

Constitucionalismo democrático y heterogeneidad cultural*

Robert C. Post*

La empresa del constitucionalismo democrático descansa sobre la premisa de la agencia colectiva. Si nos preguntamos quién hace una constitución democrática, la respuesta debe darse en la primera persona del plural. En los Estados Unidos, por ejemplo, la Constitución acertadamente comienza, “Nosotros, el Pueblo... ordenamos y sancionamos esta Constitución...”. La agencia colectiva del pueblo constituye un ‘*demos*’ capaz de “conferir... autoridad democrática a una organización política.”¹

Por supuesto, la existencia de la primera persona del plural es una construcción política; no se corresponde con ninguna entidad existente que sólo necesite aclarar su garganta para hablar. Quiénes constituyen ‘nosotros el pueblo’ y qué es exactamente lo que dicen es materia de permanente debate. Pero aquellos que se comprometerían con el proyecto del constitucionalismo democrático deben no obstante presuponer esa voz compartida, que típicamente habla para ejercer el poder de agencia colectiva con el fin de establecer la estructura de un Estado democrático que se encuentra en continuo desarrollo.²

Todos los Estados son, en algún sentido, agencias colectivas. Los Estados actúan, toman decisiones, planifican y persiguen políticas públicas, firman tratados y contratos, promulgan leyes, etcétera. Desde la perspectiva de la razón práctica, es decir, desde la perspectiva de entidades que deliberan y toman decisiones, los Estados, no en menor medida que las personas, deben poseer una ‘unidad de agencia’.³

• Este trabajo fue presentado en la conferencia inaugural del *Julius Stone Institute of Jurisprudence* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sydney, los días 13 y 14 de agosto de 1999. Publicado originalmente en *Australian Journal of Legal Philosophy*, Volume 25 N°2 (2000) 185-204. Publicado bajo permiso. Traducido por Laura Saldívar y Camila Blanco, con la colaboración de Samanta Biscardi.

* David Boies Profesor of Law, Yale Law School.

1. JHH Weiler, “Does Europe need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision”, (1995) 1 *European Law Journal*, 219, 238.

2. Los desarrollos recientes en la Comunidad Europea representan un desafío fascinante para la presente propuesta. Véase, por ejemplo Neil Walker, “European Constitutionalism and European Integration”, (1996) *Public Law*, pág. 266. Aquellos que argumentarían que la Comunidad refleja una forma de constitucionalismo deben enfrentar el conocido problema del ‘déficit democrático’, que se basa en el hecho de que “la autoridad de la Comunidad no emerge de algún acto constitucional de algún ‘*demos*’ o pueblo europeo definible –prerrequisito de la legitimación democrática–, sino que generalmente lo hace de transferencias legales de poder normativo de los parlamentos nacionales, en su calidad de representantes de sus comunidades nacionales respectivas”. Peter L. Lindseth, “Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supernationalism: The Example of the European Community”, (1999) 99 *Columbia Law Review* págs. 629, 636-37. Podríamos estar siendo testigos de la construcción dinámica progresiva de un *demos* democrático en Europa.

3. Christine M. Korsgaard, “Personal Identity and the Unity of Agency: a Kantian response to Parfit”, (1989) 18 *Philosophy and Public Affairs* 101, 119. Korsgaard escribe que un Estado, el cual “es definido por su constitución y procedimientos deliberativos”, “no es meramente un grupo de ciudadanos viviendo en un territorio común. Sólo tenemos Estado cuando estos ciudadanos se han constituido en un único agente. Es decir, cuando han adoptado una forma de resolver conflictos, tomar decisiones, interactuar con otros Estados y planear juntos un futuro” *Ibid* pág. 114.

Los Estados democráticos deben no sólo poseer esta unidad de agencia práctica, sino también la clase de unidad normativa que Christine Korsgaard ha atribuido a los individuos, una unidad que es ‘esencialmente de autor’ y que depende de considerar “nuestras acciones y decisiones... *como propias*”⁴. Los Estados democráticos representan el valor del autogobierno colectivo, el cual requiere que los ciudadanos acepten las acciones y decisiones estatales como de su propia ‘autoría’, o al menos, la autoría de los procedimientos deliberativos a través de los cuales el Estado alcanza esas decisiones.⁵ La propia filiación del Estado como democrático depende de este ‘principio unificador’⁶ de identificación. A pesar de que el contenido de este principio es debatido incesantemente, este principio es, sin embargo, el presupuesto de la legitimación democrática.

El desafío del constitucionalismo democrático consiste en establecer una estructura de gobierno que pueda proporcionar una forma institucional estable para este presupuesto. En su breve pero aguda exploración sobre “La idea de una Constitución”, Hanna Pitkin afirma que siempre existen (al menos) dos aspectos referidos a una constitución. El primero se vincula con ‘algo que *somos*’, con una ‘forma distintiva de vida compartida de una *polis*, su modo de articulación social y política como una comunidad.’⁷ El segundo se refiere a ‘algo que *hacemos*’, a ‘la capacidad de auto-constitución humana, ejercida de la manera más ‘consciente y deliberativa’, esto es, ‘colectivamente’.⁸ Estos dos aspectos del constitucionalismo están relacionados porque “el modo en que somos capaces de constituirnos a nosotros mismos está profundamente ligado al modo en que ya nos encontramos constituidos por nuestra historia particular”, por nuestro “*ethos* o temperamento fundamental”.⁹

El punto de Pitkin es que una constitución puede tener éxito en establecer estructuras durables y estables de legitimación democrática sólo si se construye sobre la base de un “*ethos* fundamental” que refleje el “carácter nacional de un pueblo”.¹⁰ La construcción de un Estado democrático requiere de compromisos e identificaciones comunes, razón por la cual la realización mecánica de elecciones no puede nunca por sí sola crear con éxito un Estado democrático. Estos compromisos e identificaciones deben encontrarse suficientemente enraizados como para poder sobrevivir a los vaivenes y exigencias normales de la vida política y económica.

Esta clase de compromisos e identificaciones se ven facilitados cuando la constitución de un Estado refleja el *ethos* fundamental de su pueblo. De todas formas, es importante

4. *Ibid*, pág. 121.

5. Robert Post, “Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence”, 95 *Michigan Law Review* (1997) págs. 1517, 1523-1525. Por supuesto que los Estados democráticos no requieren que cada ciudadano individualmente concuerde con cada acción estatal; eso sería completamente irreal. En cambio, los Estados democráticos permanecen democráticos en parte porque a cada ciudadano se le ofrece la oportunidad de persuadir a otros para alterar aquellas decisiones que puedan parecerle objetables, y porque esta oportunidad sirve en la realidad para satisfacer la forma de identificación descrita en el texto.

6. Korsgaard, citado en nota 3, pág. 112.

7. Hanna Fenichel Pitkin, “The Idea of a Constitution” (1987) 37 *Journal of Legal Education* 167, pág. 167-68.

8. *Ibid* pág. 168.

9. *Ibid* pág. 169.

10. *Ibid* pág. 167.

aclarar que este *ethos* no necesita descansar en una dimensión étnica, aun cuando las discusiones contemporáneas relativas a la idea de ‘nacionalidad’ frecuentemente enfatizan esta característica.¹¹ El ejemplo de los Estados Unidos demuestra que el *ethos* relevante puede apoyarse, en cambio, en las dimensiones de la ideología o de los ‘valores compartidos.’¹²

La conclusión relativa a que el constitucionalismo democrático debe en última instancia encontrarse enraizado en compromisos culturales compartidos, genera la tensión central de la que me ocuparé en este trabajo. La heterogeneidad cultural se ha convertido en una marca cada vez más significativa de las políticas post coloniales, y sin embargo esta heterogeneidad celebra precisamente aquellos valores plurales que parecen contradecir la unidad requerida para un constitucionalismo democrático exitoso. Es necesario explorar, por consiguiente, el modo en que la diversidad cultural, que complejiza fuertemente lo que Homi Bhabba ha llamado “la imposible unidad de la nación”,¹³ puede reconciliarse con la empresa del constitucionalismo democrático.

Un Estado democrático puede adoptar, por supuesto, posturas muy diferentes en relación con el valor de la heterogeneidad cultural. Estas van desde suprimir la diversidad a fin de establecer la cultura uniforme que se cree puede ofrecer el máximo apoyo para la legitimación democrática, hasta tolerar la diversidad cultural o promover activamente la heterogeneidad cultural. Mucha tinta se ha derramado respecto a cuál postura es la más deseable. Sin dudas, la fuerza de los argumentos a favor de la heterogeneidad cultural dependerá de circunstancias particulares. Los argumentos tendrán una fuerza diferente si son evocados con el fin de eliminar los efectos en el presente de actos de discriminación del pasado, que si se evocan para apoyar un compromiso abstracto con la diversidad multicultural. Los argumentos tendrán distinta fuerza si aducen la intención de proteger la cultura amenazada de un pueblo conquistado que cuenta con un lenguaje y un territorio común, que si lo hacen para salvaguardar la continuidad de la cultura de un inmigrante reciente.

En estos breves comentarios, sin embargo, no exploraré los contextos cambiantes en los que los reclamos de heterogeneidad cultural son llevados a cabo. Presupondré, en cambio, que esos reclamos son poderosos y convincentes, y que el Estado desea satisfacerlos en toda su extensión. La pregunta que analizaré es si un compromiso fundacional con el constitucionalismo democrático, con su propia fuerza, limita efectivamente la medida en la que un Estado puede reconocer y proteger la diversidad cultural. Mi objetivo es explorar la tensión entre constitucionalismo democrático y heterogeneidad cultural, y en particular, las implicancias que esta tensión tiene respecto de los mecanismos legales típicos de promoción de la diversidad cultural.

11. Para un buen análisis, véase David Miller, *On Nationality* (Oxford: Clarendon Press 1995) págs. 19-21.

12. Weiler, cita nota 1, pág. 243.

13. Homi K. Bhabba, “Introduction: Narrating the Nation”, en Homi K. Bhabba (ed) *Nation and Narration* (London: Routledge Press 1990) I.

I.

Sucedee que no es fácil abordar esta tensión en forma directa. Uno podría, por ejemplo, buscar determinar qué valores culturales sustantivos son necesarios para la cohesión social que requiere el constitucionalismo democrático. El argumento podría tener la siguiente forma:

El valor ‘z’ es necesario para la cohesión social requerida por el constitucionalismo democrático.

Promover la cultura ‘y’, que se opone a ‘z’, pondría en serio riesgo el mantenimiento de ‘z’.

Por lo tanto, la cultura ‘y’ no debe ser promovida.

Es muy difícil decir algo general o teórico sobre argumentos de este tipo. Es cierto que el constitucionalismo democrático requiere un “compromiso común [durable] para el florecimiento de la empresa mutua de ciudadanía,”¹⁴ pero la sustancia de este compromiso puede ser muy variada. Si pensamos en una nación, conforme la famosa frase de Renan, como una “gran solidaridad,”¹⁵ el contenido de esta solidaridad es históricamente contingente. Prácticamente lo único que podemos decir en abstracto es la poco útil proposición de que una constitución democrática debe reflejar, establecer y afianzar la uniformidad cultural en relación con aquellos valores necesarios para asegurar las identificaciones y los compromisos requeridos para el mantenimiento estable de un Estado democrático. A pesar de que ‘la existencia de un pasado común’¹⁶ es usualmente considerada como un prerrequisito, los aspectos prominentes de este pasado, las dimensiones que en realidad sostienen una ‘voluntad presente de vida en común’,¹⁷ son ampliamente diversos y dependen en gran parte de las particularidades de las circunstancias históricas y las valoraciones políticas.

En algunas situaciones, por ejemplo, la diversidad lingüística o religiosa puede constituir un obstáculo insuperable para la solidaridad que es necesaria para sostener el constitucionalismo democrático; en otras circunstancias, estas mismas diferencias pueden no tener un gran significado funcional. Todo depende del modo en que “la forma de vida compartida y característica de una polis, su modo social y político de articulación como una comunidad” se haya desarrollado históricamente. En Canadá, la diferenciación lingüística amenaza con socavar el prerrequisito del compromiso común para el Estado canadiense, mientras que en Suiza, la diferencia lingüística parece no tener tales consecuencias. En Irlanda del Norte la diversidad religiosa torna problemática la creación de un Estado democrático constitucional, pero en Estados Unidos, la diversidad religiosa no trae aparejado tal desafío.

Tal vez alcanzaríamos una mejor posición teórica en esta línea de razonamiento si nos focalizáramos en las precondiciones para la democracia, en lugar de buscar articular los

14. Robert Post, *Constitutional Domains* (Cambridge: Harvard University Press 1995), pág. 36.

15. Ernest Renan, “Qu’est-ce qu’une nation?” en John Hutchinson & Anthony D. Smith (eds), *Nationalism* (Oxford: Oxford University Press 1994), pág. 17.

16. Neir Mc Cormick, “Nation and Nationalism”, en *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Social Philosophy* (Oxford: University Press 1982), pág. 249.

17. *Ibid.*

valores sustantivos que constituyen los prerequisites para la cohesión social. Así, deberíamos imaginar argumentos tales como:

Un estado democrático presupone el valor 'x'.

Promover la cultura 'y', que se opone a 'x', pondría en serio riesgo el mantenimiento de 'x'.

En consecuencia, la cultura 'y' no debe ser promovida.¹⁸

Los argumentos de este tipo alcanzan su fuerza teórica al intentar definir la naturaleza de la democracia. Si la democracia presupone el valor 'x', podemos defender el principio según el cual no debemos promover una diversidad cultural que sea inconsistente con la conservación de 'x'. La discusión teórica puede entonces continuar respecto de la pregunta acerca de si la democracia presupone o no el valor 'x'; podemos debatir si las democracias requieren el respeto por el Estado de Derecho (*rule of law*), tolerancia, un igual respeto por las personas, o razón crítica.¹⁹ El resultado es que aquello que comienza como un examen de la relación entre el constitucionalismo democrático y la heterogeneidad cultural, tiende a concluir como una discusión sobre la naturaleza de la democracia.

Por supuesto que es importante y necesario determinar la naturaleza de la democracia. Pero no es ese mi propósito en este breve comentario. Por el contrario, intentaré mantener el foco en la tensión teórica entre la heterogeneidad cultural y el constitucionalismo democrático moviendo el eje de la discusión hacia la pregunta sobre *cómo* debe un Estado democrático promover la diversidad cultural. Si suponemos que de hecho existen dimensiones de diversidad cultural compatibles con el constitucionalismo democrático que, por lo tanto, deseamos preservar, podríamos preguntarnos si existe algún conocimiento teórico que podamos recabar acerca del mecanismo jurídico a través del cual podría alcanzarse esto.

Ciertamente no hay escasez de tal tipo de mecanismos. Los mecanismos de votación y de representación, por ejemplo, podrían estar diseñados constitucionalmente con el objeto de maximizar la presencia de legisladores con diversidad relevante.²⁰ O una constitución podría garantizar subsidios u otras formas de apoyo a grupos culturalmente diversos.²¹ Por otro lado, una constitución podría circunscribir el poder estatal para que el Estado carezca de competencia legal para legislar en áreas estimadas necesarias para preservar la heterogeneidad cultural. Las posibilidades son tan numerosas que parece presuntuoso comenzar siquiera a listarlas.

Limitaré entonces mi discusión a tres mecanismos estructurales para proteger la heterogeneidad cultural que son comunes: los derechos individuales, los derechos de

18. Nótese que el argumento no se extiende al caso de culturas pequeñas y aisladas que podrían oponerse a 'x', pero cuya oposición no implica una amenaza real al mantenimiento general de 'x'. Nótese también que el argumento no alcanza a la pregunta respecto de si el Estado está facultado a suprimir la cultura 'y'.

19. Véase, por ejemplo Meira Levinson, "Liberalism, Pluralism, and Political Education: Paradox or Paradigm?" (1999) 25 *Oxford Review of Education*, 39.

20. Véase, por ejemplo, Will Kymlicka, "Group Representation in Canadian Politics" en F. Leslie Seidle (ed) *Equity and Community: The Charter, Interest Advocacy and Representation* (Institute for Research and Public Policy 1993)

21. Véase, por ejemplo, Avishai Margalit y M. Halbertal, "Liberalism and the Right to Culture", (1994) 61 *Social Research*, pág. 491.

grupo y la devolución de soberanía. Cada uno de estos mecanismos tiene distintas implicancias teóricas y prácticas que delinear la naturaleza de la heterogeneidad cultural que cada uno puede reconocer y sostener.

II.

Los derechos individuales funcionan al menos de dos maneras. Algunos derechos individuales alinean en forma directa el comportamiento individual con las normas culturales. El derecho a demandar por difamación o invasión de la privacidad, por ejemplo, asegura que la ley impondrá estándares culturales de civilidad y decencia.²² El ‘derecho’ [‘right’] penaliza a aquellos que se desvían de estos estándares. Los derechos individuales que funcionan de esta manera promueven la uniformidad cultural, ya que dirigen la fuerza del Estado directamente hacia la conducta a los efectos de hacer cumplir las normas de una cultura presumiblemente dominante en particular.²³

Otras clases de derechos individuales, sin embargo, funcionan de una forma diferente. Estos derechos dotan a las personas del poder para adoptar decisiones, e inmunitizan estas decisiones de las interferencias del Estado, e incluso de los esfuerzos estatales por imponer las normas de la cultura dominante. Un ejemplo clásico de esta clase de derechos es la libertad de expresión, que salvaguarda el poder que las personas tienen para hablar especialmente de aquellos modos violatorios de normas culturales que, fuera de esto, se encuentran protegidos por la legislación referida a la privacidad o a la difamación. Al resistir la implementación jurídica de normas culturales dominantes, estos derechos individuales facilitan la heterogeneidad cultural.

Otro ejemplo de un derecho individual de este tipo es la posibilidad de ‘ejercer libremente’ un culto. Este derecho previene que el Estado imponga la uniformidad religiosa. Esto dota a las personas de la posibilidad de elegir y seguir sus formas preferidas de observancia religiosa, facilitando de esta manera la diversidad religiosa que fluye de las decisiones individuales. De manera similar, el derecho a la libertad lingüística²⁴ garantiza a las personas el poder de hablar y escribir en el lenguaje que decidan y, de esta forma, también se protege la heterogeneidad lingüística que resulta de aquellas decisiones.

Podemos observar al menos tres clases distintas de límites teóricos a la heterogeneidad cultural que pueden salvaguardarse mediante el mecanismo de los derechos individuales. En primer lugar, los derechos individuales que buscan crear esferas de autonomía personal lo hacen con el objeto de promover cualquiera de los valores sociales que hayan sido adoptados por la institución del Derecho. Proveer a

22. Para un análisis de este punto, véase Robert Post, “The social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort”, (1989) 77 *California Law Review* 957 (en adelante “Social Foundations”); Robert Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*,” (1990) 103 *Harvard Law Review*, 601.

23. Por supuesto que las normas de la cultura dominante pueden contener en cierta medida respeto por normas subsidiarias de culturas subordinadas, de manera tal que las normas de la cultura dominante puedan enfrentar una pluralidad de individuos. Para un análisis, véase Robert Post, “Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment” (1988) 76 *California Law Review*, 297.

24. Véase, por ejemplo *Yu Cong Eng v. Trinidad*, 271 U.S. 500 (1926)

las personas el derecho a la libertad de expresión, por ejemplo, es una forma de crear el bien social de la legitimidad democrática.²⁵ Las libertades lingüística y religiosa fomentan el bien social de una cultura liberal y tolerante.²⁶ Esto implica que los derechos individuales no protegerán la autonomía individual cuando dicha protección sea inconsistente con los valores sociales que el Derecho reconoce como justificación de los derechos.²⁷ Estos valores sociales reflejarán, por supuesto, las normas de la cultura dominante. Pareciera seguirse de esto que las culturas minoritarias que promueven un comportamiento incompatible con estas normas difícilmente serán protegidas por los derechos individuales.

En segundo lugar, muchas normas de varias culturas son anti-individualistas, y no sólo no podrían ser protegidas por una estrategia de derechos individuales, sino que podrían ser socavadas por ella de manera activa. Así, por ejemplo, las normas de una cultura que considera que las esposas deben obedecer a sus maridos, se verán menoscabadas por un sistema jurídico que confiere a las esposas la potestad de actuar respecto a sus maridos como compañeros iguales dentro del matrimonio. O las normas de una cultura que cree en la propiedad comunitaria de la tierra pueden verse brutalmente menoscabadas a raíz de los derechos individuales de propiedad. Por consiguiente, sólo la diversidad en ciertos tipos de normas culturales puede ser protegida a través del mecanismo de los derechos individuales.

En tercer lugar, los derechos individuales sólo protegen aquella diversidad capaz de sobrevivir en un mercado alimentado por decisiones individuales. Los derechos individuales no son una garantía de que la diversidad cultural florecerá; en cambio, sólo protegen la diversidad que las personas eligen disfrutar. De esta manera, los derechos individuales no son garantes muy efectivos de la heterogeneidad cultural si una cultura dominante ejerce una fuerte influencia hegemónica.²⁸ Por ejemplo, si hay fuertes presiones para aprender y conversar en determinado idioma y si, como consecuencia de ello, las personas abandonan progresivamente el uso de idiomas subsidiarios, el sólo hecho de conferir a las personas el derecho a usar tales idiomas subsidiarios hará muy poco para preservar la heterogeneidad cultural. En tales circunstancias, mecanismos alternativos, tales como los subsidios y el apoyo estatal afirmativo, pueden también ser necesarios.

III.

Estas características inherentes de los derechos individuales impulsaron la búsqueda de mecanismos alternativos (o tal vez suplementarios) para proteger la heterogeneidad

25. Véase Post, cita nota 14 págs. 6-18.

26. Post, cita nota 23, págs. 321-22.

27. Esta tal vez sea la razón por la cual las 'fighting words' [*palabras basadas en un discurso de odio*] no están protegidas por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. *Ibid* págs. 322-24; Post, cita nota 14, págs. 175-76.

28. Algunos comentaristas no consideran esto como algo malo, porque si una cultura se marchita por la falta de adherentes, "es como el fin de una moda o de un hobby, y no la desaparición de algo que la gente realmente necesita". Jeremy Waldron, "Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative" en Will Kymlicka (ed), *The Rights of Minority Cultures* (Oxford: Oxford University Press 1997), pág. 100.

cultural. Tal es el caso del mecanismo de los derechos de grupo. Existe una amplia literatura filosófica que indaga sobre si los derechos de grupo son factibles o deseables.²⁹ No me dedicaré a comentar esa literatura en este trabajo, sino que en su lugar analizaré los derechos de grupo desde la perspectiva práctica de un sistema jurídico en funcionamiento, donde aquellos derechos son en realidad algo bastante común.³⁰

Debemos notar desde el principio que el concepto de derechos de grupo no tiene necesariamente relación con la heterogeneidad cultural. Los derechos de grupo pueden proteger la diversidad cultural o no, dependiendo de hasta dónde los distintos grupos reflejen distintas culturas. Algunas corporaciones son grupos, y estas corporaciones tienen derechos, pero estos derechos no protegen la diversidad cultural. Los derechos otorgados al grupo ‘mujeres’ o a un determinado grupo racial, pueden proteger o no la diversidad cultural, dependiendo de nuestra concepción sobre la naturaleza de la cultura o de cómo ella se encuentra (o no) conectada con la biología o la raza.

Si focalizamos nuestra atención sólo en aquellos derechos de grupo relevantes para la pregunta sobre la heterogeneidad cultural, observaremos que el concepto de derechos de grupo es materia de mayor ambigüedad aun. Los derechos pueden verse como derechos de grupo porque los grupos, una entidad distinta a la de los individuos, detentan esos derechos. De esta forma, podemos distinguir los derechos detentados por iglesias, corporaciones o tribus de aquellos derechos detentados por personas individuales.

Pero los derechos también pueden ser considerados derechos de grupo si están diseñados para proteger intereses de grupo, como algo distinto de los intereses individuales. Se dice frecuentemente que los derechos que promueven intereses sociales son derechos de grupo.³¹ Pero si, como he argumentado, todos los derechos promueven intereses sociales, esta forma de enmarcar la pregunta no es de gran ayuda. Debemos en cambio distinguir aquellos intereses que se entiende son compartidos o potencialmente compartidos por todas las personas dentro de una comunidad política –a los que llamaré ‘intereses individuales’– de aquellos intereses que emergen a partir de la pertenencia a un grupo que, por definición, es menor que la comunidad en su conjunto.

El derecho a que no se invada nuestra privacidad, por ejemplo, protege intereses que son atribuidos a todos los miembros de la comunidad. Esto es así porque este derecho protege valores importantes para la identidad y los compromisos de la comunidad en su conjunto, y que por ende pueden ser conceptualizados como derivados de la pertenencia a la comunidad.³² Clasificaré entonces a los derechos como protectores de intereses individuales a pesar de que salvaguarden valores que atañen a la comunidad. Los intereses de grupo, en contraste, son parciales; no son universalmente compartidos dentro de la

29. Véase, por ejemplo, Christopher Heath Wellman, “Liberalism, Communitarianism, and Group Rights”, (1999) 18 *Law and Philosophy*, 13.

30. Por ello, no discutiré si al final de cuentas los derechos de grupo benefician a los individuos. Analizaré sólo los ‘intereses’ protegidos por esos derechos.

31. Véase, por ejemplo, Leighton Mc Donald, “Can collective and Individual Rights Coexist?”, (1998) 22 *Melbourne University Law Review*, 310.

32. Para una discusión, véase Robert Post, “Social Foundations” citado *supra* en 22.

comunidad. Esa es la razón por la cual Will Kymlicka acertadamente llama a los derechos que protegen los intereses de grupo ‘derechos especiales,’³³ para distinguirlos de los derechos universales. Un ejemplo corriente de un derecho que protege los intereses de grupo sería el derecho de un accionista de una sociedad a demandar en nombre de la sociedad, que se origina por su estatus especial de accionista corporativo. Un ejemplo más complejo de un derecho que sirve un interés de grupo podría ser el derecho de un miembro de una tribu aborígen a votar en las elecciones para el gobierno de un territorio geográfico que incluye a personas no aborígenes, pero que es gobernado por funcionarios elegidos exclusivamente por miembros de la tribu.³⁴

Podemos combinar estos dos conceptos distintivos de los derechos de grupo en una tabla práctica:

Tabla 1

	Intereses Individuales	Intereses de Grupo
Individuo titular de derechos	1	2
Grupo titular de derechos	3	4

Los ‘derechos individuales’ que consideráramos en la sección previa se ubican en la Celda 1 de esta tabla. Se trata de derechos que los individuos detentan y hacen valer y que protegen intereses individuales. Esto hace visible, no obstante, una cuarta limitación en la habilidad de los derechos individuales para promover la heterogeneidad cultural. Los derechos individuales protegen sólo aquellos intereses que se originan en la pertenencia compartida a una comunidad y no pueden, por consiguiente, proteger aquellos intereses que son específicos de un grupo subordinado dentro de la comunidad. Esto constriñe de manera profunda la capacidad de los derechos individuales de abarcar y proteger las necesidades y aspiraciones particulares de los grupos subordinados.

Las Celdas 2-4 identifican tres tipos distintos de derechos de grupo, cada uno de los cuales debe ser analizado separadamente. Consideremos, en primer lugar, la clase de derechos de grupo que se ubican en la Celda 3. Deberíamos distinguir entre la Celda 1 y la Celda 3 de este modo: si especificamos que la entidad ‘E’ tiene el derecho ‘D’, la transición de la Celda 1 a la Celda 3 varía la naturaleza de E, manteniendo constante el contenido de D. Como D permanece constante, el derecho en la Celda 3 protege los mismos intereses que el derecho en la Celda 1. Por el contrario, la transición de la Celda 1 a la Celda 2 mantiene constante a E, pero varía el contenido de D.

Podríamos entonces imaginar un derecho individual de propiedad (‘D’) que cualquier persona pueda detentar en Blackacre. La descripción de ‘D’ es tal que protege los intereses ‘individuales’ en la propiedad, queriendo decir con esto aquellos

33. Will Kymlicka, “Individual and Community Rights”; en Judith Baker (ed), *Group Rights* (Toronto: University of Toronto Press 1994) pág1.

34. Véase Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture* (Oxford: Clarendon Press 1989) pág. 146-49.

intereses que cualquier persona pueda detentar en Blackacre. Si ahora imagináramos que 'D' es detentado por una tribu aborigen, por una iglesia o por una sociedad comercial, estaríamos describiendo un derecho de la Celda 3. El contenido de 'D' no varía simplemente porque sea detentado por un grupo. Esto implica que los intereses protegidos por derechos en la Celda 3 no proveen a los grupos una mayor protección que la que sería provista por los intereses individuales que están protegidos generalmente por los derechos individuales. Los derechos de grupo ubicados en la Celda 3 protegen la heterogeneidad cultural, sólo en la medida en que estos intereses individuales protegen aquella heterogeneidad.

En la Sección II marcamos tres limitaciones teóricas respecto de la protección que los derechos individuales ofrecen a la diversidad cultural. La primera y la tercera de estas limitaciones parecieran aplicarse también a los derechos de la Celda 3. La heterogeneidad cultural se encuentra protegida sólo en tanto y en cuanto no sea inconsistente con los valores promovidos por los intereses individuales que justifican el derecho, y la heterogeneidad cultural no está a salvo de los efectos de la hegemonía cultural en las decisiones individuales. Sin embargo, la segunda limitación que se deriva de la inconsistencia entre la autonomía individual y ciertas clases de cultura no parecería aplicable, ya que en la Celda 3 es el grupo por sí mismo quien ejerce el derecho.

El hecho de que los derechos en la Celda 3 sean detentados por grupos acarrea tres consecuencias estructurales importantes. En primer lugar, otorga poder a los grupos. Cuando los grupos ejercen derechos, afectan al mundo. Controlan recursos y modifican el comportamiento de otros. Los grupos a los que se provee esta capacidad se refuerzan y unifican potencialmente.³⁵

En segundo lugar, autorizar a los grupos a ejercer derechos los empuja a institucionalizarse para poder así hacer valer esos derechos. Es difícil entender el modo en que los grupos desorganizados pueden volverse detentadores de derechos, ya que el despliegue de un derecho requiere la clase de 'unidad de agencia' que Christine Korsgaard ha ubicado en el ejercicio de la razón práctica. La organización institucional es la forma social en la que tal unidad típicamente se construye.³⁶ Sin embargo, en la medida en que los grupos revisten su identidad en formas institucionales, crece la posibilidad de que tomen fuerza ciertas dinámicas conocidas de poder organizacional, y que se separe la forma institucional de la identidad de grupo. Esto a su vez puede ampliar cualquier desigualdad potencial entre la cultura del grupo y las instituciones de grupo necesarias para el ejercicio de un derecho.³⁷

En tercer lugar, los derechos de la Celda 3 autorizan al Estado a reconocer a un titular de derechos como auténtico representante de un grupo. Por ejemplo, si existe una disputa

35. Es también posible, sin embargo, que controlar el ejercicio del derecho de grupo en la Celda 3 pueda convertirse en objeto de división y tensión interna dentro de un grupo, y socavando así la solidaridad grupal.

36. Véase Michael Hartney, "Some Confusions Concerning Collective Rights", en Will Kymlicka (ed) nota 28, pág. 214-16.

37. Estas divisiones pueden a veces exacerbar tensiones preexistentes dentro del grupo. Véase, por ejemplo, Michael R. Anderson, "Law and the protection of Cultural Communities: The Case of Native American Fishing Rights"; (1987), 9 *Law & Policy*, 125.

sobre quién representa apropiadamente a una tribu en la afirmación de sus derechos de propiedad, el Estado debe resolver el problema determinando cuál es la entidad jurídica de la tribu.³⁸ De forma similar, si una iglesia que tiene propiedades sufre un cisma y cada rama de la iglesia reclama la propiedad, el Estado debe determinar cuál de ellas representa legalmente a la iglesia.³⁹ Esto podría darle al Estado mucho poder respecto de la identidad y el desarrollo de los grupos.

Paradójicamente, esta influencia aumenta con respecto al tipo de derechos de grupo ubicados en la Celda 2. Esto es así porque los titulares de derechos de grupo suelen ya tener la habilidad de actuar con ‘unidad de agencia’. Pero son los individuos, en vez de los grupos directamente, los que hacen valer los derechos ubicados en la Celda 2. La construcción de la agencia colectiva del grupo es entonces dejada por completo en manos del Estado.

Consideremos, por ejemplo, una sociedad cuya constitución garantiza un 20% de las bancas en su Parlamento a un determinado grupo étnico. Supongamos que ese grupo no es como una iglesia o una tribu, porque no posee ninguna forma institucional de agencia facultada para hablar en nombre del grupo. Por ello, los intereses de grupo protegidos por el derecho deben ser articulados por parte de miembros individuales de ese grupo étnico. En tales circunstancias, la ausencia de una representación institucional autoritativa vuelve la formulación de los intereses del grupo muy susceptible a las interpretaciones oficiales del Estado. Los tribunales nacionales deberán determinar tanto la identidad del grupo –quién es miembro y quién no– como la naturaleza de sus intereses pertinentes.

En tales decisiones siempre se encontrará implícita una idea de las relaciones del grupo desde la perspectiva de la cultura nacional.⁴⁰ Todos los derechos especiales en favor de los intereses de grupo terminan por autorizar a los tribunales nacionales a poner en palabras la naturaleza de estos intereses; en ausencia de una auto-representación oficial del grupo que compita con ella, tales representaciones judiciales tendrán probablemente un fuerte efecto.

Dicho esto, es también claro que los derechos especiales que protegen los intereses de grupo pueden hacer accesible una protección jurídica más amplia y rica de la heterogeneidad cultural que la que pueden otorgar los derechos que protegen sólo intereses individuales. Esto es así porque los derechos especiales protegen intereses que incumben a grupos específicos, y que no necesitan ser compartidos por las personas en general. Las circunstancias de ciertos grupos, su historia y su posición en la sociedad, así como los valores particulares de sus culturas, pueden ser ponderados en la formulación legal de un derecho. A los miembros de un grupo amenazado y lingüísticamente subordinado se les puede conferir derechos especiales

38. Véase, por ejemplo, William Claiborne, “United States Ours Tribe’s Leaders”, (August 11, 1999) *The Washington Post* A13.

39. Véase, por ejemplo *Jones v Wolf*, 443 U.S. 595 (1979).

40. Para un análisis, véase Robert Post, cita nota 23.

para proteger su idioma,⁴¹ o a los miembros de un grupo religioso pacífico pero premoderno se les puede otorgar inmunidad respecto de las leyes generales de asistencia escolar.⁴²

Al adaptar los derechos a las circunstancias históricas específicas de grupos particulares, los derechos especiales pueden proveer un poderoso apoyo para la heterogeneidad cultural. Pueden ser el vehículo de un robusto compromiso simbólico para la fuerza y salud progresiva de ciertos grupos y para la diversidad cultural que esos grupos representan. Tales derechos confieren a los intereses de grupos particulares un estatus cuasi-oficial y, de esta manera, simultáneamente vinculan a esos grupos con el Estado y crean privilegios jurídicos a los que otros grupos podrán aspirar. Pero también sucede que la competencia entre los grupos por ese reconocimiento oficial puede resultar desestabilizadora.

Los derechos que protegen intereses de grupo dividen a los ciudadanos intrínsecamente en grupos, y dividen a los grupos entre sí. Por esta razón, estos derechos ponen mucha mayor presión sobre la unidad requerida por el constitucionalismo que los derechos que protegen intereses individuales. Esto es particularmente cierto para los Estados democráticos. He sostenido en otro sitio que, a fin de cuentas, la legitimidad democrática descansa en la reconciliación entre la autonomía individual y la autonomía grupal y que, por ello, un Estado democrático debe mantener siempre una relación con sus ciudadanos vistos como individuos.⁴³ En la medida en que los derechos que protegen los intereses de grupo imaginan ciudadanos como miembros de grupos antes que como individuos, potencialmente crean una tensión con esta noción de legitimidad democrática.

Pero no debe exagerarse este punto. Varias formas de derecho de grupos son muy corrientes y no parecen afectar la legitimidad democrática. Los juicios derivados de la tenencia de acciones, por ejemplo, requieren que los individuos hagan valer los intereses de una sociedad. Así, caen en la definición de la Celda 2, y sin embargo no parecen cuestionar el sistema democrático. La tensión a la que me refiero emerge ante todo cuando los intereses de grupo protegidos por un derecho son aquellos que se refieren a la identidad de las personas.⁴⁴

Podría iluminarse esta distinción haciendo referencia al ensayo de Emile Durkheim sobre “El Individualismo y los intelectuales”, en el que Durkheim teoriza que la ‘unidad moral’ necesaria para el Estado legítimo fue sujeta a una creciente presión en la medida en que la división del trabajo se volvió más pronunciada.⁴⁵ El individualismo es la ideología moderna *par excellence*, porque en las circunstancias de la vida moderna lo único que nos

41. Véase Denise G. Réaume, “The Group Right to Linguistic Security: Whose Right, What Duties?”, en Judith Baker, nota 33.

42. *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

43. Véase Robert Post, “Between Democracy and Community: The Legal Constitution of Social For”, (1993) NOMOS XXXV (“Democratic Community”) 163-90; Robert Post, cita nota 5, págs. 1523-25.

44. Se da el caso, sin embargo, que la competencia entre los grupos creada por los derechos especiales puede también ser independiente y contingentemente desestabilizante.

45. Emile Durkheim, “Individualism and the Intellectuals”, en Emile Durkheim, *On Morality and Society* (Chicago: Chicago University Press 1973) pág. 50.

queda en común es nuestro estatus como individuos. El individualismo es entonces la única ideología capaz de sostener la legitimidad del Estado contemporáneo heterogéneo.

En adelante, ¿de qué puede aferrarse la sensibilidad colectiva? En tanto y en cuanto las sociedades se vuelven más voluminosas y se expanden hacia territorios más vastos, las tradiciones y las prácticas, a los efectos de adecuarse a la diversidad de situaciones y a la variedad de circunstancias, están obligadas a mantenerse en un estado de plasticidad e inconstancia que ya no ofrece suficiente resistencia a las variaciones individuales... Al mismo tiempo, como resultado de una división del trabajo más sofisticada, cada mente se encuentra orientada hacia un punto diferente en el horizonte, reflejando un aspecto diferente del mundo, y en consecuencia, los contenidos de la conciencia difieren de una persona a otra. De esta manera, hacemos nuestro camino, poco a poco, casi lo hemos alcanzado, hacia un Estado donde los miembros de un único grupo social no tendrán nada en común entre ellos excepto su humanidad, excepto los atributos constitutivos de la persona humana en general. Esta idea de la persona humana... es, entonces, la única idea que permanecerá, inalterable e impersonal, por encima del torrente cambiante de las opiniones individuales... Allí yace todo individualismo; y eso es lo que lo hace una doctrina necesaria.⁴⁶

Aquellos que abogan por los derechos especiales con el objeto de preservar la heterogeneidad cultural argumentan a veces que la diversidad cultural debe ser protegida porque la cultura del grupo es esencial a la identidad de las personas.⁴⁷ Los derechos especiales diseñados para proteger las diversas identidades se contradicen no sólo con el individualismo que caracteriza a la democracia, sino también con el individualismo que Durkheim considera debe encontrarse en la base de la solidaridad social de cualquier sociedad moderna y heterogénea. Un Estado que establece derechos especiales de identidad debe preguntarse qué tienen en común sus ciudadanos para mantener la unidad que requiere el constitucionalismo. Si ellos no comparten su estatus común de individuos porque poseen (hipotéticamente) identidades distintas creadas por sus grupos, ¿qué los mantiene unidos lealmente a una sola constitución?

Uno puede teorizar que la unidad constitucional se obtiene por una lealtad compartida hacia el valor de respetar grupos diversos. Pero, ¿qué sostiene esta fidelidad? Puede ser un acuerdo entre grupos heterogéneos para vivir juntos en tolerancia mutua. Pero entonces el Estado constitucional es visto como una especie

46. *Ibid* págs. 51-52.

47. Véase, por ejemplo, Margalit and Halbertal, cita nota 21. Debo enfatizar que estoy evaluando los derechos especiales de las Celdas 2 y 4 sólo en la medida en que están diseñados para fomentar el valor de la heterogeneidad cultural. No considero tales derechos en la medida que sirven a otros propósitos, como remediar los efectos de la discriminación pasada, la justicia distributiva, etc.

de tratado internacional de paz entre grupos. La unidad necesaria para el constitucionalismo se mantiene sólo si los miembros continúan considerándola importante. Cuando, como en Canadá en la actualidad o en Estados Unidos en 1850, la percepción de esa importancia se desvanece, el Estado se tambalea hacia la disolución. Esta clase de constitucionalismo, entonces, imagina la unidad del Estado moderno en términos puramente contractuales. Hace descansar la estabilidad legítima del Estado en un *modus vivendi* cuya persistencia depende de la confluencia continua de intereses estratégicos.⁴⁸ Un buen ejemplo de este *modus vivendi* contemporáneo es la constitución del frágil Estado de Bosnia-Herzegovina, la cual podría leerse como un tratado entre los ‘pueblos constituyentes’ de bosnios, croatas y serbios.⁴⁹

En forma alternativa, la unidad constitucional puede surgir de la solidaridad entre personas que comparten la necesidad humana de pertenencia significativa a un grupo. El concepto es que existe una naturaleza humana universal que requiere pertenencia de grupo y que sustenta la solidaridad nacional. En sus primeros trabajos, Will Kymlicka sostuvo algo así para justificar los derechos especiales.⁵⁰ Este concepto es atractivo y consistente con la hipótesis de Durkheim respecto de las fuentes necesarias de solidaridad social en un Estado moderno. Hay, sin embargo, dos limitaciones teóricas a la capacidad de este fundamento para sostener la construcción de los derechos especiales.

La primera es analítica. Los derechos especiales que protegen aspectos de la identidad de grupo inconsistentes con los aspectos del individualismo considerados necesarios para la solidaridad nacional son *pro tanto* ilegítimos. Por ejemplo, si se entiende que la necesidad individual de una identidad de grupo requiere formas de afiliación voluntarias, los derechos especiales que impiden en forma significativa la posibilidad de salir de grupos debe decretarse ilegítima.⁵¹

La segunda es dinámica. La creación de identidad social no es estática; resulta de experiencias vividas. Los derechos especiales, incluso aquellos basados en la necesidad

48. Para un análisis de este punto, véase John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press 1993) págs. 144-150. Le debo a John Ferejohn la comprensión de que la estabilidad política de un *modus vivendi* puede variar, dependiendo de la naturaleza estructural de la confluencia de intereses. La relación entre las partes en un contrato puntual difiere de la relación entre las partes en una relación contractual a largo plazo. Y, como lo indica el ejemplo de Europa, un *modus vivendi* puede evolucionar dinámicamente hacia formas más fuertes de solidaridad.

49. Véase Fred L. Morrison, “The Constitution of Bosnia- Herzegovina”, (1996) 13 *Constitutional Commentary*, Zoran Pajic, “A Critical Appraisal of Human Rights Provisions of the Dayton Constitution of Bosnia and Herzegovina” (1998) 20 *Human Rights Quarterly*, 125.

50. Véase Will Kymlicka, nota 34. Para una discusión de esta perspectiva en el contexto del derecho constitucional norteamericano, véase Frank I Michelman, *Brennan and Democracy* (Princeton: Princeton University Press 1999) págs. 119-33.

51. Véase, por ejemplo, Chandran Kukathas, “Are there any cultural Rights?”, en Will Kymlicka (ed), nota 28, 238. La tensión analítica es reconocida explícitamente en el reporte de la Comisión de Reforma Legislativa australiana en *Multiculturalismo y Derecho*: “Las políticas multiculturales están basadas en la premisa de que todos los australianos deben tener un compromiso prioritario y unificante con Australia”, The Law Reform Commission, *Report No. 57: Multiculturalism and the Law* (Sidney: Australian Law Reform Commission 1992), 9. “El problema”, dijo la Comisión, “consiste en diferenciar entre aquellos valores que son necesarios para la cohesión y aquellos que pueden ajustarse para permitir la diversidad”. *Ibid* 11.

humana universal de unirse a grupos, pueden crear circunstancias sociales en las cuales las personas terminan identificándose de hecho con grupos particulares en lugar de hacerlo con un Estado nacional que es receptivo de todos los individuos que necesitan grupos. En este caso, los derechos especiales habrán adquirido un significado y efecto social que pone en riesgo la unidad constitucional.

Los derechos especiales, en consecuencia, se encuentran potencialmente en tensión dinámica o analítica con los prerequisites de la unidad constitucional. La naturaleza y la magnitud de esta tensión implicará, sin dudas, una interpretación y evaluación práctica. Es a menudo dificultoso y controversial descubrir el significado social de los derechos. Tomemos, por ejemplo, el derecho a no ser discriminados en base a nuestra raza contenido en la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos. Algunos autores, como Cass Sunstein, argumentan que la afirmación de este derecho depende siempre de ‘reclamos de grupo’ porque “*están necesariamente basados en reclamos respecto al trato que focalizan en una característica compartida por un grupo*”.⁵² Así, Sunstein localizaría el derecho en la Celda 2 de la Tabla I. Desea hacerlo así a fin de defender a la acción afirmativa de la acusación de que discrimina a los blancos con base en su raza. El argumentaría entonces que el derecho a estar libre de clasificaciones raciales se aplica a grupos particulares, en virtud de su historia, pero no a los individuos en general.

Esta interpretación de este derecho es, sin embargo, sumamente controversial. La Corte Suprema de Estados Unidos, por ejemplo, ha dicho repetidamente que “es el individuo quien tiene derecho a la protección judicial contra clasificaciones basadas en su raza o en sus características étnicas, porque tales distinciones impactan en los derechos personales, y no en el individuo únicamente por su pertenencia a un grupo determinado”.⁵³ La Corte Suprema caracterizaría así a este derecho como un derecho individual, localizado en la Celda 1 de la Tabla I. Como las interpretaciones divergentes de un derecho corresponden a diferentes localizaciones en la Tabla I, la Tabla puede ayudarnos a entender las tensiones analíticas que están en juego ante interpretaciones de un derecho en competencia.

Más aun, incluso si un tribunal adoptara el análisis de Sunstein del derecho a no ser discriminado en base a la raza, e incluso si un tribunal no encontrara tensión analítica alguna entre esta interpretación del derecho y las bases del constitucionalismo democrático, nuestra discusión sugiere que un tribunal también deberá evaluar si el efecto dinámico de tal derecho sería consistente con la solidaridad social requerida para la unidad constitucional. Esto daría cuenta de la preocupación, señalada repetidamente por la Corte en sus opiniones sobre la acción afirmativa, respecto de que interpretar la igual protección como autorizando los derechos especiales efectivamente socavaría “el sueño de una nación de ciudadanos iguales en una sociedad donde la raza es irrelevante para los logros y las oportunidades personales,”⁵⁴ un sueño que la Corte ve como esencial para la unidad constitucional. El

52. Cass R. Sunstein, “Casuistry”, en Robert Post y Michael Rogin (eds), *Race and Representation: Affirmative Action* (New York Zone Books 1998) 317.

53. *Adarand Constructors v Pena*, 515 U.S. 200, 224 (1995).

54. *Richmond v J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 505-06 (1989).

significado de un derecho es materia de controversia tanto como la evaluación del efecto práctico de ese derecho.⁵⁵

El efecto de los derechos especiales puede ser bastante controversial. A veces tales derechos aparecen como facultades positivas a favor de bienes específicos, como por ejemplo el derecho a una representación proporcional en el parlamento o el derecho de los miembros de una tribu a pescar de determinada manera.⁵⁶ Pero, a veces, estos derechos aparecen como excepciones a la aplicación de normas generales, como cuando los miembros de un grupo particular pretenden una ‘defensa cultural’ en un proceso criminal,⁵⁷ o cuando los miembros de un grupo reclaman que su cultura requiere una excepción de la aplicación general del derecho de daños.⁵⁸ Estas excepciones adoptan a veces la forma de reclamos de que el concepto de ‘persona razonable’ –referido a la persona respecto de la que se mide la responsabilidad de un acusado– sea evaluado conforme a las normas de un grupo particular, y no de acuerdo con las normas de la comunidad como un todo.⁵⁹

Los derechos especiales que confieren inmunidades constituyen el desafío más directo a la cultura nacional. Esto es así porque las regulaciones generales del comportamiento interpersonal constituyen el umbral mínimo de conducta aceptable de una cultura nacional, y las excepciones a dicho umbral mínimo, aun cuando estén justificadas por las normas del grupo, pueden fácilmente ser percibidas como un permiso para dañar. Los ejemplos pueden incluir el reclamo de que las normas de una cultura particular deberían exceptuar a sus adherentes de las leyes contra la poligamia,⁶⁰ la clitoridectomía,⁶¹ o ciertas formas de sexualidad entre padres e hijos.⁶² Los derechos especiales diseñados para proteger los intereses de grupo en tales prácticas protegen simultáneamente aspectos de la identidad del grupo de la dominación de la cultura nacional, y autorizan comportamientos que, desde la perspectiva de la cultura nacional (aunque no desde la perspectiva de la cultura subordinada), constituyen daño.

55. Esto puede dar cuenta del hecho curioso de que la Corte, en otros contextos, vio el reconocimiento constitucional de la identidad racial (y de género) como un prerequisite para la solidaridad nacional. Véase por ejemplo, *Taylor v Louisiana*, 419 U.S. 522, 527 (1975).

56. Donald Parman, “Inconstant Advocacy: The Erosion of Indian Fishing Rights in the Pacific Northwest, 1993, -1956” en Robert L. Nichols (ed) *The American Indian: Past and Present* (New York; McGraw-Hill 1992).

57. Para una mayor discusión, véase Paul Mangarella, “Justice in a Culturally Pluralistic Society: The Cultural Defense on Trial”, (1991), 19 *Journal of Ethnic Studies* 65; Holly Maguigan, “Cultural Evidence and Male Violence: Are Feminist and Multiculturalist Reformers on a Collision Course in Criminal Courts?”, (1995) 70 *New York University Law Review* 36.

58. Véase, por ejemplo, Thomas Isaac, “Individual versus Collective Rights: Aboriginal People and the Significance of *Thomas v Norris*”, (1992) 21 *Manitoba Law Journal* 618; Carol Weisbrod, “Symbols of Federalism”, 25 *University Michigan Journal of Law Reform* (1992) 795, 816-25.

59. Véase por ejemplo, *Bitsie v Walston*, 515 P.2d, 659, 662 (N.M App.1973).

60. *Reynolds v United States*, 98 U.S. 145 (1878).

61. Susan Okin, “Is Multiculturalism Bad for Women?” (1997) 22 *Boston Review* 25-28.

62. Farah Sultana Brelvi, “News of the Weird”: Specious Normativity and the Problem of the Cultural Defense”, (1997) 28 *Columbia Human Rights Law Reviews* 657.

Esto sugiere que la distinción elaborada por Will Kymlicka entre las ‘protecciones externas’ y las ‘restricciones internas’⁶³ que él considera de fundamental importancia para evaluar si los derechos de grupo son deseables, no puede sostenerse. Kymlicka define a las ‘protecciones externas’ como concernientes a un “reclamo de un grupo contra la sociedad más amplia”.⁶⁴ Argumenta que las protecciones externas conciernen principalmente a “*relaciones intergrupales*” y que involucran cuestiones de “desigualdad entre grupos” antes que la opresión de los individuos.⁶⁵ Las ‘restricciones internas’, por el contrario, se refieren al “reclamo de un grupo contra sus propios miembros”, y en razón de ello, implican en forma directa “un peligro de opresión individual”.⁶⁶

Sin embargo, los derechos especiales confunden frecuentemente esta distinción, porque conciernen a intereses de grupo que tanto definen al grupo frente a la sociedad entera como afectan la libertad individual de los miembros del grupo.⁶⁷ La distinción entre las protecciones externas y las restricciones internas no nos ofrece una guía útil para evaluar tales derechos de grupo. En cambio, como he sugerido, la exploración debe volcarse a si los intereses sustantivos de un grupo protegidos por un derecho son analítica o dinámicamente inconsistentes con la individualidad estimada necesaria para dar sustento a la unidad constitucional.

Este análisis de los derechos especiales se aplica de la misma manera a los derechos en las Celdas 2 y 4 de la Tabla I. La diferencia entre estas celdas se encuentra en el hecho de que los derechos especiales ubicados en la Celda 4 son detentados por grupos que presumiblemente tienen la estructura institucional necesaria para hacer uso de los derechos. Un ejemplo puede ser el derecho de una iglesia establecida a recibir financiación estatal. La estructura institucional de un grupo capaz de ejercer derechos probablemente lo habilite para competir con el Estado, a la hora de articular autoritativamente la naturaleza de los intereses y de la identidad del grupo implícita en la naturaleza de los derechos especiales. Esto de alguna forma concederá al Estado menos influencia en estas cuestiones que con respecto a los derechos ubicados en la Celda 2.

Conservar influencia, sin embargo, implica cierto costo, ya que los derechos especiales en la Celda 4 proveen al Estado un acceso directo a las estructuras institucionales internas de un grupo. Aquellos que capturan el derecho a hablar en nombre de un grupo también capturan el derecho a ejercer los derechos especiales garantizados por el Estado. El acceso a los recursos estatales creados por estos derechos se vuelve de este modo un premio a alcanzar por facciones en competencia dentro del grupo. Esto puede dar poder al Estado en las luchas internas por el poder dentro del grupo, que el Estado puede usar para realzar la solidaridad nacional a través de la cooptación de facciones de los grupos. Esta dinámica, a su vez, puede acelerar cualquier divergencia potencial entre las estructuras institucionales

63. Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship* (Oxford: Oxford University Press 1995) pág. 35-44.

64. *Ibid* pág. 35.

65. *Ibid* pág. 36.

66. *Ibid* pág. 35-36.

67. Véase por ejemplo, Ayelet Shachar, “Group Identity and Women’s Rights in Family Law: The Perils of Multicultural Accommodation”, (1998) 6 *Journal of Political Philosophy* 1.

y la cultura del grupo. Otra posibilidad, no obstante, es que los recursos cuasi-oficiales disponibles para un grupo con derechos ubicados en la Celda 4, puedan transformar al grupo en un lugar de legitimidad e identificación cultural que rivalice con el propio Estado. Qué papel juegan estas tendencias divergentes es una cuestión de circunstancias y probabilidades históricas.

IV.

Los derechos de grupo que hemos considerado en la Parte III consisten en reclamos legales articulados e implementados dentro de un sistema de tribunales nacionales. Esto da a la cultura nacional un control significativo sobre los efectos centrífugos de tales derechos, porque el contenido de los derechos puede definirse y determinarse de forma tal que se tornen consistentes con los requerimientos nacionales.

En esta sección consideraré un tercer mecanismo para la protección de la heterogeneidad cultural, un mecanismo que circunscribe astutamente esta forma de control. Este mecanismo es la devolución o el traspaso [*devolution*] de soberanía, que puede definirse como una cesión, por parte de la cultura nacional a un grupo, de la autoridad para establecer el derecho. En contraste con los derechos de grupo discutidos en la Parte III, que son definidos e impuestos por los tribunales nacionales, los cuales, al fin de cuentas, responden a la cultura nacional, la devolución total de soberanía ocurre cuando los grupos reciben el poder de definir e implementar sus propios estándares legales. En Estados Unidos, el principal ejemplo de devolución de soberanía es la institución del federalismo, el cual genera una “amplia distribución de... poderes soberanos” para la protección de una “variedad de... vida en grupo.”⁶⁸

Como la autoridad para hacer el derecho no es una sola cosa sino un grupo de capacidades distintivas, la devolución de soberanía es un proceso inmensamente complejo que puede asumir múltiples formas diferentes. Los grupos pueden estar autorizados a legislar para los miembros del grupo o para todas las personas dentro de un territorio determinado, o para todos los miembros del grupo dentro de un territorio determinado. Los grupos pueden estar autorizados a crear derecho, pero no a ejecutarlo. Los grupos pueden estar autorizados a legislar sobre ciertas materias y no sobre otras. Los grupos pueden estar autorizados a articular estándares jurídicos cuya última interpretación esté en manos de los tribunales nacionales, como es el caso de la legislación actual de los estados australianos. Los grupos pueden estar autorizados a articular estándares jurídicos que estén sujetos a una red más o menos densa de límites nacionales, que se extienden desde los derechos constitucionales nacionales a la primacía nacional, como es el caso hoy del derecho de los diferentes estados

68. Harol Laski, (1971) *Studies in the Problem of Sovereignty* pág. 275. Véase Post, cita nota 23, págs. 301-02. El federalismo, por supuesto, sirve a muchos intereses distintos a la heterogeneidad cultural. Véase por ejemplo Robert Post, “Chief Justice Taft and the Concept of Federalism”, (1992) 9 *Constitutional Commentary*, 199.

dentro de los Estados Unidos. La revisión nacional de la legitimidad del derecho de grupo puede ser bastante amplia y eficiente o puede estar confinada a mandamientos judiciales limitados y extraordinarios como el habeas corpus.⁶⁹

Cada una de estas diversas formas sugiere una idea y un compromiso diferentes con el valor de la heterogeneidad cultural. Cada una involucra una clase y grado diferente de control nacional sobre las posibilidades potencialmente centrífugas implícitas en la devolución de soberanía. Cada método debe ser analizado en los términos de su historia y dinámica particular.

Lo que tienen en común todas estas formas de devolución de soberanía, sin embargo, es la autorización dada a un grupo para crear derecho que refleje sus intereses y normas. Esto proporciona una protección potencialmente más completa y más amplia de la heterogeneidad cultural que el mecanismo de los derechos de grupo. Esto es así porque la devolución de soberanía altera el punto de partida legal según el cual serán medidas las relaciones interpersonales normales.

Dentro de un sistema nacional los intereses jurídicos son aprehendidos como individuales porque reflejan la percepción de la comunidad nacional de lo que se debe a toda persona. El punto de partida que especifica aquello que cuenta como un interés individual y aquello que cuenta como daño, es de este modo determinado en referencia a los valores de la cultura nacional. El derecho que refleje los valores de un grupo subordinado fijará este punto de partida de una manera diferente. Atenderá a valores que pueden ser percibidos por la cultura nacional como parciales y anómalos. Pero para la cultura subordinada estos valores parecerán universales. Así, los valores definirán lo que, según esta cultura, cada persona dentro de la comunidad tiene derecho a ver protegido.

La devolución de soberanía podría así transformar la distinción entre intereses individuales y grupales. En un estado mormón del siglo XIX, la poligamia podía considerarse como un interés individual y no como un interés de grupo, ya que desde la perspectiva mormona cada persona podría tener el derecho a participar en una familia poligámica. La devolución de soberanía funciona entonces como normalizadora de valores que desde la perspectiva de la cultura nacional parecen anormales. La normalización constituye la expresión más completa de la cultura de grupo.⁷⁰

Los Estados nacionales que devuelven soberanía esencialmente ofrecen a las culturas locales la oportunidad de beneficiarse de los poderes económicos, políticos y militares de un Estado nacional, conservando, al mismo tiempo, la autoridad para expresar su cultura local. Los Estados federales pueden así ofrecer incentivos significativos para alentar la lealtad y la participación de las culturas locales.

Pero al mismo tiempo, la normalización de la cultura local puede exacerbar significativamente las tensiones entre la heterogeneidad cultural y la unión

69. Véase, por ejemplo, *Santa Clara Pueblo v. Martínez*, 436 U.S. 49 (1978).

70. Véase, por ejemplo, Mark D. Rosen, "Our Nonuniform Constitution: Geographical Variations of Constitutional Requirements in the Aid of Community", (1999) 77 *Texas Law Review*, 1129; Mark D. Rosen, "The Outer Limits of Community Self-Governance in Residential Associations, Municipalities, and Indian Country. A Liberal Theory", (1998) 84 *Virginia Law Review*, 1053.

constitucional. La transfiguración de los intereses involucrados en la devolución de soberanía puede llevar a una contradicción directa entre los derechos del grupo y el derecho constitucional nacional. En la medida en que las normas constitucionales puedan ser abolidas por grupos soberanos, estas normas dejarán de proveer una base para la unidad nacional. La tarea de sostener esa base deberán realizarla entonces otras normas constitucionales que sigan siendo aplicables por parte de tribunales nacionales. La pregunta es siempre si estas normas son adecuadas para la tarea de sustentar la solidaridad nacional. En la medida en que no lo sean, el Estado nacional se convertirá en una asociación, un *modus vivendi*, el equivalente doméstico de una organización internacional sustentada en un acuerdo.

El desafío a la unidad constitucional que representa la devolución de soberanía no se configura solamente por la posibilidad de contradicciones analíticas entre los derechos de grupo y los requisitos constitucionales. El desafío puede también ser dinámico, dado que un grupo soberano tiene más probabilidades de convertirse en un lugar de identificación y legitimación y, en consecuencia, de plantear un desafío práctico a la estabilidad y a la unidad de un Estado nacional.

Estas son fuerzas centrífugas potencialmente poderosas que pueden desatarse dentro de un Estado democrático. El hecho de que puedan ser contenidas efectivamente, depende enteramente de los métodos utilizados por el Estado nacional para retener el control sobre la devolución de soberanía, de manera de asegurar que el derecho de grupo no sea inconsistente con la salud de la unión nacional. Cada caso de devolución de soberanía, por consiguiente, requerirá una evaluación respecto de la conveniencia de este método a la luz de circunstancias históricas particulares. Paradójicamente, por ejemplo, una porción de soberanía puede transferirse a grupos aislados y relativamente menos poderosos como las tribus indígenas de los Estados Unidos, ya que la amenaza que constituyen para la preservación de la soberanía nacional será relativamente mínima.

La devolución de soberanía trae aparejado otro peligro más, al que algunas veces se hace referencia como el problema de las ‘minorías internas’.⁷¹ Generalmente las personas pertenecen a más de un grupo y más de un grupo habita en determinada área geográfica. Si se traspasa soberanía para que un grupo subordinado gobierne un área geográfica, entonces probablemente tendrá poder sobre personas que no son miembros del grupo subordinado, o sobre miembros del grupo subordinado que también pertenecen a otro grupo minoritario. Estas personas constituyen las ‘minorías internas’.

Cualquier Estado democrático heterogéneo mantiene su particular equilibrio entre la protección de los intereses de grupo y los intereses individuales. En circunstancias saludables, este equilibrio protegerá aquello que los ciudadanos del Estado estimen como prerequisites necesarios para la solidaridad nacional. Pero si un Estado devuelve soberanía a un grupo subordinado con el propósito de que el grupo renormalice el derecho a favor de su propia identidad, podemos esperar que este mismo equilibrio no se reproduzca dentro del ámbito del grupo.

71. Leslie Green, “Internal Minorities and their Rights”, en Will Kymlicka, cita nota 28.

El inigualable desafío estructural que se les presenta a las minorías internas consiste por lo tanto en encontrar dos equilibrios distintos entre los intereses individuales y los grupales. Uno es el equilibrio que obtiene dentro del Estado nacional; el otro es el equilibrio que obtiene dentro de la jurisdicción más pequeña. Esto significa que el derecho debe de algún modo reconciliar dos representaciones diferentes de los prerequisites mínimos para la solidaridad nacional.

Desde la perspectiva de la nación, esta duplicación estructural hace cuestionar si deberían restringirse ciertos aspectos de la renormalización de derechos de un grupo subordinado, generalmente a través de la imposición de una concepción nacional de los derechos individuales. Restringir todos los aspectos de la renormalización sería inconsistente con el propósito de la devolución de soberanía, el cual consiste en promover de manera plena los valores culturales del grupo subordinado.

Pero desde la perspectiva de las minorías internas, cualquier diferencia entre lo que es normal en el ámbito nacional y lo que es normal dentro de las jurisdicciones más pequeñas, acarrea el potencial de tensiones y desacuerdos. En Estados Unidos, por ejemplo, se ha devuelto una significativa parte de soberanía hacia algunas reservas indígenas con la consecuencia de que las mujeres fueron privadas de derechos de los que gozarían en la jurisdicción nacional.⁷² Las mujeres indígenas de las reservas deben así enfrentar dos ideas diferentes respecto de los requisitos de su ciudadanía. Esta diferencia genera inestabilidad estructural. En la medida en que se encuentren en desventaja, las minorías internas tienen razones para presionar a la nación con el objeto de restringir la devolución de soberanía.

Esta tensión debe ser resuelta a través del derecho. La cuestión no se refiere meramente a la inestabilidad estructural. También atañe al significado social de la heterogeneidad cultural. Restringir la devolución de soberanía es también impedir que un grupo subordinado utilice el derecho para promover sus propios valores. Fallar en restringir el traspaso de soberanía implica tolerar que se limiten las normas de una minoría interna dentro de la jurisdicción del grupo subordinado, un límite que no es considerado por la cultura nacional como necesario para mantener la solidaridad nacional. Si suponemos que el constitucionalismo democrático no se ve amenazado por ninguna de estas alternativas, este dilema sólo puede resolverse mediante especificaciones ulteriores respecto de la naturaleza exacta de la diversidad cultural que deseamos promover utilizando el derecho. La devolución de soberanía, en otras palabras, plantea la pregunta respecto de qué *formas* de diversidad cultural deberían recibir protección legal.

72. Véase, por ejemplo, *Santa Clara Pueblo*, cita, nota 69, pág. 49.

