



Ideas y Valores

ISSN: 0120-0062

revideva_fchbog@unal.edu.co

Universidad Nacional de Colombia

Colombia

Palma, Dante

El sujeto de derecho de las minorías. Nuevas categorías y una crítica a la concepción de los derechos diferenciados en función de grupo de Will Kymlicka

Ideas y Valores, vol. LXIII, núm. 155, agosto-, 2014, pp. 191-217

Universidad Nacional de Colombia

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80931523009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL SUJETO DE DERECHO DE LAS MINORÍAS

NUEVAS CATEGORÍAS Y UNA CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS DIFERENCIADOS EN FUNCIÓN DE GRUPO DE WILL KYMLICKA

DANTE PALMA*

Universidad de Buenos Aires / Universidad de San Martín - Argentina

RESUMEN

Will Kymlicka ha sido considerado como compatibilizador de liberales y comunitaristas en cuanto a los derechos de las minorías. Su distinción entre derechos de grupo como *protecciones externas* y como *restricciones internas* buscó dar cuenta de las reivindicaciones minoritarias sin vulnerar el principio liberal de autonomía. En este artículo se buscan dos objetivos: primero, adoptar una perspectiva crítica, al afirmar que tal distinción soslaya el eje central de la discusión, esto es, la problemática de la titularidad del derecho, y, segundo, proponer una nueva clasificación de los derechos aplicables a las minorías que sea capaz de servir de modelo para futuros diseños institucionales.

Palabras clave: W. Kymlicka, comunitaristas, derecho de minorías, liberales.

Artículo recibido: 22 de febrero del 2013; aceptado: 05 de mayo del 2013

* danteaugustopalma@yahoo.com.ar

THE SUBJECT OF MINORITY RIGHTS

NEW CATEGORIES AND A CRITIQUE OF WILL KYMLICKA'S GROUP-DIFFERENTIATED RIGHTS

ABSTRACT

Will Kymlicka has attempted to harmonize the positions of liberals and communitarians with respect to minority rights. His distinction between group rights as *external protections* and *internal restrictions* sought to account for minority vindications without violating the liberal principle of autonomy. The objective of this article is twofold: first, to adopt a critical perspective by arguing that said distinction avoids the core of the discussion, that is, the issue of ownership of rights, and, second, to proposed a new classification of rights applicable to minorities that can serve as a model for future institutional designs.

Keywords: W. Kymlicka, communitarians, minority rights, liberals.

O SUJEITO DE DIREITO DAS MINORIAS

NOVAS CATEGORIAS E UMA CRÍTICA À CONCEPÇÃO DOS DIREITOS DIFERENCIADOS EM FUNÇÃO DE GRUPO DE WILL KYMLICKA

RESUMO

Will Kymlicka tem sido considerado como compatibilizador de liberais e comunitaristas quanto aos direitos das minorias. Sua distinção entre direitos de grupo como proteções externas e como restrições internas pretendeu dar conta das reivindicações minoritárias sem vulnerar o princípio liberal de autonomia. Este artigo apresenta dois objetivos: primeiro, adotar uma perspectiva crítica ao afirmar que essa distinção elude o eixo central da discussão, isto é, a problemática da titularidade do direito; segundo, propor uma nova classificação dos direitos aplicáveis às minorias que seja capaz de servir de modelo para futuros desenhos institucionais.

Palavras-chave: W. Kymlicka, comunitaristas, direito de minorias, liberais.

La literatura acerca de los derechos de las minorías presenta con profundo vigor la discusión en torno al sujeto de derecho como uno de sus aspectos centrales. En otras palabras, en el marco de la creciente ola de reclamos de diversas identidades minoritarias que defienden su diferencia específica en un mundo globalizado con pretensiones homogeneizantes, se plantea con urgencia la necesidad de repensar los diseños jurídicos en pos de una defensa efectiva de aquellos grupos que sufren el asedio de las mayorías a través de diversos tipos de mecanismos.

Dentro del campo de la filosofía política, el antecedente inmediato de esta disputa estuvo en aquel debate entre liberales y comunitaristas que tuvo su auge en los años 80, y que generalmente fue presentado como la controversia en torno a la problemática del multiculturalismo. Más específicamente, fue en esa década cuando pensadores que reivindicaban el valor de la comunidad, a saber, Ch. Taylor (1979, 1985, 1990 y 1993), A. MacIntyre (1981), M. Sandel (1982) y M. Walzer (1983 y 1984), entre otros, salieron al cruce de la propuesta neocontractualista, universalista y liberal, de *Una teoría de la justicia* (1999) de J. Rawls.

Ahora bien, en los años noventa, las posiciones extremas fueron perdiendo interés y dieron lugar a un conjunto de posiciones intermedias tan valorables como complejas. A los matices que el propio Rawls impuso a su teoría de la justicia, especialmente a partir de *Liberalismo político* (1995), le siguió un grupo de pensadores que intentaron conciliar sus enfoques individualistas liberales con el valor de la pertenencia a un colectivo histórico. Estos son R. Dworkin (1993), J. Raz (1986) y, particularmente, W. Kymlicka (1995a). Fue especialmente a partir de los aportes de este último que podría decirse que el debate entre liberales y comunitaristas de antaño trasladó su campo de batalla a la problemática del sujeto de derecho (Stapleton 1995, Kymlicka 1995b, Shapiro y Kymlicka 1997, Lucas Martín 1998, Ansuátegui Roig 2004, López Calera 2004 a-b y Pérez de la Fuente 2005), y es sobre este punto sobre el que esta investigación intentará hacer hincapié.

En términos generales, entonces, es posible decir que los pensadores que desde el comunitarismo defienden la primacía de lo colectivo sobre lo individual suelen comprometerse con la idea de que la única garantía para la protección de los derechos de los grupos minoritarios es el otorgamiento de derechos colectivos¹ (algo, en principio, inaudito para el liberalismo, por cuanto la primacía de lo colectivo podría vulnerar los derechos individuales).

Sin embargo, la aparente disyunción excluyente entre la titularidad colectiva y la individual es matizada por la ya mencionada teoría liberal

1 Más adelante se mostrarán las diferencias no menores entre derechos colectivos y de grupo. En virtud de los fines expositivos, por ahora se los tomará como sinónimos.

de Kymlicka, que promueve el otorgamiento de derechos diferenciados en función de grupo a minorías nacionales, siempre y cuando se utilicen como *protecciones externas* ante abusos de la cultura mayoritaria, y nunca como *restricciones internas*, esto es, como medio de coacción para la libertad de los miembros del grupo en cuestión.

Hecha esta breve reconstrucción, el siguiente trabajo tendrá dos aspectos: el primero apunta a adoptar una perspectiva crítica, que recogerá la propuesta de Kymlicka, denunciando que el canadiense ha mirado de soslayo la problemática de la titularidad del derecho. Sobre esta base, el segundo aspecto, de carácter propositivo, buscará una nueva y original clasificación que sirva como modelo de futuros diseños institucionales.

El liberalismo y el sujeto de derecho

Más allá de que resulte una obviedad, conviene recordar que, tanto los liberales como los comunitaristas, están a favor de la defensa de las minorías, solo que difieren en el modo en que esto podría hacerse efectivo. En otras palabras, es de suponer a una tradición individualista que afirma, en su formulación más radicalizada, que existe un sujeto racional previo a su interacción con la sociedad, tendrá una respuesta diferente que la tradición comunitarista en lo que respecta a la forma adecuada de proteger a las minorías. Sin embargo, dado que cualquier exposición supone realizar recortes conceptuales que muchas veces van en detrimento de los matices, es necesario advertir de inmediato que hay que evitar la tentación de dejarse llevar por la visión, demasiado esquemática y superada ya por la propia dinámica del debate, que indica que ningún liberal es permeable a las reivindicaciones colectivas de grupos, o que todo comunitarista está comprometido con una suerte de metafísica de la esencia grupal. De hecho, como se indicaba en la introducción, las posiciones radicalizadas han perdido terreno, y en la actualidad se hallan pensadores con tendencias más o menos liberales o más o menos comunitaristas, cuya principal dificultad es la coherencia entre principios que parecen irreconciliables. En este sentido, el ya mencionado Kymlicka es uno de los mejores exponentes de esta situación, pues, con una base reconocidamente liberal, es uno de los principales defensores de los derechos de las minorías.

Pero por ahora es necesario observar el modo como el debate liberal-comunitarista se traslada al ámbito de la discusión en torno a los sujetos de derecho y, con ello, a la problemática de las minorías. En este sentido, si se piensa la tradición liberal en términos de *derechos*, es posible acordar que, más allá de sus tensiones internas y de su amplitud, el liberalismo es una corriente *individualista*. ¿Qué se entiende

por “corriente individualista”? Según Carlos Nino,² y este es el uso que él mismo le dará, el individualismo es:

Una concepción según la cual los únicos titulares de intereses... son los individuos humanos; esto lo argumenta Foucault a diferencia de una filosofía política tradicional, que incluye al contractualismo, para la cual el poder se ejerce en modo descendente y se impone en forma envolvente desde la soberanía del Estado hasta los sujetos ... [Caracterizándolo por la vía negativa, el individualismo] consiste en la posición que no admite como persona moral, o sea como titular de intereses moralmente relevantes, a entidades colectivas. (Nino 1984 117)

La definición que da Nino no es novedosa, y tiene como fundamento a grandes pensadores de la tradición liberal universalista. Más allá de eso, quien ha puesto los cimientos teóricos para justificar el edificio del derecho occidental en torno a sujetos individuales parece haber sido Kant, cuando, en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, afirmó:

Todo ser racional como fin en sí mismo debe poderse considerar, con respecto a todas las leyes a las que pueda estar sometido, al mismo tiempo como legislador universal; porque justamente esa aptitud de sus máximas para la legislación universal lo distingue como fin en sí mismo, e igualmente su dignidad –prerrogativa– sobre todos los seres

-
- 2 Además de ser uno de los filósofos del derecho de habla hispana más reconocidos en las últimas décadas, Nino es, sin ambages, un representante de lo que podría denominarse *neoiusnaturalismo* de raigambre claramente kantiana. De aquí que sea interesante retomar su postura, pues encarna el punto de vista que muchos comunitaristas criticarían. Dentro del ámbito de la filosofía del derecho, la propuesta de Nino se puede ver, por ejemplo, en su polémica con el positivismo de Raz. Así, por citar un artículo donde el argentino intenta polemizar abiertamente, se pregunta si las normas jurídicas pueden ser, en sí mismas, razones para actuar. El interlocutor en este punto es el positivismo raziano, para el que la validez jurídica, o el carácter de obligatoriedad no necesita otra cosa que la norma positiva. Frente a esto, Nino examina analíticamente qué se entiende por “razón para actuar” y qué se entiende por “norma jurídica”, para mostrar que las razones que él llama justificatorias (cuyas propiedades, “demasiado” kantianas, son la autonomía, universalidad, la generalidad, la superveniencia y la integración) no sirven para explicar, sino para valorar una acción desde el punto de vista prudencial o moral, y siempre en el marco de un razonamiento práctico. Esto supone que si la conclusión de tal razonamiento es un juicio de deber ser, al menos una de las premisas debe serlo, si no se quiere caer en la falacia naturalista. Presentado así, Nino muestra que la fuerza obligatoria está en la moral, y que los casos en los que aparenta estar en la norma jurídica se deben o bien a un examen poco minucioso que no logró llegar al soporte del razonamiento, o bien a normas positivas que coinciden con la moral. Para profundizar en tal polémica, ver el capítulo VII de Nino (cf. 1985 124-143).

naturales lleva consigo el tomar sus máximas siempre desde el punto de vista de él mismo y al mismo tiempo de todos los demás seres racionales como legisladores, los cuales por ello se llaman personas. (Kant 72)

Entonces, la propuesta ética de Kant, fundante del individualismo universalista moderno, concluiría que los únicos agentes morales son los individuos, pues son los únicos seres dotados de dignidad. Claro está que, expuesto así, no tendría sentido hablar de sujetos cuyos titulares sean colectivos. Sin embargo, como se verá más adelante, el derecho liberal parece tener también espacio para ellos.

La cuestión estará, entonces, en la interpretación de las personas jurídicas colectivas. En este sentido, mientras para el individualismo una persona colectiva es, como afirma Nino (cf. 1984 118), o bien un conjunto de individuos que actúan conjuntamente (teoría *negatoria*), o bien una entidad ficticia que, pese a ser tal, tiene carácter jurídico en cuanto que es funcional para ciertos fines prácticos (teoría de la *ficción*), o bien una construcción lógica que no denota ninguna entidad real, pero que es útil para desentrañar la compleja red de relaciones que conlleva en sí misma (teoría de la *construcción lógica*); el colectivismo (es decir, la teoría opuesta al individualismo) tiene una posición realista: las entidades colectivas tienen estatus ontológico, son autónomas y sus intereses son independientes de los intereses de sus miembros. En este sentido, mientras que para un colectivista el Estado, la Nación, el pueblo, etc., son titulares y detentadores de derechos irreductibles, para un individualista, sin negar necesariamente que la entidad colectiva tenga intereses, lo correcto sería poder reducir estos a los intereses de sus miembros.

Así mismo, el discurso moral, lejos de adoptar un punto de vista totalizante (en el sentido de aquel que elimina el respeto por la individualidad), se caracteriza por contemplar por separado el punto de vista de los interesados. Esto hace necesario tener en cuenta una serie de derechos que protejan los intereses de las personas y que no puedan ser vulnerados sin el consentimiento de estas. La idea dworkiniana (cf. 2002) de los derechos como “cartas de triunfo”, sumada a la afirmación de Nozick (1974) de los derechos como aquellos que imponen “restricciones laterales”, y la de Ferrajoli (2001), quien habla de “las leyes del más débil”, se dirige por este camino. Así, Nino afirma:

... el papel de los derechos consiste en “atrincherar” determinados intereses de los individuos, de modo que ellos no puedan ser dejados de lado, contra su voluntad, en atención a intereses de otros individuos que se juzgan más importantes –sea intrínsecamente, o por el número de sus titulares–. (1984 126)

Las preguntas en torno a los derechos colectivos

Ahora bien, una vez examinada la perspectiva liberal y las dificultades que posee la noción de derechos colectivos para ingresar coherentemente en un marco jurídico que siga esta línea, se imponen una serie de interrogantes.

El primero de ellos sería el más obvio y es el que tiene que ver con qué son los derechos colectivos: ¿son derechos humanos de los cuales se derivan derechos fundamentales, esto es, derechos positivos? Si los derechos colectivos no son morales ni humanos, entonces quedarían subsumidos por los derechos individuales. Pero si lo fueran, adquirirían una jerarquía tal que colisionaría o, eventualmente, superaría la prioridad de los derechos individuales y se sacrificaría esta conquista del siglo xx frente a la prepotencia del colectivo estatal.

En esta línea, en una interesantísima introducción al tema, Ansuátegui Roig se pregunta:

¿Puede hablarse de los sujetos colectivos como sujetos morales, esto es, sujetos con libertad y responsabilidad propias? ¿Se puede hablar de responsabilidad colectiva para que se pueda hablar también de derechos colectivos? ¿Cómo actúan moral, política y jurídicamente las colectividades? ¿Cómo pueden ejercerse derechos por alguna que no es sino una trama de relaciones inter-individuales? (10)

Muy vinculado a esto se halla un segundo interrogante, esto es, el problema de la referencia. Aquí la pregunta apunta a identificar a qué entidad se refieren estos derechos colectivos. Parece claro, como se sigue de la clasificación de Nino, que los sistemas jurídicos actuales son hijos de la tradición del liberalismo iluminista que pone énfasis en el individualismo y que hace derivar los derechos de las cualidades morales de las personas, esto es, de su *dignidad*. En este sentido, el referente de los derechos liberales es el cuerpo y la conciencia individual. Pero, siguiendo esta lógica, no parece que se pueda delinear el contorno y los límites de la entidad *grupo*.

El tercer interrogante, si es que se puede responder al segundo, sería la cuestión de cuáles colectivos serían los pasibles de ser receptáculos de derechos. Es decir, ¿es lo mismo un matrimonio, una hinchada de fútbol, un consorcio, un sindicato, una comunidad gay y una cultura tribal? La sensación es que no; pero no parece fácil justificar las diferencias y la adjudicación de derechos a unos en lugar de otros.

Una cuarta problemática podría presentarse como la de la voluntad/representación. Esto es, si los entes colectivos no son sujetos morales y no tienen voluntad propia, ¿cómo es posible representarlos o, en todo caso, qué garantía hay de que el representante represente a cada uno de los miembros del grupo?

Un quinto interrogante, vinculado con todos los anteriores, es la tensión entre derechos individuales y colectivos en el plano intra-grupal. Esto es, ¿cómo resolver los conflictos que pudieran suscitarse cuando la voluntad de uno de los individuos del grupo difiere de la de la mayoría o de la de los representantes del grupo? ¿Cuál de las voluntades se debiera sacrificar?

Por último, si fue posible responder en algún sentido a al menos algunos de los interrogantes planteados, quedaría por indagar cuáles derechos son colectivos y la diferenciación entre ellos.

Hacia una clarificación de la terminología

Las respuestas a los anteriores interrogantes serán determinantes para la elaboración de una perspectiva coherente que incluya los derechos que, por ahora, se denominarán “colectivos”. Asimismo, proporcionarán buenas razones para poder identificar la plausibilidad de una propuesta que intenta compatibilizar este tipo de derechos con un punto de vista liberal, intención que se encuentra explícita en el planteamiento de Kymlicka.

¿Pero de qué habla el canadiense cuando se refiere, sin más, a “derechos de las minorías”? No es fácil saberlo, y no será posible avanzar hasta arrojar un poco de luz sobre las diferentes posibilidades que la terminología supone.

Si se toma, por ejemplo, la clasificación que propone Gurutz Jáuregui, se pueden hallar las siguientes definiciones:

1. Derechos individuales: son aquellos derechos que, siendo de titularidad individual, son ejercidos por cada individuo en aras de la protección de unos intereses también individuales. Son los derechos de primera generación....
2. Derechos específicos de grupo: son aquellos cuya titularidad reside en el individuo en función de su pertenencia a un determinado grupo. Aquí se protegen intereses individuales en un ámbito colectivo concreto.
3. Derechos de grupo:³ son aquellos derechos que, siendo de titularidad individual, requieren para su ejercicio la participación de una pluralidad o grupo. Se trataría de derechos individuales de ejercicio colectivo.
4. Derechos colectivos: son aquellos cuya titularidad recae en el colectivo ... En estos casos el grupo no solo es un mero

3 Quizás más claro sería hablar de derechos *en* y no *de* grupos para diferenciarlos de los anteriores.

beneficiario del derecho, sino que se constituye en titular del mismo [sic.]. (57)⁴

Con respecto a los derechos individuales, parece claro que lo que se entiende por el conjunto de derechos civiles y políticos es el agregado de derechos que les corresponden a los individuos humanos en cuanto tales, siempre, claro está, siguiendo la línea de los presupuestos universalistas de la filosofía kantiana.

En cuanto a los derechos específicos de grupo, los ejemplos serían aquí derechos ejercidos por un individuo en cuanto perteneciente a grupos tales como niños, jubilados, discapacitados, socios de un club, hijos, etc. Estos derechos suponen un enfoque del hombre como históricamente situado, conviviendo con una realidad social y económica concreta.

En cuanto al tercer grupo, parece claro que el derecho individual a reunirse implica necesariamente un otro. Lo mismo sucedería con el derecho individual a asociarse. Se trata, entonces, de derechos individuales que, para poder ser ejercidos, necesitan de una participación colectiva.

El cuarto es, finalmente, el grupo de las controversias, pues allí, a diferencia de los tres anteriores, el titular es la colectividad. Más allá de eso, los sistemas actuales están repletos de referencias a este tipo de derechos, ya sea que se hable de autonomía de una universidad, un sindicato, una región, un pueblo o una nación.

Pero en lo que a nuestro interés respecta, cuando Kymlicka habla de derechos colectivos, ¿está tomando una definición análoga a la recién presentada, o tiene en mente otra cosa? Para dar respuesta a esta

4 Aunque quizás más enfocados en la perspectiva del tipo de bienes en juego, una discusión en la que se pueden repasar posiciones capaces de problematizar esta clasificación se puede hallar en los trabajos de Raz (1986), Réaume (1988), Green (1991) y Waldron (1993), autores que, más allá de no acordar en cuanto a la nomenclatura, comparten la idea de la existencia de bienes públicos irreductibles a la producción o satisfacción individual. A su vez, un buen aporte categorial para ubicar este tipo de posiciones se puede encontrar en el trabajo de Peter Jones, “*Group Rights and Group Oppression*” (1999). Allí el autor habla de dos grupos de pensadores cuyas posiciones pueden dividirse en aquellos que entienden los derechos de grupo desde una perspectiva colectiva (*collective*) y aquellos que los entienden desde un punto de vista corporativo (*corporate*). Mientras para los primeros es posible sostener reivindicaciones colectivas desde una suerte de prioridad de los derechos individuales, los segundos parecen descansar en una metafísica de la esencia grupal que supone el otorgamiento de derechos a un todo sin fisuras que es más que la suma de sus partes (miembros). Como se verá más adelante, esta última perspectiva entraña lo que Kymlicka llamaría el riesgo de las “restricciones internas”, esto es, la posibilidad de utilizar un derecho colectivo como arma de opresión en el interior de la comunidad.

pregunta será necesario reconstruir mínimamente la argumentación del autor canadiense.

Individualismo y derechos colectivos

Como se veía anteriormente, Kymlicka es un referente obligado de cualquier análisis actual sobre derechos de las minorías, especialmente porque este autor lleva adelante la temeraria misión de intentar defender algún tipo de derecho de las minorías, sin renunciar a los principios liberales. Como se puede suponer, posiciones de este tipo reciben embates cruzados. Para algunos, la teoría de Kymlicka tiene profundos presupuestos esencialistas que nada tienen que envidiarle a los comunitaristas más radicalizados, y, para otros, no es más que una de las formas en que el liberalismo se traviste de “políticamente correcto”.⁵

Si se pudiera ubicar el comienzo de la teorización de Kymlicka, habría que tener en cuenta la forma en que las instituciones y los Estados modernos fueron articulando la relación entre mayorías y minorías. En este sentido, es posible afirmar que en los orígenes de las formas estatales que llegan hasta la actualidad, la dificultad no era el multiculturalismo. Más bien, lo que chocaba con la imperiosa necesidad de constituir una unidad jurídica homogénea sobre un territorio era la problemática religiosa. En este sentido, los Estados liberales interpretaron que la solución no era identificar grupos y otorgarles derechos especiales de manera tal que se generara una sociedad en la que pudieran vivir con presunta armonía todos los colectivos en pie de igualdad. Más bien, el movimiento de igualación de grupos se hizo separando a la Iglesia del Estado, y obligando a este último a comportarse de manera neutral en lo que respecta a creencias y concepciones de la buena vida (*cf.* Contreras 2004). En paralelo, el ámbito de las creencias pasó a ser un asunto privado y el Estado se transformó en un mero garante formal, preocupado de que cualquiera pudiera llevar adelante su culto. Ahora bien, el interrogante que se plantea Kymlicka es si este paquete, que incluye separación de la Iglesia del Estado y los derechos individuales para profesar libremente una creencia, alcanza para dar cuenta de las necesidades de las sociedades actuales, donde el pluralismo es un hecho y donde la reivindicación es más cultural que religiosa.⁶

5 Hay un interesante artículo de Newman (2007) en este sentido, en el cual se analiza la discusión entre Taylor y Kymlicka acerca del estatus ontológico de las comunidades que exigen derechos colectivos.

6 Entendiendo por cultural algo que engloba lo religioso.

En otras palabras, la pregunta es si la política de igualdad individual y Estado neutral puede dar cuenta de la situación de vulnerabilidad en la cual se encuentran las minorías. Kymlicka responderá negativamente a tal interrogante, de lo cual se sigue que hace falta complementar los derechos individuales con algún tipo de asignación colectiva que permita proteger a las minorías del avance silencioso de las mayorías en un contexto de globalización.

... la tendencia general de los movimientos de la posguerra en pro de los derechos humanos ha consistido en subsumir el problema de las minorías nacionales bajo el problema más genérico de asegurar los derechos individuales básicos a todos los seres humanos, sin aludir a la pertenencia a grupos étnicos ... La doctrina de los derechos humanos se presentó como sustituto del concepto de los derechos de las minorías, lo que conlleva la profunda implicación de que las minorías cuyos miembros disfrutaban de igualdad de tratamiento individual no pueden exigir legítimamente facilidades para el mantenimiento de su particularismo étnico. (Kymlicka 1995a 15)

Sin negar el papel protector de los derechos individuales, Kymlicka cree que estos son insuficientes e incapaces de resolver los conflictos que se plantean entre mayorías y minorías respecto a derechos lingüísticos, autonomía regional, representación política, currículos educativos, reivindicaciones territoriales o políticas de inmigración y naturalización.

En este contexto, y con el intento de poder conciliar un punto de vista liberal con la necesidad de otorgamiento de derechos colectivos, Kymlicka introduce algunas distinciones teóricas que hacen más rico el debate. En este sentido, distingue dos modelos de diversidad cultural. Por un lado, un territorio o Estado puede basar su diversidad en la incorporación de culturas que tuvieron autogobierno y gozaron de una unidad territorial donde ejercieron ese autogobierno.

Una de las características distintivas de las culturas incorporadas, a las que denomino “minorías nacionales”, es justamente el deseo de seguir siendo sociedades distintas respecto de la cultura mayoritaria de la que forman parte; exigen, por tanto, diversas formas de autonomía o autogobierno para asegurar su supervivencia como sociedades distintas. (Kymlicka 1995a 25)

Por otro lado, la diversidad puede estar fundada, ya no en *minorías nacionales*, sino en *grupos étnicos*. A diferencia de los primeros, los grupos étnicos están formados por inmigrantes individuales o en

pequeños grupos que, más que hacer valer su antigua condición de minoría nacional, buscan integrarse a la nueva sociedad.⁷

Si bien a menudo pretenden obtener un mayor reconocimiento de su identidad étnica, su objetivo no es convertirse en una nación separada y autogobernada paralela a la sociedad de la que forman parte, sino modificar las instituciones y las leyes de dicha sociedad para que sea más permeable. (Kymlicka 1995a 26)

De esta manera, en la terminología kymlickiana se pueden hallar Estados multinacionales (formados por diferentes naciones, culturas o pueblos) y Estados poliétnicos (formados por diversos grupos étnicos). Evidentemente, la situación más compleja se plantea en los Estados multinacionales. Allí la presión de las minorías nacionales oficia de factor desestabilizante y, en muchos casos, deja latente la posibilidad de secesión. ¿Cuáles son los derechos que reclaman especialmente las minorías nacionales, aunque también los grupos étnicos, y qué podrían hacer frente a las situaciones en conflicto mencionadas anteriormente? Kymlicka menciona tres:

1. Derechos de autogobierno (la delegación de poderes a las minorías nacionales, a menudo a través de algún tipo de federalismo);
2. derechos poliétnicos (apoyo financiero y protección legal para determinadas prácticas asociadas con determinados grupos étnicos o religiosos); y
3. derechos especiales de representación (escaños garantizados para grupos étnicos o nacionales en el seno de las instituciones centrales del Estado que las engloba). (1995a 20)⁸

7 Este parece ser el caso de los inmigrantes que llegaron hasta Argentina: si bien hubo intentos de mantener algunas costumbres y algunos esbozos de guetos, existió una gran predisposición a “aclimatarse” a las nuevas condiciones multiculturales. Tal vez, un caso aislado de inmigrantes con pretensiones de minoría nacional podría ser el de los menonitas en La Pampa. Más allá de ello, en realidad, en la mayoría de los países sudamericanos la cuestión gira en torno de las reivindicaciones, no tanto de minorías nacionales inmigrantes, sino de las minorías nacionales originarias, es decir, de las culturas indígenas.

8 A la luz de estas categorías, es interesante analizar, por ejemplo, el caso boliviano y la propuesta del vicepresidente de la administración de Evo Morales, Álvaro García Linera (cf. 2004), donde justamente abundan las citas de Kymlicka. En este sentido, la propuesta de García Linera retoma el concepto de cultura societaria de Kymlicka, para aplicarlo a la particularidad del caso boliviano, esto es, a un Estado en el que coexisten por lo menos 30 idiomas o dialectos, de los cuales dos de ellos (el quechua y el aymara) son la lengua materna del 37% de una población que en un 54% se identifica con algún pueblo originario. García Linera avanza con la idea de otorgar derechos de autogobierno a las minorías nacionales, en especial a la aymara, pues es aquella

Dicho esto, lo que cabe preguntarse ahora es en qué se diferencia la posición de Kymlicka de la de cualquier comunitarista. Por ahora en nada. Sin embargo, el liberalismo de Kymlicka se va a manifestar en la distinción entre dos tipos de significados de los derechos colectivos.

Los derechos colectivos pueden referirse al derecho de un grupo a limitar la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad de grupo o de la pureza cultural [en este caso el derecho colectivo sería utilizado para imponer “restricciones internas” a los miembros del grupo], o bien pueden aludir al derecho de un grupo a limitar el poder político y económico ejercido sobre dicho grupo por la sociedad de la que forma parte con el objeto de asegurar que los recursos y las instituciones de que depende la minoría no sean vulnerables a las decisiones de la mayoría [en este caso, el derecho colectivo sería utilizado para limitar el avance externo y no contra sus propios miembros. De aquí que se hable de “protecciones externas”]. (Kymlicka 1995a 20)

Así, mientras que los derechos como restricciones internas se encuentran orientados hacia el seno mismo de la comunidad, como fruto del efecto desestabilizador que produce algún miembro rebelde, las protecciones externas están orientadas a poner límites a la tiranía de la mayoría gobernante que avanza sobre el patrón cultural de la comunidad en cuestión y, por ello, la desestabiliza.

Esta distinción le permitiría a Kymlicka, apoyando la idea de los derechos colectivos como protecciones externas, conciliar este significado de los derechos colectivos con lo que para él es el valor fundamental de la teoría liberal: el principio de autonomía.⁹ Si se

que posee una organización política robusta y representa una importante cantidad de la población. En tanto que la comunidad quechua también podría eventualmente acomodarse en función del proceso de descentralización de un Estado que, si bien engloba una población diversa y profundamente multiétnica, es monolingüe y monocultural, con lo cual se da la increíble situación de un Estado “blanco” para una población mayoritariamente pluriétnica. García Linera, claro está, piensa una ingeniería política que pueda brindar autonomía sin secesión. Asimismo, también resuena la propuesta de Kymlicka en la estructuración que propone García Linera a la hora de hacer interactuar las regiones autonómicas con el Estado central. Allí afirma que será necesario, por ejemplo, en la Cámara Baja, que exista una representación aymara garantizada por la reserva de escaños, cuyo número sea proporcional al porcentaje que tal etnia representa del total de habitantes bolivianos. También piensa en la posibilidad de que las comunidades autonómicas más pequeñas gocen del beneficio de la sobrerrepresentación.

- 9 Algunos liberales, como Farrell, omiten esta distinción y adoptan, sin discriminación alguna, la idea de derechos grupales solo como restricciones internas, sin tener en cuenta la posibilidad de su utilización como protecciones externas. Así, con el

pensaran los derechos colectivos como restricciones internas (como realmente lo exigen muchísimas comunidades), se estaría violando el principio (de autonomía) por el cual es valioso que cada persona persiga libremente sus fines independientemente de su comunidad,¹⁰ y con el cual, según Kymlicka, se encuentra íntimamente relacionado el liberalismo.

Pero hay que detenerse un momento, pues el lector atento habrá notado que más allá de las clarificaciones expuestas más arriba, a la hora de presentar la propuesta de Kymlicka se habló de manera indistinta de *derechos colectivos*, *derechos de las minorías*, *derechos especiales en función de grupo*, etc. La pregunta es si todas estas denominaciones son para Kymlicka formas distintas de nombrar lo mismo. La respuesta es negativa, y el propio autor se encarga de aclararlo, más allá de la ambigüedad con la que se manejó en un principio.

Lo primero que indica Kymlicka es que derechos especiales en función de grupo (DEFG) no es sinónimo de derechos colectivos. Aquí la tentación es dirigirse a la clasificación propuesta por Jáuregui, creyendo que se está hablando de lo que el autor denominó “Derechos específicos de grupo”. Sin embargo, eso sería un error, pues en Kymlicka lo que distingue los derechos colectivos de los DEFG no es la cuestión de la titularidad.

Más bien, el problema de los derechos colectivos es que es una denominación demasiado amplia, incapaz de dar cuenta de esta distinción entre protecciones externas y restricciones internas, y que, por

ejemplo de otorgar el derecho grupal a los indígenas sobre la tierra, Farrell señala: “el derecho individual de propiedad permite a todos los indígenas que lo deseen, vivir dentro de una cultura determinada. El derecho grupal de propiedad obliga a todos los indígenas –lo deseen o no– a vivir dentro de una cultura determinada... La primera alternativa es moral, mientras que la segunda es inmoral, puesto que causa un daño a terceros sin su consentimiento” (2000 223). La confusión en la que incurre Farrell se ve claramente en esta cita de Kymlicka: “El objetivo de las protecciones externas es asegurar que la gente pueda mantener su forma de vida si así lo desea, así como que las decisiones de personas ajenas a la comunidad no le impidan hacerlo. El objetivo de las restricciones internas es forzar a la gente a mantener su forma de vida tradicional, aun cuando no opten por ella voluntariamente porque consideran más atractivo otro tipo de vida ... Las protecciones externas ofrecen a las personas el derecho a mantener su forma de vida si así lo prefieren; las restricciones internas imponen a la gente la obligación de mantener su forma de vida aun cuando no la hayan elegido voluntariamente” (Kymlicka 1995a 68-69). Se volverá sobre este punto a continuación. En especial sobre el caso del derecho colectivo a la posesión de tierras.

¹⁰ En realidad, el concepto de autonomía que propone Kymlicka es, en sus propias palabras, más “modesto”. Así, la autonomía como “modificación racional” es interpretada por Kymlicka como el principio por el cual es valioso poder revisar creencias acerca de lo bueno.

sobre todo, da lugar al equívoco de suponer que se trata de un concepto reñido con los derechos individuales. (Kymlicka 1995a 70)

En otras palabras, Kymlicka supone que hablar de derechos colectivos trasladaría la discusión a los términos de la disputa irreconciliable entre colectivistas e individualistas, que él resume en un debate en torno a la prioridad del individuo o de la comunidad. De aquí se podría inferir que Kymlicka está pensando que el principal enemigo de su teoría de los derechos de las minorías serían las propuestas de titularidad colectiva que se seguirían de la metafísica colectivista. Pero no es el caso, pues explícitamente el eje pasa por identificar si los derechos de grupo son utilizados como protecciones externas o como restricciones internas.

Por lo tanto, describir la ciudadanía diferenciada en función del grupo con la terminología de los derechos colectivos resulta doblemente erróneo. De hecho, algunos derechos diferenciados en función de grupo son ejercidos por los individuos y, en cualquier caso, la cuestión de si los derechos son de los individuos o de los colectivos no es el problema fundamental. (Kymlicka 1995a 74)

Es por eso que la terminología puede llevar a confusión, pues Jáuregui y Kymlicka entienden de manera diferente los derechos en función de grupo. Mientras que para el primero se trata de derechos cuya titularidad sigue siendo individual, para el segundo esa titularidad puede ser tanto individual como colectiva. Lo que define a un DEFG es, ante todo, que sea un derecho otorgado en función de una pertenencia cultural, y el criterio para determinar si un DEFG debe ser aceptado es tomar en cuenta si promueve las protecciones externas o promueve las restricciones internas, independientemente de si la titularidad la ejercen los individuos o el grupo en cuanto tal.

En esta línea, Kymlicka dedica varias páginas en las que menciona ejemplos en los que un DEFG fue utilizado como límite a la intromisión mayoritaria y otros tantos en los que resultó ser una forma de coartar las libertades de los individuos en el interior del grupo. En este sentido, lo importante es mostrar que no habría ningún aspecto intrínseco de los derechos que suponga que estos derivan necesariamente en una restricción interna o una protección externa. Más bien, parecen ser una caja vacía que, independientemente de la titularidad de quienes la ejercen, puede ser usada en un sentido o en otro. A mi parecer, este es el principal error de Kymlicka, puesto que la distinción entre restricciones y protecciones no puede ser indiferente a la problemática de la titularidad. En otras palabras, en los próximos párrafos intentaré avanzar en la idea de que la titularidad colectiva puede sin duda funcionar como protección externa, pero tiene como

consecuencia inevitable la restricción de las libertades en el interior del grupo.

Así, a continuación buscaré defender una prioridad de los derechos individuales, sin renegar de la posibilidad del otorgamiento de derechos en cuanto grupo, aunque con titularidad individual.¹¹ En este sentido, a diferencia de la propuesta de Kymlicka, intentaré dar cuenta de una teoría de los derechos de las minorías que muestre cómo determinados tipos de derechos colectivos son intrínsecamente restrictivos y, en cuanto tales, no son coherentes con la matriz y la cosmovisión liberal.

De lo dicho anteriormente se sigue que, contrariamente a la tradición liberal, es falso que todo derecho por fuera de los derechos de primera generación resulte inaceptable por cuanto impondría necesariamente restricciones internas a las libertades individuales;¹² pero también es falsa la afirmación de Kymlicka según la cual la restricción interna y la protección externa vienen a ser solo cuestión del modo en que la comunidad utiliza el derecho colectivo que le fue otorgado. En este sentido, se esbozarán dos formas de derechos de las minorías que se pueden distinguir en “derechos de grupo *intrínsecamente restrictivos*”, y “derechos de grupo *potencialmente restrictivos*”. Mientras que los primeros implican restricciones a los derechos individuales, independientemente del uso¹³ que se les quiera dar, en los segundos la restricción es una cuestión de grado, en estrecha vinculación con la utilización que se haga de estos.¹⁴

El punto central aquí es la titularidad. En otras palabras, los derechos esencialmente restrictivos son aquellos de titularidad colectiva, esto es, los que Jáuregui llama estrictamente “derechos colectivos”. Los potencialmente restrictivos, en cambio, son aquellos que dependen de una pertenencia grupal, pero son derechos cuyo titular es el individuo. Probablemente algunos ejemplos puedan ser ilustrativos al respecto.

11 Esto incluye las categorías que Jáuregui denomina “Derechos específicos de grupo” y “Derechos de grupo” (cf. 2004).

12 Pensar que los derechos que no sean de primera generación implican una forma de restricción interna es lo que parece seguirse de la posición de Farrell (cf. 2000 y 2003).

13 Esto es, independientemente de la posibilidad de realizar un ejercicio abusivo del derecho.

14 Aquí sí, la cuestión de grado apunta a la posibilidad y los modos como se puede realizar un ejercicio abusivo de los derechos, hasta el punto, claro está, de llegar a constituirse en un delito.

La propiedad colectiva de la tierra como derecho intrínsecamente restrictivo

Se puede comenzar con el caso del derecho colectivo a la propiedad, aspecto que en Latinoamérica se encuentra estrechamente vinculado con las comunidades indígenas y su legítimo reclamo de devolución o preservación de su tierra. Ejemplos en este sentido se encuentran, en particular, en aquel conjunto de Estados que forman parte de la comunidad andina (Venezuela, Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia), más allá de que en el resto de Latinoamérica también es posible encontrar otros casos.¹⁵ Con todo, la zona andina parece incluir aquellos territorios donde la comunidad indígena tiene un peso superior al de otros países de la región, algo que sin duda se vio explicitado en las reformas constitucionales que los Estados andinos realizaron a lo largo de la década del 90, aun cuando en algunos de estos países tales transformaciones se dieron en el marco de gobiernos con políticas neoliberales que generaron movilizaciones y repudios constantes de grandes masas de la población autóctona.¹⁶

Si se toma el caso de estos cinco países, no resulta casual que el reconocimiento expreso del carácter multiétnico o pluricultural de estas naciones redunde en el reconocimiento de una serie de reivin-

15 Hacia fines de 2002, en un caso inédito en la jurisprudencia Argentina, a la comunidad kolla de Jujuy le fueron otorgadas las hectáreas de tierra que legítimamente reclamaban como un derecho colectivo y no, como había sido hasta ese momento, como derecho individual a cada uno de sus miembros.

16 Este puede ser también el caso de Argentina, cuya reforma de 1994 se hizo en pleno auge de reformas neoliberales y desguace del Estado. En lo que respecta a los derechos indígenas, tal reforma modificó el sintomático artículo 67 inciso 15 de la Constitución de 1853, que llamaba a asimilar y convertir al catolicismo a los indios. Frente a esto, la constitución de 1994, en su artículo 75 inciso 17, indica que “Corresponde al Congreso: 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 persona 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 ...”. Más allá de esta novedad, extraña a la tradición occidental, la constitución del 94 mantiene una fuerte matriz liberal, con clara preeminencia de los derechos individuales, algo que genera tensión con este artículo 75 inciso 17 y que muchas veces acaba subsumiéndolo al “espíritu” del sistema jurídico visto desde la perspectiva de su totalidad (cf. Ramírez 2011). Para profundizar en parte de la discusión en torno a la primera línea del artículo que habla de preexistencia (respecto del Estado Nacional) pero, a su vez, habla insólitamente de “pueblos indígenas argentinos”, ver Hualpa (2009).

dicaciones, entre las que se encuentra, sin duda, el otorgamiento de la propiedad de la tierra con una titularidad colectiva (cf. Van Cott 2004).

Como se sigue de lo dicho, desde el punto de vista de este trabajo, se está frente a un caso estricto de derecho colectivo y no de un derecho cuyo titular es el individuo; de aquí que sea *intrínsecamente restrictivo* en el sentido de que, independientemente del uso que se haga de él, implica una limitación de los derechos individuales de sus miembros. En otras palabras, en cualquier caso, si un miembro de dicha comunidad decide abandonar su territorio, no posee derecho a ejercer la potestad sobre su parcela de tierra ocupada (para, por ejemplo, venderla), ya que no tiene derecho individual de posesión sobre ella.¹⁷ Esto generaría que cualquier miembro de una comunidad que decida dejar de serlo se encuentre en serias dificultades para recomenzar una vida en otra comunidad en condiciones dignas.¹⁸ El caso del derecho de propiedad es muy interesante, porque, con buen tino, la historia reciente ha demostrado que cuando se reconoce la propiedad individual de la tierra a miembros de una cultura originaria, no alcanza la posibilidad de *defenderla* de los poderes *suaves y fuertes* de la cultura mayoritaria que, ya sea por seducción o por coacción, acaban imponiéndose. De aquí que una opción sea el otorgamiento del derecho de propiedad al colectivo. El punto es que si la titularidad no

17 Para hallar buenas razones en torno a las implicancias que tendría garantizar a un miembro de una comunidad x la posibilidad de abandonarla, ver el intercambio, que podría decirse ya clásico, que tuvieron Kymlicka y Kukathas en la revista *Political Theory* (cf. Kymlicka 1992; Kukathas 1992a y 1992b).

18 Tómese en cuenta, por ejemplo, la forma como la Corte Suprema de Colombia resolvió el caso de *El Tambo*. Allí, una comunidad expulsó a uno de sus integrantes por haber cometido sucesivos delitos. La consecuencia de tal medida fue que se le quitó a él y a su familia la totalidad de sus propiedades. La inflexibilidad de la comunidad hizo que el damnificado llevase el tema hasta la Corte Suprema. La que, en un fallo claramente signado por los principios liberales, declaró inconstitucional la decisión de la comunidad tanto sobre la propiedad como sobre la familia, pero avaló la potestad de expulsarlo. El fallo indicó que: “quitarle todas las propiedades al indígena juzgado sin pagar ninguna compensación es equivalente a la pena de confiscación, prohibida expresamente por el artículo 38 de la Constitución También concluyó que el castigo impuesto al indígena y a su familia fue desproporcionado. Las consecuencias materiales y culturales para la familia del defendido eran extremadamente duras, incluyendo el cambio completo de sus horizontes culturales y la pérdida de todos los recursos económicos necesarios para su supervivencia” (Bonilla Maldonado 2006 159-160). El criterio, marcadamente pro-liberal, contrasta con otros fallos en los que, por ejemplo, se privilegia la autonomía cultural, como el caso Embera-chamí, o se busca una salida intermedia como en el caso Arhuaco. Estas diferencias son las que le permiten a Bonilla Maldonado sostener su hipótesis de la tensión irresuelta que se plantea en la nueva Constitución, y es la que se pone en evidencia en los diferentes criterios que la Corte ha adoptado en un lapso brevísimo de tiempo.

es individual, deriva en la imposibilidad de una división de la tierra otorgada, lo cual transforma a este derecho en uno que, en términos de Kymlicka, protege del avance exterior contra el grupo, pero también coarta la autonomía de sus miembros.

El error de Kymlicka, en todo caso, está en no haber tomado nota de que, frente a este tipo de derecho cuya titularidad es colectiva, utilizarlo como restricción interna no depende de la buena predisposición de los representantes de la comunidad; es la propia estructura del derecho la que supone intrínsecamente una vulneración de los derechos individuales. Es más, podría indicarse que el propio Kymlicka dejó entrever este problema, pero no tomó debida cuenta de él, pues la siguiente frase no parece dar lugar a dudas:

Por lo tanto, la creación de reservas territoriales ofrece protección contra el poder económico y político de la sociedad predominante para comprar o expropiar las tierras indígenas. Sin embargo, un producto lateral de la propiedad comunal de la reserva territorial es que los miembros individuales de una comunidad indígena tienen menos capacidad de endeudamiento, puesto que tienen menos propiedad alienable para emplear como garantía. Aunque esto no implica violación alguna de ningún derecho civil o político básico, representa una significativa restricción de la libertad de los miembros individuales. *Lamentablemente, parece ser un subproducto natural de la protección externa que ofrece el sistema de propiedad de los territorios indígenas.* (Kymlicka 1995a 69, énfasis agregado)

Currículo educativo y educación bilingüe como derechos potencialmente restrictivos

Ahora bien, si se toma el caso de la propiedad colectiva de la tierra como representativo, se corre el riesgo de acordar fácilmente con la propuesta de cierto liberalismo extremo, que interpreta que cualquier tipo de derecho grupal resulta una afrenta para la libertad individual. Por ello es que, a continuación, se ofrecerán dos ejemplos con los que se intentará apoyar la hipótesis mencionada anteriormente, a saber, que solo los denominados “derechos colectivos”, esto es, los derechos de titularidad colectiva, atentan contra la libertad individual. Los que a la luz de la clasificación de Jáuregui se conocen como “derechos de grupo” y “derechos específicos de grupo”, esto es, derechos que están vinculados a una pertenencia grupal, pero cuya titularidad es individual, son solo *potencialmente restrictivos* y, en cuanto tales, compatibles con un punto de vista liberal como el de Kymlicka.

Tómese el caso de las reivindicaciones que muchas comunidades realizan en torno al control del currículo educativo a partir de que

juzgan, seguramente con razón, que la educación *universal* realizada por la cultura mayoritaria, y a la que se ven obligados los miembros de la minoría dentro de un determinado Estado, generará, a mediano y largo plazo, la disolución de la comunidad.¹⁹

Sobre este punto hay algo así como dos reivindicaciones que serían primo-hermanas. Por un lado, la oficialización de la lengua y, por el otro, la educación bilingüe.²⁰ En este sentido, por ejemplo, de los cinco países que forman la comunidad andina, solamente la reforma constitucional de 1993 en Perú no incluye la educación bilingüe.²¹

Sin duda, la oficialización de un idioma indígena postergado va bastante más allá de lo simbólico, y la formación bilingüe alienta la multiculturalidad, tomando en cuenta la insoslayable importancia que el lenguaje tiene para la identidad.

En todo caso, tal vez pudiera seguirse algún riesgo para las libertades individuales de la opción que se barajaba a pie de página, esto es, de la posibilidad de otorgar a la minoría que lo exija la potestad sobre el currículum educativo para poder *transmitir* la cosmovisión de la misma de manera independiente del sistema educativo oficial; algo que se vincula más con la problemática de las autonomías y de la delegación de las potestades que pudiera realizar el Estado central. Sin duda, sobre este punto pueden generarse dos posibilidades que, sin duda, en la práctica serán cuestión de grado. A los fines de aportar claridad y precisión, se mencionarán los dos extremos: se puede dar que la comunidad en cuestión utilice esa potestad sobre el currículum de manera “cerrada”, en el sentido de comprometerse solamente con la transmisión de los valores de la propia comunidad, aspecto que se vería manifestado de manera precisa en, por ejemplo, la decisión de enseñar únicamente el idioma de la propia comunidad, lo que implicaría una clara dificultad para los niños y los jóvenes de contactarse con otras culturas. Sin embargo, también se puede dar que la cultura que goza de tal derecho se encuentre preocupada por fomentar una visión más bien pluralista, con la consigna de explorar diferentes culturas. Circunscrito nuevamente al tema del idioma, podría encontrarse una

19 Este es uno de los argumentos exigidos por buena parte de los pueblos ancestrales de Latinoamérica e incluso por el particular caso de los Menonitas en La Pampa. La negación de algunos Estados ante el pedido de estos últimos fue, dentro de los grupos menonitas más extremos, motivo suficiente para trasladar la comunidad hacia otros horizontes.

20 Una tercera opción, más vinculada a la cuestión de la autonomía regional, podría generar una suerte de sistema educativo alternativo administrado por la propia comunidad e independiente del sistema oficial.

21 No sólo no la incluye, sino que quita al quechua el estatus de lengua oficial (cf. Van Cott 2004).

comunidad minoritaria que, además de su idioma originario, enseñe el idioma de otras culturas minoritarias o de la cultura mayoritaria dentro de la cual le toca vivir. Esto facilitaría no solo el intercambio, sino también la autonomía individual para tomar decisiones. Así, el primer uso de este derecho específico de grupo *potencialmente restrictivo* actualiza la restricción: en caso de que el miembro de esa comunidad decida en un futuro alejarse o tomar decisiones que difieran con la tradición y la costumbre, se verá seriamente perjudicado y con pocas posibilidades de éxito. Si, en cambio, se hace hincapié en el segundo uso, la potencialidad no se actualiza: lo que podría implicar una restricción, ha sido usado con la intención de fomentar, en mayor o menor medida, una visión pluralista.

La representación política especial como derecho potencialmente restrictivo

Tómese, ahora, un tercer ejemplo: en algunos Estados multinacionales existen diversos grupos minoritarios o postergados que exigen que se les garantice algún tipo de derecho especial de representación política. El propio Kymlicka incluye este tipo de reivindicaciones como una de las formas de favorecer a las minorías sin renir con el compromiso liberal de la autonomía. De hecho, dedica un capítulo entero de *Ciudadanía multicultural* para profundizar las particularidades de esta temática y afirmar no solo la compatibilidad, sino también la necesidad de este tipo de derechos para un sistema liberal que se precie de favorecer la igualdad de los ciudadanos. Ejemplos en este sentido pueden ser los casos de sobre-representación legislativa de las provincias en sistemas federales. En este sentido, se piensa que hay una particularidad que coincide con la unidad *provincia* que debe ser visibilizada por los órganos representativos del Estado central. En el caso de Argentina, un mínimo de representación en diputados por provincia y una cámara de senadores, donde cada jurisdicción provincial tiene la misma cantidad de representantes, resultan sendos ejemplos de intentos de dar espacio a voces minoritarias como las de las provincias con menor cantidad de habitantes.

Sin duda, en la medida en que los países latinoamericanos suelen poseer una vasta porción de territorio que incluye aspectos demográficos disímiles, sumados a tradiciones y culturas diversas, la descentralización administrativa y el equilibrio generado *ad hoc* suelen ser buenas soluciones para dar cuenta de las problemáticas de las diferentes regiones.

Pero, siguiendo con los ejemplos de los países andinos, la posibilidad de una “cuota” de representación para los pueblos originarios

fue reconocida en la reforma de Colombia y en la de Venezuela. Sobre los casos de Bolivia, Ecuador y Perú, por su parte, podría hacerse la lectura de que, dado que las poblaciones autóctonas tuvieron mayores posibilidades de “encaramarse” dentro de las lógicas de representación tradicional, sea a través de movimientos sociales, sea a través de partidos políticos, no fue necesaria la reserva de escaños y bancas que garantizaran la voz y el voto de los oprimidos.

Pero el gran tema, reconocido por el propio Kymlicka, es: ¿cuál es la variable a tomar en cuenta para designar los grupos que debieran ser representados?, ¿puede haber un derecho similar reivindicado por grupos disímiles como los nacidos en la provincia de Tucumán (Argentina), los gays, los quechuas, los jubilados o los calvos?

Kymlicka propone un criterio, más allá de que sea escéptico respecto a la posibilidad de resolver este asunto. Se trata de probar que el grupo en cuestión, o bien ha sufrido una discriminación sistemática a lo largo de la historia, o bien pretende el autogobierno. En ambos casos podrían exigirse derechos especiales de representación. Sin embargo, los primeros serán otorgados temporalmente hasta que la desigualdad histórica se “salde”, mientras que los segundos, dado que el autogobierno no parece una reivindicación que pretenda ser limitada en el tiempo, debería ser un derecho permanente. Ejemplo en el primer sentido podría ser el de las mujeres en la Argentina, donde se les ha otorgado por ley un porcentaje de participación en las listas con miras a ocupar los cargos legislativos y ejecutivos. El argumento es que, de no existir esta garantía, aquellos que acceden a estos cargos serán en su mayoría (si no en su totalidad) hombres blancos, heterosexuales, con bienestar económico, que difícilmente pueden representar los intereses de aquellos no-hombres, no-blancos, no-heterosexuales y no-ricos. El cupo, como ejemplo de acción afirmativa, debiera funcionar hasta que, de manera espontánea, los partidos incluyan mujeres en sus listas.

Asimismo, si se lo piensa en función de las categorías propuestas, se puede acudir a un ejemplo claro, donde sin duda el derecho (en este caso otorgado a las mujeres, pero que también podría pensarse para comunidades más pequeñas como la quechua, o comunidades “recientes” con otro tipo de vinculación, como los gays y lesbianas) no es *intrínsecamente restrictivo*, pues parece garantizar que las voces no-mayoritarias o postergadas tengan un lugar.

Lo mismo sucedería con este tipo de derechos especiales, aun cuando la comunidad en cuestión fuera ancestral y, en cuanto reivindica el autogobierno, exigiera tal derecho de forma permanente y no

a través de un cupo, sino a través de escaños fijos, como sucedió en los casos de los países andinos mencionados.²²

Sin embargo, las dificultades propias de la noción de representación, en la cual no se profundizará en este trabajo, y las circunstancias histórico-fácticas hacen posible un “mal uso” de este derecho a la representación. Al fin de cuentas, la interesante discusión que el propio Kymlicka desarrolla va en esta línea. Esto es, muchos defensores de los derechos especiales de representación parecen tener una concepción especular de la representación, al considerar que los derechos de un grupo solo pueden ser bien representados por un miembro de tal grupo. En este sentido, los hombres no podrían representar correctamente los intereses de las mujeres, ni un miembro de la comunidad *x* las reivindicaciones de una comunidad *y*. Sin embargo, que sean del mismo grupo no garantiza que el derecho sea defendido, ni que el representante sea representativo de todas las diferencias en el interior de grupos que nunca son estrictamente homogéneos. Pero más allá de estas dificultades, tal recurso podría ser una opción para incluir la voz de los desplazados en ámbitos donde, de otra manera, no tendrían lugar. Por ello, este ejemplo funciona como una protección externa y como un derecho solo *potencialmente restrictivo*.

Dicho esto, los últimos dos ejemplos vinculados, cuyo otorgamiento se vincula a una pertenencia y a una identidad grupal, son derechos de titularidad individual. El hecho de que finalmente el titular sea el individuo, le otorga una prioridad que le permite un campo de libertad, algo que no parece posible o que, en todo caso, disminuye drásticamente con derechos de titularidad colectiva.²³ En este sentido, será una cuestión práctica, política y anclada históricamente la que determine cuándo un derecho vinculado al grupo está actualizando su potencial restricción sobre los individuos que lo integran.²⁴ El margen

22 Para profundizar en las diferencias y similitudes entre la representación especial por razones de género y la representación especial por razones étnicas, véase Htun (2004).

23 Se hace referencia aquí a que podrían pensarse algunas formas en que los Estados centrales pudieran intervenir de modo tal que se disminuyeran las restricciones internas al mismo tiempo que se sostuviera la titularidad colectiva que muchas veces es condición de posibilidad de la comunidad. Podría pensarse el caso en que el Estado central asistiera a los miembros que quisieran abandonar la comunidad, de modo tal que su salida no fuera del todo traumática y pudiera acomodarse mejor a la lógica de la cultura mayoritaria. Esto podría incluir desde seguros de desempleo hasta apoyo psicológico y, por sobre todo, el aseguramiento de una vivienda digna.

24 Es interesante, una vez más, el análisis del caso colombiano a partir de su reforma constitucional de 1991. Según Bonilla Maldonado, el resultado final de la reforma refleja una tensión irresuelta entre, por un lado, los derechos individuales

de tolerancia en este sentido no es algo que pueda determinarse *a priori*. Sí, en cambio, y fue eso lo que he intentado desarrollar en este apartado, el costo del otorgamiento de un derecho de titularidad colectiva parece ser intrínseco y es posible determinar conceptualmente que tal derecho afectará las libertades individuales.

Palabras finales

En este trabajo se intentó dar cuenta del modo como la discusión entre liberales y comunitaristas se trasladó al ámbito del sujeto de derecho, ámbito central de cualquier discusión relevante acerca de la protección de minorías. Mencionadas las líneas radicalmente opuestas, se pudo observar que resultaba factible un punto de vista liberal complementado por un conjunto de derechos que, a falta de una clarificación terminológica adecuada, se reconocen como “derechos colectivos”. Empujados por esta dificultad, se decidió reflexionar acerca de los diferentes tipos de clasificaciones propuestas y se acordó con aquella que mostraba de qué manera, más allá de los derechos reconocidos como “estrictamente” individuales, existen derechos de grupo y específicos de grupo capaces de tomar en cuenta pertenencias colectivas, aunque sin modificar la titularidad individual de los derechos. Aclarado esto, se reservó la categoría de derechos colectivos para aquellos derechos cuya titularidad es colectiva. Sobre esta base se desarrolló la propuesta de Kymlicka, cuyo intento de complementar el principio liberal de autonomía con la necesidad de dar cuenta de las reivindicaciones colectivas lo llevó a establecer la distinción entre protecciones externas y restricciones internas. Llegados a este punto, se hizo notar que tal distinción obviaba el aspecto central de la disputa, esto es, la problemática de la titularidad. Dicho esto, se aportaron

y el reconocimiento de las tradiciones morales y políticas, y, por otro lado, la tensión entre unidad política y derechos de autogobierno para las minorías. En esta línea, el autor menciona el conflicto que surge, por ejemplo, a partir del intento de varias de las comunidades empoderadas de coartar la libertad de religión de sus miembros. Lo mismo sucedería con la implementación de formas de castigo que afectan valores occidentales comprometidos con los derechos individuales. Asimismo, otro factor de conflicto se presenta en torno a la problemática del derecho a la vida. Allí el autor menciona el caso de los u'was, que interpretan que los gemelos representan el mal y, por lo tanto, deben ser abandonados inmediatamente después del nacimiento; o el caso de la tribu nómada nukak makuk, que deja en el camino a aquellos miembros que no puedan proseguir con las traslaciones de un lugar a otro. Por último, está otro tema sensible para Occidente, y es la forma en que buena parte de las culturas tradicionales sojuzgan a la mujer (cf. Bonilla Maldonado 2006).

algunas categorías para mostrar que la titularidad colectiva acaba siendo intrínsecamente restrictiva, mientras que la titularidad individual, ya sea que venga en forma de derecho de grupo o de derecho específico de grupo, sí depende de las circunstancias y el modo como se la utilice. Así, se ofrecieron algunos ejemplos vinculados a la historia reciente de Latinoamérica, y al modo en que las categorías propuestas pueden aplicarse a las diversas problemáticas que atraviesan diseños institucionales que necesitan ser cada vez más permeables a realidades identitarias profundamente complejas.

Bibliografía

- Ansuátegui Roig, F. J. "Introducción. Reflexiones preliminares sobre un problema moral y jurídico: los derechos colectivos". *Una discusión sobre derechos colectivos*. Comp. Ansuátegui Roig, F. J. Madrid: Dykinson, 2004. 7-16.
- Bonilla Maldonado, D. *La constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2006.
- Contreras, F. "Derechos colectivos, libertad individual y mitología comunitarista en Will Kymlicka". *Una discusión sobre derechos colectivos*. Comp. Ansuátegui Roig, F. J. Madrid: Dykinson, 2004. 135-156.
- Dworkin, R. *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós, 1993.
- Dworkin, R. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2002.
- Farrell, M. "El alcance (limitado) del multiculturalismo". *Universalismo y multiculturalismo*. Comp. Bertomeu, M. J., Gaeta R., y Vidiella, G. Buenos Aires: Eudeba, 2000. 211-228.
- Farrell, M. *Ética en las relaciones internas e internacionales*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- Ferrajoli, L. et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- García Linera, A. "Autonomías indígenas y Estado multicultural. Una lectura de la descentralización regional a partir de las identidades culturales". *La descentralización que se viene*. La Paz: Instituto Latinoamericano, 2004. 169-202.
- Green, L. "Two Views of Collective Rights". *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 4.2 (1991): 315-327.
- Hualpa, E. "Los sujetos indígenas en la constitución". *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Coord. Gargarella, R. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2009. 156-161.
- Htun, M. "Is Gender Like Ethnicity?" *Perspective on politics* 2.3 (2004): 439-458.
- Jáuregui, G. "Derechos individuales versus derechos colectivos. Una realidad inescindible". *Una discusión sobre derechos colectivos*. Comp. Ansuátegui Roig, F. J. Madrid: Dykinson, 2004. 47-66.
- Jones, P. "Group Rights and Group Oppression". *Journal of Political Philosophy* 7.4 (1999): 353-377.

- Kant, I. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Espasa Calpe, 1973.
- Kukathas, C. "Are there any Cultural Rights". *Political Theory* 20.1 (1992a): 105-139.
- Kukathas, C. "Cultural Rights again (A Rejoinder with Kymlicka)". *Political Theory* 20.4 (1992b): 674-680.
- Kymlicka, W. "The Right of Minority Cultures: Reply to Kukathas". *Political Theory* 20.1 (1992): 140-146.
- Kymlicka, W. *Ciudadanía multicultural*, Barcelona: Paidós, 1995a.
- Kymlicka, W., ed. *The Rights of Minorities Cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995b.
- López Calera, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y sociabilidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Ariel, 2004a.
- López Calera, N. "Sobre los derechos colectivos". *Una discusión sobre derechos colectivos*. Comp. Ansuátegui Roig, F. J. Madrid: Dykinson, 2004b 17-46.
- Lucas Martín, J. *Derechos de las minorías en la sociedad multicultural*. Madrid: Dykinson, 1998.
- MacIntyre, A. *After Virtue*. London: Duckworth, 1981.
- Newman, D. "Collective Rights". *Philosophical Books* 48.3 (2007): 221-232.
- Nino, C. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Paidós, 1984.
- Nino, C. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1985.
- Nozick, R. *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Oxford University Press, 1974.
- Pérez de la Fuente, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. Madrid: Dykinson, 2005.
- Ramírez, S. "Matriz liberal de la constitución y protección de los derechos de los pueblos originarios". *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Coord. Gargarella, R. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011. 43-149.
- Rawls, J. *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Rawls, J. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.
- Raz, J. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- Réaume, D. G. "Individuals, Groups, and Rights to Public Goods". *University of Toronto Law Journal* 38.1 (1988): 1-27.
- Sandel, M. *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- Shapiro, I., and Kymlicka, W. Eds. *Ethnicity and group rights*, Nomos xxxix. New York: New York University Press, 1997.
- Stapleton, J., ed. *Group rights. Perspectives since 1900*. Bristol: Thoemmes Press/ University of Bristol, 1995.

- Taylor, Ch. *Hegel and the Modern Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- Taylor, Ch. "Atomism". *Philosophical Papers*. Vol 2. Cambridge: Cambridge University Press, 1985a. 187-210.
- Taylor, Ch. "The person". *The category of the Person*. Eds. Carrithers, M., Collins, S. and Lukes, E. New York: Cambridge University Press, 1985b. 257-281.
- Taylor, Ch. *Sources of the Self*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- Taylor, Ch. *El multiculturalismo y "La política del reconocimiento"*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Van Cott, D. "Los movimientos indígenas y sus logros: la representación y el reconocimiento jurídico en los andes". *América Latina hoy* 36 (2004): 141-159.
- Waldron, J. "Can communal Goods be Human Rights?" *Liberal rights. Collected paper, 1981-1991*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. 296-322.
- Walzer, M. *Spheres of Justice*. New York: Basic Books, 1983.
- Walzer, M. "Liberalism and the Art of Separation". *Political Theory* 12.3 (1984): 315-330.