez más escépticos acerca del uso de la fuerza para obligar a los Estados extranjeros a plegarse a los principios

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 84.

³¹⁰ Para Will Kymlicka los principios liberales que se deben respetar mínimamente son la libertad, la igualdad y la autonomía. A nuestro juicio, a los tres principios aludidos se le suma el valor de la dignidad.

³¹¹ Kymlicka, Will (1996) *Ciudadanía multicultural...*, ob. cit., p. 227.

³¹² *Ibidem*, p. 213.

³¹³ *Ibidem*, p. 227.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 227.

liberales³¹⁵. Muchos liberales decimonónicos, incluyendo John Stuart Mill, pensaban que era justo que los Estados liberales colonizaran países extranjeros para enseñarles los principios liberales. Los liberales contemporáneos, sin embargo, por lo general han abandonado esta doctrina, considerándola imprudente e ilegítima, y en lugar de ello han intentado fomentar los valores liberales a través de la educación, la formación y los incentivos económicos. (...) No obstante, en el caso de las minorías nacionales los liberales han sido mucho más proclives a suscribir la intervención coercitiva de una tercera parte³¹⁶³¹⁷. Obviamente existen diferencias considerables entre estados extranjeros y minorías nacionales, sin embargo, en ambos casos el margen para las interferencias coercitivas legítimas es y debe ser el mismo.

En un Estado multicultural las relaciones entre la cultura mayoritaria y las culturas minoritarias deberían regirse por el diálogo, la negociación pacífica y el consenso (como sucede en las relaciones internacionales), nunca por la fuerza. Esto significa, por tanto, “sentar las bases de un acuerdo, teniendo en cuenta que las bases más seguras en las que fundamentar este acuerdo son las que se derivan de la coincidencia en los principios fundamentales. Pero si dos grupos [culturales] no comparten los principios básicos, y no se les puede persuadir a que adopten los principios del otro, la acomodación mutua tiene que asentarse sobre otras bases, como las del *modus vivendi*”³¹⁸.

Así pues, en la medida que la concepción occidental de los derechos fundamentales se autoproclame como universal será un instrumento de lo que Samuel Huntington llama el “choque de las civilizaciones”, es decir, la lucha de occidente contra el resto del mundo. Para que los derechos fundamentales puedan ser una propuesta universalizable, será necesaria su apertura a otros horizontes culturales, a otras concepciones, a otras sensibilidades. Y en este escenario la hermenéutica y el diálogo intercultural juegan un papel importante en la fusión de horizontes y en la ampliación de perspectivas³¹⁹.

³¹⁵ Por ejemplo, refiere Kymlicka que “el gobierno alemán niega injustamente los derechos políticos a los hijos y a los nietos de los «trabajadores invitados» turcos, que nacieron en suelo alemán y para quienes Alemania es lo único que conocen. Pero de ello no se sigue que los liberales de fuera de Alemania debieran emplear la fuerza para obligar a Alemania a cambiar sus leyes de ciudadanía”, *ibidem*, p. 228.

³¹⁶ Vgr. en el esquema judicial estadounidense se da por supuesto que el Tribunal Supremo tiene autoridad legítima para revocar aquellas decisiones emanadas del consejo tribal de los pueblos que afecten los derechos individuales. En el caso del Perú, si se hace una interpretación sistemática de los artículos 1°, 38°, 44°, 51°, 149°, 201° y 202° de la Constitución se llega a una conclusión similar, es decir, se reconoce la competencia del Tribunal Constitucional para revocar una decisión emanada de la justicia comunal que afecte libertades individuales de los peruanos.

³¹⁷ Kymlicka, Will (1996) *Ciudadanía multicultural...*, ob. cit., pp. 228, 229.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 231.

³¹⁹ A este respecto resulta interesante recordar la propuesta de John Rawls sobre el *consenso traslapado* que recoge en su *Liberalismo político*. En opinión de Manuel Atienza el problema fundamental que Rawls se plantea en ese *Liberalismo político* “es el de cómo estabilizar las sociedades pluralistas y democráticas del Estado constitucional; o sea, cómo puede mantenerse y cómo puede funcionar adecuadamente una sociedad de individuos libres e iguales, que se encuentran divididos en cuestiones de religión, moral o política”. Pues bien, en opinión de Rawls, refiere Atienza, “lo que permite dar el paso del pluralismo al consenso es precisamente la razonabilidad. Se trata de una idea ciertamente difícil de precisar y a la que caracteriza mediante estos dos rasgos: 1) La razonabilidad supone capacidad para proponer y estar dispuesto a aceptar criterios que se puede esperar que los otros puedan aceptar; o sea, la persona razonable es la que se esfuerza por alcanzar un

No obstante, con esto no se quiere sostener que la intervención de la cultura mayoritaria para proteger derechos liberales no está justificada en ningún caso. “Obviamente, tal intervención estará justificada si se trata de una violación flagrante y sistemática de los derechos humanos, como la esclavitud, el genocidio, la tortura y las expulsiones masivas, que también justifican la intervención en [culturas liberales]”³²⁰.

El punto exacto en que la intervención en los asuntos internos de una minoría cultural resulta ilegítima no es completamente claro ni definido. Dado el caso “existen determinados factores potencialmente relevantes, como la gravedad de las violaciones de los derechos en la comunidad minoritaria³²¹, el grado de

consenso. 2) La razonabilidad supone también disposición a aceptar lo que Rawls llama las ‘cargas del juicio’, esto es, la existencia de diversas fuentes o causas del desacuerdo entre personas razonables; por ejemplo: se puede estar de acuerdo sobre cuáles son los factores relevantes de un problema, pero en desacuerdo acerca del peso a atribuir a cada uno de ellos; las experiencias globales de los ciudadanos son lo suficientemente dispares como para que sus juicios sean divergentes en muchos casos; con frecuencia existen pros y contras a propósito de una disputa y es difícil hacer una evaluación del conjunto; en ocasiones nos vemos forzados a elegir entre valores y tenemos que restringirlos a la vista de las exigencias de los demás, etcétera. Pues bien, cuando los individuos, los ciudadanos, no son únicamente racionales (...), sino también razonables (capaces de hacerse concesiones mutuas y, en definitiva, de razonar en común) se hace posible lo que este filósofo llama consenso entrecruzado o consenso por solapamiento (*overlapping consensus*) entre las diversas doctrinas religiosas, filosóficas y morales ‘razonables’. La estabilidad de una sociedad ‘bien ordenada’, una sociedad aproximadamente justa, depende, en resumidas cuentas, de que pueda alcanzarse ese consenso”, en: Aitzena, Manuel (2010) *Bioética, Derecho y ...*, ob. cit., pp. 91, 92. También resulta a este respecto importante considerar la propuesta sobre hermenéutica diatópica y diálogo intercultural que presenta Boaventura de Souza Santos. Para un mayor análisis, se recomienda revisar su texto *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*. Traducción de Consuelo Bernal y Mauricio García Villegas. 1ra. Reimp. de la 1ra. Ed. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, 1998, pp. 345 y ss. Asimismo se recomienda revisar Tubino, Fidel (2009) “Aportes de la hermenéutica diatópica al diálogo intercultural sobre los derechos humanos”. En: Monteagudo, Cecilia y Fidel Tubino (editores) *Hermenéutica en diálogo. Ensayos sobre alteridad, lenguaje e interculturalidad*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 155-170.

³²⁰ Kymlicka, Will (1996) *Ciudadanía multicultural...*, ob. cit., p. 233. A juicio de la Corte Constitucional colombiana existe un núcleo de derechos cuya afectación resulta intolerable toda vez que supone un atentado contra los bienes más preciados del hombre. En esa línea, la Corte ha señalado que dicho núcleo intangible incluiría “el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura”, Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° T-349/96, punto 2.3.

³²¹ Por ejemplo, desde una perspectiva liberal, entendiéndose occidental, el “fuetazo” puede ser entendido como una afectación al núcleo duro del derecho fundamental a la integridad personal, sin embargo, desde la cosmovisión de otras culturas podría ser interpretado como un acto de purificación, que lejos de afectar la dignidad de la persona, le permite a ésta recobrar el equilibrio con su comunidad. Sobre este respecto resulta interesante revisar el pronunciamiento de la Corte Constitucional colombiana: “La sanción del fuese, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena páez. En el primero, se castiga *porque* se cometió un delito, en el segundo se castiga *para* restablecer el orden de la naturaleza y *para* disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado. (...) Frente a esta disparidad de visiones, ¿es dable privilegiar la visión mayoritaria?. La Corte ya ha respondido este interrogante: No, porque en una sociedad que se dice pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse; y en el caso específico de la cosmovisión de los grupos aborígenes, de acuerdo con los preceptos constitucionales, se exige el máximo respeto. Las únicas restricciones serían, como ya lo expuso la Sala, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Esta última es la que se entrará a analizar en relación con la práctica del fuese, dado que, según los jueces de tutela, es un comportamiento que encuadra dentro de la restricción mencionada. (...) [E]s importante resaltar nuevamente los criterios de interpretación utilizados por el Tribunal Europeo, esto es, el del umbral de gravedad y el criterio de apreciación relativa, porque según los elementos que brinda el caso, una misma conducta puede ser tortura o pena inhumana y degradante en una situación, y no serlo en

consenso existente en esa comunidad sobre la legitimidad de restringir los derechos individuales, la posibilidad de los disidentes del grupo de abandonar la comunidad si así lo desean, y la existencia de acuerdos históricos con la minoría nacional”³²² que deben ser valorados a la luz del caso a fin de concluir si la intervención resulta justificada o no.

En suma, la legitimidad para imponer principios liberales a grupos que no comparten dicha filosofía depende de varios factores. No obstante, cabe tener en claro que los liberales no pueden arrogarse el derecho automático de imponer sus propios puntos de vista a los grupos que profesan otra ideología. Y, en esa línea, tampoco pueden prejuzgar la naturaleza iliberal que ostente el otro grupo.

P3. Principio de limitación básica a los derechos de las culturas minoritarias: “En una sociedad democrática los principios liberales imponen una limitación básica a los derechos de las culturas minoritarias: No está justificada ninguna restricción a las libertades civiles o políticas básicas de los miembros de una cultura minoritaria”.

Apelando a la reivindicación del grupo contra sus propios miembros, las culturas minoritarias generalmente establecen *restricciones internas* a fin de reducir el impacto desestabilizador que pueda generar el disenso interno (decisión individual de los miembros de no seguir alguna práctica o costumbre tradicional), incidiendo con ello en la afectación del núcleo mínimo valorativo que se debe respetar. De ahí que estas restricciones, como opina Kymlicka, “plantea el peligro de la opresión individual”³²³.

No hay duda que desde la perspectiva liberal se exige libertad dentro del grupo. Por tanto, “la concepción liberal de los derechos de las minorías [culturales] no puede hacer suyas todas las reivindicaciones de todos los grupos minoritarios”³²⁴. Por ejemplo algunas culturas minoritarias discriminan a aquellos miembros de la comunidad que rechazan su religión tradicional, otras culturas minoritarias discriminan a las niñas en materia educativa y a las mujeres le niegan el derecho al voto o el derecho a ejercer cargos públicos. Son medidas, pues, que

otra. Estos criterios, serán utilizados por esta Corporación para determinar si la pena corporal impuesta al actor constituye una práctica de tortura. (...) El fuste consiste en la flagelación con ‘perrero de arriar ganado’, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. (...) En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que ‘humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno’, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al ‘escarmiento’ público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad”, Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° T-523/97, punto 3.3.3.

³²² Kymlicka, Will (1996) *Ciudadanía multicultural...*, ob. cit., p. 233.

³²³ *Ibidem*, p. 59.

³²⁴ *Ibidem*, p. 212.

limitan la libertad individual y la autonomía de los miembros de dichas culturas. Y esto en una sociedad democrático liberal es difícil de aceptar.

La autonomía como valor esencial otorga libertad a los individuos para elegir sus hábitos y formas de expresión que le permitan delinear su propia identidad, incluso les permite elecciones que pueden ser contrarias a los ideales normativos de la cultura a la que pertenecen. Ello por cuanto “el liberalismo se compromete con (y quizá se define por) la perspectiva según la cual los individuos deberían tener libertad y capacidad para cuestionar y revisar las prácticas tradicionales de su comunidad, aunque fuese para decidir que ya no vale la pena seguir ateniéndose a ellas”³²⁵.

En consecuencia, cabe reforzar la premisa de que el liberalismo tiene el compromiso de apoyar el derecho de los individuos a decidir con plena libertad qué aspectos de su herencia cultural desean preservar. Por tanto, las *restricciones internas*, en principio, no están permitidas.

P4. Principio de garantía a los derechos de las minorías: “En una sociedad democrática existe la obligación de garantizar protección a los derechos de las culturas minoritarias frente a las decisiones que pudiera tomar el conjunto de la sociedad”.

En esa línea cabe señalar, entonces, que existe un deber moral de proteger a las culturas minoritarias del impacto desestabilizador de las decisiones de la sociedad de la que forman parte. Hay, pues, un compromiso de reivindicar a las culturas minoritarias contra la sociedad en la que están englobadas.

Para distinguir esta reivindicación Kymlicka la denominará *protección externa*. Y entiende por ésta la concesión de derechos diferenciados en función de grupo. Dichos derechos básicamente son³²⁶:

- a) **Derechos especiales de representación:** Si los miembros de las culturas minoritarias tienen representación dentro de las instituciones políticas, resulta menos probable que dichas culturas sean ignoradas en la toma de decisiones que afectan al conjunto de la sociedad³²⁷.
- b) **Derechos de autogobierno:** Estos derechos confieren poder a unidades políticas más pequeñas de manera que las culturas minoritarias no pueden ser desestimadas o sobrestimadas por la cultura mayoritaria en decisiones

³²⁵ Ibídem, p. 211.

³²⁶ Ibídem, p. 61 y ss.

³²⁷ Así, por ejemplo, nuestra Constitución en su artículo 191° parte *in fine* señala que “la ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Consejos Municipales”.

que le atañen directamente, como por ejemplo políticas públicas vinculadas a educación, lengua, explotación de recursos naturales, entre otras³²⁸.

- c) **Derechos poliétnicos:** Buscan proteger las prácticas culturales y religiosas específicas que podrían no estar adecuadamente legitimadas en la cultura mayoritaria, o que están en desventaja en la legislación vigente³²⁹.

A juicio de Daniel Bonilla, Kymlicka planteará, pues, “una reinterpretación de la tradición liberal en donde se intenta conciliar el compromiso liberal con la libertad y los derechos individuales con la importancia que tiene la cultura para las personas y los grupos”³³⁰. De ahí que, en esa línea, Kymlicka argumente, en opinión de Bonilla, “que para proteger la libertad individual es necesario que las diversas culturas dentro de las cuales están inmersas las personas sean también protegidas. [Ello, por cuanto,] la libertad se ejerce dentro de un marco cultural que ofrece a los individuos una serie de opciones, entre las cuales eligen sus proyectos de vida. Los horizontes culturales confieren sentido a esos proyectos. Si la cultura de la mayoría fuese la única cultura protegida por el gobierno, se violaría el principio de igualdad. El contexto cultural que determina las opciones morales de las minorías tendería a desaparecer, o bien enfrentaría más dificultades para sobrevivir de las que confronta la cultura de la mayoría”³³¹.

2.2 La moral procedimental que debe informar al artículo 149° de la Constitución (“Lon Fuller y la moral interna del Derecho”)

³²⁸ Un ejemplo de este tipo de derechos lo constituye el artículo 149° de la Constitución, toda vez que reconoce la autonomía jurisdiccional de las Comunidades Campesinas y Nativas; asimismo, el artículo 89° cuando advierte que dichas Comunidades “son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece”.

³²⁹ Los problemas que afronta el fenómeno del multiculturalismo no solo tiene como referente la situación particular de los pueblos indígenas o comunidades nativas. Existen otros ámbitos que la diversidad cultural trae al debate. Uno de ellos es, con singular frecuencia, el vinculado con la libertad religiosa, a propósito de los constantes desplazamientos migratorios del hombre en las últimas décadas. La libertad religiosa, como ha sostenido el Tribunal Constitucional, “es el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de mantener pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto” (STC N° 0895-2001-AA, F.J. 3). Ahora bien, el problema en torno a este derecho se suscita cuando en virtud a dicha libertad los individuos deciden desplegar conductas que se condicen con el culto que libremente profesan, sin importar el lugar y las circunstancias en las que se encuentran. Así por ejemplo, “los judíos y los musulmanes han solicitado a Gran Bretaña que se les exima del cierre dominical o de la legislación relativa al sacrificio de los animales; los varones *sikhs* en Canadá han solicitado que se les exima de la legislación que obliga a llevar casco a los motoristas y de las normas de indumentaria oficiales de las fuerzas de policía, para poder seguir llevando sus turbantes; los judíos ortodoxos en los Estados Unidos han reivindicado el derecho a vestir la *yarmulka* durante el servicio militar” (Kymlicka, Will (1996) *Ciudadanía multicultural...*, ob. cit., p. 53). Como todo derecho fundamental, la libertad religiosa merece toda la protección y garantía, pero también puede ser objeto de restricciones a favor de intereses superiores tales como la salvaguarda de la seguridad, salud, moralidad y orden público. Y es que en virtud al ejercicio legítimo de prácticas que se condigan con el culto libremente elegido, no se puede justificar situaciones en donde otros derechos fundamentales o bienes constitucionales (como los aludidos) resulten lesionados. Por ello, ante eventuales conflictos entre la libertad religiosa y algún otro derecho es necesario una respuesta de política normativa que garantice la diversidad, en este caso de culto, pero sin que ello suponga la afectación de bienes igualmente de importantes como la libertad religiosa.

³³⁰ Bonilla Maldonado, Daniel (2006) *La Constitución multicultural...*, ob. cit., p. 49.

³³¹ *Ibidem*, pp. 49, 50.

El pluralismo jurídico, en definición sencilla y clara de Armando Guevara, “consiste en la coexistencia e interacción de diferentes ordenamientos normativos sobre las mismas situaciones sociales en un espacio geo-político determinado (e.g., Estado-nación, imperio, confederación)”³³². Afianzados en este hecho que es una realidad en más de una sociedad, “los teóricos de la pluralidad legal plantean una premisa central, a saber, que el derecho no es un monopolio del Estado”³³³. Y esta premisa, a nuestro juicio, encuentra razón en la idea de que en una sociedad caracterizada por la diversidad, serán los diferentes grupos culturales que existen en ella, los que deben encargarse de establecer las normas que regirán las conductas de sus miembros y, por ende, de precisar cuáles son los principios en que se funda su sistema normativo.

Tal como se ha señalado, con el reconocimiento del derecho a la identidad étnica y cultural en el artículo 2º, inciso 19 de nuestra Constitución, el Perú se ha autoproclamado e identificado como una sociedad pluriétnica y pluricultural. Asumiendo, con ello, la obligación estatal de respetar, reafirmar, promover y defender el pluralismo cultural.

Por ello es que en esa línea de compromiso el Estado también ha reconocido expresamente la diversidad cultural en el ámbito jurisdiccional. En consecuencia, el artículo 149º de nuestra Constitución confiere a las comunidades campesinas y nativas el ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo al derecho consuetudinario, pero sin que dicho ejercicio suponga una violación de los derechos fundamentales de las personas.

Y justamente porque el pluralismo jurídico ha sido reconocido en nuestro país, consideramos que todo sistema legal existente debe obedecer a una moral procedimental mínima para que dicho sistema sea reputado como válido y legítimo. Por tanto, en las próximas líneas vamos a revisar la propuesta del profesor Lon Fuller, la misma que acogemos en su totalidad.

i. Lon Fuller y la moral interna del Derecho. Para Lon Fuller la moral interna del Derecho es la moral (procedimental) que hace posible el Derecho.

A partir de esta premisa, Fuller narrará la historia del infeliz reinado del monarca *Rex* a fin de demostrar lo imprescindible que resulta cumplir con ciertos requisitos al momento de establecer un sistema jurídico para que sea considerado como tal.

Así, pues, concluirá luego de su cuento que “la chapucera carrera de *Rex* como legislador y juez demuestra que el intento de crear y mantener un sistema de normas legales puede frustrarse por lo menos de ocho maneras; hay en esta empresa, si se quiere, ocho caminos que conducen al desastre. El primero y más

³³² Guevara Gil, J. Armando (2009) *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la antropología e historia del Derecho*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 64.

³³³ *Ibidem*, p. 64.

obvio consiste en dejar del todo de crear leyes, de manera que cada causa deba fallarse sobre bases *ad hoc*. Los otros caminos son: *b)* la falta de publicar, o al menos de poner a disposición de la parte afectada, las leyes que se espera que observe; *c)* el abuso de legislación retroactiva, la cual no sólo es incapaz de guiar la acción, sino que socava la integridad de las leyes de efecto presunto, puesto que las coloca bajo la amenaza de cambio retroactivo; *d)* el no hacer las leyes comprensivas; *e)* la promulgación de leyes contradictorias o *f)* leyes que están fuera de la capacidad de conducta de la parte afectada; *g)* la introducción de cambios tan frecuentes en las leyes que el súbdito no pueda orientar sus actos por medio de las mismas, y, finalmente, *h)* la falta de congruencia entre las reglas conforme se promulgaron y su verdadera administración”³³⁴.

Para Fuller, por tanto, la existencia de los sistemas jurídicos estará condicionada a que en su articulación interna se respeten una serie de elementos (principios procedimentales mínimos), sin importar cuál sea el contenido concreto que pretenda darse a las normas de dichos sistemas jurídicos. Y ello porque la intención de Fuller –al menos así se deja entrever en la narración que hace del reinado de *Rex*– es realizar un análisis formal de los sistemas jurídicos sin atender los contenidos materiales que en cada caso concreto puedan presentar sus normas. De ahí que para algunos, sobre todo para los positivistas, sorprenda que Fuller distinga a los principios procedimentales como la moral interna del Derecho, cuando dichos principios tienen una fundamentación eminentemente formal³³⁵.

No obstante, a pesar de las diferencias que puedan existir entre la postura de Fuller y sus críticos, habrá entre ellos y entre todas las personas que son conscientes de cuáles son los requisitos procedimentales mínimos que se deben respetar para que un sistema jurídico sea válido, un punto en común. En ambas posturas se reconoce a la lista de requisitos (o principios procedimentales) que

³³⁴ Fuller, Lon (1967) *La moral del Derecho*. México D.F., Editorial F. Trillas S.A., p. 49.

³³⁵ Como refiere Rafael Escudero “cierto es que, desde las premisas de esta corriente de pensamiento jurídico [aludiendo al positivismo jurídico], puede aceptarse que el contenido de cada sistema jurídico responde a una determinada concepción moral, puesto que, como se ha afirmado en más de una ocasión, el Derecho es un punto de vista sobre la justicia. Pero no es menos cierto que la separación entre los ámbitos jurídico y moral, postulado básico del positivismo jurídico, resulta difícil de entender si se acepta que todo Derecho requiere, en su propia estructura y con independencia de la opción material concreta a la que respondan sus normas, una serie de dimensiones a las que se califica de “morales”. No es de extrañar, en consecuencia, que la propuesta de Fuller fuera objeto de fuertes críticas por parte de los autores pertenecientes al positivismo jurídico y, en particular, por parte de Hart. Sobradamente conocido resulta, para los estudiosos de la Filosofía del Derecho, el polémico intercambio de argumentos y críticas que hubo durante algunos años entre ambos autores. (...) El núcleo central de la crítica de Hart consistía en el calificativo con el que Fuller denominaba a los elementos formales imprescindibles para la existencia de los sistemas jurídicos. Y ello porque Hart parece mostrarse de acuerdo en la necesidad de que los sistemas jurídicos respeten las aludidas dimensiones formales para que puedan funcionar como tales. Pero en lo que se mostrará tajante es en la negativa a aceptar que tales dimensiones pertenezcan al universo moral, y, por consiguiente, califiquen como correcto, desde ese punto de vista moral, al sistema jurídico así articulado. Se trata, sí, de elementos cuya concurrencia se estima necesaria para los sistemas jurídicos, pero de los que, en ninguna medida, cabe predicar valor moral. Ésta es la respuesta que, desde el positivismo jurídico encarnado en la figura de Hart, se ofrece a la propuesta de Fuller”, en: Escudero Alday, Rafael (2000) *Positivismo y moral interna del Derecho*. Prólogo de Gregorio Peces-Barba. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 26.

propone Fuller como imprescindible para la existencia y validez de un buen sistema jurídico. Revisemos, pues, cada uno de esos principios procedimentales:

P1. Principio de la generalidad del Derecho (*lex scripta*): Para Fuller el requisito de generalidad “se basa en el axioma de que para someter la conducta humana al control de las reglas debe haber reglas”³³⁶.

P2. Principio de promulgación: A pesar de la importancia de la publicidad de las normas, “debe reconocerse que está sujeta al principio de utilidad marginal”³³⁷. Es decir, los individuos deben conocer aquellas leyes que se espera que observen, o aquellas que de alguna manera incidirán en su interrelación con otros. Ello, por cuanto, como dice Fuller, “sería insensato tratar de educar a todo ciudadano dentro del significado completo de toda ley que pudiera concebiblemente serle aplicada”³³⁸.

De otro lado, la publicidad de las normas también encuentra sustento en el principio democrático. Es decir, en una sociedad resulta necesario que las normas se hagan públicas “a fin de que puedan ser criticadas públicamente, incluyendo la crítica que indique que no son la clase de leyes que no deban ponerse en vigor a menos que su contenido pueda ser efectivamente transmitido a aquellos que están sujetos a las mismas”³³⁹.

P3. Principio de no aplicación retroactiva de las leyes (*lex praevia*): Independientemente de los supuestos excepcionales de aplicación retroactiva de normas que el sistema jurídico puede establecer (habitualmente en materia penal y tributaria), no debe olvidarse que “la validez de la legislación retroactiva es considerada generalmente como un problema de proceso debido. (...) [Que] una ley retroactiva [en un sistema jurídico] es verdaderamente una monstruosidad”³⁴⁰.

P4. Principio de claridad de las leyes (*lex certa*): A juicio de Fuller el principio en mención es uno de los más esenciales de la legalidad. De ahí que afirme que “una legislación oscura e incoherente puede hacer que la legalidad sea inaccesible para cualquiera, o al menos irrealizable”³⁴¹. En tal sentido, la moral interna del Derecho exige a los legisladores responsabilidad en su trabajo.

No obstante, considerar a la claridad legislativa como un valor esencial no significa “condenar precipitadamente aquellas normas que hacen depender las consecuencias legales de medidas como ‘la buena fe’ y ‘el cuidado debido’. Algunas veces la mejor forma de aclarar las cosas es aprovechar el derecho e incorporar en él normas de juicio que se han formado en la vida ordinaria fuera de las cámaras legislativas”³⁴².

³³⁶ Fuller, Lon (1967) *La moral del...*, ob. cit., p. 59.

³³⁷ *Ibidem*, p. 60.

³³⁸ *Ibidem*, p. 60.

³³⁹ *Ibidem*, p. 62.

³⁴⁰ *Ibidem*, pp. 63 y 64.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 75.

³⁴² *Ibidem*, p. 76.

P5. Principio de no contradicción entre las leyes: Advierte Fuller que “es bastante obvio que el evitar contradicciones accidentales en el derecho puede requerir una gran cantidad de concienzudo trabajo por parte del legislador. Lo que no es tan obvio es que puede ser difícil saber cuándo existe una contradicción, o cómo podría uno definir una contradicción en términos abstractos”³⁴³.

Así se tiene que para poder determinar la incompatibilidad entre dos normas, lo más recomendable será tomar en consideración todas las razones extrínsecas al lenguaje de dichas normas. Y a fin de dar una solución a la aparente contradicción, hay que buscar alguna forma de reconciliación (fórmula interpretativa) que diluya la supuesta incoherencia³⁴⁴.

P6. Principio de aprobación de leyes que tengan como objeto subsanar los efectos que produce la inadvertencia en un sistema jurídico: Dice Fuller que “para preservar la integridad de un sistema de relaciones legales establecido por advertencia, se necesita una sistema de leyes complementario para remediar los efectos de la inadvertencia”³⁴⁵. Es decir, en un sistema legal también se requiere de la existencia de un conjunto de normas que eximan de responsabilidad a las personas cuando éstas incurran en conductas cuyas consecuencias ilegales fueron inadvertidas. Como dice Fuller, “si todo sucediera por inadvertencia, no habría manera ni siquiera de concebir el problema de remediar la inadvertencia. Las leyes destinadas a ese objeto derivan no sólo su justificación, sino el verdadero sentido de su función como un anexo a un sistema mayor de reglas destinadas a servir como guía de conducta”³⁴⁶.

P7. Principio de estabilidad del Derecho a través del tiempo (*seguridad jurídica*): Este principio proscribe la frecuente introducción de cambios en la legislación, a fin de evitar que las personas queden impedidas de orientar sus actos en adecuación correcta a las normas.

Para Fuller “los cambios demasiado frecuentes en el derecho pueden invalidar los beneficios de los procedimientos formales”³⁴⁷. De ahí que lo que se busque con la aplicación del principio en mención sea la preservación de la seguridad jurídica al interior del sistema.

P8. Principio de congruencia entre la acción oficial y la ley declarada: Quizá el más complicado de todos los objetivos que integran la moral interna del derecho sea alcanzar la congruencia entre la acción oficial y la ley declarada. Será, pues, la interpretación con todas sus sutilezas, la herramienta más importante para la moral interna del derecho, la que ayude a lograr esa congruencia normativa que debe alcanzarse en un sistema jurídico. Como dice Fuller, la

³⁴³ *Ibidem*, p. 77.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 78.

³⁴⁵ *Ibidem*, pp. 86, 87.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 87.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 105.

interpretación “revela (...) la naturaleza cooperativa de la tarea de mantener la legalidad”³⁴⁸.

3. El multiculturalismo liberal como propuesta constitucionalmente idónea para interpretar el artículo 149° de la Constitución

Habiendo llegado hasta este punto del trabajo corresponde explicar finalmente cuáles son las razones que nos motivan a sostener que el enfoque *multicultural liberal* es el más idóneo para interpretar el artículo 149° de la Constitución. Para ello es necesario resolver dos preguntas fundamentales que pueden ser expresadas en los siguientes términos: *i) ¿en qué se diferencia la propuesta del multiculturalismo “liberal” de la del multiculturalismo “comunitario”?*, y *ii) ¿por qué resulta razonable que la libertad cultural pueda imponerse al valor de la diversidad cultural?*

i) El multiculturalismo liberal como propuesta constitucionalmente idónea. Para Amartya Sen “existen dos enfoques básicamente diferenciados del multiculturalismo: uno de ellos se concentra en la promoción de la diversidad como valor en sí mismo; el otro hace hincapié en la libertad de razonamiento y de toma de decisiones, y celebra la diversidad cultural en la medida en que es elegida con tanta libertad como sea posible por las personas involucradas”³⁴⁹. Enfoques que se traducen en lo que se conoce como multiculturalismo “comunitarista” y multiculturalismo “liberal”, respectivamente.

Siguiendo la definición de Amartya Sen, el **multiculturalismo “comunitarista”** promueve a la diversidad cultural como un valor en sí mismo y hace de su respeto el fin último. Bajo esa concepción, las distintas libertades no suponen un límite. La promoción y respeto a la cultura se convierten en el ideal motivador. De ahí que, el fundamento de este tipo de multiculturalismo sea el relativismo cultural³⁵⁰.

Asimismo, para el multiculturalismo comunitarista la identidad (cultural) se funda en la pertenencia comunitaria y es algo dado que se descubre. Para los comunitarios el individuo es un ser intrínsecamente social y este rasgo que lo caracteriza es el que define su identidad. Tal como afirma Sandel, “la comunidad describe no sólo lo que *tienen* como conciudadanos, sino también lo que *son*; no una relación que eligen (como en la asociación voluntaria) sino un lazo que descubren; no meramente un atributo sino un componente de su identidad”³⁵¹.

Como consecuencia de ello, entonces, las restricciones internas a la autonomía individual, propias de las culturas tradicionales, no podrán ser objeto

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 104.

³⁴⁹ Sen, Amartya (2007) *Identidad y violencia...*, pp. 201, 202.

³⁵⁰ El relativismo cultural generalmente deviene en un fanatismo etnocentrista que lejos de defender derechos los termina socavando.

³⁵¹ Sandel, Michael (2000) *El liberalismo y ...*, ob. cit., p. 182.

de críticas, mucho menos de rebelión, ello, por cuanto, en el esquema comunitario la identidad se define a partir del descubrimiento dado en el ejercicio dialógico entre individuo y comunidad.

En tanto que para el **multiculturalismo “liberal”**, la importancia de la diversidad cultural será instrumental y se desprenderá de la libertad cultural, es decir, la diversidad cultural será consecuencia de dicha libertad. De ahí que el fundamento de este tipo de multiculturalismo se encuentre en la libertad como valor, como derecho, y en la autonomía moral como expresión de la libertad.

A juicio de los comunitarios, la propuesta liberal defiende una concepción atomista de la sociedad y con ello desconoce un hecho tan evidente como que los individuos solo pueden autorrealizarse y delinear su identidad al interior de un contexto social. Sin embargo, tal como afirma Bobbio “ninguna concepción individualista de la sociedad prescinde del hecho de que el hombre es un ser social ni considera al individuo aislado”³⁵², mucho menos, desconoce que a consecuencia de la vida cotidiana los seres humanos somos parte de una variedad de grupos y pertenecemos a ellos de manera simultánea, por ello, poseemos una identidad múltiple que vamos definiendo según la importancia que libremente le asignamos a cada una de dichas pertenencias. Es decir, para el multiculturalismo liberal la definición de nuestra identidad (cultural) será producto de la suma de elecciones libres ejercidas en los distintos contextos con los que tenemos algún tipo de filiación.

En consecuencia, si según el planteamiento multicultural liberal, como se ha dicho, cada individuo es quien libremente configura su identidad cultural, frente a las restricciones internas propias de las tradiciones culturales, cabe cuestionar la aprobación automática de dichas tradiciones, es decir, el derecho al disenso interno no solo existe, sino que es plenamente legítimo y constituye una exigencia moral³⁵³.

Si tal como se ha referido en el capítulo I de este trabajo, el liberalismo, desde un plano *ontológico*, defiende la idea de un hombre libre, igual, racional, y, a partir de aquí, concibe un agregado social donde la pluralidad de proyectos individuales no deben terminar truncados por razones convivenciales. En tanto que desde un plano *ético-político*, promueve un modelo de sociedad donde lo privado y lo público no forman parte de un solo ámbito. Es decir, por un lado, promueve la autonomía moral de los individuos, ya que ésta supone la máxima concretización de la libertad y el símbolo de nuestra dignidad. Y, por otro lado, es decir en el ámbito público, busca principios imparciales de justicia promoviendo una presencia neutral del Estado que asegure las mejores e iguales condiciones

³⁵² Bobbio, Norberto (1989) *Liberalismo y democracia...*, ob. cit., p. 51.

³⁵³ A juicio de Ernesto Garzón resulta una exigencia moral la negación del carácter sacrosanto de las formas de vida colectivas y, por el contrario, debe admitirse la posibilidad de su crítica y superación. Cfr. Garzón Valdés, Ernesto (2004) “El problema ético de las minorías étnicas”. En: Olivé, León (compilador) *Ética y diversidad cultural*. 2da. Ed. México D.F., Fondo de Cultura Económica, p. 59.

para todos, a fin de que estos puedan alcanzar sus proyectos individuales trazados.

Y, sumado a ello, se ha afirmado y demostrado que nuestra actual Constitución refleja una fuerte influencia liberal en el catálogo axiológico que presenta, así como en las distintas normas que forman parte de su contenido.

Resulta razonable, más aún, idóneo, que nos decantemos por un enfoque multicultural “liberal”, no solo porque su bandera sea la defensa de la libertad cultural, sino porque detrás de esa premisa que constituye el punto de partida se encuentra la defensa de un núcleo moral mínimo (estandarizado por la humanidad) que se exige para la convivencia armónica en todo contexto social, y porque también, contra lo que en primera instancia podría pensarse, representa una garantía para la concretización y defensa de la diversidad cultural. En la medida que seamos más libres, podremos ser más diferentes de manera legítima.

ii) Libertad cultural y diversidad cultural. Si la pretensión social universal es construir comunidades humanas y justas, debemos partir por entender e internalizar cuál es la importancia que revisten las libertades, en particular, la *libertad cultural*; así como determinar de qué manera nos debe importar la *cultura*³⁵⁴.

Tal como se sostiene coherentemente en el Informe sobre Desarrollo Humano 2004 del PNUD, “poner énfasis en la libertad cultural no es exactamente lo mismo que jugarse el todo por el todo por la diversidad cultural. Si bien es cierto que dar lugar a la diversidad en las prácticas culturales puede resultar muy importante, puesto que el ejercicio de la libertad cultural depende de esa diversidad, ello no equivale a defender la diversidad cultural por su propio mérito”³⁵⁵. El *quid* de la cuestión estará entonces en cómo lograr la concretización de la diversidad cultural y el grado en que las personas involucradas pueden ejercer su libertad, toda vez que si se considera a la diversidad cultural como un valor sin importar de qué manera se alcanza se incurre entonces en una práctica irrazonable.

La libertad cultural, dice Fidel Tubino, “presupone, en primer lugar, que la identidad de un individuo no es única sino que es múltiple y que dicha multiplicidad depende de la diversidad de contextos de pertenencia de este. En segundo lugar, que nadie está determinado de manera a priori a permanecer en el marco de su cultura de pertenencia u origen porque la cultura no es destino. Las personas tenemos el derecho a ‘cuestionar la aprobación automática de las tradiciones pasadas, cuando las personas encuentran una razón para cambiar de forma de vida’. En otras palabras, que nuestra pertenencia cultural sea nuestro punto de partida no significa que debe ser necesariamente nuestro punto de

³⁵⁴ Dice Amartya Sen que “el mundo ha llegado a la conclusión –de modo más desafiante que el necesario– de que la cultura importa. El mundo obviamente tiene razón: la cultura importa. No obstante, la verdadera pregunta es: “¿De qué manera importa la cultura?”, en: Sen, Amartya (2007) *Identidad y violencia...*, ob. cit., p. 145.

³⁵⁵ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2004) *Informe sobre Desarrollo...*, ob. cit., p. 22.

llegada. Pero para que la elección cultural sea verdaderamente libre deben generarse las condiciones que la hagan posible”³⁵⁶.

Efectivamente, los individuos nos caracterizamos por una pluralidad de identidades que nos definen simultáneamente. Puedo ser, al mismo tiempo, sudamericana, ciudadana peruana, limeña de ascendencia italiana, abogada, profesora universitaria, fuerte creyente en los valores humanistas y la democracia, mujer, heterosexual, respetuosa de los derechos de los gays y las lesbianas, con un estilo de vida no estrictamente católico, no ser oriental y creer en el poder de la energía y del equilibrio espiritual. Esto es solo un ejemplo de las diversas categorías a las que puedo pertenecer. Sin embargo, existen muchas otras categorías de pertenencia que pueden configurarse e identificarme de acuerdo a los diferentes contextos de los que formo parte. Por ello, el reconocimiento de cada una de estas identidades supone el reconocimiento de su importancia, así como la precisión de que una no puede eliminar la relevancia de la otra. Y, en esa línea, supondrá, consecuentemente, que cada individuo decide libremente la importancia que le asigna a cada una de sus identidades.

Como se ha referido, el ejercicio de la libertad cultural también incluye “la libertad de cuestionar la aprobación automática de las tradiciones pasadas, cuando las personas –en particular los jóvenes– encuentran una razón para cambiar su forma de vida”³⁵⁷. Este derecho al disenso interno como expresión de libertad cultural se traduce en lo que Gustavo Zagrebelsky denomina la *ética de la duda*. En esta línea sostiene que “la duda contiene (...) un elogio a la verdad, pero de una verdad que debe ser siempre re-examinada y re-descubierta. Así pues, la ética de la duda no es contraria a la verdad, sino contraria a la verdad dogmática que es aquella que quiere fijar las cosas de una vez por todas e impedir o descalificar aquella crucial pregunta: «¿Será realmente verdad?». Precisamente en la formulación de estas palabras está –me parece– la expresión de la más primordial y, por tanto, más natural, de las facultades humanas. Impedirla es el acto más innatural, incluso aunque sea realizado en nombre de la «justicia natural» o de la «ley natural», afirmadas en un determinado momento y sustraídas a cualquier tipo de duda. La «naturaleza de las cosas», cuando es usada como arma contra la duda, se contradice a sí misma, dirigiéndose contra la «naturaleza del ser humano»”³⁵⁸. De ahí que, en nombre de un impuesto e incondicionado conservacionismo no se pueda negar la libertad para reevaluar y cuestionar las normas culturales que rigen el contexto social donde se desenvuelven las personas.

Pero también forma parte del núcleo esencial de la libertad cultural como derecho, exigir la creación de condiciones suficientes para que nuestras elecciones culturales sean verdaderamente libres. Por ejemplo resulta común que los pobladores quechua hablantes que tienen la intención de que sus hijos en un futuro realicen estudios universitarios, se vean obligados a educar a sus hijos en el idioma castellano y no en su lengua originaria, porque la educación universitaria a nivel nacional solo se imparte en idioma castellano. En este supuesto, por tanto,

³⁵⁶ Tubino, Fidel (2009) “Los desafíos de las políticas y las culturas...”, ob. cit., p. 24.

³⁵⁷ Sen, Amartya (2007) *Identidad y violencia...*, ob. cit., p. 158.

³⁵⁸ Zagrebelsky, Gustavo (2010) *Contra la ética de...*, ob. cit. pp. 9, 10.

no existen las condiciones para ejercer libertad cultural. En consecuencia, para alcanzar dicha libertad en un contexto de pluralidad es necesario apelar a la implementación de políticas de reconocimiento y de protección externa para las culturas minoritarias.

Finalmente, otro ejercicio de la libertad cultural es aquel que se materializa cuando las personas se adaptan al modo de vida que se expresa en el contexto social en el que se encuentran y se someten, producto de una decisión libre, a sus normas de convivencia y cultura (nos referimos al fenómeno de asimilación voluntaria). Frente este supuesto, como se sostiene en el Informe sobre Desarrollo Humano 2004 del PNUD, resultará “un desatino oponerse a la libertad cultural aduciendo que reduce la diversidad cultural, ya que la libertad tiene méritos propios e intrínsecos que no tiene la diversidad”³⁵⁹.

En consecuencia, en la medida que todas las personas ejerzan su libertad cultural el grado de diversidad obtenido será mayor. Por ello afirma Amartya Sen que “la diversidad cultural puede incrementarse si se permite y se alienta a los individuos a vivir de la manera que elegirían según sus propios valores (en vez de estar restringidos por la tradición). Por ejemplo, la libertad a aspirar a estilos de vida étnicamente diversos en lo que respecta a los hábitos alimentarios y a la música puede hacer que una sociedad sea más diversa desde el punto de vista cultural. En este caso, la importancia de la diversidad cultural –que es instrumental– se desprenderá directamente del valor de la libertad cultural, ya que aquella será consecuencia de ésta”³⁶⁰.

Las ideas expuestas no solo guardan relación con el enfoque multicultural “liberal” que defendemos, sino que sobre todo expresan la justificación de por qué resulta razonable que la libertad cultural pueda imponerse al valor de la diversidad cultural. Si adoptamos a la diversidad como último fin, entonces aceptamos el ejercicio de prácticas que podrían incidir en ese núcleo moral mínimo que hemos referido en el presente capítulo. Y ello, a nuestro juicio, no es constitucionalmente posible.

Conclusiones:

Tal como se ha señalado a lo largo de la tesis, uno de los problemas fundamentales que debe enfrentar el significado del artículo 149° de la Constitución es de naturaleza *semántica*, toda vez que el texto de dicho precepto expresa una eventual falta de correspondencia entre el ejercicio de la justicia comunal y la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, es decir, habría una contradicción entre el significado de ambos conceptos al momento de su aplicación.

³⁵⁹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2004) *Informe sobre Desarrollo...*, ob. cit., p. 23.

³⁶⁰ Sen, Amartya (2007) *Identidad y violencia...*, ob. cit., p. 159.

Por ello, se señaló en el capítulo III que a fin de ayudar a conciliar esa contradicción que puede producirse entre la aplicación del derecho consuetudinario y el respeto de los derechos fundamentales como su límite, resulta imprescindible el desarrollo y reconocimiento de un marco moral mínimo fundado en los valores de dignidad, autonomía moral como expresión de libertad, igualdad y de pluralismo que haga las veces de un referente ético orientador de las conductas, y que garantice al interior de un sistema la realización de los derechos y el disfrute de una vida digna.

A nuestro juicio ese marco moral mínimo capaz de resolver la controversia resaltada encuentra sustento en la propuesta acogida por el *multiculturalismo liberal*, toda vez que para este tipo de multiculturalismo la importancia de la diversidad cultural será instrumental y se desprenderá de la libertad cultural, es decir, la diversidad cultural será consecuencia de dicha libertad. El fundamento de este tipo de multiculturalismo se encuentra en la libertad como valor, como derecho, y en la autonomía moral como expresión de la libertad.

Según los comunitarios, la propuesta liberal defiende una concepción atomista de la sociedad y con ello desconoce un hecho tan evidente como que los individuos solo pueden autorrealizarse y delinear su identidad al interior de un contexto social. Sin embargo, ninguna concepción individualista de la sociedad relega el hecho de que el hombre es un ser social, mucho menos considera al individuo aislado; y tampoco desconoce que a consecuencia de la vida cotidiana los seres humanos somos parte de una variedad de grupos y pertenecemos a ellos de manera simultánea, por ello, poseemos una identidad múltiple que vamos definiendo según la importancia que libremente le asignamos a cada una de dichas pertenencias. Es decir, para el multiculturalismo liberal la definición de nuestra identidad (cultural) será producto de la suma de elecciones libres ejercidas en los distintos contextos con los que tenemos algún tipo de filiación.

En consecuencia, si según el planteamiento multicultural liberal cada individuo es quien libremente configura su identidad cultural, frente a las restricciones internas propias de las tradiciones culturales, cabe cuestionar la aprobación automática de dichas tradiciones, es decir, el derecho al disenso interno no solo existe, sino que es plenamente legítimo.

Por tanto, resulta razonable que nos decantemos por un enfoque multicultural “liberal” para interpretar el contenido del artículo 149° de la Constitución, no solo porque su bandera sea la defensa de la libertad cultural, sino porque detrás de esa premisa que constituye el punto de partida se encuentra la defensa de un núcleo moral mínimo (estandarizado por la humanidad) que se exige para la convivencia armónica en todo contexto social, y porque también, aunque se pueda dudar de ello, representa una garantía para la concretización y defensa de la diversidad cultural en el ámbito jurisdiccional que defiende dicho precepto constitucional.

Conclusiones

- En el Perú, el derecho a la “identidad étnica y cultural” ha sido recogido primigeniamente en la Constitución de 1993 (artículo 2º, inciso 19). Este hecho constitucional supone el reconocimiento de nuestro país como una sociedad pluriétnica y pluricultural; lo que se traduce en la obligación estatal de respetar, reafirmar, promover y defender el pluralismo cultural. De ahí que la voluntad constitucional expresada en el referido artículo 2º inciso 19 sea reforzada por el artículo 89º cuando en su parte *in fine* establece que “el Estado respeta la identidad cultural de la Comunidades Campesinas y Nativas”.

Además de ese reconocimiento de la diversidad cultural expresado en los preceptos que acabamos de mencionar, existe un bloque normativo con el cual la propia Constitución pretende garantizar el derecho a la diferencia, de autonomía y de participación de los grupos culturales minoritarios (comunidades campesinas y nativas en particular).

Así se tiene que la Constitución ofrece una especial protección al patrimonio cultural de la Nación (artículo 21º); reconoce la oficialidad del idioma quechua, aimara y demás lenguas aborígenes en los territorios donde predominen (artículo 48º); fomenta la educación bilingüe e intercultural (artículo 17º); y, en general, preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país (artículo 17º). Asimismo, la Constitución reconoce existencia legal y considera

personas jurídicas a las Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 89°); les confiere facultad jurisdiccional para resolver sus controversias de acuerdo al derecho consuetudinario (artículo 149°); reconoce su autonomía en el ámbito económico y administrativo, así como en lo que a su organización y disposición de las tierras se refiere (artículo 89°); y, garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal, así como su imprescriptibilidad (artículo 88° y 89°). Finalmente, la Constitución también promueve la participación política de las comunidades campesinas y nativas (artículo 191° *in fine*).

Estas disposiciones constitucionales aunadas a la dignidad humana como premisa antropológica configuran, pues, la dimensión multicultural de nuestra Constitución.

- El artículo 149° de la Constitución, como se sabe, es expresión de la diversidad cultural en el ámbito jurisdiccional. Dicha norma confiere a las comunidades campesinas y nativas el ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo al derecho consuetudinario, pero sin que dicho ejercicio suponga una violación de los derechos fundamentales de las personas.

Ahora bien, esta permisión de la aplicación del derecho consuetudinario limitada por los derechos fundamentales refleja algunos problemas con los que debe enfrentarse el significado del artículo 149°. A nuestro juicio, básicamente, son dos los problemas a dilucidar: Uno primero, de naturaleza *semántica*, toda vez que el texto expresa una eventual falta de correspondencia entre el ejercicio de la justicia comunal y la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, es decir, hay una contradicción entre el significado de ambos conceptos al momento de su aplicación. Y un segundo problema, de orden *material*, en la medida que el texto del artículo 149° puede expresar una doble fundamentación filosófico-política. Tal como está redactado puede presumirse que en su fundamentación hay rasgos comunitaristas, pero también de impronta liberal.

En ese sentido, a fin de despejar las controversias que rodean dicho precepto será necesario desentrañar cuál es la fundamentación filosófico-política material que subyace a la *ley fundamental* de 1993, así como precisar cuál es el concepto de derechos fundamentales que nuestra Constitución adopta.

- Si dejamos de lado la definición clásica del liberalismo y optamos por esa concepción moderna e *incluyente* que tiene la capacidad para convivir con el componente social, y que promueve la creación de escenarios de participación en condiciones de igualdad y libertad reales para todos los miembros del Estado, tomando en consideración todos los elementos que conforman a la Constitución peruana, creemos que estos elementos constituyen buenas razones para afirmar que la principal influencia filosófico-política material que subyace a la Constitución de 1993 no es la de un liberalismo clásico, pero sí la de un liberalismo de sesgo *incluyente*.

Así pues, los elementos (o normas constitucionales) que nos permiten sostener tal afirmación serán los siguientes: El valor de autonomía de la voluntad como concretización de la libertad (artículo 2° inciso 1); la defensa de la libertad del individuo de las injerencias arbitrarias del Estado (artículo 2° inciso 24 párrafo a.); la dignidad como presupuesto ontológico (artículo 1°); el reconocimiento y promoción de la participación ciudadana en los asuntos de interés público (artículos 2° inciso 17, 31°, 32°, 35°, 107°, 139° inciso 17, 139° inciso 20, 148°, 191° y 194°); el principio de separación de poderes como símbolo de control y limitación jurídica al poder estatal (artículo 43° *in fine*); la función promocional del Estado, lo que implica el despliegue de acciones positivas estatales (artículos 2° incisos 8, 17, 19; 9°, 10°, 14°, 16°, 17°, 23°, 44°, 59° y 68°); y, la adscripción a un régimen económico de naturaleza social.

- Los derechos fundamentales para la Constitución de 1993 constituyen una pretensión moral positivizada. Es decir, tienen una doble dimensión: moral y jurídica. En esa línea entonces, y atendiendo lo prescrito por el artículo 1° de la Constitución, será el principio de dignidad humana el principal fundamento axiológico de todos los derechos. No obstante ello, el valor de libertad, de autonomía moral, de igualdad y de pluralismo también constituyen fundamento axiológico de los derechos.

Por tanto, si nuestra Constitución acoge la idea de que los derechos fundamentales comprenden una moralidad básica así como una juridicidad básica, resulta imprescindible el desarrollo y reconocimiento de un marco moral mínimo fundado en los valores de dignidad, autonomía moral como expresión de libertad, igualdad y de pluralismo i) que haga las veces de un referente ético orientador de las conductas; ii) que garantice al interior de un sistema (entiéndase Estado, sociedad, comunidad, como se le quiera llamar) la realización de los derechos y el disfrute de una vida digna; pero, sobre todo, para los efectos de afrontar el problema de naturaleza *semántica* que rodea al artículo 149°, iii) que ayude a conciliar esa contradicción que puede producirse entre la aplicación del derecho consuetudinario y el respeto de los derechos fundamentales como su límite.

En consecuencia, el marco moral capaz de resolver la controversia que se suscita entre la aplicación de un derecho consuetudinario, que no resulta válido en tanto no respete el contenido esencial de los derechos fundamentales, será la propuesta acogida por el multiculturalismo liberal.

- Tal como se refirió en su oportunidad, para el *multiculturalismo liberal* la importancia de la diversidad cultural será instrumental y se desprenderá de la libertad cultural, es decir, la diversidad cultural será consecuencia de dicha libertad. De ahí que el fundamento de este tipo de multiculturalismo se encuentre en la libertad como valor, como derecho, y en la autonomía moral como expresión de la libertad.

A juicio de los comunitarios, la propuesta liberal defiende una concepción atomista de la sociedad y con ello desconoce un hecho tan evidente como que los individuos solo pueden autorrealizarse y delinear su identidad al interior de un contexto social. Sin embargo, ninguna concepción individualista de la sociedad relega el hecho de que el hombre es un ser social, mucho menos considera al individuo aislado; y tampoco desconoce que a consecuencia de la vida cotidiana los seres humanos somos parte de una variedad de grupos y pertenecemos a ellos de manera simultánea, por ello, poseemos una identidad múltiple que vamos definiendo según la importancia que libremente le asignamos a cada una de dichas pertenencias. Es decir, para el multiculturalismo liberal la definición de nuestra identidad (cultural) será producto de la suma de elecciones libres ejercidas en los distintos contextos con los que tenemos algún tipo de filiación.

En consecuencia, si según el planteamiento multicultural liberal cada individuo es quien libremente configura su identidad cultural, frente a las restricciones internas propias de las tradiciones culturales, cabe cuestionar la aprobación automática de dichas tradiciones, es decir, el derecho al disenso interno no solo existe, sino que es plenamente legítimo.

Si tal como se ha concluido en el capítulo I de esta tesis, el liberalismo, desde un plano *ontológico*, defiende la idea de un hombre libre, igual, racional, y, a partir de aquí, concibe un agregado social donde la pluralidad de proyectos individuales no deben terminar truncados por razones convivenciales. En tanto que desde un plano *ético-político*, promueve un modelo de sociedad donde lo privado y lo público no forman parte de un solo ámbito. Es decir, por un lado, promueve la autonomía moral de los individuos, ya que ésta supone la máxima concretización de la libertad y el símbolo de nuestra dignidad. Y, por otro lado, es decir en el ámbito público, busca principios imparciales de justicia promoviendo una presencia neutral del Estado que asegure las mejores e iguales condiciones para todos, a fin de que estos puedan alcanzar sus proyectos individuales trazados. Y, sumado a ello, se ha afirmado y demostrado que nuestra actual Constitución refleja una fuerte influencia liberal en el catálogo axiológico que presenta, así como en las distintas normas que forman parte de su contenido.

Resulta razonable, más aún, idóneo, que nos decantemos por un enfoque multicultural “liberal” para interpretar el contenido del artículo 149° de la Constitución, no solo porque su bandera sea la defensa de la libertad cultural, sino porque detrás de esa premisa que constituye el punto de partida se encuentra la defensa de un núcleo moral mínimo (estandarizado por la humanidad) que se exige para la convivencia armónica en todo contexto social, y porque también, aunque se pueda dudar de ello, representa una garantía para la concretización y defensa de la diversidad cultural en el ámbito jurisdiccional que defiende dicho precepto.

Bibliografía

1. Alexy, Robert (2007) *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. 2da. Ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
2. Ansuátegui, Francisco Javier (editor) (2001) *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid, Dykinson S.L. – Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III.
3. Ansuátegui, Francisco Javier y otros (editores) (2005) *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*. Madrid, Editorial Dykinson, S.L.
4. Atienza, Manuel (1993) “La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés”. En: Garzón Valdés, Ernesto (1993) *Derecho, ética y política*. Introducción de Manuel Atienza. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 21-32.
5. Atienza, Manuel (2010) *Bioética, Derecho y Argumentación*. 2da. Ed. Ampliada. Lima, Palestra Editores S.A.C.
6. Barberis, Mauro (2008) *Ética para juristas*. Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid, Trotta S.A.
7. Basadre, Jorge (1968) *Historia de la República del Perú 1822-1933*. 6ta. Ed. aumentada y corregida. Lima, Editorial Universitaria, Tomo XIII.

8. Beltrán de Felipe, Miguel y Julio Gonzáles García (2005) *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados de América*. Madrid, Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
9. Berlin, Isaiah (1996) *Cuatro ensayos sobre la libertad*. 2da. Reimp. de la 1ra. Ed. Madrid, Alianza Editorial S. A.
10. Bobbio, Norberto (1989) *Liberalismo y democracia*. Traducción de José F. Fernández Santillán. 12da. Reimp. de la 1ra. Ed. en español. México D. F., Fondo de Cultura Económica.
11. Bobbio, Norberto (1993) *Igualdad y libertad*. Introducción de Gregorio Peces-Barba. Traducción de Pedro Aragón Rincón. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, S.A.
12. Bonilla Maldonado, Daniel (2006) *La Constitución multicultural*. Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Instituto Pensar de la Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del Hombre Editores.
13. Campbell, Tom (2002) *La justicia. Los principales debates contemporáneos*. Traducción de Silvina Álvarez. 1ra. Reimp. de la 1ra. Ed. Barcelona, Editorial Gedisa S.A.
14. De Asís Roig, Rafael (2005) “Concepto y fundamento de los derechos humanos”. En: Tamayo, Juan José (2005) *10 palabras claves sobre derechos humanos*. Navarra, Editorial Verbo Divino.
15. De Lucas, Javier (1991) “Una nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos (A propósito de la polémica sobre los derechos morales)”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1991, N° 10, pp. 307-318.
16. Denninger, Erhard y Dieter Grimm (2007) *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid, Editorial Trotta S.A.
17. Dworkin, Ronald (1992) *El imperio de la justicia*. Traducción de Claudia Ferrari. 2da. Ed. Barcelona, Editorial Gedisa S.A.
18. Dworkin, Ronald (1995) *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. 2da. Reimp. de la 1ra. Ed. Barcelona, Ariel S.A.
19. Dworkin, Ronald (2004) *La comunidad liberal*. Estudio Preliminar de Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo, y traducción de Claudia Montilla. 2da. Reimp. de la 1ra. Ed. Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y Siglo de Hombres Editores.
20. Escudero Alday, Rafael (2000) *Positivismo y moral interna del Derecho*. Prólogo de Gregorio Peces-Barba. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

21. Ferrajoli, Luigi (2007) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. 3ra. Ed. Madrid, Editorial Trotta.
22. Fuller, Lon (1967) *La moral del Derecho*. México D.F., Editorial F. Trillas S.A.
23. García Belaunde, Domingo (2006) *Las Constituciones del Perú*. Lima, Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Tomos I y II.
24. Gargarella, Roberto (1999) *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A.
25. Garzón Valdés, Ernesto (1989) “Representación y democracia”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1989, N° 6, pp. 143-163.
26. Garzón Valdés, Ernesto (1989) “Algo más acerca del «coto vedado»”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1989, N° 6, pp. 209-213.
27. Garzón Valdés, Ernesto (1993) *Derecho, ética y política*. Introducción de Manuel Atienza. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
28. Garzón Valdés, Ernesto y Francisco Laporta (editores) (2000) *El derecho y la justicia*. 2da. Ed. Madrid, Editorial Trotta S.A. y Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
29. Garzón Valdés, Ernesto (2004) “El problema ético de las minorías étnicas”. En: Olivé, León (compilador) *Ética y diversidad cultural*. 2da. Ed. México D.F., Fondo de Cultura Económica, pp. 37-62.
30. Garzón Valdés, Ernesto (2011) *Propuestas*. Madrid, Editorial Trotta S.A.
31. Giusti, Miguel (1996) “Paradojas recurrentes de la argumentación comunitarista”. En: *Archivos de la Sociedad Peruana de Filosofía*, Lima, 1996, N° VII, pp. 66-86.
32. Giusti, Miguel y Fidel Tubino (editores) (2010) *Debates de la ética contemporánea*. 1ra. Reimp. de la 1ra. Ed. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Colección Intertextos N° 1.
33. Giusti, Miguel (2011) *El soñado bien, el mal presente. Rumores de la ética*. 1ra. Reimp. de la 1ra. Ed. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
34. Gonzales Mantilla, Gorki (1996) “Identidad cultural y paradigma constitucional”. En: *Derecho y Sociedad*, Lima, Año VII, enero – junio 1996, N° 11, pp. 246-255.

35. González R. Arnaiz, Graciano (2008) *Interculturalidad y convivencia. El “giro intercultural” de la filosofía*. Madrid, Editorial Biblioteca Nueva S. L.
36. Guevara Gil, J. Armando (2009) *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la antropología e historia del Derecho*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
37. Häberle, Peter (2000) *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción e introducción de Emilio Mikunda. Madrid, Editorial Tecnos S.A.
38. Kant, Immanuel (2005) *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Edición de Manuel Garrido y traducción de Manuel García Morente. Madrid, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).
39. Kelsen, Hans (1995) *Teoría general del Derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo García Máynez. 5ta. Reimp. de la 2da. Ed. México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México.
40. Kelsen, Hans (2009) *¿Qué es la justicia?* Traducción de Ernesto Garzón Valdés. 22da. Reimp. México D.F., Distribuciones Fontamara S.A.
41. Kymlicka, Will (1996) *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Traducción de Carme Castells Auleda. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A.
42. Kymlicka, Will (2003) “Estados multiculturales y ciudadanos interculturales”. En: *Actas del V Congreso Latinoamericano de Educación Intercultural Bilingüe “Realidad multilingüe y desafío intercultural. Ciudadanía, cultura y educación”*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú y Cooperación Alemana al Desarrollo (GTZ), 2003, pp. 47-81.
43. Landa Arroyo, César (2010) *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 1ra. Reimp. de la 1ra. Ed. Lima, Palestra Editores S.A.C.
44. Laporta, Francisco Javier (1995) “Comunitarismo y nacionalismo”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1995, N° 17-18, pp. 53-68.
45. Laporta, Francisco Javier (2007) *Entre el Derecho y la moral*. 3ra. Reimp. de la 1ra. Ed. México D.F., Distribuciones Fontamara S.A.
46. Locke, Jhon (1999) *Escritos sobre la tolerancia*. Edición y Estudio Preliminar de Luis Prieto Sanchís y Jerónimo Betegón Carrillo. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
47. MacIntyre, Alasdair (2009) *Tras la virtud*. Traducción de Amelia Valcárcel. 5ta. Ed. Barcelona, Editorial Crítica S. L.

48. Marciani Burgos, Betzabé (2007) “Entre la diversidad y el consenso: los límites a la identidad cultural en el Estado democrático y constitucional de Derecho”. En: *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, Lima, Año III, enero-junio 2007, N° 5, pp. 39-56.
49. Matos Mar, José (2004) *Desborde popular y crisis del Estado. Veinte años después*. 1ra. Reimp. de la 1ra. Ed. Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú.
50. Mill, John Stuart (1970) *Sobre la libertad*. Prólogo de Isaiah Berlin y traducción de Pablo de Azcárate. Madrid, Alianza Editorial S.A.
51. Nino, Carlos Santiago (1988) “Liberalismo “versus” comunitarismo”. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, setiembre-diciembre 1988, N° 1, pp. 363-376.
52. Nino, Carlos Santiago (1989) *El constructivismo ético*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
53. Nino, Carlos Santiago (1993) “Justicia”. En: Garzón Valdés, Ernesto y Francisco Laporta (editores) (2000) *El derecho y la justicia*. 2da. Ed. Madrid, Editorial Trotta S.A. y Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
54. Nino, Carlos Santiago (2006) *Ética y derechos humanos*. 2da. Ed. Buenos Aires, Editorial Astrea S.A.
55. Parekh, Bhikhu (2005) *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*. Traducción de Sandra Chaparro. Madrid, Ediciones Istmo S.A.
56. Peces-Barba Martínez, Gregorio (1995) *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid, Universidad Carlos III – BOE.
57. Peces-Barba Martínez, Gregorio (2004) *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Dykinson, S.L.
58. Peces-Barba Martínez, Gregorio (2006) *La Constitución y los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 39.
59. Peña Jumpa, Antonio (2009) “Derechos fundamentales y justicia comunal. La aplicación del artículo 149 y el artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú”. En: *Ins La Revista*, Lima, diciembre 2009, N° 39, pp. 276-285.
60. Pérez de la Fuente, Óscar (2005) *La polémica liberal comunitarista. Paisajes después de la batalla*. Madrid, Dykinson, Cuadernos “Bartolomé de las Casas” N° 35.

61. Pérez Luño, Antonio Enrique (2005) “Igualdad”. En: Tamayo, Juan José (2005) *10 palabras claves sobre derechos humanos*. Navarra, Editorial Verbo Divino, pp. 121-148.
62. Prieto Sanchís, Luis (2000) “Derechos fundamentales”. En: Garzón Valdés, Ernesto y Francisco Laporta (editores) (2000) *El derecho y la justicia*. 2da. Ed. Madrid, Editorial Trotta S.A. y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, pp. 501-510.
63. Prieto Sanchís, Luis (2007) “El constitucionalismo de los derechos”. En: Carbonell, Miguel (editor) (2007) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid, Editorial Trotta S.A., pp. 213-235.
64. Raz, Joseph (2001) *La ética en el ámbito de lo público*. Traducción de María Luz Melon. Barcelona, Editorial Gedisa S.A.
65. Rawls, John (1995) *Teoría de la justicia*. 6ta. Reimp. de la 2da. Ed. México D.F., Fondo de Cultura Económica.
66. Rawls, John (1995) *El liberalismo político*. 4ta. Reimp. de la 1ra. Ed. México D. F., Fondo de Cultura Económica.
67. Ruíz Miguel, Alfonso (1992) “Derechos humanos y comunitarismo. Aproximaciones a un debate”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1992, N° 12, pp. 95-114.
68. Sandel, Michael (2000) *El liberalismo y los límites de la justicia*. Traducción de María Luz Melon. Barcelona, Editorial Gedisa S.A.
69. Santos, Boaventura de Souza (1998) *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*. Traducción de Consuelo Bernal y Mauricio García Villegas. 1ra. Reimp. de la 1ra. Ed. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes.
70. Sartori, Giovanni (2001) *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Traducción de Miguel Ángel Ruíz de Azúa. Madrid, Grupo Santillana de Ediciones S.A.
71. Sen, Amartya (2007) *Identidad y violencia. La ilusión del destino*. Traducción de Verónica Inés Weinstabl y Servanda María de Hagen. Buenos Aires, Katz Editores.
72. Sobrevilla, David (2006) *Escritos kantianos*. Lima, Editorial Universitaria de la Universidad Ricardo Palma.
73. Taylor, Charles (1985) “El atomismo”. Traducción de Silvia Mendlewicz y Albert Calsamiglia. En: Betegón, Jerónimo y Juan Ramón de Páramo

- (coordinadores) (1990) *Derecho y moral. Ensayos analíticos*. Barcelona, Editorial Ariel S.A., pp. 107-124.
74. Taylor, Charles (1994) *La ética de la autenticidad*. Introducción de Carlos Thiebaut y traducción de Pablo Carbajosa Pérez. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A.
75. Taylor, Charles (2006) *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*. Traducción de Ana Lizón. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, S.A.
76. Taylor, Charles (2009) *El multiculturalismo y la «política del reconocimiento»*. Introducción de Amy Gutmann; comentarios de Susan Wolf, Steven C. Rockefeller y Michael Walzer; ensayos de K. Anthony Appiah y Jürgen Habermas; y, traducción de Mónica Utrilla de Neira, Liliana Andrade Llanas y Gerard Vilar Roca. 2da. Ed. México D.F., Fondo de Cultura Económica.
77. Thiebaut, Carlos (1998) *Vindicación del ciudadano: Un sujeto reflexivo en una sociedad compleja*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A.
78. Tubino, Fidel (2002) “Entre el multiculturalismo y la interculturalidad: más allá de la discriminación positiva”. En: Fuller, Norma (editora) (2002) *Interculturalidad y política: desafíos y posibilidades*. Lima, Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, pp. 51-76.
79. Tubino, Fidel (2009) “Los desafíos de las políticas y las culturas: ¿interculturalismo o multiculturalismo? En: *Memoria. Revista sobre cultura, democracia y derechos humanos*, Lima, 2009, N° 6, pp. 21-28.
80. Tubino, Fidel (2009) “Aportes de la hermenéutica diatópica al diálogo intercultural sobre los derechos humanos”. En: Monteagudo, Cecilia y Fidel Tubino (editores) *Hermenéutica en diálogo. Ensayos sobre alteridad, lenguaje e interculturalidad*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 155-170.
81. Walzer, Michael (1993) *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. Traducción de Heriberto Rubio. México D.F., Fondo de Cultura Económica S.A.
82. Zagrebelsky, Gustavo (2010) *Contra la ética de la verdad*. Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid, Editorial Trotta S.A.