

PARA SIEMPRE, PARA TODOS. Los desafíos de la universalidad a sesenta años de 1948

Juan Cianciardo

Resumen: *Partiendo de los desafíos que ha supuesto para Europa la inmigración de los últimos años, el objeto del trabajo es el estudio de la relación entre la universalidad característica de los derechos humanos y el derecho a la identidad cultural. Se estudian y critican las explicaciones que han dado de esa dinámica el asimilacionismo y el multiculturalismo relativista, y se busca una alternativa superadora a una y otra posición. La propuesta que se expone en el texto parte de la consideración de lo siguiente: a) los derechos humanos son derechos de la persona, fin en sí misma y merecedora de respeto absoluto; b) la persona lo es en un determinado contexto social y cultural. La identidad personal es siempre, necesariamente, también identidad cultural; c) no parecen existir razones de peso para trazar distinciones fuertes entre el tratamiento jurídico que debe brindarse a los derechos de primera generación y el que corresponde dar a los derechos de la segunda generación; d) por esto último, no resulta consistente el intento de imponer a los migrantes el respeto de los derechos humanos de la primera generación –intento que en sí mismo es plausible– con el rechazo a esas mismas personas del disfrute de los derechos de segunda generación, la mayoría de las veces sólo con argumentos economicistas. Tampoco parece sustentable el intento exactamente contrario que lleva a cabo el multiculturalismo relativista: exigir o reclamar los derechos de la segunda generación sin aceptar la universalidad de los de la primera –o no hacerlo con todas sus consecuencias–.*

Palabras clave: Derechos humanos, multiculturalismo, relativismo, derecho a la identidad cultural, dignidad humana.

Sumario: 1. El contexto: reconocimiento de derechos, constitucionalismo y neoconstitucionalismo; 2. Los problemas de la diversidad y el carácter universal de los derechos como rasgo definitorio; 3. El asimilacionismo; 4. El multiculturalismo relativista; 5. Más allá de las respuestas extremas: la difícil conciliación entre universalidad y diversidad; 6. Ideas finales y conclusiones.

1. EL CONTEXTO: RECONOCIMIENTO DE DERECHOS, CONSTITUCIONALISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

Las revoluciones francesa y estadounidense reconocieron de modo contundente los derechos humanos. Fueron el punto final de un largo proceso doctrinal y normativo tendiente a ese reconocimiento, y, a la vez, el punto de partida de múltiples desafíos nuevos. Como es sabido, fue concretamente el constitucionalismo estadounidense quien tuvo el mérito de haber alcanzado algunos avances significativos en aras de superar varios de los nuevos problemas. La *judicial review* –surgida a comienzos del siglo XIX en el célebre caso *Marbury v. Madison*¹– brindó respuestas efectivas a dos preguntas importantes: cómo debían proceder las personas ante violaciones de sus derechos y, conectada con ella, quién se encargaría de la defensa de esos derechos afectados. En Europa continental uno y otro interrogante quedarían en buena medida pendientes por más de un siglo. La jurisprudencia estadounidense avanzó muy lentamente, en cambio, en las respuestas a otras preguntas no menos relevantes: ¿cuáles son los derechos?²; ¿cómo se fundamentan?³; ¿cómo distinguir la regulación o reglamentación de los derechos de su violación?⁴. Catálogo, fundamento e interpretación son todas cuestiones vinculadas y espinosas.

1. 5 U.S. 137 (1803). Cfr. TRIBE, L. H., *American Constitutional Law*, 2a. ed., The Foundation Press, New York, 1988, p. 23 *et seq.*; GUNTHER, G., *Individual Rights in Constitutional Law*, 15th. edition, The Foundation Press, Inc., New York, 1992, p. 2 *et seq.* Los antecedentes históricos, de vital importancia para comprender el caso, en GUNTHER, G., *cit.*, pp. 10-12. Cfr., asimismo, la traducción del caso al castellano y su crítica en MILLER, J. M., GELLI, M. A., CAYUSO, S., *Constitución y poder político*, 2 vols., Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 2-16.

2. Como es sabido, la Constitución estadounidense tiene un catálogo abierto. Se dice en la Enmienda IX: “[e]l hecho de que en la Constitución se enumeren ciertos derechos no debe interpretarse como una negación o menosprecio hacia otros derechos que también son prerrogativa del pueblo”. Aplicaciones de esta cláusula en los casos *Bowers v. Hardwick* 478 U.S. 186 (1986), *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1947) y *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). Normas similares a la Enmienda transcripta pueden encontrarse en las constituciones argentina (art. 33) y uruguaya (art. 72), entre otras.

3. La Corte Suprema trataría este tema de modo explícito e implícito al pronunciarse respecto de la igualdad racial –cfr. los casos *Plessy v. Ferguson* (1896) y, sobre todo, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)– y del derecho a la vida –cfr. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Stenberg, Attorney General of Nebraska, et al. v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000); *Gonzales v. Carhart* (2007)–.

4. Cfr., al respecto, CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ábaco, Buenos Aires, 2008, cap. 1.

Tras lo que representaron para los derechos las revoluciones de fines del siglo XVIII, los aportes del constitucionalismo estadounidense y del constitucionalismo social, puede situarse como un cuarto hito, siguiendo un orden cronológico, la Declaración Universal de los Derechos humanos⁵, al que este volumen de *Persona y Derecho* está destinado, e, inmediatamente después, la Ley Fundamental de Bonn y su interpretación por el Tribunal Constitucional alemán⁶. Lo primero que vale la pena señalar es que la Constitución alemana fue utilizada como modelo por buena parte de los países restantes de Europa continental. Por eso, la recepción del control de constitucionalidad por parte del TC alemán tuvo un impacto notable en toda Europa y su influjo se desplegó a lo largo de varios años (y se percibe aún hoy con nitidez). En España, por poner un ejemplo, que recién obtuvo una Constitución democrática en 1978, uno de sus comentaristas más influyentes, Eduardo García de Enterría, tomaba el caso alemán como modelo para explicar que en su país la Constitución era norma vigente, y el Tribunal Constitucional el órgano encargado de velar porque esa vigencia fuese efectiva⁷.

Por otro lado, el TC alemán y los tribunales que siguieron su estela en otros países no se limitaron a una recepción mecánica del control de constitucionalidad; no lo permitían los textos que interpretaban ni la realidad social a la que debían aplicarlos. Nació así un Derecho constitucional nuevo, con perfiles comunes con el estadounidense, pero con una identidad definida. Se lo designó “Neoconstitucionalismo”⁸.

En América Latina todo esto se vivió de modo peculiar. El reconocimiento de los derechos en los países de la región recibió en primer lugar la influencia estadounidense, claramente perceptible en las constituciones decimonónicas; el influjo europeo, luego, que se nota en las reformas cons-

5. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

6. La Ley Fundamental de Bonn es el nombre utilizado en español para designar la Constitución promulgada el 23 de mayo de 1949 para Alemania Occidental.

7. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, *passim*.

8. Cfr., entre otros, CRUZ, L. M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada, 2005, *passim*, y, más recientemente, del mismo autor, *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, Porrúa, México, 2006, *passim*; ya es un lugar común, por otro lado, la cita de CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, *passim*. Más recientemente, CARBONELL, M. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM-Trotta, Madrid, 2007.

titucionales iniciadas a fines de los ochenta y que se extienden hasta hoy; y, finalmente, los efectos de los problemas propios de la región, inexistentes en otros lugares o existentes en ellos con rasgos y acentos diferentes. Como ejemplo de esto último vale el reconocimiento de los derechos de los llamados “pueblos originarios”⁹.

2. LOS PROBLEMAS DE LA DIVERSIDAD Y EL CARÁCTER UNIVERSAL DE LOS DERECHOS COMO RASGO DEFINITORIO

Tanto la jurisprudencia estadounidense como la europea se enfrentaron sucesivamente a la necesidad de conjugar de modo armónico diversidad e igualdad. En el primer caso así lo exigieron las disputas a propósito de la esclavitud y los derechos de los negros, primero, y la inmigración de comienzos de siglo en adelante. En el segundo, la exigencia provino de la inmigración del último tercio del siglo pasado y lo que llevamos de este. Sólo desde hace unos años, no obstante, las sociedades que experimentaron de modo acuciante la necesidad aludida fueron definidas como “multiculturales”.

De modo más o menos paralelo, la búsqueda de un reconocimiento universal de los derechos fronteras afuera de los estados occidentales acarrió muchas consecuencias positivas aunque también resistencias. Un ejemplo es la negativa de algunos de los estados orientales al reconocimiento de idénticos derechos a mujeres y hombres. Esto abrió un abanico de problemas conectados con los mencionados anteriormente.

Concentrándonos sólo en los últimos treinta o cuarenta años, cabe afirmar que la globalización trajo consigo, entre otras cosas, una mayor movilidad geográfica; con esta última aumentó la inmigración y se incrementó, luego, la realidad de la diversidad en el seno de cada Estado. Paralelamente, el mismo fenómeno de la globalización produjo un incremento exponencial de la comunicación y de los intercambios económicos

9. Sólo por poner un caso, en la reforma constitucional argentina de 1994 se introdujo entre las competencias del Congreso la de “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones” (art. 75 inc. 17).

y culturales¹⁰. Esto aparejó un mayor contacto entre modelos culturales heterogéneos y el planteamiento de si resulta admisible en el interior de un Estado o en el de varios Estados aliados entre sí la imposición de límites a la heterogeneidad. A partir de allí, si la respuesta ofrecida fuese positiva, surge de inmediato la pregunta por los cánones que deben utilizarse para el logro de ese fin, de modo tal que pueda distinguirse la limitación admisible desde la perspectiva de los derechos de la que no lo es.

Se trata de un debate teórico con consecuencias prácticas indudables y relevantes, especialmente si se cae en la cuenta de que al reconocerse los derechos se puso el acento, sobre todo, en su carácter universal. Si los derechos significaron (y significan) algo fue precisamente eso, su pretendida universalidad sincrónica y diacrónica¹¹: estamos frente a una de las propiedades definitorias que permiten distinguirlos de los derechos *simpliciter*. Por eso, el cuestionamiento de la universalidad es un cuestionamiento de la teoría de los derechos¹².

Volviendo a la inmigración, cabe señalar que, como fenómeno sociológico, los problemas que ha ocasionado son tan antiguos como la historia del hombre. Con todo, nunca como en el último tramo del siglo pasado y en lo que llevamos de este los flujos migratorios han sido tan intensos y extensos, con la carga de transformación que eso lleva consigo, tanto para el país que observa la partida de sus nacionales como para el que los recibe¹³. Surgieron no sólo dificultades de empleo y de distribución, sino también el auge de un fenómeno que recibiría el nombre de multiculturalismo¹⁴: la convivencia en

10. La bibliografía sobre este tema es extensísima. Cfr. una síntesis crítica muy sugerente en LLANO, A., *Cultura y pasión*, Eunsa, Pamplona, 2007, pp. 119-139.

11. Cfr., p. ej., entre muchos otros, AA.VV., *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Studi raccolti da Francesco D'Agostino, Giappichelli, Torino, 1996, *passim*.

12. Cfr. un argumento complementario en HERVADA, J., "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho", *Persona y Derecho*, 9 (1982), pp. 243-256. Cfr., asimismo, CIANCIARDO, J., "Humana iura. Realidad e implicaciones de los derechos humanos", en RIVAS, P. (ed.), *Natura, Ius, Ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Ara Editores, Piura, 2005, pp. 117-143.

13. Esto explica que pueda afirmarse, por ejemplo, que "en el verano de 2007 buena parte del debate político [europeo] ha girado en torno a la cuestión de la integración de los inmigrantes, o, por decirlo con mayor precisión, de las comunidades que agrupan tanto a antiguos inmigrantes, hoy ciudadanos de pleno derecho, como a recién llegados" [VELARDE, C., "Integración: fuerza o razón?", en CIANCIARDO, J. (dir.), *Multiculturalismo y universalismo de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2008, pp. 157-175, p. 157].

14. Globalización y multiculturalismo son fenómenos paralelos y relacionados, aunque con causas específicas diversas: económica, en el caso de la globalización, y étnico-cultural en

el seno de una misma sociedad de grupos sociales con culturas distintas, lo que a su vez acarreó, por sus dimensiones, una gama nueva de problemas¹⁵. Entre ellos y de algún modo en el trasfondo de todos ellos se encuentra el de la existencia y eventual alcance de la universalidad¹⁶. En nuestros días es palpable la existencia de una tensión entre quienes pretenden hacer valer los derechos humanos en el seno de todas las culturas que forman parte de un Estado, e incluso pretenden idéntico fin más allá de un Estado concreto, sobre la base de ese carácter universal, y quienes sostienen que, por el contrario, los derechos humanos no valen más allá de la cultura occidental que los vio nacer y les otorgó carta de ciudadanía.

El problema se encuentra indudablemente conectado con otro de calado más hondo: el de la conexión entre Derecho y moral. Hay razones para sostener que la universalidad de los derechos sólo puede fundamentarse de modo consistente en una ética universal¹⁷. De allí que no escapen al conjunto de los problemas que danzan en torno a este complejo asunto el de

el caso del multiculturalismo. Cfr., al respecto, VIOLA, F., *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 177.

15. Cfr., VIOLA, F., “La società multiculturale como società politica”, *Studi Emigrazione / Migration Studies* XLI, n. 153 (2004), pp. 83-90. Cabe aclarar que, como menciona el propio Viola, el fenómeno del multiculturalismo no depende exclusivamente de la inmigración: se hace también presente en aquellos casos en los que una cultura indígena local aspira a conservar su identidad de origen frente al fenómeno del colonialismo (cfr. idem, pp. 84-85). Cfr., asimismo, VIOLA, F., “Democrazia culturale e democrazia delle culture”, en *Studi Emigrazione / Migration Studies* XXXVIII, n. 144 (2001), pp. 845-854. Sobre algunos de los factores contemporáneos que han incidido en el multiculturalismo, cfr. ANDORNO, R., “Universalismo de derechos humanos y derecho natural”, *Persona y Derecho*, 38 (1998*), pp. 35-49, pp. 35-36.

16. Universalismo y pluralismo no son lo mismo. Señala al respecto Viola: “Aunque el pluralismo (...) indica ya un tomar distancia del individualismo para dar relieve a las agregaciones sociales, no por esto es necesariamente multicultural. También sociedades monoculturales pueden ser pluralistas en la medida en que la esfera política no sofoque la vitalidad del privado social. El multiculturalismo es el pluralismo de las culturas al interior de una misma sociedad política. No se trata, pues, del pluralismo de los intereses, de las necesidades o de las preferencias, sino de las ‘culturas’, esto es, de los universos simbólicos que confieren significado a las elecciones y a los planes de vida de aquellos que la habitan” (VIOLA, F., *La democrazia deliberativa entre costituzionalismo y multiculturalismo*, trad. e introducción de J. Saldaña, México, UNAM, 2006, pp. 34-35).

17. A. Ollero es más contundente aún: “Derecho y moral se cruzan y entrecruzan inevitablemente cuando entran en juego los derechos humanos. No toda exigencia moral podrá aspirar a verse convertida en derecho, pero siempre que se plantea una exigencia jurídica de cierta solidez la respuesta –positiva o negativa– a su requerimiento no será nunca ajena a un trasfondo moral” –OLLERO, A., “Cincuenta años de derechos humanos ¿exigencias jurídicas o exhortaciones morales?”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2 (1999), pp. 629-637–.

determinar hasta qué punto la asunción por el Estado de las tesis liberales clásicas (autonomía, principio del daño, antipaternalismo, antiperfeccionismo¹⁸) –es decir, la afirmación del dogma de la neutralidad como único camino aceptable frente a la diversidad de concepciones morales– condiciona el éxito de una política de derechos. No han faltado loables intentos que, no obstante, parecen haberse quedado a mitad de camino, singularmente el conocido modelo rawlsiano, que, como es sabido, parte de la posibilidad de distinguir un “consenso entrecruzado” en el que coincidirían cada una de las diversas “concepciones comprensivas razonables” que se dan la sociedad plural contemporánea¹⁹.

Siguen vigentes, entonces, ya adentrados en el siglo XXI, algunas de las grandes preguntas: ¿qué rol juega el Estado cuando afronta la diversidad? ¿Debe promoverla, o asistir impávido a su existencia, o desalentarla respecto de algunos bienes o valores básicos? En su caso, ¿cuáles son esos valores? De las respuestas a estos interrogantes dependen las de otros igualmente relevantes. En juego, vale la pena reiterarlo, está la consistencia de la idea de derechos humanos. La pretensión de negarlos, más allá de las objeciones morales que podrían hacerse, es políticamente incorrecta e inviable: durante los últimos sesenta años los derechos son percibidos de modo extendido como uno de los inventos más importantes de la civilización²⁰. No obstante,

18. Cfr., al respecto, RIVAS, P., *Las ironías de la sociedad liberal*, UNAM, México, 2005, “Introducción” y *passim*.

19. Cfr. RAWLS, J., *El liberalismo político*, Antoni Domènech, trad., Crítica, Barcelona, 1996, *passim*. Una crítica demoledora y contundente en ZAMBRANO, P., *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político. Análisis de las ideas de J. Rawls y R. Dworkin*, Ábaco, Buenos Aires, 2005, *passim*, esp. el epílogo de pp. 292-310, quien pone de manifiesto la inutilidad de la propuesta de Rawls –y sus incoherencias– cuando se la confronta con casos concretos. Rescatando algunos aspectos del pensamiento rawlsiano, OLLERO, A., “Derechos y libertades en el ‘liberalismo político’ de John Rawls”, en BANÚS, E. y LLANO, A. (eds.), *Presente y futuro del liberalismo*, Eunsa, Pamplona, 2004, pp. 445-459; del mismo autor, “Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII-XIV (1996), pp. 509-530. Matices adicionales en OLLERO, A., *El Derecho en teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos*, Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 143-144. Sobre la relación entre multiculturalismo y orden internacional en Rawls, cfr. MASSINI, C. I., “Multiculturalismo y derechos humanos. Las propuestas liberales y el iusnaturalismo realista”, en CIANCIARDO, J. (dir.), *Multiculturalismo y universalismo de los derechos humanos*, cit., pp. 83-116, esp. pp. 100-103.

20. La frase es de C. S. Nino. Este autor los parangona, por el impacto que producen en la vida social, con el desarrollo de los modernos recursos tecnológicos aplicados, por ejemplo, a la medicina, a las comunicaciones y a los transportes (NINO, C. S., *Ética y Derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 1-2).

si bien no parece factible un ocaso de los derechos que provenga de su negación explícita, sí que existe el riesgo acuciante y no menos grave de que su reconocimiento y protección carezcan de toda eficacia para una buena parte de ellos. Es decir, quizá no exista ni existirá un desconocimiento frontal, pero sí banalización o trivialización. No otra sería la consecuencia fatal de un tratamiento técnico-jurídico deficiente, que no se hiciera cargo, por ejemplo, de la conexión entre Derecho, Moral y Política. Planteado esto último a modo de desafío que hay que superar, se trata de brindar una explicación alternativa sobre la dinámica de los derechos a las que se han ofrecido desde teorías jurídicas en última instancia no-cognitivistas. Estas últimas coinciden en su pretensión de aislar el fundamento de los derechos del establecimiento de su catálogo y de su interpretación (es decir, de la determinación de la esfera de funcionamiento razonable), ingenuidad que acaba siendo insuficiente como explicación teórica –deja fuera del cuadro buena parte de la acción– y cruel desde una perspectiva valorativa –aunque originariamente estuviera bien intencionada, como casi todas las ingenuidades–²¹.

Retomando el hilo del discurso, el problema central que se suscita en el contexto anterior puede sintetizarse en la acuciante necesidad de conciliar la universalidad de los derechos con el derecho a la identidad cultural²². Se trata de un reto que ha sido encarado históricamente desde dos perspectivas extremas a las que ya se ha aludido –que tienden a desquiciar uno de los términos del problema, la universalidad o la identidad cultural–, junto con intentos armonizadores intermedios²³. Luego de exponer y criticar los dos extremos –el asimilacionismo, §3, y el multiculturalismo relativista, §4– procuraré exponer los trazos más gruesos de la posición que, en mi opinión, menos preguntas deja abiertas, aunque abre, a su vez, múltiples interrogantes nuevos –§5–, para llegar luego a algunas ideas finales y con-

21. Cfr., al respecto, CIANCIARDO, J., *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2007, *passim*, y, refiriéndose a un ejemplo concreto, OLLERO, A., “La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal”, *La Ley*, XIX-4691 (Madrid, 1998), pp. 1-4.

22. Se trata de uno de los desafíos más relevantes del neoconstitucionalismo contemporáneo. Cfr. al respecto, aunque desde una perspectiva diferente de la que se adopta en este trabajo, PISARELLO, G., “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, en CARBONELL, M. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo (...)*, cit., pp. 159-184, pp. 173-174. Cfr. también, con matices interesantes sobre lo que cabe esperar de la noción misma de derechos, VELARDE, C., *Universalismo de derechos humanos. Análisis a la luz del debate anglosajón*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 109-125.

23. Sobre la importancia de procurar una visión armónica de los derechos, cfr. CIANCIARDO, J., *El ejercicio regular de los derechos (...)*, cit., Ad-hoc, Buenos Aires, 2007, *passim*.

clusiones –§6–. Se buscará, como se verá después, conciliar el respeto de una universalidad asentada sobre la idea de una igual dignidad de todos los seres humanos con la promoción de una diversidad cultural que se percibe natural (en el hombre lo cultural es natural) y enriquecedora.

3. EL ASIMILACIONISMO

En opinión de Encarnación Fernández “[e]l asimilacionismo consiste en la primacía, el predominio o la imposición de una cultura sobre las demás. Esto puede acontecer en el interior de una comunidad política particular y también en el ámbito de las relaciones internacionales. En este último por obra, primero, del colonialismo y, después, del neocolonialismo y la globalización”²⁴.

Los antecedentes históricos del asimilacionismo contemporáneo pueden encontrarse en las ideas de los etnólogos y antropólogos británicos y estadounidenses de fines del siglo XIX, fuertemente influidos por el iluminismo y por el darwinismo spenceriano. Lewis Henry Morgan, por ejemplo, cuyas ideas fueron tomadas por Engels²⁵, equiparó la evolución social humana con la de un individuo de la especie. Distinguió, a partir de allí, entre tres estadios de evolución: salvajismo (correspondiente con la infancia), barbarie y civilización (correspondiente con la madurez). Dentro de estos estadios separó, a su vez, seis sub-estadios²⁶. Morgan realizó diversos viajes en los que estudió distintas tribus aborígenes estadounidenses, llegando a la conclusión de que la cultura occidental era nítidamente superior, más allá de algunos aspectos excepcionales en los que la relación se invertiría²⁷.

24. FERNÁNDEZ, E., “¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural?”, *Persona y Derecho*, 49 (2003**), pp. 393-444, p. 410. Cfr., asimismo, de la misma autora, “Conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural. El reto de la globalización ‘posible’”, en CIANCIARDO, J. (dir.), *Multiculturalismo y universalismo de los derechos humanos*, cit., pp. 29-81.

25. Cfr. TOSTOY, P., “Morgan and Soviet Anthropological Thought”, *American Anthropologist*, New Series, Vol. 54, no. 1 (Jan.-Mar., 1952), pp. 8-17.

26. Cfr., de este autor, *The League of the Iroquois*, 1851; *Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family*, 1864; *Ancient Society of Research in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarium to Civilization*, 1881.

27. Cfr., al respecto, WHITE, L. A., “Lewis H. Morgan’s Western Field Trips”, *American Anthropologist*, New Series, vol. 53, no. 1 (Jan.-Mar., 1951), pp. 11-18; SERVICE, E., “The mind of Lewis H. Morgan”, *Current Anthropology*, 22, No. 1 (feb. 1981), pp. 25-35; TOOKER, E., “Lewis H. Morgan and His Contemporaries”, *American Anthropologist*, New Series, Vol. 94, no. 2 (Jun., 1992), pp. 357-375.

La posición asimilacionista registra diversos niveles, que van desde un asimilacionismo extremo, que parte de la superioridad de la cultura occidental para concluir luego en la obligación ética de los Estados occidentales de imponer por la fuerza sus valores culturales hasta su asunción como una consecuencia inevitable de la actual economía de mercado globalizado, pasando por versiones intermedias, que lo entienden como “necesario para asegurar la cohesión y la paz social”²⁸. De acuerdo con estos niveles o grados de asimilacionismo, varían también las formas de su imposición. El asimilacionismo extremo no vacilará en recurrir a la violencia con vistas a extenderse e imponerse, incluso revestida con el ropaje formal de una norma. Un ejemplo de esto último puede encontrarse en la prohibición del uso del *foulard islamique* en Francia²⁹. En el otro extremo, el asimilacionismo se impone casi de modo indeliberado, a través del cine, la televisión y, en general, la promoción del estilo de vida estadounidense que llevan a cabo los *mass media*³⁰.

28. FERNÁNDEZ, E., “¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural?”, cit., p. 411.

29. Cfr., al respecto, RIVAS, P., “Laicismo francés y sociedad liberal”, *Revista del Poder Judicial*, 73 (2004), pp. 217-232, *passim*. Cfr. asimismo, del mismo autor, *Las ironías de la sociedad liberal*, cit., *passim*; JIMÉNEZ-AYBAR, I., “El Islam en una Europa multicultural”, *Aequalitas*, 10-11 (2002), pp. 20 y ss. Sobre otras decisiones del Consejo de Estado francés vinculadas con nuestro tema, cfr. BRIONES, I., “Libertad religiosa y de conciencia en la enseñanza laica”, *Humana Iura*, 5 (1995), pp. 93 ss.

Respecto del tema del velo islámico, en la Resolución del Parlamento Europeo sobre las mujeres y el fundamentalismo [2000/2174 (INI)] se ha dicho: “S. (...) las mujeres deben tener la posibilidad y la libertad de elegir o no una confesión religiosa y de utilizar los símbolos religiosos que la expresan, si ellas mismas desean poner de relieve su identidad. T. (...) la identidad de la mujer ha de poder ser personal e individual, diferenciada de religiones, tradiciones y culturas; que estereotipos, vestido, valores, modelos de vida y hábitos de comportamiento deben ser una cuestión de libre elección personal”. Señala E. Fernández que: “ciertamente, el velo puede ser considerado como un símbolo de sujeción de las mujeres. En ese sentido, no hay que olvidar la larga lucha de las mujeres musulmanas por su supresión. Sin embargo, el uso del velo puede ser vivido por las mujeres como un símbolo –en absoluto opresivo– de identidad cultural y religiosa. Todo parece indicar que esta segunda actitud está muy extendida en la actualidad entre las mujeres musulmanas. Entiendo que respecto de quienes así lo experimentan, el uso del velo es una manifestación del derecho a la protección de la propia identidad cultural” (FERNÁNDEZ, E., “¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural?”, art. cit., p. 436).

30. Cfr. FERNÁNDEZ, E., “¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural?”, cit., pp. 410-411. Se señala allí: “[e]l asimilacionismo puede imponerse por vía autoritaria y coactiva. Los poderes autoritarios pretenden unificar culturalmente la sociedad en nombre de la razón, la nación, la raza o, incluso, la religión. Pero también existen otros modos más suaves y sutiles de homogeneización cultural como la llevada a cabo en nombre del pro-

Una exponente del asimilacionismo, con relación específica a la convivencia entre Europa y los musulmanes, es Oriana Fallaci³¹. Para la periodista italiana, el Islam no es siquiera una civilización. Escribió al respecto: “[c]ontinúa el discurso sobre el diálogo entre las dos civilizaciones. Y que me trague la tierra si me preguntan cuál es la otra civilización, qué hay de civilizado en una civilización que no conoce siquiera la palabra libertad. Que por libertad entiende la ‘emancipación de la esclavitud’. Que acuñó la palabra libertad recién a fines del siglo XIX para poder firmar un tratado comercial. Que en la democracia ve a Satanás y la combate con explosivos, cortando cabezas”³².

Ante ese estado de situación, cristianismo e islamismo serían inconciliables. Fallaci se queja amargamente de la posición dialogante de la Iglesia Católica, que subraya el “patrimonio espiritual común transmitido a nosotros por las tres grandes religiones monoteístas”: la cristiana, la judía, la islámica. Se pregunta: “¿[p]ero qué patrimonio común? Alá no tiene nada en común con el Dios del cristianismo. Con Dios Padre, el Dios bueno, el Dios afectuoso que predica el amor y el perdón. El Dios que en los hombres ve a sus hijos. Alá es un dios patrón, un dios tirano. Un dios que en los hombres ve a sus súbditos y hasta sus esclavos. Un dios que en lugar de amor, predica el odio, que a través del Corán llama perros infieles a aquellos que creen en otro dios y ordena castigarlos. Sojuzgarlos, matarlos”³³.

Veamos brevemente, a continuación, algunas de las críticas que pueden hacerse del asimilacionismo.

a) El asimilacionismo confunde diferencia con barbarie, y no detecta en el hecho de la diversidad cultural la puerta de ingreso a un mutuo enriquecimiento. Se trata de una consecuencia más del disyuntivismo que aqueja

greso y de las luces y de la racionalidad de la ley. Así, el modelo nacional-democrático tendría el mérito de haberle dado cabida al pluralismo político, pero a menudo ha ido acompañado de un rechazo y una destrucción de la diversidad cultural. Los casos de Francia y Estados Unidos son paradigmáticos. Al mismo tiempo que se desarrollaba el republicanismo, la democracia, las libertades públicas, se hacía un gran esfuerzo por crear una nación culturalmente homogénea”.

31. Además de los artículos que se citarán luego, cfr. FALLACI, O., *Oriana Fallaci entrevista sé stessa. L'Apocalisse*, Milano, Libri, 2005. Se cita de la versión en español: FALLACI, O., *Oriana Fallaci se entrevista a sí misma. El Apocalipsis*, trad. de J. M. Vidal, Ateneo, Buenos Aires, 2005, *passim*.

32. FALLACI, O., “El inútil diálogo que el Islam rechaza desde hace 1400 años”, en *La Nación*, Buenos Aires (19 de julio de 2005), p. 3.

33. *Ibid.*

a la cultura contemporánea desde la Modernidad. Según Ballesteros³⁴, a partir de entonces se desencadenaron tres procesos de desvalorización: lo oral a favor de lo visual, lo cualitativo a favor de lo cuantitativo, lo analógico a favor de lo disyuntivo³⁵. A cada uno de ellos corresponde una figura destacada, respectivamente: Leonardo da Vinci, Galileo y Descartes.

Descartes (1596-1650) asume la sistematización y explicación de toda la evolución aludida³⁶. Con él comienza el primado de lo disyuntivo sobre lo analógico. En el pensamiento cartesiano, el hombre queda dividido en dos partes comunicadas, tiene un cuerpo, *res extensa*, sometido al espacio y la geometría, y es *res cogitans*, por lo que está fuera del espacio y del tiempo. Como él mismo explica: “(...) a partir del hecho de que sé que existo, y de que mientras tanto no advierto que a mi naturaleza o esencia pertenezca absolutamente ninguna otra cosa más que esto sólo: que yo soy una cosa pensante, rectamente concluyo que mi esencia consiste únicamente en esto: que yo soy una cosa pensante. Y aunque quizá (o más bien, como diré luego, ciertamente) yo tenga un cuerpo que está muy estrechamente unido a mí, sin embargo, puesto que por una parte tengo la idea clara y distinta de mí mismo, en tanto que soy sólo una cosa pensante, no extensa, y por otra parte, la idea distinta de cuerpo, en tanto que es sólo una cosa extensa, no pensante, es cierto que yo soy realmente distinto de mi cuerpo, y que puedo existir sin él”³⁷.

Para esta auto-comprensión, “la realidad más inmediata y entrañable, la unidad psicosomática de la persona humana, resulta una aporía insuperable (...) [como consecuencia] (...) del pensar disyuntivo y exacto, que niega la analogía”³⁸. Como afirma Spaemann, “para Descartes es imposible una Antropología filosófica en sentido propio. Uno saca la pierna de la cama por

34. Cfr. BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 17-24.

35. Cfr. CIANCIARDO, J., *El ejercicio regular de los derechos (...)*, cit., pp. 140-146.

36. Cfr. BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., p. 22.

37. DESCARTES, R., *Meditationes de prima philosophia*, en *Ouvres philosophiques*, Garnier, Paris, 1973, t. II, pp. 177 et seq. Se cita de la edición en castellano, *Meditaciones metafísicas y otros textos*, trad. y notas de E. López y M. Graña, Gredos, Madrid, 1987, “Sexta Meditación: De la existencia de las cosas materiales y de la distinción real entre el alma y el cuerpo”, pp. 65-82, p. 71.

38. BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., p. 22. Sobre la analogía y el disyuntivismo, cfr., asimismo, LLANO, A., *La nueva sensibilidad*, Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1988, pp. 212-233; y KAUFMANN, A., *Analogía y naturaleza de la cosa: hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, *passim*.

las mañanas solamente en la medida en que no reflexiona sobre el modo de hacerlo. No podemos conformarnos una imagen cierta de nosotros mismos como objeto y como conciencia de ese objeto, como sujeto y objeto”³⁹. De ahí en adelante, toda la realidad sería abordada en términos de univocidad, de identidad-oposición y no de diferencia-complementariedad⁴⁰. El “esto o aquello” es la clave del acercamiento moderno a las cosas, y fuente inevitable de las tan numerosas como falsas disyuntivas que afectaron o afectan nuestra época: comunismo-liberalismo, individuo-sociedad, hedonismo-puritanismo, deber-felicidad, libertad-igualdad, ecología-progreso, etc.⁴¹.

Lo dicho precedentemente explica que “[e]n todos los supuestos, el resultado del asimilacionismo es la eliminación de las diferencias. Y no sólo esto. El asimilacionismo da lugar a lo que Touraine denomina ‘sociedad integrada y desigual’, la cual excluye la diferencia, pero también la igualdad, puesto que favorece a quienes se encuentran más cercanos al modelo social y cultural central”⁴².

b) Las consecuencias de un planteamiento así comienzan a percibirse con nitidez: hay que negarse a todo diálogo –Fallaci critica por su llamado en esta dirección tanto a Juan Pablo II como a Benedicto XVI– y resulta inevitable un enfrentamiento violento que dará lugar al predominio del más fuerte. Dicho enfrentamiento es exigido, según la periodista italiana, por “el principio de autodefensa, de legítima defensa”⁴³. Para esta visión, una actitud diferente sólo se explicaría por la debilidad espiritual de Occidente. Con palabras de la propia Fallaci: “la decadencia de los occidentales se identifica con su ilusión de poder tratar amigablemente al enemigo incluso temiéndole. Un miedo que los induce a albergar dócilmente al enemigo, a intentar conquistar su simpatía, a esperar que se deje absorber (...), el hábito genera resignación. La resignación genera apatía. La apatía genera

39. Cfr. SPAEMANN, R., *La natural y lo racional. Ensayos de Antropología*, trad. de D. Inerarity y J. Olmos, y prólogo de R. Alvira, Rialp, Madrid, 1989, pp. 24-25.

40. Cfr. BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., p. 23.

41. Cfr., al respecto, CIANCIARDO, J., *El ejercicio regular de los derechos (...)*, cit., pp. 153-159 y 165-182.

42. FERNÁNDEZ, E., “¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural?”, cit., pp. 410-411. La cita de Touraine, en TOURAINE, A., *Pourrons-nous vivre ensemble? Égales et différents*, Paris, Fayard, 1997, pp. 197-201 y TOURAINE, A., *Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia*, 2ª ed., trad. de R. González, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 77-79 y 82.

43. *Ibid.*

inercia. La inercia genera indiferencia e impide el juicio moral. La indiferencia sofoca el instinto de autodefensa”⁴⁴.

La posición de la Iglesia Católica sobre este tema fue expresada con nitidez en la Declaración del Concilio Vaticano II “*Nostra aetate*. Sobre las relaciones de la Iglesia con las religiones no cristianas”, de 28 de octubre de 1965. Se dijo allí que: “La Iglesia católica no rechaza nada de lo que en estas religiones hay de santo y verdadero. Considera con sincero respeto los modos de obrar y de vivir, los preceptos y doctrinas que, por más que discrepen en mucho de lo que ella profesa y enseña, no pocas veces reflejan un destello de aquella Verdad que ilumina a todos los hombres. Anuncia y tiene la obligación de anunciar constantemente a Cristo, que es ‘el Camino, la Verdad y la Vida’ (Jn., 14,6), en quien los hombres encuentran la plenitud de la vida religiosa y en quien Dios reconcilió consigo todas las cosas. Por consiguiente, exhorta a sus hijos a que, con prudencia y caridad, mediante el diálogo y colaboración con los adeptos de otras religiones, dando testimonio de fe y vida cristiana, reconozcan, guarden y promuevan aquellos bienes espirituales y morales, así como los valores socio-culturales que en ellos existen” (N. 2). Con respecto al Islam, el Concilio puntualizó lo siguiente: “La Iglesia mira también con aprecio a los musulmanes que adoran al único Dios, viviente y subsistente, misericordioso y todo poderoso, Creador del cielo y de la tierra, que habló a los hombres, a cuyos ocultos designios procuran someterse con toda el alma como se sometió a Dios Abraham, a quien la fe islámica mira con complacencia. Veneran a Jesús como profeta, aunque no lo reconocen como Dios; honran a María, su Madre virginal, y a veces también la invocan devotamente. Esperan, además, el día del juicio, cuando Dios remunerará a todos los hombres resucitados. Por ello, aprecian además el día del juicio, cuando Dios remunerará a todos los hombres resucitados. Por tanto, aprecian la vida moral, y honran a Dios sobre todo con la oración, las limosnas y el ayuno. Si en el transcurso de los siglos surgieron no pocas desavenencias y enemistades entre cristianos y musulmanes, el Sagrado Concilio exhorta a todos a que, olvidando lo pasado, procuren y promuevan unidos la justicia social, los bienes morales, la paz y la libertad para todos los hombres” (N. 3).

Desde esta perspectiva, el diálogo intercultural y, más específicamente, el diálogo de Occidente con el Islam son considerados como deseables y

44. FALLACI, O., “Italia y el arte, las próximas víctimas”, *La Nación*, Buenos Aires (20 de julio de 2005), p. 3.

enriquecedores⁴⁵. Aunque el reconocimiento mutuo que implica todo diálogo se proyecta en una serie de condiciones específicas sin cuyo respeto no resulta posible dialogar⁴⁶.

c) Las posturas asimilacionistas, que puertas adentro de los Estados pretenden imponer a los grupos sociales los derechos de primera generación en general en nombre de la universalidad de esos derechos, suelen ser resistentes –en el mejor de los casos, mucho menos enfáticas– a la hora de reconocer los derechos de segunda generación, en particular el derecho al trabajo. Algo similar ocurre fronteras afuera: la prédica asimilacionista suele ser tan amplia a la hora de criticar el no reconocimiento de los derechos de la primera generación dentro de los países culturalmente diversos como cerrada a la hora de aceptar que ciudadanos de esos países emigren en busca de empleo. Dicho de otro modo, el asimilacionismo defiende a ultranza los derechos de primera generación pero niega o no reconoce con el mismo ímpetu los de la segunda. Su universalidad, por eso, es a medias. Se trata de universalizar una visión sesgada del ser humano: la visión antropológica del liberalismo occidental. Para esta posición, el hombre es, sobre todo, un elector⁴⁷. Garantizado el voto parecería que se garantiza todo lo que vale la pena garantizar. Incluso el peso del reconocimiento de otros

45. Cfr., respecto de este punto, Benedicto XVI, “Fe, razón y universidad. Recuerdos y reflexiones”, Discurso en la Universidad de Ratisbona, 12 de septiembre de 2006, en <http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2006/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20060912_university-regensburg_sp.html>, visita del 28 de febrero de 2007. El Papa actual habla allí de la “urgente necesidad” de un “auténtico diálogo en las culturas y las religiones”.

46. Cfr. *ibid.* Se afirma allí, por ejemplo, que “la difusión de la fe mediante la violencia es algo insensato”, y que “no actuar según la razón es contrario a la naturaleza de Dios”.

47. Como señaló con agudeza A. Cruz Prados al criticar el anti-perfeccionismo liberal, el Estado liberal “constituye un *ethos* liberal, en el cual el hombre adquiere una identidad peculiar, cuya plenitud le plantea exigencias prácticas, y, respecto de las cuales –esa plenitud y esas exigencias–, el Estado no es, en modo alguno, indiferente, sino claramente perfeccionista. La diferencia está sólo en el tipo de identidad que proporciona al individuo, que no es otra que la de puro elector. Se trata de una identidad que tiene por sustancia nuestra capacidad de elegir autónomamente, lo cual exige vivir los contenidos de nuestra existencia como puras opciones autónomas, y evitar, al mismo tiempo, que cualquier opción adquiera el carácter de constitutiva para el sujeto, pues, de lo contrario, pasaría a mediar las elecciones futuras, perdiendo estas autonomía, es decir, quedando el individuo rebajado en su condición de puro elector. Toda elección ha de ser, efectivamente, trivial. El Estado liberal se ordena realmente a hacer del ciudadano un buen liberal. No lo que importa lo que el individuo elija; sólo le exige que lo elija liberalmente” (CRUZ PRADOS, A., *Ethos y polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política*, Eunsa, Pamplona, 1999, p. 25).

derechos distintos de los políticos –la libertad de contratación, la libertad de expresión...– dependerá de su incidencia sobre los derechos políticos.

Lo que aparece encubierto o no explícitamente dicho es que tras la imposición de los derechos de primera generación se esconde la negativa al reconocimiento de otros derechos que hacen efectivamente posible su ejercicio. De este modo, este reconocimiento ambivalente e incompleto acaba reduciendo incluso aquello que se pretende reconocer a mera declamación de la que no se extraen consecuencias jurídicas de relieve.

Por otro lado, el reconocimiento *more* asimilacionista de los derechos de primera generación va unido a la imposición de pautas culturales occidentales específicas, más allá de esos derechos, atentándose de este modo contra una de las dimensiones básicas de la persona, puesto que se niega, por esta vía, el respeto de la identidad cultural y, más ampliamente, la dimensión social de la existencia humana. No existe el derecho a una identidad cultural, sino una cultura que impone su poder sobre las otras. Se niega, de este modo, la posibilidad de un diálogo intercultural en clave de derechos, basado sobre la igual dignidad y naturaleza de todos los seres humanos. Paradójicamente, el asimilacionismo acaba en particularismo rampante, aunque poderoso, autosuficiente, y que se autoproclama superior. Así, “despojada del rasgo de la universalidad, la noción de derechos humanos se desvirtúa, pierde su sentido y su significado propios, su poder emancipador y protector”⁴⁸: se disuelve, en una palabra.

4. EL MULTICULTURALISMO RELATIVISTA

Para el multiculturalismo relativista, los derechos humanos son puro producto cultural, sin base supra contextual o natural. Por tanto, no puede pretenderse su respeto más allá de la trama cultural concreta que los vio nacer.

Esta posición “parte de negar la existencia de valores universales, en particular morales, y, por consiguiente, la posibilidad de formular juicios de valor dotados de objetividad. Cuando este relativismo se proyecta sobre

48. FERNÁNDEZ, E., “¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural?”, cit., p. 409. En el mismo sentido, SEOANE, J. A., “La universalidad de los derechos y sus desafíos (Los derechos especiales de las minorías)”, *Persona y Derecho*, 38 (1998*), pp. 187-226, pp. 187-190.

la realidad de la diversidad cultural, se sostiene la imposibilidad de enjuiciar las diferentes culturas y, más concretamente, las distintas prácticas, instituciones y orientaciones vigentes en un momento dado en una determinada cultura. Se suele concluir exigiendo el reconocimiento del igual valor de todas las culturas y, lo que es más inquietante, de cualesquiera prácticas culturales⁴⁹.

En opinión de Malik Tahar Chaouch, por ejemplo, la universalidad de los derechos no es otra cosa que el ropaje ético de una *Realpolitik* deplorable, que busca el sometimiento de los países árabes a los Estados Unidos. Según sus propias palabras, “[l]a democracia y los derechos humanos impusieron un imaginario de convivencia y paz con pretensiones universalistas, que generaron paradójicamente un mundo cada vez más violento y fragmentado. La racionalidad abstracto-instrumental que domina este imaginario destruye toda posibilidad concreta de poner en práctica los derechos y exigencias de libertad de pueblos sometidos a situaciones tan lamentables como la tutela internacional de países y poblaciones (Kosovo, Afganistán e Irak). Así, mientras las poblaciones chiitas de Irak exigen un gobierno islámico, los Estados Unidos y Gran Bretaña pretenden imponer un gobierno ‘democrático’ que no represente sino la voluntad de las potencias extranjeras. Esto nos debe recordar que si en el mundo islámico existe la tentación del integrista, el propio fundamentalismo del universalismo occidental implica una amenaza mucho más grande para la convivencia entre los pueblos y culturas. El ‘progreso’ de la democracia promete un mundo más pacífico, pero su negación de la diferencia histórica y cultural generaliza la inseguridad; invierte lo realmente posible en su negación dentro de mecanismos y nociones abstractas que pretenden detentar el monopolio del derecho y de la libertad. Los fines estratégicos contenidos en la ideología que impone el imaginario universalista de la democracia y los derechos humanos explican la creación de la amenaza fundamentalista y su generalización dentro de la creación de la amenaza terrorista, pero ni siquiera el moralismo de la oposición a la intervención militar en Irak escapa al imaginario que la hizo posible. Sin embargo, las guerras justificadas en nombre del imaginario democrático no son organizadas únicamente en contra de otros. Se trata de una guerra que inventa un enemigo común para que se puedan seguir imponiendo las condiciones de una violencia ejercida

49. FERNÁNDEZ, E., “¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural?”, cit., p. 419.

contra las mayorías. El campo de batalla que implica la ‘guerra contra el terrorismo’ es mucho más extenso de lo que parece”⁵⁰.

Un ejemplo de esta negativa al reconocimiento de la dimensión universal de los derechos humanos puede encontrarse en el documento final de la IV Conferencia internacional sobre la Mujer (Beijing, septiembre de 1995), primer texto de Naciones Unidas en el que se omite aplicar a los derechos el calificativo de universales⁵¹.

En opinión de E. Fernández, quien cita a Francesco D’Agostino, “el error del relativismo no consiste en subrayar la diversidad de las culturas y la dificultad que entraña la comunicación entre ellas, sino en presentar las culturas como ‘universos cerrados de experiencia que no remiten nada más que a sí mismos’, cuando en realidad las diferentes culturas serían manifestaciones múltiples de nuestra común humanidad. Puede decirse que esta común humanidad proporciona un criterio de referencia común, transcultural, con base en el cual se pueden evaluar los fenómenos culturales concretos”⁵².

La crítica del etnocentrismo tiene, no obstante, un trasfondo verdadero: “una cultura no puede ser enjuiciada utilizando como unidad de medida otra cultura. Ciertamente, la tarea de valoración crítica de las culturas es compleja, porque no contamos con criterios dotados de una evidencia definitiva, pero al mismo tiempo es ineludible, pues de lo contrario nos veríamos a una aceptación indiscriminada de lo existente”⁵³.

Para evitarlo, tendremos que procurar construir una instancia de crítica que no pierda de vista la dimensión cultural de toda aproximación pero que a la vez se apoye sobre una ética trascendental⁵⁴. Desde esa instancia,

50. TAHAR CHAOUCH, M., “Medio oriente, actualidad y conflicto. Intervención militar en Irak: seguridad, democracia y guerra contra el terrorismo”, *Historia crítica*, 26 (2003), Universidad de Los Andes, Bogotá <http://historiacritica.uniandes.edu.co/html/26/art_malik.html#a>.

51. Aunque, por cierto, en el art. 3 de la Declaración se formula un propósito que sólo puede entenderse desde un cierto universalismo. Se dice allí que: “1. Nosotros, los Gobiernos que participamos en la Cuarta Conferencia Mundial sobre las Mujeres, (...) 3. Decididos a promover los objetivos de igualdad, desarrollo y paz para todas las mujeres del mundo, en interés de toda la humanidad”.

52. FERNÁNDEZ, E., “¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural?”, cit., p. 420. La cita de D’Agostino, en D’AGOSTINO, F., “Pluralità delle culture e universalità dei diritti”, en VIGNA, C. y ZAMAGNI, S. (a cura di), *Multiculturalismo e identità*, Vita e Pensiero, Milano, 2002, pp. 45-49, p. 49.

53. *Ibid.*

54. Dicha ética debe ser trascendental también a la cultura europea u occidental, aunque debe poder ser vivida como propia por todas las culturas. En esta línea, no comparto la identificación que propone Francesco D’Agostino entre “eurocentrismo” y “antropocentrismo”. Según el profesor italiano, “[e]sta conclusión puede resultar irritante para aquellos que, en nombre

“todas las culturas, sin excluir ninguna, tendrían, junto a aspectos positivos, algo que reprocharse y que modificar”⁵⁵. Reafirmando algo que se ha dicho al comienzo: el multiculturalismo relativista niega la universalidad de los derechos de primera generación, pero pretende la universalidad de los derechos de la segunda generación, en particular del derecho al trabajo.

Por otro lado, el multiculturalismo relativista es diferente de asimilacionismo en sus consecuencias, pero no tanto en sus presupuestos. En primer lugar, ambas perspectivas son igualmente ambivalentes: mientras el asimilacionismo impone los derechos de primera generación y no respeta los de segunda, el multiculturalismo hace exactamente lo contrario. En segundo lugar, las dos posiciones niegan la universalidad plena de los derechos. El multiculturalismo lo hace de modo expreso, puesto que argumenta la ilegitimidad de toda pretensión de imponer los derechos más allá del ámbito occidental, e incluso dentro de este ámbito se niega su aplicación a los grupos sociales con culturas no-occidentales. El asimilacionismo, en cambio, no lleva a cabo una negativa rotunda y explícita, al menos no de los derechos de primera generación, pero acaba siendo una negación práctica, como se verá en las páginas siguientes: ningún reconocimiento de los derechos será pleno si implica el desconocimiento de la dimensión social de la existencia humana. Ahora bien, como se ha afirmado, “despojada del rasgo de la universalidad, la noción de derechos humanos se desvirtúa, pierde su sentido y su significado propios, su poder emancipador y protector”⁵⁶: se disuelve, en una palabra.

Ambas posiciones, en suma, no resultan consistentes con la teoría general de los derechos humanos. Ante ese panorama, sólo caben las siguientes

de un pluralismo –cuando no de un relativismo– cultural exasperado, no logran individuar un antropocentrismo que no tenga un mero carácter particular. La experiencia histórica y espiritual de Europa, en cambio, va exactamente en dirección contraria. Aunque en sus etnias específicas y singulares, Europa muestra una variedad etnológica extraordinaria, en sus valores constitutivos se ha manifestado como un gran laboratorio *metacultural*. La homologación del planeta en función de parámetros culturales europeos no debe verse, pues, como efecto de una política de imperialismo cultural programada desde el viejo continente (incluso con fuerza coactiva), sino como la confirmación, históricamente evidente, de la unidad real del género humano, de la que la Modernidad tomó conciencia” [D’AGOSTINO, F., “Raíces y futuro de la identidad europea”, trad. de E. Marrodán, *Persona y Derecho*, 49 (2003**), pp. 33-41, p. 41].

55. FERNÁNDEZ, E., “¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural?”, cit., p. 420.

56. *Ibid.*, p. 409. En el mismo sentido, SEOANE, J. A., “La universalidad de los derechos y sus desafíos. (Los derechos especiales de las minorías)”, cit., pp. 187-226, pp. 187-190.

alternativas: renunciar a la universalidad de los derechos y, con ello, a la idea misma de los derechos, o intentar una tercera respuesta, superadora de las aporías mencionadas. A esto último dedicaré lo que resta de este trabajo.

5. MÁS ALLÁ DE LAS RESPUESTAS EXTREMAS: LA DIFÍCIL CONCILIACIÓN ENTRE UNIVERSALIDAD Y DIVERSIDAD

Los problemas que supone la inmigración contemporánea se sintetizan en una pregunta, formulada páginas atrás, cuya respuesta genérica es francamente compleja: cómo conjugar universalidad y diversidad⁵⁷. El desafío así expresado es ciertamente arduo⁵⁸. Con vistas a afrontarlo, como anticipé al comienzo, aquí se trazarán algunas líneas de fuerza o ideas fundamentales. No se pretende –no sería posible– agotar el problema, sino sólo dar algunas pistas acerca de cómo encararlo y superarlo. La perspectiva adoptada es la que proporciona la teoría general de los derechos humanos. Quedan fuera de la escena en esta ocasión otras perspectivas necesarias para que el debate sea completo, en particular las que brindan la Filosofía Política, la Ciencia Política y, en alguna medida, la Economía. Me limitaré, desde el punto de vista adoptado, a exponer dos reflexiones, que además se encuentran vinculadas entre sí. La primera, que los derechos humanos son derechos de la persona en su integridad, tanto en su dimensión individual como en su dimensión política. La segunda, que no hay una quiebra estructural entre los derechos de primera generación y los derechos de segunda generación.

5.1. *Los derechos humanos como derechos de la persona*

Los derechos humanos son derechos de la persona. Es decir, su reconocimiento radica en la personeadad como dato central⁵⁹. Esto ha sido reco-

57. Se trata de una expresión ya clásica para sintetizar el problema. Cfr., por ejemplo, BEDJAOUI, M., “La conciliation de la diversité culturelle et l’universalité des droits de l’homme”, en *I diritti dell’uomo*, 10-3 (1999), pp. 18-22, y FERNÁNDEZ, E., “¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural?”, cit., *passim*.

58. Para algunos, es directamente una utopía. Oriana Fallaci, por ejemplo, escribía recientemente: “[c]ontinúa la patraña del Islam ‘moderado’, la comedia de la tolerancia, la mentira de la integración, la farsa del multiculturalismo” (FALLACI, O., “La ilusión del Islam moderado y la falacia de la integración”, *La Nación*, Buenos Aires [18 de julio de 2005]).

59. Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., “Derechos humanos e identidad cultural. Una posible conciliación entre interculturalidad y universalidad”, *Persona y Derecho*, 38 (1998*), pp. 119-148, a quien he seguido de cerca en las ideas que se expondrán a continuación.

nocido por diversos instrumentos internacionales y por buena parte de la jurisprudencia constitucional contemporánea.

La dimensión social del ser humano se integra en su propia estructura ontológica⁶⁰, lo cual pone de relieve que el hombre sólo es comprensible plenamente desde su dimensión social, y sólo se realiza plenamente en el marco del grupo social. De esa natural apertura del ser humano a la relación con los demás deriva la existencia de la sociedad.

Por otro lado, según Viola, “el proceso de formación de la identidad requiere de la dimensión intersubjetiva en un doble sentido”⁶¹: a) se obtiene la identidad en *relación* a los otros –pues no habría identidad si no existiesen los otros, el Yo reclama la presencia de un Tú– y b) *con la ayuda* de los otros, de quienes se reciben los bienes y valores que sustentan la propia identidad⁶².

Por tanto, “la identidad individual es siempre también necesariamente social”⁶³. “No se nace ser humano en general, sino hombre o mujer, con un cierto color de piel, en una determinada familia que pertenece a un cierto grupo étnico, que practica determinada religión y que posee ciertos valores culturales”⁶⁴. Como ha afirmado Taylor, “[I]a plena definición de la identidad individual envuelve siempre la referencia a una comunidad que la define”⁶⁵.

En cuanto a las dimensiones del ámbito social, debe tenerse en cuenta que el ser humano existe en el seno de un *determinado* grupo social, y el arraigo en *ese* grupo –arraigo que supone, entre otros aspectos, com-

60. La existencia de la capacidad de dialogar sobre la verdad y el bien pone esto de manifiesto, puesto que el diálogo exige siempre la presencia de dos personas. El ser humano es un ser naturalmente abierto a los demás, es un ser que por su propia composición ontológica presenta una dimensión esencialmente relacional.

61. VIOLA, F., “Identità personale e collettiva nella politica della differenza”, en AA.VV., *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, cit., pp. 149-151.

62. Cfr. *ibid.*

63. MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., “Derechos humanos e identidad cultural (...)”, cit., p. 123, quien a su vez remite a DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia en una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, pp. 62 ss.

64. VIOLA, F., “Democrazia culturale e democrazia delle culture”, cit., p. 849.

65. TAYLOR, C., *Sources of the self*, Cambridge University Press, 1989, p. 36. Cfr., asimismo, MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., “Derechos humanos e identidad cultural (...)”, cit., pp. 123-124. Sostener lo contrario sólo se entiende desde una antropología que disocie naturaleza y cultura. Sobre esto, cfr., CHOZA, J., “Radicales de la sociabilidad”, en, del mismo autor, *La supresión del pudor, signo de nuestro tiempo y otros ensayos*, 2ª ed., Pamplona, Eunsa, 1990, pp. 147-170, y, más recientemente, TERRASA, E., *El viaje hacia la propia identidad*, Eunsa, Pamplona, 2005, pp. 75-85.

partir ciertas pautas culturales comunes— reviste una importancia básica para su adecuado desarrollo. En otras palabras: “la dimensión social del ser humano no se desenvuelve, sobre todo y de manera inmediata, en el marco de la sociedad en general (...), sino en el ámbito de una sociedad concreta”⁶⁶.

Como ha sostenido Martínez-Pujalte, a quien se sigue en este epígrafe, si a esta última conclusión se le une el principio según el cual el hombre debe ser respetado incondicionadamente, o, en términos kantianos, que el hombre debe ser tratado siempre como un fin y nunca como un medio, se puede concluir que “el respeto incondicionado del ser humano implica respetar el marco cultural en que se desenvuelve la vida del ser humano y que resulta necesario para su adecuada realización”⁶⁷.

De este enfoque se siguen varias consecuencias:

a) “La protección de las identidades culturales resulta tan sólo exigida por la dignidad de los seres humanos que viven en esas identidades; no es, en modo alguno, un derecho de las culturas en sí mismas”⁶⁸. Esto significa que no existe un deber ético o jurídico de proteger las tradiciones culturales más allá de la medida en que esas tradiciones son compartidas por los miembros del grupo social. (No existe, por ej., el deber de proteger una lengua que nadie desea hablar)⁶⁹.

b) En segundo lugar, de la relación entre la identidad cultural y el ser humano se deriva la conclusión de que “[e]l derecho a la protección de la cultura es de titularidad estrictamente individual. Nos encontramos ante un derecho humano individual, y no ante un derecho colectivo”⁷⁰. Como sostiene Martínez-Pujalte, “[l]a expresión ‘derechos colectivos’ y otras similares —derechos de las minorías, derechos de los pueblos, etc.— tienen una base real, puesta hacer referencia a derechos que aparecen modulados —en su contenido, en su ejercicio y en sus técnicas de protección— por la pertenencia del individuo a una determinada colectividad; pero, en último término, se hace necesario precisar que, por lo que se refiere a su titularidad, se trata siempre de derechos individuales”⁷¹.

66. MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., “Derechos humanos e identidad cultural (...)”, cit., p. 123.

67. *Idem*, p. 125.

68. *Idem*, p. 126.

69. Cfr. *ibid.*

70. *Idem*, p. 127.

71. *Idem*, p. 128. En contra de esta posición, DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras (...)*, cit., pp. 206 ss.

c) En tercer lugar, “[l]os límites que definen el derecho a la protección de la cultura se advierten de modo muy nítido”⁷², al menos en su formulación genérica: “la protección de la identidad cultural se extiende tan sólo a aquellas pautas o manifestaciones culturales que no sean lesivas de la propia dignidad humana”⁷³. Tras esa respuesta amplia, surge de inmediato la pregunta acerca de cuáles son, concretamente, las pautas o manifestaciones que deberían excluirse de la protección. En mi opinión, el catálogo de los bienes humanos básicos cuya violación supone de modo simultáneo una lesión de la dignidad humana se encuentra en primera instancia en las declaraciones internacionales de derechos humanos. Allí habrá que acudir, entonces.

d) Si se acepta lo anterior, debe aceptarse también, de modo necesario, la universalidad de las exigencias derivadas de la dignidad de la persona. Esas exigencias son universales, y lo son también los derechos que se fundamentan en ellas, porque se asientan sobre una nota transcultural: la dignidad común⁷⁴.

e) Lo dicho supone una aproximación al problema de la diversidad cultural distinto del que propone “el modelo liberal-individualista, que adopta como punto de partida un individuo abstracto, sin atributos, desligado de la relación social y del contexto cultural”⁷⁵; pero también diferente del que ofrece la concepción que sostendrían “algunas de las posiciones comunitaristas extremas, que sobrevaloran la identidad cultural hasta el punto de situarla en una posición superior a la común identidad humana”⁷⁶.

Como conclusión provisoria, y utilizando palabras de Martínez-Pujalte, “[u]na adecuada respuesta jurídica al fenómeno del multiculturalismo exige conjugar dos vías de actuación aparentemente opuestas, pero en realidad profundamente complementarias: asegurar la igualdad y promover la diferencia”⁷⁷. Sobre esto volveremos luego.

72. *Idem*, p. 131.

73. *Ibid.*

74. Cfr. *idem*, p. 133.

75. *Idem*, p. 132.

76. *Idem*, pp. 132-133. Como señala este autor, “[e]sta última perspectiva puede convertirse en caldo de cultivo de la intolerancia, y conducir a un particularismo que excluya toda comunicación recíproca entre las diversas culturas” (*idem*, p. 133). Una respuesta a este problema en DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras* (...), cit., pp. 64-65. Cfr., asimismo, desde otra perspectiva, SÁNCHEZ CÁMARA, I., “El comunitarismo y la universalidad de los derechos humanos”, *Persona y Derecho*, 38 (1998*), pp. 227-269.

77. MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., “Derechos humanos e identidad cultural (...)”, cit., p. 134.

5.2. *La continuidad global de todos los derechos*⁷⁸

A continuación trataremos el segundo de los problemas planteados al principio, al menos desde una de las múltiples perspectivas de abordaje que ese problema posee. Según se había señalado, resulta frecuente que el asimilacionismo afirme la universalidad de los derechos humanos de primera generación y niegue esa nota o no la sostenga con el mismo énfasis para los derechos de segunda generación. De modo paralelo, ocurre lo inverso con las posiciones del multiculturalismo relativista: pretenden afirmar la universalidad de los derechos de segunda generación y negársela a los de la primera o no extraer todas sus consecuencias prácticas.

En las líneas siguientes se examinará la consistencia de ambos intentos desde algunas de las ideas de la teoría general de los derechos humanos. Advierto de entrada, no obstante, que el problema es muy complejo, y que exige una reflexión política y económica que no se encontrará aquí –al menos de modo explícito–.

a) *El discurso de las generaciones*

Como es sabido, los derechos humanos surgieron como concepto histórico en la Modernidad. Comenzaron a gestarse en el siglo XVI, en el contexto proporcionado por la lucha de la burguesía contra el Estado absoluto. Se inició allí un proceso de decantamiento que concluiría a fines del siglo XVIII, con la Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776, la Declaración de la Independencia estadounidense de 4 de julio de 1776, la Declaración Francesa de los Derechos Humanos de 1789, y las diez primeras enmiendas a la Constitución estadounidense (el *bill of rights*), aprobadas en 1791. Este período histórico fue el que vio nacer a los derechos humanos, concretamente a su primera generación.

Los derechos de la primera generación se estructuraron en torno a tres preocupaciones o intereses centrales: la búsqueda de una convivencia pacífica y tolerante, la limitación del poder político y el respeto de determinadas condiciones en el proceso penal. El primero de los intereses condujo al surgimiento de la libertad religiosa, de conciencia, de expresión y de intimidad; el segundo, a la democracia, puesto que se

78. Buena parte de las ideas de este epígrafe las debo al Prof. Pedro Serna.

pretendió a partir de entonces que la ley fuera un producto de la voluntad general; el tercero, al reconocimiento de determinadas garantías procesales y penales. Esta primera generación, entonces, impulsada fuertemente por el pensamiento liberal, constó de derechos individuales, derechos de participación política y garantías de tipo procesal. Todos ellos fueron interpretados como derechos que se tenían frente al Estado, y que suponían para este un deber de abstención, de no violación del derecho o la garantía reconocidos en el texto del que se trataba. El hecho de que alguien no disfrutara concretamente, *de facto*, de un derecho cualquiera no suponía para el Estado incumplimiento jurídico alguno, al menos desde la perspectiva de la teoría de los derechos humanos por entonces vigente, de cuño liberal, como ya se mencionó⁷⁹.

A la primera generación le siguió una segunda, con la cual se pretendió corregir sus desajustes. El valor inspirador no fue ya la libertad sino la igualdad, plasmada, entonces, en los textos de la Constitución de Weimar y en la de Querétaro. El movimiento iniciado por estos textos constitucionales se extendió por todo el mundo dando origen, con el correr del tiempo, al reemplazo del Estado liberal por el Estado social. Para arribar a este último, se sumaron, además, otros factores (en especial, el “crack” de la bolsa neoyorquina en 1929, con el consiguiente abandono de las teorías spencerianas en materia económica).

Se abre así una época que se caracterizó, entre muchos rasgos que cabría mencionar, por tres notas fundamentales e íntimamente vinculadas:

a) En primer lugar, en los textos mencionados se reconocieron los que luego serían llamados “derechos económicos, sociales y culturales”, que se caracterizan, entre otras cosas –son derechos bastante heterogéneos– por

79. Dicha teoría, además, proponía un respeto casi absoluto del derecho de propiedad y, en general, de todos los derechos con contenido patrimonial. Resulta paradigmática, en este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense durante la “era Lochner”, llamada así por la sentencia más frecuentemente estudiada de este primer período: “Lochner v. New York”, o “caso de las panaderías”, de 1905–198 U.S. 45 (1905)–. Este caso se originó en una ley de New York que limitaba el tiempo de trabajo en las panaderías a diez horas diarias o sesenta semanales. Lochner fue condenado por permitir que un empleado de su panadería de Utica, New York, trabajara más de sesenta horas a la semana, y pidió al Poder Judicial la declaración de inconstitucionalidad de la ley mencionada. La Corte, por mayoría, hizo lugar a lo pedido, sobre la base de que “no hay ningún argumento razonable para interferir con la libertad de las personas o su derecho de contratar, determinando las horas de trabajo de una panadería”. El ejemplo resulta bastante claro. Desde esta perspectiva, los derechos de naturaleza patrimonial no admiten prácticamente restricciones.

suponer para el Estado no únicamente un deber de abstención frente a sus ciudadanos, sino también un deber prestacional o positivo⁸⁰.

b) En segundo lugar, la propiedad y los derechos de naturaleza patrimonial dejaron de ser entendidos en términos absolutos, e incluso perdieron importancia dentro del catálogo de los derechos, a punto tal que, para seguir con el ejemplo estadounidense, desde la década de 1930 en adelante la Corte Suprema no declaró jamás la inconstitucionalidad de las leyes que han ido reglamentando el ejercicio de esos derechos.

c) Por último, caracterizó a esta época una mayor toma de conciencia de la importancia de un conjunto de derechos que en Estados Unidos serían llamados “libertades preferidas”: las libertades de expresión y de prensa, y los derechos personales (intimidad, vida privada).

b) *Las coordenadas de la perspectiva tradicional*

Como se ha señalado, “[l]a técnica de periodización histórica consistente en identificar diversas generaciones de derechos resulta (...) útil para describir el proceso histórico de aparición de los derechos, así como la línea de inspiración que ha impulsado su reconocimiento e implantación, aunque tiene, por las razones que se expondrán, el riesgo de simplificaciones excesivas”⁸¹. En efecto, “el discurso de las generaciones ofrece dificultades en lo relativo

80. Ejemplos de tales derechos son los que pueden encontrarse en la Carta Social Europea, de 1961, o de modo relevante, en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966. La idea rectora que presidió el reconocimiento de estos derechos se encuentra recogida en el preámbulo del documento mencionado en último lugar. Se dice allí que “con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. ¿De qué derechos, concretamente, estamos hablando: el catálogo es muy variado, y variado será, por tanto, el tratamiento que habrá que darle a cada uno de ellos: en el Pacto se reconocen, por ejemplo: “el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias” (art. 7); “el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección (...)” (art. 8); “el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social” (art. 9); “el derecho de toda persona a la educación” (art. 13); “el derecho de toda persona a: a) participar en la vida cultural; b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”; etc.

81. SERNA, P., “Los derechos económicos, sociales y culturales: posiciones para un diálogo”, *Humana Iura*, 7 (1997), pp. 265-288, p. 268.

al concepto mismo de los derechos, a su tratamiento jurídico y a la reflexión sobre su fundamento. Por tal motivo, la progresiva reflexión sobre las implicaciones de cada uno de los derechos humanos fundamentales y el tránsito de la esfera política a un tratamiento netamente jurídico de los mismos ha supuesto, afortunadamente, un abandono progresivo en la doctrina de la teoría de las generaciones⁸². A continuación, intentaremos justificar de manera esquemática las afirmaciones precedentes.

En opinión de Serna, “[I]os derechos muestran, en perspectiva histórica, una ambivalencia fundamental. Por una parte, han sido banderas de lucha política, primero de la burguesía liberal, y luego de las clases más desfavorecidas, que reivindicaban la universalización de los derechos burgueses y/o la implantación y reconocimiento de ciertas conquistas sociales. Finalmente, la evolución del sistema económico y de la organización internacional ha servido para la aparición de un último grupo de derechos, vinculados a la autodeterminación de los pueblos, a la paz y al medio ambiente. En esta perspectiva, los derechos han jugado el papel de catalizadores de una acción política que merece una valoración no homogénea, toda vez que en ciertos momentos ha suplantado y golpeado, con brutalidad incluso, las exigencias de los derechos mismos”⁸³.

Cabe, no obstante, una perspectiva distinta, desde la cual los derechos recuperan su sentido originario. Por las razones que veremos, hablar de generaciones tiene sentido sólo desde el primer enfoque que acabamos de criticar.

Los derechos de primera generación surgieron en el Estado liberal, como se ha expuesto. Como también se ha dicho, la grave crisis económica de comienzos del siglo XX supuso una puesta en discusión del propio capitalismo, y el surgimiento del Estado social, que con el tiempo –al compás de un avance incesante del Estado en la mayor parte de los campos de la vida económica– desembocaría en el *Welfare State* o Estado del bienestar,

82. *Idem*, pp. 268-269.

83. *Idem*, p. 269, con cita de D'AGOSTINO, F., “I diritto dell'uomo tra filosofia e prassi (1789-1989)”, *Persona y Derecho*, 23 (1990), pp. 13-24. Continúa Serna en el mismo trabajo: “[e]llo explica en parte la enorme contradicción de la Edad Contemporánea, que es a la vez aquella en la que el reconocimiento y la proclamación de los derechos han alcanzado una cota más alta, y aquella en la que han tenido lugar sus violaciones más brutales, también a manos de muchos defensores de la libertad y la igualdad” (*idem*, p. 269), o que el discurso de los derechos haya sido funcional a “sucesos como el Terror, en la Revolución francesa o, si se quiere considerar un ejemplo más cercano, a la reivindicación de la independencia política con los métodos de ETA o a la guerra en la antigua Yugoslavia” (*idem*, p. 270).

ámbito en el cual se expandió cada vez más ampliamente el reconocimiento de los derechos económicos sociales y culturales. Llegamos así al fin del siglo pasado, momento en el cual la economía comienza a mostrar, entre otras cosas, los síntomas de un avanzado proceso de globalización o mundialización, en el cual estamos inmersos aún⁸⁴.

c) *La superación de la perspectiva tradicional*

Mencionamos precedentemente que la perspectiva de lucha política que presentan los derechos humanos es sólo una de sus caras. En efecto, “[e]n la medida en que se admite para los derechos un fundamento racional, aparecen como las bases sobre las que ha de constituirse la organización política de la sociedad si desea facilitar al individuo las condiciones fundamentales para un proyecto de autorrealización vital acorde con su dignidad. En consecuencia, poseen una proyección política, pero no sólo como instrumentos de confrontación, sino como portadores de una dimensión que ancla su raíz en un suelo profundamente jurídico, de respeto a la igual dignidad de todos los seres humanos. Es precisamente en esta segunda perspectiva donde el discurso de los derechos aparece valioso sin discusión”⁸⁵. Desde allí no tiene mucho sentido hablar de generaciones de derechos, puesto que lejos de existir discontinuidad entre ellos, los que se llaman usualmente de segunda generación constituyen, como los individuales y los de participación política, exigencias de una vida digna, en muchas ocasiones fuertemente entrelazadas con los derechos de la primera generación, respecto de los cuales aparecen como sus condiciones de posibilidad.

Por otro lado, desde esta perspectiva tampoco tiene sentido el discurso de las generaciones si se pretende a partir de allí establecer un tratamiento jurídico distinto para los derechos, ni en lo referente a su titularidad, ni en lo relativo a su fundamento, ni en lo que se refiere a la dimensión, negativa o positiva, de su contenido⁸⁶. Se analizará brevemente, en las líneas siguientes, este último aspecto.

Los derechos humanos fueron entendidos inicialmente como facultades de los individuos que el Estado debía respetar. El Estado, se decía, debe abstenerse de afectar esos bienes o valores que tutelan los derechos.

84. Cfr. SERNA, P., “La globalización de la razón”, *pro manuscrito*.

85. SERNA, P., “Los derechos económicos, sociales y culturales: posiciones para un diálogo”, p. 270.

86. Cfr. *ibid.*, y *passim*.

Los derechos eran, en definitiva, sólo derechos subjetivos, aunque con una protección especial. Se debe al jurista alemán Peter Häberle el mérito de haber puesto de relieve que los derechos, junto con esta dimensión subjetiva, tienen otra a la que él mismo llamó institucional, es decir, son a la vez derechos de los ciudadanos y principios básicos del ordenamiento jurídico y de la comunidad política⁸⁷.

En suma, el Estado no satisface lo que se le exige mediante los derechos fundamentales simplemente no violándolos (dimensión subjetiva o negativa) sino que tiene que procurar su vigencia efectiva (dimensión institucional, que en ocasiones se torna prestacional), es decir, su disfrute por parte de todas las personas. Esto último obliga a los poderes públicos a llevar adelante “una política de derechos fundamentales”⁸⁸. La dimensión institucional no se refiere sólo a los derechos de la segunda generación, o de las generaciones posteriores, sino a todos los derechos. He aquí un argumento más para no trazar diferencias estructurales entre las distintas generaciones de derechos.

5.3. *Las consecuencias de los planteamientos anteriores*

Lo dicho precedentemente permite advertir que la discusión sobre el multiculturalismo se enriquece con al menos dos aportes de la teoría ge-

87. El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, acogió la tesis de la doble dimensión desde sus primeras sentencias: “los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución” (STC 25/1981, FJ 5º).

Según el TC, la “doble naturaleza” de los derechos fundamentales tiene su anclaje normativo en el art. 10.1 de la CE, que establece textualmente: “[l]a 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” (cfr. STC 25/1981, FJ 5º).

88. MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., “Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 32, Valencia (2000), pp. 125-144, p. 131. Cfr. asimismo, del mismo autor, “El art. 9.2. CE y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales”, *Revista de las Cortes Generales*, 40 (1997), pp. 111-127. Al aplicación de estas ideas a la interpretación de la garantía del contenido esencial en, del mismo autor, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, C.E.C., Madrid, 1997, pp. 83-96.

neral de los derechos humanos. En primer lugar, con la afirmación de la prioridad de la persona: los derechos humanos son derechos de la persona, pero no de una persona abstracta e ideal, sino de una persona que sólo se puede comprender plenamente en un contexto cultural. De allí derivan, como exigencias, la de asegurar la igualdad y promover la diferencia. El segundo aporte se relaciona, como se ha visto, con la estructura de los derechos: no hay ruptura estructural entre los derechos de primera generación y los derechos de segunda generación. De allí surge como exigencia la de asegurar tanto unos derechos como otros, en su faz negativa y positiva.

Como sostiene Martínez-Pujalte⁸⁹, de la exigencia de asegurar la igualdad de todos en el disfrute de los derechos básicos se derivan varias consecuencias:

a) La necesidad de asegurar la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros, “pues la pertenencia a una comunidad política distinta no puede ser nunca fundamento suficiente para impedir o dificultar el reconocimiento y disfrute de los derechos humanos, cuyo título de exigibilidad se encuentra en la condición de ser humano y no en la cualidad de nacional de un determinado Estado”⁹⁰.

89. Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., “Derechos humanos e identidad cultural (...)”, cit., pp. 134-145.

90. MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., “Derechos humanos e identidad cultural”, cit., p. 135. Cfr. asimismo, al respecto, MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “Derechos de la persona o de la ciudadanía: los inmigrantes”, *Persona y Derecho*, 49 (2003**), pp. 43-78. En opinión de este autor, “para el debate sobre los derechos de los inmigrantes, parece necesario recuperar el antiguo uso lingüístico de ‘derechos del hombre’, de derechos de la persona, y no confiar en la extensión ilimitada de la idea de soberanía” (p. 71). Una aplicación concreta de ideas similares en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*. Sostuvo la Corte en esta opinión, refiriéndose a los derechos de los migrantes: “133. Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna. 134. De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente

b) La exigencia de asegurar la igualdad no se satisface con la mera igualdad formal o ante la ley, “sino que comprende también una actuación de los poderes públicos encaminada al logro de la igualdad material”⁹¹.

c) La igualdad en los derechos humanos básicos debe ser garantizada incluso frente a la propia comunidad cultural, lo que exige la erradicación de aquellas prácticas que –aun fundadas en tradiciones culturales– sean contrarias a las exigencias básicas de la dignidad humana. Ello exige poner fin a prácticas como las de la escisión o infibulación femenina, que constituye una patente violación del derecho de la mujer a la integridad física.

Con relación a esto último, Kymlicka ha trazado una distinción interesante entre lo que él denomina restricciones internas y protecciones externas⁹². Se trata de “dos tipos de reivindicaciones que un grupo ético o nacional podría hacer. El primero implica la reivindicación de un grupo contra sus propios miembros; el segundo implica la reivindicación de un grupo contra la sociedad en la que está englobado. Se puede considerar que ambos tipos de reivindicaciones protegen la estabilidad de comunidades nacionales o étnicas, pero que responden a diferentes fuentes de inestabilidad. El primer tipo tiene el objetivo de proteger al grupo del impacto desestabilizador del disenso interno (por ejemplo, la decisión de los miembros individuales de no seguir las prácticas o las costumbres tradicionales), mientras que el objetivo del segundo es proteger al grupo del impacto de decisiones externas (por ejemplo, las decisiones políticas y económicas de

de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral”.

91. MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., “Derechos humanos e identidad cultural”, cit., p. 137. Como sostiene este autor, “[e]n el caso de las minorías culturales, serán precisas medidas de diferenciación para la igualdad o de acción positiva en todos aquellos casos en que estas minorías partan de una situación previa de desigualdad” (*ibid.*).

92. Cfr. KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, trad. de C. Castells Auleda, Paidós, Barcelona, 1996, cap. 3, pp. 57-76, p. 58. A una y otra reivindicación –continúa diciendo este autor– “se las conoce como ‘derechos colectivos’, si bien plantean cuestiones muy diferentes. Las restricciones internas implican relaciones *intragrupales*: el grupo étnico o nacional puede pretender usar el poder del Estado para restringir la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad del grupo. Esto plantea el peligro de la opresión individual (...). Las protecciones externas implican relaciones *intergrupales*; esto es, el grupo étnico o nacional puede tratar de proteger su existencia y su identidad específica limitando el impacto de las decisiones de la sociedad en la que está englobado. Esto también plantea ciertos problemas, no de opresión individual dentro de un grupo, sino de injusticia entre grupos” (pp. 58-59).

la sociedad mayor)”⁹³. En opinión de Kymlicka, mientras que las restricciones internas son rechazables, las protecciones externas no lo son –siempre y cuando se respete la igualdad entre los grupos–⁹⁴.

Ahora bien, no basta con “asegurar la igualdad”. Por otro lado, existe un derecho humano a la protección de la identidad cultural, el cual implica que las manifestaciones de dicha identidad deben ser tuteladas, aun cuando pongan en cuestión convicciones esenciales compartidas por la mayoría de la sociedad. La idea de tolerancia o de protección pasiva no resulta adecuada para definir la respuesta del Derecho al fenómeno del pluralismo cultural. Por tanto, el principio es el siguiente: “el Estado debe hacer posible de modo efectivo que los individuos y los grupos sociales puedan vivir conforme a sus propias pautas culturales y sean capaces de expresar sus señas de identidad específicas, siendo el único límite de esta obligación –y del correlativo derecho de los individuos y de los grupos sociales a la protección de la identidad cultural– el que esas pautas o señas de identidad sean contrarias a la propia (...) [naturaleza] humana”⁹⁵. En palabras de Taylor, reconocer la diferencia “significa reconocer igual valor a modos diferentes de ser”⁹⁶. La razón de ese reconocimiento, según este autor, no estriba en el mero hecho de la diferencia: “si hombres y mujeres son iguales, no es porque sean diferentes, sino porque por encima de la diferencia existen ciertas propiedades, comunes o complementarias, que tienen cierto valor. Son seres capaces de razón, de amor, de memoria o de reconocimiento dialógico. Unirse en el mutuo reconocimiento de la diferencia –es decir, del valor igual de identidades diferentes– requiere que compartamos algo más que la creencia en este principio; hemos de compartir también ciertas normas de valor en las que las identidades en cuestión se muestren iguales. Debe existir cierto acuerdo fundamental sobre el valor, o de otro modo el principio formal de la igualdad quedará vacío y constituirá una impostura”⁹⁷.

93. *Idem*, p. 58.

94. *Idem*, p. 111 y ss.

95. MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., “Derechos humanos e identidad cultural”, cit., p. 142. Preferimos hablar, en este caso, de “naturaleza humana” en lugar de “dignidad humana”, como hace este autor.

96. TAYLOR, C., *La ética de la autenticidad*, trad. de P. Carbajosa Pérez e introd. de C. Thiebaut, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1994, p. 85.

97. *Idem*, p. 86. Cfr., asimismo, TAYLOR, C., *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, trad. de F. Birulés Bertrán, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1997, pp. 293-334.

Las manifestaciones del principio general enunciado precedentemente y de la obligación promocional que se sigue de él son muy variadas⁹⁸. No obstante, vale la pena referirse a algunas dimensiones de la tutela:

a) La enseñanza que se imparte desde las escuelas públicas debe realizarse desde el más pleno respeto a la identidad cultural de los educandos, en especial en lo atinente a la lengua y a la religión⁹⁹.

b) Vinculado de algún modo con lo anterior, existen los llamados “derechos lingüísticos”, cuyo alcance y protección variará según las circunstancias concretas en que se pretenda su reconocimiento. En determinados contextos esto significará, por ejemplo, el reconocimiento de un derecho al bilingüismo, es decir, a que los inmigrantes sean educados en su lengua materna además de la lengua del país al que arriban¹⁰⁰. En otros contextos, habrá de reconocerse “derechos específicos a los miembros de las minorías, por ejemplo derechos de los francófonos en Canadá a emplear el francés en tribunales federales, a que sus hijos sean educados en escuelas francesas donde el número de niños lo justifica”¹⁰¹.

c) Otro ámbito relacionado con los anteriores es el de lo relativo a la libertad religiosa y de culto. Debe facilitarse a las minorías “el mantenimien-

98. Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., “Derechos humanos e identidad cultural”, cit., p. 142.

99. Religión y lengua son dos de los elementos básicos que integran la identidad cultural de los grupos sociales, como pone de relieve su expresa mención en el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En una línea crítica respecto de propuestas como la mencionada en el texto, puede verse FALLACI, O., “La ilusión del Islam moderado y la falacia de la integración”, *La Nación*, Buenos Aires (18 de julio de 2005). Se dice allí: “en el curso de un debate sobre terrorismo en Florencia el 11 de julio último, la mayoría del *diessino* [por el partido de demócratas de izquierda DS] declaró: ‘es hora de que también en Florencia haya una mezquita’. Luego agregó que la comunidad islámica había expresado hacía ya tiempo la voluntad de construir una mezquita y un centro cultural islámico. Bien, casi nadie se opuso. Casi todos aplaudieron la propuesta de contribuir al emprendimiento con dinero del municipio, es decir, de los ciudadanos, episodio por el cual deduje que la ciudad de Dante, de Miguel Ángel y de Leonardo, cuna de la cultura renacentista, pronto será desfigurada y ridiculizada por su Meca”.

No pocos problemas plantea la disparidad de cultos en los casos de separaciones o divorcios. Cfr. al respecto, por ejemplo, el fallo del TEDH en el caso “Palau-Martínez c/ Francia”, sentencia de 16 de diciembre de 2003. Un comentario de esta caso en PIZZOLO, C., “El interés superior del niño y la religión de sus padres: límites a la injerencia del Estado”, L. L. 2004-D, 816.

100. Cfr. YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de S. Álvarez, Cátedra, Madrid, 2000, pp. 299-304; KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural (...)*, cit., pp. 135-141.

101. FERNÁNDEZ, E., “¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural?”, cit., p. 435.

to de sus prácticas religiosas en lo relativo al día de culto y descanso¹⁰², así como también lo relacionado con la vestimenta y con la comida¹⁰³. Se encuentra dentro de este ámbito de libertad, también, la difusión de sus ideas religiosas como actividad tutelada de modo simultáneo por la libertad religiosa y la libertad de culto¹⁰⁴.

d) En este contexto, la objeción de conciencia se presenta como una sede adecuada para resolver los problemas que pueden suscitarse en relación con la tutela de la diversidad cultural¹⁰⁵. En una sociedad pluricultural los posibles supuestos de recurso a la objeción de conciencia se multiplican, “y el respeto a la identidad cultural exige que el ordenamiento jurídico adopte las necesarias previsiones para hacer efectivo el derecho a la objeción de conciencia de los individuos frente a todos aquellos deberes jurídicos que lesionen sus convicciones morales o religiosas”¹⁰⁶.

102. *Ibid.*

103. Cfr. *idem*, pp. 435-436.

104. Cfr., p. ej., el fallo de la Corte Suprema americana en el caso “Watchtower Bible and Tract Society of New York, Inc., et al. c. Village of Stratton et al.”, sentencia de 17 de junio de 2002. En este caso, una congregación religiosa había impugnado la ordenanza del municipio de Stratton que prohibía el ingreso a viviendas privadas para promocionar cualquier causa –comercial, política, religiosa, etc.– sin contar con autorización municipal, la que se supeditaba al correcto llenado de un formulario. Los tribunales de distrito y circuito rechazaron sucesivamente la demanda. La Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que dicho régimen violaba la Primera Enmienda de la Constitución federal. Puede consultarse una versión del caso en español en L. L. 2003-B, 303, con nota de G. J. Bidart Campos.

105. Cfr. MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., “Derechos humanos e identidad cultural”, cit., pp. 144-145.

Los casos jurisprudenciales a que ha dado lugar este tema son numerosísimos. Un ejemplo argentino interesante, por su contexto histórico y las diferencias de opinión entre los miembros de la Corte Suprema, en “Ascensio, José H.”, sentencia de 9 de septiembre de 1982, L. L. 1983-B, 50. Se discutía en el caso un amparo interpuesto por el señor Ascensio en nombre y representación de un hijo menor que fue excluido de una escuela primaria provincial por resolución ministerial en razón de haberse negado a reverenciar los símbolos patrios. El menor y su padre fundaron la negativa en su carácter de Testigos de Jehová. La Corte Suprema –con los votos de los jueces Adolfo R. Gabrielli, Abelardo F. Rossi, y Elías P. Guastavino, y la disidencia de los jueces César Black y Carlos A. Renom– hizo lugar al amparo, sobre la base de considerar que la medida cuestionada era desproporcionada (cfr. cons. 12 del voto de la mayoría). Respecto de esta aplicación de la proporcionalidad, cfr. CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, cap. 2.

106. *Idem*, p. 144. En el ámbito constitucional español ha tenido lugar una discusión en torno a si existe o no un derecho fundamental a la objeción de conciencia. El TC ha dicho que sí, que se infiere del 16 CE, puesto que las libertades ideológica y religiosa reconocidas por el art. 16.1 no se limitan al plano especulativo, sino que comportan, también, la libertad de obrar conforme a los requerimientos morales de la respectiva ideología o religión. Según Antonio

6. IDEAS FINALES Y CONCLUSIONES

Podrá pensarse, quizá, utilizando una expresión castiza, que lo dicho “sabe a poco”, es decir, que las pautas anteriores son excesivamente laxas, poco claras o que necesitan aún concreción. Desde cierto punto de vista es así, y creo que no podría ser de otro modo, por dos órdenes de razones. En primer lugar, porque se trata de un campo en el que el Derecho conecta con la Ética y con la Política de modo bastante nítido. Es un ámbito gobernado por principios más que por reglas rígidas y concretas. Ahora bien, que estemos ante principios no conlleva arbitrariedad, laxitud o falta de claridad. Sí, quizá, en pensadores contemporáneos que aceptan la conexión mencionada entre Derecho, Moral y Política pero carecen de una teoría de la razón práctica¹⁰⁷. No entre quienes aceptan la existencia de un hábito específico que vincula los principios con las circunstancias: la prudencia. Por otro lado, en un segundo orden de razones, debe tenerse presente, siguiendo a Millán Puelles¹⁰⁸, que la moral (la justicia también) es relativa en su materia y absoluta en su forma. Esto significa lo siguiente. En el qué, es relativa: a) a la naturaleza humana, b) al tipo o modalidad en que cada cual realiza en sí mismo esa naturaleza (soy hombre, argentino, padre, abogado, etc.); c) a las circunstancias. En su forma, en cambio, la moral es absoluta: verificada la materia el deber es obligatorio, no optativo. Ahora bien, hay muy pocos deberes que son universales en su materia: son los absolutos morales. Visto esto desde una perspectiva aplicable a lo que se viene exponiendo: no podemos confundir universalidad con absolutez. No hace falta universalizar lo que no es universal (las obligaciones de justicia que nacen del tipo o de las circunstancias) para conferir carácter absoluto a las obligaciones. En otros términos: no hay que temerle a la historicidad

Luis Martínez-Pujalte, sólo cabe hablar de objeción de conciencia cuando nos encontramos ante la negativa de un sujeto al cumplimiento de un deber jurídico por razones *morales*, y no por otro tipo de motivos; y desde la óptica constitucional el anclaje de la objeción de conciencia en el art. 16.1 de la Constitución obliga además a concluir que la objeción de conciencia que la Constitución protege es sólo aquella que se funde en los imperativos morales de una ideología o religión conocidas (cfr. *idem*, pp. 144-145).

107. Cfr., por ejemplo, la crítica de J. A. Seoane a R. Alexy respecto de este aspecto en SEOANE, J. A., “Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación de Robert Alexy”, en SERNA, P. (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica: revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Comares, Granada, 2005, pp. 105-196.

108. Cfr. MILLÁN PUELLES, A., *Ética y realismo*, Rialp, Madrid, 1999, pp. 110-116. Cfr., asimismo, RHONHEIMER, M., *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica*, trad. de C. Mardomingo, C., Rialp, Madrid, 2000, pp. 348-368.

de la ley natural, pues esa historicidad no le quita un ápice de absolutez a su preceptos.

Cambiando de enfoque, cabe preguntarse, antes de pasar a las conclusiones –que se expondrán de modo puntual– qué elementos de la estructura de los derechos humanos les proporciona su característica universalidad, y qué lugar ocupan dentro de la estructura de los derechos. Algo se ha dicho ya sobre esto, pero vale la pena profundizarlo y contextualizarlo, siquiera brevemente. En mi opinión, los derechos humanos poseen un triple sustento: la dignidad humana, que determina la inviolabilidad y la universalidad, el cómo tratar los derechos; la naturaleza humana, que indica cuál es el contenido básico de cada uno de los derechos; y las circunstancias sociales, políticas y económicas, a la luz de las cuales cada derecho acaba apareciendo con su perfil nítido. Los dos primeros elementos son universales: se encuentran presentes en todos los seres humanos. De allí surge, pues, la universalidad de todos los derechos.

Llegados hasta aquí, corresponde dejar constancia de las principales conclusiones a las que se ha ido llegando en las páginas anteriores.

El fenómeno de la migración pone a prueba el contenido y el nivel de resistencia de los derechos humanos. Resulta necesario, en este sentido, conciliar la universalidad de derechos con la diversidad, huyendo tanto de un asimilacionismo frustrante del derecho a la identidad cultural como de un relativismo que –al negar la universalidad– acabe con la noción misma de derechos humanos.

En esto último, es decir, en la negación del carácter universal de los derechos –o, al menos, en la negación de algunas de sus implicancias importantes– incurren también en ocasiones las posturas asimilacionistas, aunque casi siempre con referencia a los derechos sociales.

No parecen existir razones de peso para trazar distinciones fuertes entre el tratamiento jurídico que debe brindarse a los derechos de primera generación y el que corresponde dar a los derechos de la segunda generación.

Desde el sustrato que proporciona la conclusión anterior, no resulta consistente el intento de imponer a los migrantes el respeto de los derechos humanos de la primera generación –intento que en sí mismo es plausible– con el rechazo a esas mismas personas del disfrute de los derechos de segunda generación, la mayoría de las veces sólo con argumentos economicistas. Tampoco parece sustentable el intento exactamente contrario que lleva a cabo el multiculturalismo relativista.

La superación de la aporía multiculturalista pasa por encontrar un camino que permita conciliar la universalidad de los derechos con el respeto a la

identidad cultural. Dicho camino debe tener en cuenta que: a) los derechos humanos son derechos de la persona; b) la persona lo es en un determinado contexto social y cultural. La identidad personal es siempre, necesariamente, también identidad cultural; c) teniendo en cuenta lo anterior, resulta necesario, en primer lugar, asegurar la igualdad de todos los seres humanos en el disfrute de sus derechos humanos, y, en segundo lugar, promover las diferencias que afirman a cada cual en su identidad cultural y personal.

Queda en el tintero –aunque se trata de ideas que han inspirado las páginas anteriores–, como vía a recorrer, la necesidad de profundizar en la vinculación entre la noción de bienes humanos básicos y en su absolutez (en última instancia, en la noción de naturaleza humana) con los problemas abordados aquí. Se trata, en mi opinión, del único camino viable para acabar de conciliar multiculturalismo y universalidad, o de asegurar la cohesión de la sociedad y de las sociedades. Como se ha afirmado recientemente, esta aspiración se vincula con el “principio y la virtud de la solidaridad. Pero se trata de una solidaridad bien entendida, es decir, de una solidaridad que entraña una actitud de reconocimiento mutuo que, a su vez, supone una igualdad e identidad de los sujetos en los aspectos a que se refiere el ámbito de la corresponsabilidad. Por lo tanto, la solidaridad como principio exige, al menos en cierta medida, una comunidad de fines, una cierta identidad entre los sujetos, esto es, una igualdad”¹⁰⁹.

109. DÍAZ DE TERÁN, M. C., “¿Es posible el universalismo en una sociedad multicultural?”, *Persona y Derecho*, 56 (2007*), pp. 191-201, pp. 200-201.

