

Una interpretación multicultural liberal del artículo 149 de la Constitución*

VANESSA TASSARA ZEVALLOS

Resumen

En el presente trabajo nos dedicaremos a despejar las controversias que rodean a dicho precepto, es decir, a desentrañar cuál es la fundamentación filosófico-política material que subyace a la Ley Fundamental de 1993, así como a precisar cuál es el concepto de derechos fundamentales que nuestra Constitución adopta. Una vez resuelta dicha problemática nos orientaremos a delinear los alcances del multiculturalismo liberal para justificar por qué resulta ser la propuesta iusfilosófica constitucionalmente idónea para interpretar el artículo 149 de la Constitución.

Palabras clave: Identidad étnica y cultural. Multiculturalismo. Derecho consuetudinario. Jurisdicción indígena.

Sumilla

1. Planteamiento del problema
2. El fundamento filosófico-político material de la Constitución de 1993: Un liberalismo «incluyente»
3. El concepto de derechos fundamentales que recoge la Constitución de 1993
4. La moral sustantiva que subyace al multiculturalismo liberal propuesto por Will Kymlicka
5. El multiculturalismo liberal como propuesta constitucionalmente idónea para interpretar el artículo 149 de la Constitución
6. Conclusiones

1. Planteamiento del problema

En el Perú, el derecho a la «identidad étnica y cultural» ha sido recogido primigeniamente en la Constitución de 1993 (artículo 2, inciso 19). Este hecho constitucional supone el reconocimiento de nuestro país como una sociedad multiétnica

* El presente trabajo recoge los principales temas desarrollados en la tesis titulada con el mismo nombre y que fuera sustentada por la autora en abril de 2013 para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

y pluricultural; lo que se traduce en la obligación estatal de respetar, reafirmar, promover y defender el pluralismo cultural. De ahí que la voluntad constitucional expresada en el referido artículo 2 inciso 19 sea reforzada por el artículo 89 cuando en su parte *in fine* establece que «el Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas».

Además de ese reconocimiento de la diversidad cultural expresado en los preceptos que acabamos de mencionar, existe un bloque normativo con el cual la propia Constitución pretende garantizar el derecho a la diferencia, de autonomía y de participación de los grupos culturales minoritarios (comunidades campesinas y nativas en particular).

Así se tiene que la Constitución ofrece una especial protección al patrimonio cultural de la Nación (artículo 21); reconoce la oficialidad del idioma quechua, aimara y demás lenguas aborígenes en los territorios donde predominen (artículo 48); fomenta la educación bilingüe e intercultural (artículo 17); y, en general, preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país (artículo 17). Asimismo, la Constitución reconoce existencia legal y considera personas jurídicas a las Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 89); les confiere facultad jurisdiccional para resolver sus controversias de acuerdo al derecho consuetudinario (artículo 149); reconoce su autonomía en el ámbito económico y administrativo, así como en lo que a su organización y disposición de las tierras se refiere (artículo 89); y, garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal, así como su imprescriptibilidad (artículos 88 y 89). Finalmente, la Constitución también promueve la participación política de las comunidades campesinas y nativas (artículo 191 *in fine*).

Estas disposiciones constitucionales aunadas a la dignidad humana como premisa antropológica configuran, pues, la dimensión multicultural de nuestra Constitución.

El artículo 149 de la Constitución, como se sabe, es expresión de la diversidad cultural en el ámbito jurisdiccional. Dicha norma confiere a las comunidades campesinas y nativas el ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo al derecho consuetudinario, pero sin que dicho ejercicio suponga una violación de los derechos fundamentales de las personas.

Ahora bien, esta permisón de la aplicación del derecho consuetudinario limitada por los derechos fundamentales refleja algunos problemas con los que debe enfrentarse el significado del artículo 149. A nuestro juicio, básicamente, son dos los problemas a dilucidar: Uno primero, de naturaleza «semántica», debido a que el texto expresa una eventual falta de correspondencia entre el ejercicio de la justicia

comunal y la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, es decir, hay una contradicción entre el significado de ambos conceptos al momento de su aplicación. Y un segundo problema, de orden «material», en la medida que el texto del artículo 149 puede expresar una doble fundamentación filosófico-política. Tal como está redactado puede presumirse que en su fundamentación hay rasgos comunitaristas, pero también de impronta liberal.

En el presente trabajo nos dedicaremos a despejar las controversias que rodean a dicho precepto, es decir, a desentrañar cuál es la fundamentación filosófico-política material que subyace a la Ley Fundamental de 1993, así como a precisar cuál es el concepto de derechos fundamentales que nuestra Constitución adopta. Una vez resuelta dicha problemática nos orientaremos a delinear los alcances del multiculturalismo liberal para justificar por qué resulta ser la propuesta iusfilosófica constitucionalmente idónea para interpretar el artículo 149 de la Constitución.

2. El fundamento filosófico-político material de la Constitución de 1993: Un liberalismo «incluyente»

No existe duda de que la Constitución de 1993 refleja una fuerte influencia liberal en el catálogo axiológico que presenta, así como en las distintas normas que forman parte de su contenido. El propio Tribunal Constitucional así lo ha expresado cuando ha tenido ocasión de precisar que «el fundamento material del constitucionalismo moderno, presidido por los derechos fundamentales de la persona, y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la Constitución de 1993, hunde sus raíces en la ideología que, con sus respectivos matices, identificó a las revoluciones liberales norteamericana y francesa de fines del siglo XVIII»¹.

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

Para Gregorio Peces-Barba «resulta muy difícil sostener que el moderno constitucionalismo, [...], sea un producto del pensamiento liberal. Al menos tres grandes conquistas del constitucionalismo se producirán a pesar del pensamiento liberal [...]. Me refiero al derecho de asociación, al sufragio universal y a los derechos económicos, sociales y culturales. Hoy también cabría añadir a esta lista la lucha por los derechos de solidaridad, los nuevos derechos fundamentales, al medio

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0032-2010-PI, caso más de cinco mil ciudadanos, FJ. 16.

ambiente (a la no contaminación, al aire limpio, al agua limpia), los derechos de los consumidores, etc., que no se impulsan por la lucha de los liberales, sino en muchos casos con su oposición. No parece, pues, posible con esos datos atribuir al concepto del Derecho que se desprende genéricamente de las constituciones del siglo XX como normas supremas del ordenamiento jurídico, una calificación liberal excluyente, como tampoco hay elementos serios que permitan sostener que existe una teoría alternativa del Derecho y el Estado desde el socialismo, o más concretamente desde el marxismo»².

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

Como se sabe, el empleo de mecanismos jurisdiccionales para limitar el poder y la garantía proferida a la libertad son dos rasgos esenciales del liberalismo clásico. Tal como afirma Bobbio, «la doctrina del estado liberal es la doctrina de los límites jurídicos del poder estatal»³. No obstante, desde un plano ético-político, el liberalismo clásico también defiende el libre desarrollo de la personalidad (autonomía de la voluntad), la libertad del individuo de las injerencias arbitrarias del Estado que buscan impedir estos cometidos y su dignidad como presupuesto ontológico.

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

² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La Constitución y los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 39, 2006, pp. 29 y 30.

³ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y democracia*. Traducción de José F. Fernández Santillán. 12da. reimpresión de la primera ed. en español. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 16.

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

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

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

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

- El valor de autonomía de la voluntad como concretización de la libertad: La autonomía de la voluntad ha sido recogida en el artículo 2 inciso 1 como el derecho que toda persona tiene «a su libre desarrollo y bienestar».
- La defensa de la libertad del individuo de las injerencias arbitrarias del Estado: En el artículo 2 inciso 24 párrafo a. nuestra Constitución ha establecido la cláusula de libertad, según la cual «nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe». Y asimismo, en el Título V denominado «De las Garantías Constitucionales», ha regulado un conjunto de mecanismos procesales o garantías para la defensa de las libertades y derechos de las personas de las injerencias arbitrarias del Estado.
- La dignidad como presupuesto ontológico: El fundamento material de la Constitución encuentra asiento en su artículo 1 cuando establece que «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».
- El reconocimiento y promoción de la participación ciudadana en los asuntos de interés público: Se encuentra concretizado, principalmente, en los artículos 2 inciso 17 (derechos de participación política), 31 (mecanismos de democracia directa), 32 (referéndum), 35 (funcionamiento de organizaciones políticas), 107 (derecho de iniciativa en la formulación de las leyes de los ciudadanos), 139 inciso 17 (elección y revocación popular de magistrados), 139 inciso 20 (derecho a formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales), 148 (acción contenciosa contra los actos administrativos), 191 (autonomía de los gobiernos regionales) y 194 de la Constitución (autonomía de los gobiernos locales).

- El principio de separación de poderes como símbolo de control y limitación jurídica al poder estatal: El texto constitucional es claro y tajante cuando señala en el artículo 43 *in fine* que el gobierno del Estado peruano «se organiza según el principio de la separación de poderes».
- La función promocional del Estado: Lo que implica el despliegue de acciones positivas estatales. Así, podemos encontrar esa función promocional, principalmente, en los artículos 2 inciso 8 (propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión), 2 inciso 17 (impulsa la participación ciudadana en los asuntos públicos del país), 2 inciso 19 (reconoce y promueve la pluralidad étnica y cultural de la nación, así como el uso del propio idioma), 9 (promueve el acceso equitativo a los servicios de salud), 10 (reconoce y promueve el derecho universal y progresivo a la seguridad social), 14 (promueve el desarrollo científico y tecnológico del país), 16 (impulsa una política estatal de atención prioritaria a la educación), 17 (promueve la integración nacional y, en esa línea, fomenta la educación bilingüe e intercultural), 23 (promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo), 44 (promueve el bienestar general), 58 (promueve un rol estatal orientador del desarrollo del país), 59 (brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad) y 68 de la Constitución (promueve la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas).
- La adscripción a un régimen económico de naturaleza social: Como ha referido el Tribunal Constitucional, «el Estado peruano definido por la Constitución de 1993 [...] se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado»⁴. Y a partir de ahí ha remarcado que dicha economía social de mercado «debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia»⁵. Señalando, en esa línea, que se encuentra «caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:
 - a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0008-2003-AI, caso Roberto Nesta Brero en representación de más de cinco mil ciudadanos, FJ. 10.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0008-2003-AI, caso Roberto Nesta Brero en representación de más de cinco mil ciudadanos, FJ. 13.

- b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.
- c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales⁶.

3. El concepto de derechos fundamentales que recoge la Constitución de 1993

Refiere César Landa que en el Perú «los derechos fundamentales se incorporaron por vez primera en la Constitución de 1979, habida cuenta que la vieja doctrina los concebía como garantías —individuales y sociales— hasta la Constitución de 1933. [Y que ese] *nomen iuris* no es irrelevante por cuanto, en tanto derechos fundamentales son esferas de derechos y libertades de todo ser humano, con los cuales nace y vive toda persona; al punto que el Estado se constituye en base a ello y la Constitución del Estado solo los reconoce no los crea. Por ello, la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana y el respeto de su dignidad se constituyen en la finalidad del Estado pero también de la sociedad»⁷.

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

Esta idea de dignidad y sus alcances será pues la que inspire al doble carácter de los derechos fundamentales. Como dice el Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales «son, por un lado, derechos subjetivos; pero, por otro lado, también instituciones objetivas valorativas, lo cual merece toda la salvaguarda posible. En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0008-2003-AI, caso Roberto Nesta Brero en representación de más de cinco mil ciudadanos, FJ. 13.

⁷ LANDA ARROYO, César. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 1ra. reimp. de la 1ra. ed. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2010, pp. 17 y 18.

también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional»⁸.

Y tanto ese carácter subjetivo como el objetivo ayudan a superar, a juicio de Landa, «la concepción individualista o utilitarista de los derechos fundamentales que hacen prevalecer excluyentemente el interés público sobre el interés particular, en la medida que los derechos fundamentales cuando entran en colisión entre sí o con el interés público, no serán entendidos de manera excluyente del otro derecho o bien constitucional a preservar —dimensión subjetiva—, sino que la tarea se dirige a integrar la satisfacción razonable de los derechos o bienes en conflicto; dicho en otras palabras a la ponderación de los mismos —dimensión objetiva—, lo que evita anular el contenido esencial de uno u otro derecho o bien constitucional»⁹.

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

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

Ha dicho el Tribunal Constitucional, siguiendo a Peces Barba, que el concepto de derechos fundamentales comprende «tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. [Es decir,] los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica»¹⁰.

A partir de este concepto asumido por el Tribunal podemos interpretar, entonces, que nuestra actual Constitución se ha adherido a la tesis «dualista» para la determinación del fundamento y concepto de los derechos fundamentales. En consecuencia, así como «el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente,

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 3330-2004-AA, caso Ludesminio Loja Mori, F.J. 9.

⁹ LANDA ARROYO, César. Ob. cit., pp. 12 y 13.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 1417-2005-AA, caso Manuel Anicama Hernández, F.J. 2.

en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución)¹¹.

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

En esa línea entonces, y atendiendo lo prescrito por el artículo 1 de la Constitución, como ya se afirmó, será el principio de dignidad humana el principal fundamento axiológico de todos los derechos fundamentales. No obstante ello, el valor de libertad, de autonomía moral, la igualdad, el principio democrático y de pluralismo también constituyen fundamento axiológico de los derechos. De ahí, como afirma el Tribunal, la importancia y «la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales»¹².

En tanto que cuando se sostiene que los derechos fundamentales profesan también una dimensión jurídica, se entiende que el Estado debe procurar establecer todos los mecanismos normativos que permitan su protección efectiva, no solo en el ámbito de las relaciones individuo – Estado, sino también en la relación horizontal que se puede producir entre individuos¹³. Es decir, el Estado deberá procurar que los derechos fundamentales gocen de una aplicación directa, sean complementados a través de normas de desarrollo constitucional y normas internacionales, su reforma obedezca a mecanismos rígidos, sean interpretados correctamente por los órganos especializados y sean garantizados por mecanismos procesales particulares.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 1417-2005-AA, caso Manuel Anicama Hernández, F.J. 2.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0008-2003-AI, caso Roberto Nesta Brero en representación de más de cinco mil ciudadanos, F.J. 5.

¹³ En esa línea ha afirmado el Tribunal que «[...] en su versión moderna, el Estado ha sido instituido al servicio de los derechos fundamentales. El Estado, en efecto, tiene, en relación con los derechos fundamentales, un 'deber especial de protección'. [...] [Tal] 'deber especial de protección' al cual se encuentran obligados todos los órganos del Estado, sin excepción, se halla constitucionalizado en nuestro ordenamiento jurídico desde su primer artículo, a tenor del cual 'la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado'; y, en forma por demás significativa, en el artículo 44 de la Norma Suprema, según el cual 'son deberes primordiales del Estado: [...] garantizar la plena vigencia de los derechos humanos'. En ese sentido, la constitucionalización del 'deber especial de protección' comporta una exigencia sobre todos los órganos del Estado de seguir un comportamiento dirigido a proteger, por diversas vías, los derechos fundamentales, ya sea cuando estos hayan sido puestos en peligro por actos de particulares, o bien cuando su lesión se derive de[propio Estado]», Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 858-2003-AA, caso Eyley Torres del Águila, FEJJ. 6, 7.

De ahí entonces que los derechos aparezcan como límite al poder y como presupuesto de validez del complejo normativo¹⁴; pero también impongan exigencias a todo sistema político-jurídico, como por ejemplo, el respeto a un espacio de libertad donde no quepa interferencia alguna, la creación y promoción de espacios de participación, así como la elaboración de políticas públicas dirigidas a una igualitaria distribución y disfrute de los bienes propiciando las mismas libertades para todos.

4. La moral sustantiva que subyace al multiculturalismo liberal propuesto por Will Kymlicka

En su libro *Ciudadanía multicultural*¹⁵ el profesor canadiense Will Kymlicka intentará desarrollar un enfoque liberal de los derechos de las culturas minoritarias. Para ello replanteará la doctrina liberal tradicional, y partiendo de los principios básicos de libertad individual y de autonomía moral, tratará de demostrar que los derechos de las culturas minoritarias «no solo son consistentes con la libertad individual, sino que en realidad pueden fomentarla»¹⁶.

En las siguientes líneas me dedicaré, pues, a dilucidar cuál es la moral sustantiva que subyace al multiculturalismo liberal de Will Kymlicka, ya que considero que dicho multiculturalismo resulta ser una plataforma iusfilosófica idónea para arribar a la interpretación que exige el artículo 149 de nuestra Constitución. Con ese propósito seguiré un esquema metodológico basado en la presentación de principios que permitan graficar la filosofía moral cultural que nos propone dicho autor:

P1. Principio de la tolerancia: «En una sociedad democrática liberal el principio de la tolerancia guarda un fuerte compromiso moral con la autonomía. No obstante, el valor de la autonomía no puede constituirse en el límite de lo tolerable».

¹⁴ Las normas materiales de la Constitución, indistintamente denominadas como valores, principios o derechos, poseen un idéntico sentido a juicio de Luis Prieto, que es «decirle al poder no sólo cómo ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir», PRIETO SANCHÍS, LUIS. El constitucionalismo de los derechos. En Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2007, pp. 213, 214. En esa misma línea de pensamiento nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido que los derechos fundamentales, en cuanto valores materiales del ordenamiento, tienen una pretensión de validez, de modo que tienen la propiedad de «irradiarse» y expandirse por todo el ordenamiento jurídico. Por ello, en el ordenamiento constitucional peruano todas las leyes, reglamentos y sus actos de aplicación, deben interpretarse y aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales. Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 858-2003-AA, caso Eyler Torres del Águila, F.J. 6.

¹⁵ KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Traducción de Carme Castells Auleda. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1996.

¹⁶ *Ibid.*, p. 112.

La tolerancia y la autonomía son dos valores morales indisolubles y complementarios para la concepción liberal. La tolerancia «es el respeto a la autonomía hecho praxis. Sin tolerancia, es decir, sin respeto a la diversidad cultural y a la pluralidad política, la vida pública es una quimera»¹⁷. Sin embargo, cabe preguntarse ¿si es el valor de la autonomía el límite ético de lo culturalmente tolerable?

Para los liberales, refiere Kymlicka, «la autonomía y la tolerancia han sido las dos caras de la misma moneda. Lo que distingue a la tolerancia liberal es precisamente su compromiso con la autonomía; es decir, la idea de que los individuos deberían tener libertad para valorar y, potencialmente, revisar sus fines actuales»¹⁸. Pero no solo para ello, sino también para elegir sus hábitos y formas de expresión que le permitan delinear su propia identidad. De ahí que desde la perspectiva liberal pareciera que lo lógico es no renunciar al valor de la autonomía como principio mínimo y valor fundante de la convivencia.

Sin embargo, el liberalismo —como sostiene Fidel Tubino— no puede autoasignarse el derecho a imponer el valor de la autonomía allí donde no se encuentra. Es decir, en estricto, no puede imponer a alguien actuar autónomamente cuando no lo desea. Eso es conceptualmente contradictorio y éticamente insostenible. A lo más, el liberalismo puede intentar convencer de la conveniencia de la *praxis* de la autonomía. Su compromiso con este valor empieza por asumir la tarea de construir las condiciones que lo hagan posible. Por tanto, en una sociedad libre podemos admitir como un ejercicio de autonomía válido el hecho de que el individuo suspenda el ejercicio de su autonomía cuando así lo desee (siempre y cuando esto no se entienda como una renuncia a la autonomía, porque eso si no está permitido¹⁹)²⁰.

Tolerar sobrepasa la acción de «soportar». Es tener la capacidad para no situar a nuestros valores y creencias como la condición absoluta para la convivencia con los otros. Tolerar, por tanto, es aceptar y respetar al diferente como un interlocutor válido en el diálogo público²¹. De ahí que ser liberal, es decir, creer en la autonomía como un valor esencial y mínimo, y ser a la vez intolerante frente a la autonomía del otro es una contradicción moral que no tiene justificación y, por lo tanto,

¹⁷ TUBINO, Fidel (2007). «En defensa de la universalidad dialógica». En Miguel Giusti y Fidel Tubino (eds.), *Debates de la ética contemporánea*. 1ra. reimp. de la 1ra. ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Colección Intertextos N° 1, 2010, p. 85.

¹⁸ KYMLICKA, Will. Ob. cit., p. 218.

¹⁹ Tal como advierte el Tribunal Constitucional, «no es posible que en ejercicio de su autonomía el ser humano renuncie o anule dicha autonomía. En otras palabras, no cabe que en ejercicio de su libertad el ser humano desconozca su condición de fin en sí mismo, para obligarse a ser exclusivo objeto o medio para la consecución de fines ajenos. En una frase, no cabe negar la dignidad del ser humano en ejercicio de la libertad», Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0032-2010-PI, caso más de cinco mil ciudadanos, FJ. 51.

²⁰ Cf. TUBINO, Fidel. Ob. cit., pp. 85 y 86.

²¹ *Ibid.*, p. 84.

deviene en insostenible. En nombre de la libertad no se puede dejar de aceptar a los iliberales como interlocutores válidos. En consecuencia, el valor de la autonomía no puede constituirse en el límite de lo tolerable.

P2. Principio de adopción restrictiva de las formas de diversidad cultural: «En una sociedad democrática liberal se pueden cobijar y adoptar muchas formas de diversidad cultural, pero no todas».

Las culturas minoritarias tienen el derecho a preservarse como comunidades culturalmente diferentes, pero solo en la medida que se autogobien respetando los principios liberales mínimos²². Tal como ha sostenido Kymlicka, «cualquier teoría que no conceda sustanciales derechos civiles a los miembros de las culturas minoritarias presenta graves deficiencias desde un punto de vista liberal»²³. Sin embargo, «¿qué sucede cuando el deseo de algunas minorías es, precisamente, tener la posibilidad de rechazar el liberalismo, y organizar su sociedad siguiendo unas directrices tradicionales y no liberales? ¿No es esto parte de lo que las hace culturalmente distintas?»²⁴.

Una sociedad liberal que pretende defender los derechos de las culturas minoritarias es aquella que se fundamenta en el valor de la autonomía. No obstante, proscribiera cualquier forma de derechos diferenciados en función del grupo que restrinja las libertades civiles de los miembros del grupo porque ello supone una incoherencia con los principios liberales de libertad e igualdad²⁵. Es decir, la doctrina liberal nos dice que los individuos tienen determinados derechos mínimos que deben ser respetados en todo escenario, sin embargo, una cosa es haber identificado esos derechos mínimos, y otra cuestión es imponer el liberalismo en contextos donde no se comparten sus principios.

Entonces, «¿cómo debería tratar un Estado liberal a las minorías no liberales?»²⁶. Comenta Kymlicka que «la actitud de los liberales con respecto a la imposición del liberalismo ha cambiado en el transcurso de los años. En el contexto internacional, los liberales han sido cada vez más escépticos acerca del uso de la fuerza para obligar a los Estados extranjeros a plegarse a los principios liberales»²⁷. Muchos

²² Para Will Kymlicka los principios liberales que se deben respetar mínimamente son la libertad, la igualdad y la autonomía. A nuestro juicio, a los tres principios aludidos se le suma el valor de dignidad

²³ KYMLICKA, Will. Ob. cit., p. 227.

²⁴ *Ibid.*, p. 213.

²⁵ *Ibid.*, p. 227.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Por ejemplo, refiere Kymlicka que «el gobierno alemán niega injustamente los derechos políticos a los hijos y a los nietos de los «trabajadores invitados» turcos, que nacieron en suelo alemán y para quienes Alemania es lo único que conocen. Pero de ello no se sigue que los liberales de fuera de Alemania debieran emplear la fuerza para obligar a Alemania a cambiar sus leyes de ciudadanía». KYMLICKA, Will. *Ibid.*, p. 228.

liberales decimonónicos, incluyendo John Stuart Mill, pensaban que era justo que los Estados liberales colonizaran países extranjeros para enseñarles los principios liberales. Los liberales contemporáneos, sin embargo, por lo general han abandonado esta doctrina, considerándola imprudente e ilegítima, y en lugar de ello han intentado fomentar los valores liberales a través de la educación, la formación y los incentivos económicos. [...] No obstante, en el caso de las minorías nacionales los liberales han sido mucho más proclives a suscribir la intervención coercitiva de una tercera parte^{28,29}. Obviamente existen diferencias considerables entre estados extranjeros y minorías nacionales, sin embargo, en ambos casos el margen para las interferencias coercitivas legítimas es y debe ser el mismo.

En un Estado multicultural las relaciones entre la cultura mayoritaria y las culturas minoritarias deberían regirse por el diálogo, la negociación pacífica y el consenso (como sucede en las relaciones internacionales), nunca por la fuerza. Esto significa, por tanto, «sentar las bases de un acuerdo, teniendo en cuenta que las bases más seguras en las que fundamentar este acuerdo son las que se derivan de la coincidencia en los principios fundamentales. Pero si dos grupos [culturales] no comparten los principios básicos, y no se les puede persuadir a que adopten los principios del otro, la acomodación mutua tiene que asentarse sobre otras bases, como las del *modus vivendi*»³⁰.

Así pues, en la medida que la concepción occidental de los derechos fundamentales se autoproclame como universal será un instrumento de lo que Samuel Huntington llama el «choque de las civilizaciones», es decir, la lucha de occidente contra el resto del mundo. Para que los derechos fundamentales puedan ser una propuesta universalizable, será necesaria su apertura a otros horizontes culturales, a otras concepciones, a otras sensibilidades. Y en este escenario la hermenéutica y el diálogo intercultural juegan un papel importante en la fusión de horizontes y en la ampliación de perspectivas³¹.

²⁸ Por ejemplo, refiere Kymlicka que «el gobierno alemán niega injustamente los derechos políticos a los hijos y a los nietos de los «trabajadores invitados» turcos, que nacieron en suelo alemán y para quienes Alemania es lo único que conocen. Pero de ello no se sigue que los liberales de fuera de Alemania debieran emplear la fuerza para obligar a Alemania a cambiar sus leyes de ciudadanía». KYMLICKA, Will. *Ibid.*, p. 228.

²⁹ KYMLICKA, Will. *Ob. cit.*, pp. 228 y 229.

³⁰ *Ibid.*, p. 231.

³¹ A este respecto resulta interesante recordar la propuesta de John Rawls sobre el consenso traslapado que recoge en su liberalismo político. En opinión de Manuel Atienza el problema fundamental que Rawls se plantea en ese Liberalismo político «es el de cómo estabilizar las sociedades pluralistas y democráticas del Estado constitucional; o sea, cómo puede mantenerse y cómo puede funcionar adecuadamente una sociedad de individuos libres e iguales, que se encuentran divididos en cuestiones de religión, moral o política». Pues bien, en opinión de Rawls, refiere Atienza, «lo que permite dar el paso del pluralismo al consenso es precisamente la razonabilidad. Se trata de una idea ciertamente difícil de precisar y a la que caracteriza mediante estos dos rasgos: 1) La razonabilidad supone capacidad para proponer y estar dispuesto a aceptar criterios que se puede esperar

No obstante, con esto no se quiere sostener que la intervención de la cultura mayoritaria para proteger derechos liberales no está justificada en ningún caso. «Obviamente, tal intervención estará justificada si se trata de una violación flagrante y sistemática de los derechos humanos, como la esclavitud, el genocidio, la tortura y las expulsiones masivas, que también justifican la intervención en [culturas liberales]»³².

El punto exacto en que la intervención en los asuntos internos de una minoría cultural resulta ilegítima no es completamente claro ni definido. Dado el caso «existen determinados factores potencialmente relevantes, como la gravedad de las violaciones de los derechos en la comunidad minoritaria³³, el grado de consenso existente en esa comunidad sobre la legitimidad de restringir los derechos individuales, la posibilidad de los disidentes del grupo de abandonar la comunidad si así lo desean, y la existencia de acuerdos históricos con la minoría nacional»³⁴ que deben ser valorados a la luz del caso a fin de concluir si la intervención resulta justificada o no.

que los otros puedan aceptar; o sea, la persona razonable es la que se esfuerza por alcanzar un consenso. 2) La razonabilidad supone también disposición a aceptar lo que Rawls llama las 'cargas del juicio', esto es, la existencia de diversas fuentes o causas del desacuerdo entre personas razonables; por ejemplo: se puede estar de acuerdo sobre cuáles son los factores relevantes de un problema, pero en desacuerdo acerca del peso a atribuir a cada uno de ellos; las experiencias globales de los ciudadanos son lo suficientemente dispares como para que sus juicios sean divergentes en muchos casos; con frecuencia existen pros y contras a propósito de una disputa y es difícil hacer una evaluación del conjunto; en ocasiones nos vemos forzados a elegir entre valores y tenemos que restringirlos a la vista de las exigencias de los demás, etcétera. Pues bien, cuando los individuos, los ciudadanos, no son únicamente racionales [...], sino también razonables (capaces de hacerse concesiones mutuas y, en definitiva, de razonar en común) se hace posible lo que este filósofo llama consenso entrecruzado o consenso por solapamiento (*overlapping consensus*) entre las diversas doctrinas religiosas, filosóficas y morales 'razonables'. La estabilidad de una sociedad 'bien ordenada', una sociedad aproximadamente justa, depende, en resumidas cuentas, de que pueda alcanzarse ese consenso». En Manuel Atienza. *Bioética, derecho y argumentación*. 2da. ed. ampliada. Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 91 y 92. También resulta a este respecto importante considerar la propuesta sobre hermenéutica diatópica y diálogo intercultural que presenta Boaventura de Souza Santos. Para un mayor análisis, se recomienda revisar su texto *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*. Traducción de Consuelo Bernal y Mauricio García Villegas. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, 1998, pp. 345 y ss. Asimismo se recomienda revisar TUBINO, Fidel. Aportes de la hermenéutica diatópica al diálogo intercultural sobre los derechos humanos. En Cecilia Monteagudo y Fidel Tubino (eds.). *Hermenéutica en diálogo. Ensayos sobre alteridad, lenguaje e interculturalidad*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 155-170.

³² KYMLICKA, Will. Ob. cit., p. 233. A juicio de la Corte Constitucional colombiana existe un núcleo de derechos cuya afectación resulta intolerable toda vez que supone un atentado contra los bienes más preciados del hombre. En esa línea, la Corte ha señalado que dicho núcleo intangible incluiría «el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura», Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349/96, punto 2.3.

³³ Por ejemplo, desde una perspectiva liberal, entiéndase occidental, el «fuetazo» puede ser entendido como una afectación al núcleo duro del derecho fundamental a la integridad personal, sin embargo, desde la cosmovisión de otras culturas podría ser interpretado como un acto de purificación, que lejos de afectar la dignidad de la persona, le permite a ésta recobrar el equilibrio con su comunidad. Sobre este respecto resulta interesante revisar el pronunciamiento de la Corte Constitucional colombiana: Sentencia T-523/97, punto 3.3.3.

³⁴ KYMLICKA, Will. Ob. cit., p. 233.

En suma, la legitimidad para imponer principios liberales a grupos que no comparten dicha filosofía depende de varios factores. No obstante, cabe tener en claro que los liberales no pueden arrogarse el derecho automático de imponer sus propios puntos de vista a los grupos que profesan otra ideología. Y, en esa línea, tampoco pueden prejuzgar la naturaleza iliberal que ostente el otro grupo.

P3. Principio de limitación básica a los derechos de las culturas minoritarias:

«En una sociedad democrática los principios liberales imponen una limitación básica a los derechos de las culturas minoritarias: No está justificada ninguna restricción a las libertades civiles o políticas básicas de los miembros de una cultura minoritaria».

Apelando a la reivindicación del grupo contra sus propios miembros, las culturas minoritarias generalmente establecen «restricciones internas» a fin de reducir el impacto desestabilizador que pueda generar el disenso interno (decisión individual de los miembros de no seguir alguna práctica o costumbre tradicional), incidiendo con ello en la afectación del núcleo mínimo valorativo que se debe respetar. De ahí que estas restricciones, como opina Kymlicka, «plantea el peligro de la opresión individual»³⁵.

No hay duda que desde la perspectiva liberal se exige libertad dentro del grupo. Por tanto, «la concepción liberal de los derechos de las minorías [culturales] no puede hacer suyas todas las reivindicaciones de todos los grupos minoritarios»³⁶. Por ejemplo algunas culturas minoritarias discriminan a aquellos miembros de la comunidad que rechazan su religión tradicional, otras culturas minoritarias discriminan a las niñas en materia educativa y a las mujeres le niegan el derecho al voto o el derecho a ejercer cargos públicos. Son medidas, pues, que limitan la libertad individual y la autonomía de los miembros de dichas culturas. Y esto en una sociedad democrático liberal es difícil de aceptar.

La autonomía como valor esencial otorga libertad a los individuos para elegir sus hábitos y formas de expresión que le permitan delinear su propia identidad, incluso les permite elecciones que pueden ser contrarias a los ideales normativos de la cultura a la que pertenecen. Ello por cuanto «el liberalismo se compromete con (y quizá se define por) la perspectiva según la cual los individuos deberían tener libertad y capacidad para cuestionar y revisar las prácticas tradicionales de su comunidad, aunque fuese para decidir que ya no vale la pena seguir ateniéndose a ellas»³⁷.

En consecuencia, cabe reforzar la premisa de que el liberalismo tiene el compromiso de apoyar el derecho de los individuos a decidir con plena libertad qué aspectos

³⁵ *Ibíd.*, p. 59.

³⁶ *Ibíd.*, p. 212.

³⁷ *Ibíd.*, p. 211.

de su herencia cultural desean preservar. Por tanto, las «restricciones internas», en principio, no están permitidas.

P4. Principio de garantía a los derechos de las minorías: «En una sociedad democrática existe la obligación de garantizar protección a los derechos de las culturas minoritarias frente a las decisiones que pudiera tomar el conjunto de la sociedad».

En esa línea cabe señalar, entonces, que existe un deber moral de proteger a las culturas minoritarias del impacto desestabilizador de las decisiones de la sociedad de la que forman parte. Hay, pues, un compromiso de reivindicar a las culturas minoritarias contra la sociedad en la que están englobadas.

Para distinguir esta reivindicación Kymlicka la denominará *protección externa*. Y entiende por esta la concesión de derechos diferenciados en función de grupo. Dichos derechos básicamente son³⁸:

- a) **Derechos especiales de representación:** Si los miembros de las culturas minoritarias tienen representación dentro de las instituciones políticas, resulta menos probable que dichas culturas sean ignoradas en la toma de decisiones que afectan al conjunto de la sociedad³⁹.
- b) **Derechos de autogobierno:** Estos derechos confieren poder a unidades políticas más pequeñas de manera que las culturas minoritarias no pueden ser desestimadas o sobrestimadas por la cultura mayoritaria en decisiones que le atañen directamente, como por ejemplo políticas públicas vinculadas a educación, lengua, explotación de recursos naturales, entre otras⁴⁰.
- c) **Derechos poliétnicos:** Buscan proteger las prácticas culturales y religiosas específicas que podrían no estar adecuadamente legitimadas en la cultura mayoritaria, o que están en desventaja en la legislación vigente⁴¹.

³⁸ *Ibíd.*, p. 61 y ss.

³⁹ Así, por ejemplo, nuestra Constitución en su artículo 191 parte *in fine* señala que «la ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Consejos Municipales».

⁴⁰ Un ejemplo de este tipo de derechos lo constituye el artículo 149 de la Constitución, toda vez que reconoce la autonomía jurisdiccional de las Comunidades Campesinas y Nativas; asimismo, el artículo 89 cuando advierte que dichas Comunidades «son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece».

⁴¹ Los problemas que afronta el fenómeno del multiculturalismo no solo tiene como referente la situación particular de los pueblos indígenas o comunidades nativas. Existen otros ámbitos que la diversidad cultural trae al debate. Uno de ellos es, con singular frecuencia, el vinculado con la libertad religiosa, a propósito de los constantes desplazamientos migratorios del hombre en las últimas décadas. La libertad religiosa, como ha sostenido el Tribunal Constitucional, «es el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de mantener pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto» (STC 0895-2001-AA, F.J. 3). Ahora bien, el problema en torno a este derecho se suscita cuando en virtud a dicha libertad los individuos deciden desplegar conductas que se condicen con el culto que libremente profesan, sin importar el lugar

5. El multiculturalismo liberal como propuesta constitucionalmente idónea para interpretar el artículo 149 de la Constitución

Corresponde ahora explicar cuáles son las razones que permiten sostener que el enfoque multicultural liberal es el más idóneo para interpretar el artículo 149 de la Constitución. Para ello será necesario resolver dos preguntas fundamentales que pueden ser expresadas en los siguientes términos: i) ¿en qué se diferencia la propuesta del multiculturalismo «liberal» de la del multiculturalismo «comunitario»?; y ii) ¿por qué resulta razonable que la libertad cultural pueda imponerse al valor de la diversidad cultural?

i) El multiculturalismo liberal como propuesta constitucionalmente idónea. Para Amartya Sen «existen dos enfoques básicamente diferenciados del multiculturalismo: uno de ellos se concentra en la promoción de la diversidad como valor en sí mismo; el otro hace hincapié en la libertad de razonamiento y de toma de decisiones, y celebra la diversidad cultural en la medida en que es elegida con tanta libertad como sea posible por las personas involucradas»⁴². Enfoques que se traducen en lo que se conoce como multiculturalismo «comunitarista» y multiculturalismo «liberal», respectivamente.

Siguiendo la definición de Amartya Sen, el multiculturalismo «comunitarista» promueve a la diversidad cultural como un valor en sí mismo y hace de su respeto el fin último. Bajo esa concepción, las distintas libertades no suponen un límite. La promoción y respeto a la cultura se convierten en el ideal motivador. De ahí que, el fundamento de este tipo de multiculturalismo sea el relativismo cultural⁴³.

Asimismo, para el multiculturalismo comunitarista la identidad (cultural) se funda en la pertenencia comunitaria y es algo dado que se descubre. Para los comunitarios el individuo es un ser intrínsecamente social y este rasgo que lo caracteriza es el

y las circunstancias en las que se encuentran. Así por ejemplo, «los judíos y los musulmanes han solicitado a Gran Bretaña que se les exima del cierre dominical o de la legislación relativa al sacrificio de los animales; los varones sijes en Canadá han solicitado que se les exima de la legislación que obliga a llevar casco a los motoristas y de las normas de indumentaria oficiales de las fuerzas de policía, para poder seguir llevando sus turbantes; los judíos ortodoxos en los Estados Unidos han reivindicado el derecho a vestir la yarmulka durante el servicio militar» (KYMŁICKA, Will. Ob. cit., p. 53). Como todo derecho fundamental, la libertad religiosa merece toda la protección y garantía, pero también puede ser objeto de restricciones a favor de intereses superiores tales como la salvaguarda de la seguridad, salud, moralidad y orden público. Y es que en virtud al ejercicio legítimo de prácticas que se condigan con el culto libremente elegido, no se puede justificar situaciones en donde otros derechos fundamentales o bienes constitucionales (como los aludidos) resulten lesionados. Por ello, ante eventuales conflictos entre la libertad religiosa y algún otro derecho es necesario una respuesta de política normativa que garantice la diversidad, en este caso de culto, pero sin que ello suponga la afectación de bienes igualmente de importantes como la libertad religiosa.

⁴² SEN, Amartya. *Identidad y violencia. La ilusión del destino*. Traducción de Verónica Inés Weinstabl y Servanda María de Hagen. Buenos Aires: Katz Editores, 2007, pp. 201 y 202.

⁴³ El relativismo cultural generalmente deviene en un fanatismo etnocentrista que lejos de defender derechos los termina socavando.

que define su identidad. Tal como afirma Michael Sandel, «la comunidad describe no solo lo que «tienen» como conciudadanos, sino también lo que «son»; no una relación que eligen (como en la asociación voluntaria) sino un lazo que descubren; no meramente un atributo sino un componente de su identidad»⁴⁴.

Como consecuencia de ello, entonces, las restricciones internas a la autonomía individual, propias de las culturas tradicionales, no podrán ser objeto de críticas, mucho menos de rebelión, ello, por cuanto, en el esquema comunitario la identidad se define a partir del descubrimiento dado en el ejercicio dialógico entre individuo y comunidad.

En tanto que para el multiculturalismo «liberal», la importancia de la diversidad cultural será instrumental y se desprenderá de la libertad cultural, es decir, la diversidad cultural será consecuencia de dicha libertad. De ahí que el fundamento de este tipo de multiculturalismo se encuentre en la libertad como valor, como derecho, y en la autonomía moral como expresión de la libertad.

A juicio de los comunitarios, la propuesta liberal defiende una concepción atomista de la sociedad y con ello desconoce un hecho tan evidente como que los individuos solo pueden autorrealizarse y delinear su identidad al interior de un contexto social. Sin embargo, tal como afirma Norberto Bobbio «ninguna concepción individualista de la sociedad prescinde del hecho de que el hombre es un ser social ni considera al individuo aislado»⁴⁵, mucho menos, desconoce que a consecuencia de la vida cotidiana los seres humanos somos parte de una variedad de grupos y pertenecemos a ellos de manera simultánea, por ello, poseemos una identidad múltiple que vamos definiendo según la importancia que libremente le asignamos a cada una de dichas pertenencias. Es decir, para el multiculturalismo liberal la definición de nuestra identidad (cultural) será producto de la suma de elecciones libres ejercidas en los distintos contextos con los que tenemos algún tipo de filiación.

En consecuencia, si según el planteamiento multicultural liberal, como se ha dicho, cada individuo es quien libremente configura su identidad cultural, frente a las restricciones internas propias de las tradiciones culturales, cabe cuestionar la aprobación automática de dichas tradiciones, es decir, el derecho al disenso interno no solo existe, sino que es plenamente legítimo y constituye una exigencia moral⁴⁶.

⁴⁴ SANDEL, Michael. *El liberalismo y los límites de la justicia*. Traducción de María Luz Melon. Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 2000, p. 182.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 51.

⁴⁶ A juicio de Ernesto Garzón resulta una exigencia moral la negación del carácter sacrosanto de las formas de vida colectivas y, por el contrario, debe admitirse la posibilidad de su crítica y superación. Cf. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. El problema ético de las minorías étnicas. En León Olivé, (comp.). *Ética y diversidad cultural*. 2da. edición. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 59.

Si tal como se sabe, el liberalismo desde un plano ontológico defiende la idea de un hombre libre, igual, racional, y, a partir de aquí, concibe un agregado social donde la pluralidad de proyectos individuales no deben terminar truncados por razones convivenciales. En tanto que desde un plano ético-político, promueve un modelo de sociedad donde lo privado y lo público no forman parte de un solo ámbito. Es decir, por un lado, promueve la autonomía moral de los individuos, ya que esta supone la máxima concretización de la libertad y el símbolo de nuestra dignidad. Y, por otro lado, es decir en el ámbito público, busca principios imparciales de justicia promoviendo una presencia neutral del Estado que asegure las mejores e iguales condiciones para todos, a fin de que estos puedan alcanzar sus proyectos individuales trazados. Y, sumado a ello, se conoce que nuestra actual Constitución refleja una fuerte influencia liberal en el catálogo axiológico que presenta, así como en las distintas normas que forman parte de su contenido. Resulta razonable, más aún, idóneo, defender la propuesta multicultural liberal, no solo porque su bandera sea la defensa de la libertad cultural, sino porque detrás de esa premisa que constituye el punto de partida se encuentra la defensa de un núcleo moral mínimo (estandarizado por la humanidad) que se exige para la convivencia armónica en todo contexto social, y porque también, contra lo que en primera instancia podría pensarse, representa una garantía para la concretización y defensa de la diversidad cultural. En la medida que seamos más libres, podremos ser más diferentes de manera legítima.

ii) Libertad cultural y diversidad cultural. Si la pretensión social universal es construir comunidades humanas y justas, debemos partir por entender e internalizar cuál es la importancia que revisten las libertades, en particular, la libertad cultural; así como determinar de qué manera nos debe importar la cultura⁴⁷.

Tal como se sostiene coherentemente en el Informe sobre Desarrollo Humano 2004 del PNUD, «poner énfasis en la libertad cultural no es exactamente lo mismo que jugarse el todo por el todo por la diversidad cultural. Si bien es cierto que dar lugar a la diversidad en las prácticas culturales puede resultar muy importante, puesto que el ejercicio de la libertad cultural depende de esa diversidad, ello no equivale a defender la diversidad cultural por su propio mérito»⁴⁸. El *quid* de la cuestión estará entonces en cómo lograr la concretización de la diversidad cultural y el grado en que las personas involucradas pueden ejercer su libertad, toda vez que si se considera a la diversidad cultural como un valor sin importar de qué manera se alcanza se incurre entonces en una práctica irrazonable.

⁴⁷ Dice Amartya Sen que «el mundo ha llegado a la conclusión —de modo más desafiante que el necesario— de que la cultura importa. El mundo obviamente tiene razón: la cultura importa». En Amartya Sen. Ob. cit., p. 145.

⁴⁸ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Informe sobre Desarrollo Humano 2004. La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 2004, p. 22. El texto completo del Informe también puede consultarse en línea: <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2004/>.

La libertad cultural, dice Fidel Tubino,

[...] presupone, en primer lugar, que la identidad de un individuo no es única sino que es múltiple y que dicha multiplicidad depende de la diversidad de contextos de pertenencia de este. En segundo lugar, que nadie está determinado de manera a priori a permanecer en el marco de su cultura de pertenencia u origen porque la cultura no es destino. Las personas tenemos el derecho a «cuestionar la aprobación automática de las tradiciones pasadas, cuando las personas encuentran una razón para cambiar de forma de vida». En otras palabras, que nuestra pertenencia cultural sea nuestro punto de partida no significa que debe ser necesariamente nuestro punto de llegada. Pero para que la elección cultural sea verdaderamente libre deben generarse las condiciones que la hagan posible⁴⁹.

Efectivamente, los individuos nos caracterizamos por una pluralidad de identidades que nos definen simultáneamente. Puedo ser, al mismo tiempo, sudamericana, ciudadana peruana, limeña de ascendencia italiana, abogada, profesora universitaria, fuerte creyente en los valores humanistas y la democracia, mujer, heterosexual, respetuosa de los derechos de los gays y las lesbianas, con un estilo de vida no estrictamente católico, no ser oriental y creer en el poder de la energía y del equilibrio espiritual. Esto es solo un ejemplo de las diversas categorías a las que puedo pertenecer. Sin embargo, existen muchas otras categorías de pertenencia que pueden configurarse e identificarme de acuerdo a los diferentes contextos de los que formo parte. Por ello, el reconocimiento de cada una de estas identidades supone el reconocimiento de su importancia, así como la precisión de que una no puede eliminar la relevancia de la otra. Y, en esa línea, supondrá, consecuentemente, que cada individuo decide libremente la importancia que le asigna a cada una de sus identidades.

Como se ha referido, el ejercicio de la libertad cultural también incluye «la libertad de cuestionar la aprobación automática de las tradiciones pasadas, cuando las personas —en particular los jóvenes— encuentran una razón para cambiar su forma de vida»⁵⁰. Este derecho al disenso interno como expresión de libertad cultural se traduce en lo que Gustavo Zagrebelsky denomina la «ética de la duda». En esta línea sostiene que

la duda contiene [...] un elogio a la verdad, pero de una verdad que debe ser siempre re-examinada y re-descubierta. Así pues, la ética de la duda no es contraria a la verdad, sino contraria a la verdad dogmática que es aquella que quiere fijar las cosas de una vez por todas e impedir o descalificar aquella crucial pregunta: «¿Será realmente verdad?». Precisamente en la formulación de estas palabras está —nos parece—

⁴⁹ TUBINO, Fidel. Los desafíos de las políticas y las culturas: ¿interculturalismo o multiculturalismo? *Memoria. Revista sobre cultura, democracia y derechos humanos*, 6 (2009), p. 24. Lima.

⁵⁰ SEN, Amartya. Ob. cit., p. 158.

la expresión de la más primordial y, por tanto, más natural, de las facultades humanas. Impedirla es el acto más innatural, incluso aunque sea realizado en nombre de la «justicia natural» o de la «ley natural», afirmadas en un determinado momento y sustraídas a cualquier tipo de duda. La «naturaleza de las cosas», cuando es usada como arma contra la duda, se contradice a sí misma, dirigiéndose contra la «naturaleza del ser humano»⁵¹.

De ahí que, en nombre de un impuesto e incondicionado conservacionismo no se pueda negar la libertad para reevaluar y cuestionar las normas culturales que rigen el contexto social donde se desenvuelven las personas.

Pero también forma parte del núcleo esencial de la libertad cultural como derecho, exigir la creación de condiciones suficientes para que nuestras elecciones culturales sean verdaderamente libres. Por ejemplo resulta común que los pobladores quechua hablantes que tienen la intención de que sus hijos en un futuro realicen estudios universitarios, se vean obligados a educar a sus hijos en el idioma castellano y no en su lengua originaria, porque la educación universitaria a nivel nacional solo se imparte en idioma castellano. En este supuesto, por tanto, no existen las condiciones para ejercer libertad cultural. En consecuencia, para alcanzar dicha libertad en un contexto de pluralidad es necesario apelar a la implementación de políticas de reconocimiento y de protección externa para las culturas minoritarias.

Finalmente, otro ejercicio de la libertad cultural es aquel que se materializa cuando las personas se adaptan al modo de vida que se expresa en el contexto social en el que se encuentran y se someten, producto de una decisión libre, a sus normas de convivencia y cultura (nos referimos al fenómeno de asimilación voluntaria). Frente este supuesto, como se sostiene en el Informe sobre Desarrollo Humano 2004 del PNUD, resultará «un desatino oponerse a la libertad cultural aduciendo que reduce la diversidad cultural, ya que la libertad tiene méritos propios e intrínsecos que no tiene la diversidad»⁵².

En consecuencia, en la medida que todas las personas ejerzan su libertad cultural el grado de diversidad obtenido será mayor. Por ello afirma Amartya Sen que «la diversidad cultural puede incrementarse si se permite y se alienta a los individuos a vivir de la manera que elegirían según sus propios valores (en vez de estar restringidos por la tradición). Por ejemplo, la libertad a aspirar a estilos de vida étnicamente diversos en lo que respecta a los hábitos alimentarios y a la música puede hacer que una sociedad sea más diversa desde el punto de vista cultural. En este caso, la

⁵¹ ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *Contra la ética de la verdad*. Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Editorial Trotta S.A. 2010, pp. 9 y 10.

⁵² PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Ob. cit., p. 23.

importancia de la diversidad cultural —que es instrumental— se desprenderá directamente del valor de la libertad cultural, ya que aquella será consecuencia de esta»⁵³.

Las ideas expuestas no solo guardan relación con el enfoque multicultural «liberal» que defiende, sino que sobre todo expresan la justificación de por qué resulta razonable que la libertad cultural pueda imponerse al valor de la diversidad cultural. Si adoptamos a la diversidad como último fin, entonces aceptamos el ejercicio de prácticas que podrían incidir en ese núcleo moral mínimo que hemos referido en la presente ponencia. Y ello, a nuestro juicio, no es razonablemente posible.

6. Conclusiones

1. Si dejamos de lado la definición clásica del liberalismo y optamos por esa concepción moderna e «incluyente» que tiene la capacidad para convivir con el componente social, y que promueve la creación de escenarios de participación en condiciones de igualdad y libertad reales para todos los miembros del Estado, tomando en consideración todos los elementos que conforman a la Constitución peruana, creemos que estos elementos constituyen buenas razones para afirmar que la principal influencia filosófico-política material que subyace a la Constitución de 1993 no es la de un liberalismo clásico, pero sí la de un liberalismo de sesgo «incluyente».

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

2. Los derechos fundamentales para la Constitución de 1993 constituyen una pretensión moral positivizada. Es decir, tienen una doble dimensión: moral y jurídica. En esa línea entonces, y atendiendo lo prescrito por el artículo 1 de la Constitución, será el principio de dignidad humana el principal fundamento axiológico de todos

⁵³ SEN, Amartya. Ob. cit., p. 159.

los derechos. No obstante ello, el valor de libertad, de autonomía moral, de igualdad y de pluralismo también constituyen fundamento axiológico de los derechos.

Por tanto, si nuestra Constitución acoge la idea de que los derechos fundamentales comprenden una moralidad básica así como una juridicidad básica, resulta imprescindible el desarrollo y reconocimiento de un marco moral mínimo fundado en los valores de dignidad, autonomía moral como expresión de libertad, igualdad y de pluralismo i) que haga las veces de un referente ético orientador de las conductas; ii) que garantice al interior de un sistema (entiéndase Estado, sociedad, comunidad, como se le quiera llamar) la realización de los derechos y el disfrute de una vida digna; pero, sobre todo, para los efectos de afrontar el problema de naturaleza «semántica» que rodea al artículo 149, iii) que ayude a conciliar esa contradicción que puede producirse entre la aplicación del derecho consuetudinario y el respeto de los derechos fundamentales como su límite.

En consecuencia, el marco moral capaz de resolver la controversia que se suscita entre la aplicación de un derecho consuetudinario, que no resulta válido en tanto no respete el contenido esencial de los derechos fundamentales, será la propuesta acogida por el multiculturalismo liberal.

3. Tal como se refirió en su oportunidad, para el multiculturalismo liberal la importancia de la diversidad cultural será instrumental y se desprenderá de la libertad cultural, es decir, la diversidad cultural será consecuencia de dicha libertad. De ahí que el fundamento de este tipo de multiculturalismo se encuentre en la libertad como valor, como derecho, y en la autonomía moral como expresión de la libertad.

A juicio de los comunitarios, la propuesta liberal defiende una concepción atomista de la sociedad y con ello desconoce un hecho tan evidente como que los individuos solo pueden autorrealizarse y delinear su identidad al interior de un contexto social. Sin embargo, ninguna concepción individualista de la sociedad relega el hecho de que el hombre es un ser social, mucho menos considera al individuo aislado; y tampoco desconoce que a consecuencia de la vida cotidiana los seres humanos somos parte de una variedad de grupos y pertenecemos a ellos de manera simultánea, por ello, poseemos una identidad múltiple que vamos definiendo según la importancia que libremente le asignamos a cada una de dichas pertenencias. Es decir, para el multiculturalismo liberal la definición de nuestra identidad (cultural) será producto de la suma de elecciones libres ejercidas en los distintos contextos con los que tenemos algún tipo de filiación.

En consecuencia, si según el planteamiento multicultural liberal cada individuo es quien libremente configura su identidad cultural, frente a las restricciones internas propias de las tradiciones culturales, cabe cuestionar la aprobación automática de

dichas tradiciones, es decir, el derecho al disenso interno no solo existe, sino que es plenamente legítimo.

Si tal como se sabe el liberalismo, desde un plano ontológico, defiende la idea de un hombre libre, igual, racional, y, a partir de aquí, concibe un agregado social donde la pluralidad de proyectos individuales no deben terminar truncados por razones convivenciales. En tanto que desde un plano ético-político, promueve un modelo de sociedad donde lo privado y lo público no forman parte de un solo ámbito. Es decir, por un lado, promueve la autonomía moral de los individuos, ya que esta supone la máxima concretización de la libertad y el símbolo de nuestra dignidad. Y, por otro lado, es decir en el ámbito público, busca principios imparciales de justicia promoviendo una presencia neutral del Estado que asegure las mejores e iguales condiciones para todos, a fin de que estos puedan alcanzar sus proyectos individuales trazados. Y, sumado a ello, se ha afirmado y demostrado que nuestra actual Constitución refleja una fuerte influencia liberal en el catálogo axiológico que presenta, así como en las distintas normas que forman parte de su contenido. Resulta razonable, más aún, idóneo, que nos decantemos por un enfoque multicultural «liberal» para interpretar el contenido del artículo 149 de la Constitución, no solo porque su bandera sea la defensa de la libertad cultural, sino porque detrás de esa premisa que constituye el punto de partida se encuentra la defensa de un núcleo moral mínimo (estandarizado por la humanidad) que se exige para la convivencia armónica en todo contexto social, y porque también, aunque se pueda dudar de ello, representa una garantía para la concretización y defensa de la diversidad cultural en el ámbito jurisdiccional que defiende dicho precepto.